

Faillissementsfraude

Martin Scharenborg

Dit boek maakt deel uit van de Serie fraude en integriteit:

1. Uitkeringsfraude (ISBN 9789463185011)
2. Faillissementsfraude (ISBN 9789463185073)
3. Onderzoeken van fraude (ISBN 9789463185141)
4. Voorkomen van fraude (ISBN 9789463185172)
5. Fraude door werknemers (ISBN 9789463185240)
6. Fraude door ambtenaren (ISBN 9789463185271)
7. Fraude en accountant (ISBN 9789463185325)
8. Fraude in het strafrecht (ISBN 9789463185301)

Van dezelfde schrijver verschenen, de Serie tuchtrecht:

1. Tuchtrecht voor accountants (ISBN 9789463185905)
2. Tuchtrecht voor gerechtsdeurwaarders (ISBN 9789463185929)
3. Tuchtrecht voor advocaten (ISBN 9789463185943)
4. Tuchtrecht voor notarissen (ISBN 9789463185882)

Copyright

Schrijver: M. Scharenborg

Coverontwerp: Sdu

ISBN: 9789463185073

© 2016 M. Scharenborg

Niets uit deze uitgave mag worden veeelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotokopie, geluidsband, elektronisch of op welke wijze dan ook, zonder schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorwoord

Tien jaar geleden heb ik een boek over faillissementsfraude geschreven. De doelgroep was toen de financieel rechercheur en de forensisch accountant. Zij hielden zich bezig met het onderzoeken van dit type fraude. Door de zeer uitgebreide behandeling van de wet- en regelgeving en jurisprudentie was het boek ook geschikt als naslagwerk voor advocaten, curatoren, officieren van justitie en rechters.

De wetgever heeft thans ingezien hoe groot de schade is die faillissements-fraudeurs veroorzaken en heeft daarom een stevig pakket aan maatregelen tegen faillissementsfraude opgesteld. Zo krijgt de curator een signaalfunctie met betrekking tot fraude. Dit betekent dat de curator niet alleen kennis dient te hebben van het recht, maar ook van onderzoeksaspecten met betrekking tot faillissementsfraude. Deze nieuwe ontwikkeling rechtvaardigt een hernieuwde uitgave van het boek faillissementsfraude.

Het boek bevat vele honderden uitspraken. Daar waar gebruik is gemaakt van jurisprudentie is een verwijzing opgenomen via een voetnoot. De tekst zelf is soms letterlijk, maar meestal enigszins aangepast opgenomen om de taalstijl zoveel mogelijk in het boek te laten aansluiten. Dat betekent wel dat voor de volledigheid van de tekst het raadzaam is via www.rechtspraak.nl de uitspraak te raadplegen. Daarnaast is bij het drukken van dit boek (een deel van) de nieuwe wetgeving nog niet geïntroduceerd. Via www.wetten.nl kan vastgesteld worden per wanneer de nieuwe wijzigingen wet zijn geworden.

Martin Scharenborg, 2016

Inhoudsopgave

1 Faillissementsfraude	11
1.1 Inleiding	11
1.2 Ontwikkelingen.....	13
1.3 Fraudevormen.....	14
1.3.1 Inleiding	14
1.3.2 Buitensporige uitgaven.....	15
1.3.3 Het onttrekken van vermogen	15
1.3.4 Beoordelen van partijen.....	16
1.4 Fraudeconstructies.....	16
1.4.1 Wegsluisoma.....	16
1.4.2 Plof bv.....	17
1.4.3 Sterfhuis.....	18
1.4.4 Katvangers.....	20
1.4.5 Zetelverplaatsing.....	20
1.4.6 Wegmaken/manipuleren administratie.....	21
2 De informatiepositie.....	23
2.1 Inleiding.....	23
2.2 Faillissementswet	23
2.2.1 Bevoegdheden	23
2.2.2 Artikel 105 Fw.....	24
2.2.3 Gevolgen van het niet naleven van de verplichtingen.....	26
2.3 Veiligstellen van informatie	28
2.3.1 Artikel 92 Fw.....	28
2.3.2 Digitale informatie.....	29
2.3.3 Herstelmogelijkheden informatieverlies.....	30
2.3.4 Analyseren van informatie.....	32
2.4 Informatiebronnen.....	35
2.4.1 Algemeen.....	35
2.4.2 Fiscale informatie	35
2.4.3 Strafdossierinformatie	36
2.4.4 Screening.....	36
2.4.5 Openbare registers.....	37
2.4.6 Bedrijfsinformatie.....	38
2.4.7 Internet	38
3 Randvoorwaarden onderzoek.....	41
3.1 Wie doet het onderzoek?.....	41
3.1.1 Curator.....	41

3.1.2 Forensisch accountant/particulier onderzoeksbureau.....	42
3.1.3 Politie	43
3.1.4 Belastingdienst/ontvanger.....	43
3.2 Algemeen faillissementsonderzoek.....	44
3.2.1 Inleiding.....	44
3.2.2 De quick scan.....	44
3.2.3 Het vervolgonderzoek.....	45
3.3 Specifiek faillissementsonderzoek.....	46
3.3.1 Inleiding.....	46
3.3.2 Verificatie vorderingen.....	46
3.3.3 Vermogensonderzoek	46
3.3.4 Bestuurdersaansprakelijkheid.....	47
3.3.5 Kwaliteit van de administratie.....	47
3.3.6 Onzakelijke transacties.....	48
3.3.7 Beoordeling partijen.....	48
3.3.8 Beroepsaansprakelijkheid.....	48
3.4 Opzet onderzoek.....	49
3.4.1 Tendenties.....	49
3.4.2 Controleplan.....	51
3.4.3 Onderzoeksubjecten	52
3.4.4 Controlemiddelen.....	53
4 Het onderzoek.....	57
4.1 Onderzoek van de administratie.....	57
4.1.1 Inleiding.....	57
4.1.2 Administratie in economische zin.....	57
4.1.3 Administratie in juridische zin.....	58
4.1.4 Het administratieve onderzoek.....	61
4.2 Onderzoek van de jaarrekening.....	63
4.3 Onderzoek van de schriftelijke besluiten.....	63
4.4 Onderzoek van de balansposten.....	64
4.4.1 Pand.....	64
4.4.2 Inventaris, vervoersmiddelen, voorraad.....	66
4.4.3 Debiteuren en crediteuren.....	67
4.4.4 Rekeningen-courant.....	68
4.4.5 Liquide middelen.....	69
4.4.6 Geplaatst aandelenkapitaal.....	71
4.4.7 Schulden.....	72
4.5 Onderzoek van de resultatenrekening.....	73
4.5.1 Omzet en kostprijs inkoop.....	73
4.5.2 Personeelskosten.....	76
4.5.3 Dividend	77
4.5.4 Rente.....	77
4.5.5 Kosten.....	78
4.5.6 Bijzondere baten of lasten.....	79

4.5.7 Negatief resultaat (verlies).....	80
4.6 Onderzoek van de geld- en goederenstroom.....	80
4.6.1 SOLL versus IST.....	81
4.6.2 De verbandscontrole in aantallen.....	81
4.6.3 De verbandscontrole in waarde.....	83
5 Faillissementsrecht.....	85
5.1 Inleiding	85
5.2 Ontwikkelingen.....	85
5.2.1 Wetsvoorstel versterking positie curator	85
5.2.2 Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod	88
5.3 Onverplichte rechtshandelingen.....	90
5.3.1 De wet.....	90
5.3.2 Onverplicht.....	90
5.3.3 Wetenschap.....	92
5.3.4 Benadeling.....	93
5.3.5 Bewijsvermoedens.....	94
5.3.6 Voorbeelden van paulianeus handelen.....	96
5.4 Verplichte rechtshandelingen.....	96
5.4.1 De wet.....	96
5.4.2 Algemeen.....	97
5.4.3 Verplicht.....	98
5.4.4 Wetenschap.....	98
5.4.5 Overleg.....	99
5.4.6 Voorbeelden van paulianeuze handelingen.....	100
6 Het civielrecht.....	103
6.1 Inleiding	103
6.2 Stelplicht.....	104
6.3 Interne bestuurdersaansprakelijkheid	105
6.3.1 De wet.....	105
6.3.2 Algemeen.....	106
6.3.3 Ernstig verwijt.....	108
6.3.4 Disculpatie.....	109
6.3.5 Voorbeelden van onbehoorlijke taakvervulling.....	110
6.4 Externe bestuurdersaansprakelijkheid.....	111
6.4.1 De wet	111
6.4.2 Algemeen.....	112
6.4.3 Begrip bestuurder	112
6.4.4 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.....	117
6.4.5 Belangrijke oorzaak.....	119
6.4.6 De administratieplicht.....	121
6.4.7 De publicatieplicht.....	130
6.4.8 Disculpatie	137
6.4.9 Matiging.....	138

6.4.10 Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.....	139
6.5 Aansprakelijkheid voor de jaarrekening	140
6.6 Onrechtmatige daad.....	141
6.6.1 Algemeen.....	141
6.6.2 Artikel 6:162 BW in relatie tot artikel 2:248 BW.....	142
6.6.3 Artikel 6:162 BW in relatie tot artikel 2:9 BW.....	144
6.6.4 Artikel 6:162 BW in relatie tot artikel 42 jo. 47 Fw.....	145
6.6.5 Artikel 6:162 BW in relatie tot artikel 36 Inv.....	146
6.6.6 Voorbeelden van onrechtmatig handelen.....	147
6.6.7 Aansprakelijkheid curator.....	148
6.7 Wanbeleid (enquête).....	149
6.7.1 Algemeen.....	149
6.7.2 Het verzoek.....	150
6.7.3 Belang van curator bij enquête.....	151
7 Fiscaalrecht.....	153
7.1 Inleiding.....	153
7.2 Verhouding WBA en WBF	153
7.3 De WBA.....	154
7.3.1 De wet.....	154
7.3.2 De bestuurder.....	156
7.3.3 De melding.....	158
7.3.4 Kennelijk onbehoorlijk bestuur.....	162
8 Het huidige strafrecht.....	167
8.1 Inleiding.....	167
8.2 Eenvoudige bankbreuk.....	168
8.2.1 Wet	168
8.2.2 Algemeen.....	169
8.2.3 Buitensporige verteringen (artikel 340 sub 1 Sr).....	170
8.2.4 Handeling in strijd met de statuten (artikel 342 sub 1 Sr).....	170
8.2.5 Geld opnemen (artikel 340 en 342 sub 2 Sr)	171
8.2.6 Geschonden administratie (artikel 340 en 342 sub 3 Sr).....	171
8.3 Bedrieglijke bankbreuk.....	171
8.3.1 Wet.....	171
8.3.2 Algemeen.....	173
8.3.3 Bedrieglijke verkorting.....	174
8.3.4 Verdichten, niet verantwoord, onttrekken (341 en 343 Sr)..	174
8.3.5 Vervreemden (artikelen 341/343 sub a onder 2 Sr).....	179
8.3.6 Bevoordelen (artikelen 341/343 onder a sub 3 Sr).....	180
8.3.7 Niet voldoen administratieplicht (341/343 onder a sub 4 Sr) ..	181
8.4 Bedrieglijke bankbreuk derden.....	183
8.4.1 Wet.....	183
8.4.2 Algemeen.....	184
8.4.3 I.g.v. faillissement of in vooruitzicht daarvan (344 sub 1 Sr).....	184

8.4.4	Bedrieglijke verkorting rechten schuldeisers (344 onder 1 Sr)	185
8.4.5	Ter verificatie (artikel 344 onder 1 Sr)	186
8.4.6	Ten gevolge van overleg (artikel 344 onder 1 Sr)	186
8.5	Overige strafbepalingen	186
8.5.1	Nalaten verstrekken inlichtingen	186
8.5.2	Misleiding in de jaarrekening	187
8.5.3	Sluipakkoord	189
8.5.4	Eigenmachtig optreden bewindvoering	189
9	Het nieuwe strafrecht	191
9.1	Inleiding	191
9.2	Waarom aanpassing van de bankbreukbepalingen?	191
9.3	De inlichtingen- en administratieplicht	192
9.3.1	Het EHRM	192
9.3.2	De inlichtingenplicht	193
9.3.3	De boekhoudplicht	194
9.4	Eenvoudige bankbreuk	196
9.4.1	Artikel 340 Sr	196
9.4.2	Artikel 342 Sr	197
9.5	Bedrieglijke bankbreuk	199
9.5.1	Artikel 341 Sr	199
9.5.2	Artikel 343 Sr	200
9.6	Strafbaar handelen bij een faillissement door een derde	200
	Serie fraude en integriteit	203

Hoofdstuk 1 Faillissementsfraude

1.1 Inleiding

In artikel 1 van de Faillissementswet is het faillissement gedefinieerd: de toestand van het ophouden met betalen. En daar gaat het ook om, het is niet bepalend of er wel of geen geld is, bepalend is dat de rekeningen niet meer betaald worden. Nu zal de eerlijke gefailleerde inderdaad geen geld meer hebben, maar de oneerlijke gefailleerde, de fraudeur? Die heeft wel geld, maar die houdt dat liever voor zichzelf in plaats van het aan diens schuldeisers te geven. En daar richt dit boek zich dan ook op, het aanpakken van faillissementsfraudeurs.

Faillissementsfraudeurs kunnen in drie soorten onderscheiden worden: de gelegenheidsfraudeur, de georganiseerde fraudeur en de (frauderende) financiële instelling.¹

De gelegenheidsfraudeur is een amateur, het is de persoon die met een dreigend faillissement wordt geconfronteerd en vervolgens stappen onderneemt om de persoonlijke schade te beperken. Paniekvoetbal is hier het sleutelwoord.

De georganiseerde fraudeur daarentegen is een *professional* die de 'klappen van de zweep' kent. Hij maakt gebruik van constructies om de fraude te verhullen, dan wel aansprakelijkheid of vervolging te voorkomen. Deze faillissementen zijn goed voorbereid.

Financiële instellingen kunnen ook frauderen. Zij beschikken over een goede informatiepositie waardoor zij eerder dan anderen een dreigend faillissement kunnen voorzien.

Het soort fraudeur bepaalt de opzet van het fraudeonderzoek. Zo zal de gelegenheidsfraudeur sporen achterlaten.

Als de fraude niet gepland is, zal het wegnemen van een auto direct zichtbaar zijn in de administratie omdat de auto als investering is opgenomen in de balans. Vervolgens wil de fraudeur dit voorkomen en gooit de boekhouding weg. Paniekvoetbal, omdat dat ook strafbaar is en kan leiden tot aansprakelijkstelling.

Dit geldt ook als het kas- en banksaldo nihil is of als de voorraden lager zijn dan geadministreerd. De curator ontdekt dit door de boedelbeschrijving te vergelijken met de administratie. Als dat goed is bijgehouden, blijkt dat geld of goederen zijn verdwenen. En als het niet goed is bijgehouden blijkt dat uit vergelijking met de inkoopfacturen.

1 WODC, Faillissement, Justitiële Verkenningen, Gouda Quint, pag. 89 e.v., alsook W. Huisman en E. Niemeijer, Zicht op organisatiecriminaliteit, Den Haag, SDU 1998, paragraaf 6.6

Maar ook fraudeurs beschikken over zelflerend vermogen. Dit betekent dat als de gelegenheidsfraudeur al vaker met een faillissement geconfronteerd is, hij gebruik zal maken van adviseurs. En dan wordt de fraude lastiger te volgen, laat staan te bewijzen. Zo zal activa niet meer zomaar onttrokken worden, maar verkocht worden aan een gelieerde partij met behulp van een valselijk opgesteld taxatierapport. Het is dan aan de curator om te bewijzen dat de transactie onzakelijk is.

Bij de georganiseerde fraudeur wordt het onderzoek complexer. Deze mensen bedenken de fraude voordat ze het uitvoeren en schuwen niet om katvangers op te offeren voor hun machinaties. Onderzoek is mogelijk, maar dan wel door financieel rechercheurs of forensisch accountants. De dader is dan al gevlogen, een katvanger achterlatend. Onderzoek van de transacties, notulen en het houden van interviews kan dan aantonen dat de katvanger niet de feitelijk leidinggevende is. Dit is van belang, omdat de katvanger te weinig geld heeft om het boedeltekort op te verhalen.

In het algemeen kan gesteld worden dat de gelegenheidsfraudeur eenvoudige faillissementsfraude pleegt en de georganiseerde fraudeur de complexe.

Voor de eenvoudige faillissementsfraude geldt dat de administratie ontbreekt, of dat goederen onttrokken zijn aan de boedel. Voor de opsporing en vervolging is geen bijzondere financiële kennis vereist. Dit onderzoek wordt door de basiseenheid of recherche uitgevoerd onder leiding van een arrondissementsparket van het Openbaar Ministerie.

Voor de complexe faillissementsfraude geldt dat het gaat om een omvangrijk fraudebedrag, er kan sprake zijn van misbruik van rechtspersonen, van ondoorzichtige eigendomsverhoudingen, van het gebruik van katvangers. Voor de opsporing en vervolging is bijzondere financiële kennis noodzakelijk, bijvoorbeeld van een financieel rechercheur of een forensisch accountant. Dit onderzoek wordt door de financiële recherche of de Fiscale inlichtingen en opsporingsdienst (FIOD) uitgevoerd, onder leiding van het functioneel parket van het Openbaar Ministerie.

1.2 Ontwikkelingen

Het geïntegreerd bestrijden van faillissementsfraude is op de kaart gekomen in 2010. Dit heeft geleid tot de herziening van de garantstellingsregeling. Hierdoor vallen nu ook de kosten voor de aanvraag onder de regeling. Daarnaast zijn er meer gronden om aanspraak op de regeling te maken en is de verhouding tussen investering kosten en opbrengst verhaal versoepeld. Daarnaast is een centraal meldpunt faillissementsfraude opgericht dat door de FIOD beheerd wordt en is de kennis bij de politie vergroot met betrekking tot faillissementsfraude.²

Ook werd steeds duidelijker dat een eenmalige verklaring van geen bezwaar bij het oprichten van een rechtspersoon niet voldoende was. Het was te

² Brief minister van justitie en veiligheid van 11-4-2012 aan de Tweede Kamer, kenmerk 243749

gemakkelijk te ontwijken door een lege bv te kopen van een bv-handelaar of door een stroman te gebruiken voor de oprichting. Daarom is op 1 juni 2011 de Wet controle op de rechtspersonen ingevoerd. Hierdoor wordt de controle op rechtspersonen continue in plaats van een momentopname. Het doel van de wet is dan ook controle van rechtspersonen ter voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen, waaronder het plegen van misdrijven en overtredingen van financieel-economische aard (artikel 2 Wet controle op de rechtspersonen). De Dienst Justis voert via Track deze wet uit.

Hoewel met voorgaande acties de mogelijkheden om faillissementsfraude te voorkomen en aan te pakken is uitgebreid, zijn de echte verbeteringen opgenomen in het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, dat op 26 november 2012 is aangekondigd.³ Dit programma rust op drie pijlers: het bestrijden van faillissementsfraude, het bevorderen van het reorganiserende vermogen van bedrijven en het moderniseren van de faillissementsprocedure.⁴

Pijler 1: het bestrijden van faillissementsfraude

Aan deze pijler wordt uitvoering gegeven door drie wetsvoorstellen: de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod⁵, de herziening van het strafrechtelijke faillissementsrecht⁶ en de versterking van de positie van de curator.⁷ Dit wordt in het boek nog uitgewerkt.

Pijler 2: het bevorderen van het reorganiserende vermogen van bedrijven

Het doel van deze wetgeving is het zo veel mogelijk voorkomen van faillissementen. Hiertoe zijn drie wetten voor de continuïteit van ondernemingen opgemaakt. Deze wetten worden kort toegelicht omdat minder faillissementen ook minder fraude betekent. Het inzetten van deze preventieve acties zal een dempende werking op het aantal faillissementsfraudes hebben.

In de Wet continuïteit ondernemingen I gaat het vooral om de introductie van de stille bewindvoerder (de zogeheten *pre pack*-methode). Dit betekent dat een curator en een rechter-commissaris al worden aangewezen voordat een faillietverklaring is uitgesproken. De gedachte hierachter is dat dan in alle rust crediteuren en werknemers benaderd kunnen worden. Hierdoor is een doorstart eerder mogelijk, maar kan ook een hogere opbrengst verkregen worden voor onderneming of activa. Immers een faillissement dat bekend is bij potentiële kopers heeft een sterk prijsdrukkend effect. Nu zou deze vorm misbruikt kunnen worden. De wetgever stelt dat als dat het geval is de

3 Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74.

4 Brief minister van justitie en veiligheid, Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33695, nr. 7

5 Het wetsvoorstel met betrekking tot het civielrechtelijke bestuursverbod is op 1-9-2014 ingediend bij de Tweede Kamer (kamerstukken 34 011).

6 Het wetsvoorstel met betrekking tot de strafbepalingen is ingediend op 18-7-2014 (kamerstukken 33 994).

7 Het wetsvoorstel met betrekking tot de Versterking van de positie van de curator is ingediend bij de Tweede Kamer (kamerstukken 34253)

bestaande regelgeving en het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod voldoende mogelijkheden bieden om dit aan te pakken.

In de Wet continuïteit ondernemingen II gaat het om het reduceren/saneren van problematische schulden van ondernemingen die op zichzelf bezien rendabel zijn. De gedachte hierbij is dat het faillissement sec niet nodig is, maar dat de druk van de schulden te hoog is. Het gaat hier om ondernemingen die een overlevingskans hebben.

In de Wet continuïteit ondernemingen III gaat het om verschillende maatregelen om de voortzetting van de onderneming tijdens faillissement te faciliteren. Ook dit om de kans op een doorstart te vergroten en om het faillissement zo goed mogelijk af te wikkelen.

Pijler 3: het moderniseren van de faillissementsprocedures

Hier worden allerlei maatregelen opgenomen om de procedures te vereenvoudigen en effectiever te maken. Dit wordt verder niet besproken omdat het buiten de reikwijdte van dit boek valt.

1.3 Fraudevormen

1.3.1 Inleiding

De curator heeft een fraudesignalerende functie gekregen. Wil de curator deze taakuitbreiding goed kunnen uitvoeren, dan moet hij faillissementsfraude kunnen herkennen. In dit hoofdstuk komen verschillende fraudevormen (*modus operandi*) aan bod, zodat eerder kan worden vastgesteld in een faillissement of sprake is van fraude.

Behalve de fraudevormen wordt in dit hoofdstuk ook stilgestaan bij verschillende fraudeconstructies. Dit zijn manieren waarop de fraudeur probeert om ontdekking van fraude of aansprakelijkstelling te voorkomen. Daar waar een constructie is gebruikt, zal mogelijk ook gefraudeerd zijn. Als een curator bijvoorbeeld sterk de indruk krijgt met een katvanger van doen te hebben, dan dient afgevraagd te worden waarom de feitelijke bestuurder niet ook de formele bestuurder is. Waarom heeft hij een onkundige aangesteld? Alleen al die vraag stellen kan een vermoeden doen rijzen dat sprake is van faillissementsfraude.

1.3.2 Buitensporige uitgaven

De meest eenvoudige vorm van faillissementsfraude is het verbrassen van geld. De ondernemer heeft door dat zijn onderneming ten einde gaat en hij wil nog even van het geld genieten in plaats van het af te staan aan de schuldeisers. Let wel, het zijn de schuldeisers die vertrouwen in hem hadden als ondernemer en daarom hem op krediet de goederen hebben geleverd. Krediet geven betekent vertrouwen hebben dat rekeningen betaald worden.

Toch hebben faillissementsfraudeurs er geen enkel probleem mee om andere ondernemers met de schade van hun handelen op te zadelen.

Het verbrassen kan op tal van wijzen: het reizen naar exotische bestemmingen, het geven van een groot feest, het huren van dure sportauto's. Alles kan en alles komt voor. Kern van het handelen hier is dat geld wordt uitgegeven dat niet meer door de curator geïnd kan worden voor de boedel.

Verbrassen is typisch een fraude voor de gelegenheidsfraudeur. Die voelt zich overvallen door het dreigende faillissement. Hij denkt niet goed na en wil nog even genieten. Maar in geval van verbrassen moet geld uitgegeven worden, dus opgenomen worden van de bankrekening of uit de kas gehaald worden. Dat laat sporen na.

Bovendien praten mensen over overdadig gedrag van anderen. Ook zijn gelegenheidsfraudeurs vaak zo dom om foto's van de braspartij op *Facebook* te plaatsen. Het is voor de curator dan ook interessant om niet alleen met de gefailleerde te praten, maar ook met zijn omgeving. Jaloezie is een krachtige drijfveer en daardoor kunnen mensen een goede bron van informatie vormen.

1.3.3 Het onttrekken van vermogen

Na het buitensporig verkwisten is een zwaardere fraudevorm het onttrekken van geld of goederen aan de boedel. Dit lijkt veel op diefstal of verduistering, ware het niet dat de eigenaar zijn eigen geld of goed onttrekt en dat is op zich niet strafbaar. Daarom is dergelijk gedrag via bankbreuk strafbaar gesteld. Hierbij kan gedacht worden aan het wegnemen van kasgeld, het leeghalen van de bankrekening, het weghalen van de auto, de computer, of de inboedel. Een andere vorm van onttrekken is het niet afstorten van contante verkopen. De ondernemer verkoopt voorraad vanuit een voor de curator onbekende locatie en houdt de contante opbrengsten voor zichzelf. Of als hij op rekening verkoopt, laat hij de debiteuren het geld storten op een tweede bankrekening waarvan de curator geen weet heeft.

Daar waar het bij verbrassen om het opmaken van geld gaat, gaat het hier om het wegnemen om geld of goederen. Het gaat om verhaalbaar vermogen, mits het gevonden kan worden.

1.3.4 Bevoordelen van partijen

Bij het bevoordelen van partijen is het niet de gefailleerde die het goed onttrekt (en dus verhaalbaar vermogen heeft), maar brengt hij het voordeel onder bij een derde. Dit kan plaatsvinden door goederen te verkopen tegen een te lage waarde, zoals een pand, de auto, de inventaris of de voorraad aan familie, een vriend of een katvanger. De gefailleerde kan via de bevriende koper beschikken over het goed en deze doorverkopen voor een reële prijs.

Het verschil tussen de te lage prijs die de boedel ontvangt en de hogere verkoopprijs is de winst.

Deze vorm is 'elegant' omdat het niet een ordinaire onttrekking betreft. De curator moet hier meer moeite doen. Hij kan niet volstaan met wijzen naar wat verdwenen is, maar hij moet aantonen dat sprake is van een onzakelijke prijs. Dit is niet eenvoudig. Hij kan dit met eigen prijsonderzoek onderbouwen, maar het kan ook nodig zijn om een taxateur in te schakelen om op basis van aankoopfacturen, foto's, verzekeringsstukken aan te tonen wat de reële waarde is.

Bij bevoordelen van partijen gaat het niet alleen om het verkopen van goederen aan bevriende afnemers. Het kan ook gaan om het bevoordelen van schuldeisers.

De ondernemer ziet het faillissement aankomen en betaalt schulden af aan familie en vrienden. Het restant dat overblijft, mag de curator verdelen. Het kan ook dat de gefailleerde onder een hoedje speelt met een schuldeiser. Als de gefailleerde aangeeft dat het faillissement eraan komt, dan weet de schuldeiser dat na het betalen van de curator en de Belastingdienst er weinig geld voor hem overblijft. Hij zou in dat geval genegen kunnen zijn om met minder genoeg te nemen, bijvoorbeeld de helft. De gefailleerde betaalt in dat geval de volledige schuld af aan de schuldeiser en krijgt in contanten de helft terug.

Aan de ene kant is de schade voor de boedel beperkter dan bij het onttrekken omdat de boedel wel enige compensatie krijgt. Aan de andere kant is deze vorm van fraude veel lastiger te ontdekken en te bewijzen.

1.4 Fraudeconstructies

1.4.1 *Wegsluisoma*

Zoals gesteld is het verbrassen een activiteit waar je alleen jezelf voor nodig hebt. Er wordt niets verhuld of versluierd, alleen opgemaakt. Voor de andere fraudevormen zijn hulpmiddelen, constructies nodig.

Voor de eenvoudigste vorm, het onttrekken, is er de 'wegsluisoma'. De goederen die je onttrekt aan de boedel of de goederen die je bestelt terwijl de onderneming failliet gaat stal je bij 'oma' op zolder. Dus buiten zicht van de curator. Vervolgens kan de gefailleerde deze goederen te gelde maken buiten de curator om.⁸

De wegsuisoma is niets anders dan een bevriende relatie die geld, goederen of administratie buiten zicht van de curator bewaart.

1.4.2 *Plof bv*

De plof bv is zijn eenvoudigste vorm een rechtspersoon die door de gefail-

8 www.trouw.nl, F. de Weerd, Strijden tegen wegsuisoma's en plof bv's, 20-11-2012

leerde leeg gehaald wordt; hij verduistert de goederen van de besloten vennootschap zodat deze geen voorraad meer heeft en failliet gaat.⁹

Een wat complexere vorm van een plof bv is de bv waarbij leveringen aan bv A onbetaald blijven. De niet betaalde maar wel geleverde goederen worden doorgesluisd naar bv B. B betaalt hiervoor wel A, maar A betaalt de leveranciers niet. Als de schulden hoog genoeg zijn, gaat B in onderhandeling met de schuldeisers van A om diens schulden te egaliseren. De schuldeisers van A vinden een gedeeltelijke betaling beter dan niets en stemmen in. Zodoende raken deze schuldeisers een groot deel van hun vorderingen kwijt, niet wetende dat alles naar B is doorgeschoven, waar het tegen de volle prijs is doorverkocht.¹⁰

De zwaarste vorm van een plof bv is het aankopen van een lege bv, een plank bv. Deze wordt opgetuigd als ware het een actieve en gezonde onderneming. Vervolgens worden allerlei goederen besteld, maar niet betaald. Dit gebeurt in een kort tijdsbestek. Voordat de leveranciers goed en wel door hebben dat de op rekening gekochte goederen niet betaald worden, zijn de oprichters van de plof bv met de ontvangen goederen verdwenen, een katvanger en hoge schulden achterlatend. De omzetbelasting is op grond van de onbetaalde rekeningen al in vooraftrek gebracht, zodat ook de Belastingdienst met vorderingen achterblijft. Veelal zit een criminele organisatie achter deze fraude.

Zoals uit de drie voorbeelden blijkt is het niet verstandig om als bestuurder met je eigen bv te gaan ploffen. Er blijven te veel sporen achter. De meer professionelere fraudeur gebruikt een plank bv. Een plank bv is een bv die een bv-handelaar heeft klaarliggen voor misbruik. Het gebruikmaken van een plank bv is niet per definitie onoorbaar, maar vaak spelen onzuivere motieven wel een rol om een plank bv te kopen. Vroeger was dit de methode om de verklaring van geen bezwaar te ontwijken. Dit is echter zinloos geworden sinds de permanente controle op rechtspersonen via de Wet controle op de rechtspersonen.

Vaak liggen snode plannen in het verschiet voor iemand die een plank bv koopt, zoals het toepassen van een sterfhuisconstructie of ploffen.

De bv-opkoper adverteert in de landelijke krant om aan klanten te komen. De verkoper van een bv interesseert zich niet voor de integriteit van de opkoper, hij wil van de bv af.

Zo ook in de zaak waarin de aandelen verkocht werden aan een bv-opkoper. Die bleek een faillissementsfraudeur te zijn, haalde de bv leeg en liet de administratie verdwijnen. De rechtbank was er snel klaar mee: de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen door aandelen in de vennootschap over te dragen zonder enig onderzoek naar overnemende partij. Volgt bestuurdersaansprakelijkheid.¹¹

9 Hof Arnhem 20-6-2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ8568

10 HR 23-11-1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3802

11 Rb. Amsterdam 25-1-2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6199

De overheid probeert deze bv-handelaren aan te pakken. Zo geldt voor een plank bv dezelfde regels als een normale bv, maar omdat de handelaren over duizenden bv's beschikken, kunnen zij niet aan al deze verplichtingen voldoen. Dit is dan ook de manier om ze aan te spreken.

Een handelaar stelde dat het om gestaakte bv's ging en de administratieplicht dan niet gold, ook stelde hij nooit de administratie te hebben gekregen. De verweren werden afgewezen. Er was sprake van enige activiteit, dus was er ook een plicht tot het voeren en bewaren van de administratie.¹²

Een andere bv-opkoper verklaarde aan de FIOD dat hij betaald werd om bv's over te nemen van mensen die ervan af wilden omdat ze failliet gingen. Hij nam niet de administratie in ontvangst. Hij ondersteunde zo de gefailleerde bij het frauderen.¹³

Daarnaast zal een bv-handelaar zelden een belastingaangifte doen voor de plank bv's. Ook dat biedt mogelijkheden tot vervolging.

Het verweer van een bv-opkoper in een belastingzaak op grond van artikel 68 en 69 van de Algemene wet inzake de rijksbelastingen was dat er geen omzet was en dus geen belastingplicht. Dat verweer werd verworpen omdat dat de opkoper niet ontslaat van de aangifteplicht.¹⁴

1.4.3 *Sterfhuis*

Het doel van de plof bv is ploffen. De naam zegt het al. Hoewel een sterfhuisconstructie ook fataal is voor de rechtspersoon, is het doel hier anders. Het hoeft zelfs niet onrechtmatig te zijn, als het bijvoorbeeld wordt ingezet om het gezonde deel van het bedrijf te redden. Men laat dan de zieke delen van het bedrijf achter in het oorspronkelijke bedrijf en verschuift het gezonde deel naar een ander rechtspersoon. Het kapot gaan van het zieke deel tast het gezonde deel dan niet meer aan.

In de praktijk is een sterfhuisconstructie voor crediteuren aantrekkelijk omdat de koper die de afgeslankte vennootschap voortzet vaak de enige is die een redelijke prijs wil betalen, en ook vaak de enige is die de vennootschap wil voortzetten en daarvoor een deel van het personeel wil overnemen. Dat betekent bij voortzetten in een nieuwe vorm minder boedelschulden aan afvloeiingskosten.¹⁵ Het kan dus aantrekkelijk zijn om hieraan deel te nemen. Afhankelijk van de wijze waarop de sterfhuisconstructie wordt uitgevoerd is dit wel of niet rechtmatig. Als er geen (inbare) vorderingen tegenover de activaverschuiving staan of tegen een onzakelijk lage prijs, dan wordt de oorspronkelijke rechtspersoon benadeeld en is er sprake van boedelbenadeling. Dit kan dus ook bij een op zich goed bedoeld sterfhuis. Alles staat en valt bij de intentie van het sterfhuis en de uitvoering die eraan gegeven

12 Hof 's-Hertogenbosch 27-5-2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF8750

13 Rb. Amsterdam 7-2-2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:442

14 Rb. Almelo 30-3-2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW0945

15 N.J. Polak, Faillissementsrecht, Samsom HD Tjeenk Willink, 6^e druk, Alphen aan den Rijn 1995

wordt. De boedel mag er niet door benadeeld worden, er moet een reële prijs worden betaald voor de activa of de aandelen.

De activiteiten van bv A gaan over naar bv B omdat A in een juridisch conflict is beland en diens vermogen veilig wil stellen. A gaat vervolgens failliet. De bestuurder van A wordt hoofdelijk aansprakelijk gesteld wegens een persoonlijk ernstig verwijt.¹⁶

Zo ook het Hof: Indien het niet kunnen behouden/verkrijgen van financiering aan het voortbestaan van een onderneming in de weg staat, kan een besluit van de bestuurders om de rechtspersoon waarin de onderneming wordt gevoerd te liquideren en een doorstart te maken in een nieuwe rechtspersoon die wel financiering kan verkrijgen op zichzelf niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur worden aangemerkt. Van het bestuur mag wel verwacht worden dat de liquidatie zorgvuldig geschiedt en dat daarbij zorgvuldig wordt omgegaan met de gerechtvaardigde belangen van de crediteuren van de te liquideren onderneming. Dat betekent dat voorraden niet voor lagere waarden verkocht mogen worden aan opvolgende onderneming.¹⁷

In feite is een sterfhuis een grote onttrekking, namelijk die van de activa. De passiva (schulden) blijven achter. Dat betekent dat de constructie niet onrechtmatig is en dus geen onbehoorlijk bestuur oplevert, als de activa nog niet ingebracht is in de nieuwe rechtspersoon, ook al is dat opgericht door dezelfde aandeelhouder en bestuurder als de oude rechtspersoon.¹⁸

Een voorbeeld waarbij het sterfhuis voor criminele doeleinden is gebruikt is de volgende. Een ondernemer heeft zich meermalen schuldig gemaakt aan faillissementsfraude bij horecabedrijven. Hij heeft schuldeisers van gefailleerde bedrijven door middel van sterfhuisconstructies ernstig benadeeld. Door het manipuleren van verschillende nauw aan elkaar verwante rechtspersonen heeft hij kans gezien om met overheveling van vermogen van de ene naar de andere rechtspersoon en van activiteiten naar weer een andere rechtspersoon, telkens de aansprakelijkheid precies daar te leggen waar de schuldeisers, waaronder de Belastingdienst, geen verhaal vonden.¹⁹

Is hiervoor aangegeven dat het sterfhuis gebruikt kan worden om banen te redden, het kan ook misbruikt worden om banen te schrappen, of om aan ontslagvergoedingen te ontkomen. Er wordt dan faillissement aangevraagd om van de verplichtingen tegenover de werknemers af te komen. De Hoge Raad merkt dit aan als misbruik van bevoegdheid bij het doen van aangifte van faillietverklaring.²⁰

16 HR 28-6-2013, ECLI:NL:HR:2013:46

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

18 Hof Arnhem 29-11-2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU6901

19 Rb. Overijssel 20-10-2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5590

20 HR 29-6-2001, ECLI:NL:HR:AB2388

1.4.4 *Katvangers*

Het uitvoeren van een fraudevorm is niet effectief als je daarna wordt aangesproken voor de ontstane schade en strafrechtelijk wordt vervolgd. Om dit te voorkomen wordt gebruik gemaakt van katvangers, ook wel stromannen geheten.

Een katvanger is iemand die formeel op de voorgrond treedt om zo de werkelijke opdrachtgever buiten zicht te houden. De katvanger kan zich laten inschrijven als de formele bestuurder van de onderneming, net voordat deze failliet gaat (bij een eenmanszaak) of is hij de bestuurder van de failliete rechtspersoon. Als zodanig zal de curator zijn pijlen eerst op deze persoon richten. Pas bij voldoende bewijs dat een ander aan de touwtjes trekt, kan hij de feitelijk bestuurder aanspreken.

Dit laatste hoeft niet ingewikkeld te zijn. Uit het handelsregister blijkt of er recente bestuurswisselingen zijn geweest. Een onderneming in financiële nood die ineens wisselt van bestuurder, dat is een duidelijk signaal. Vervolgens kunnen de notulen doorgenomen worden, alsook de administratie. Er kan met werknemers worden gepraat en het wordt al snel duidelijk wie de beslissingen in werkelijkheid heeft genomen.

Waarom doet de katvanger dit? Hij wordt immers met de gevolgen opgezadeld. Vaak gaat het om mensen die al flink in de problemen zitten en voor de belofte van wat geld alles doen. Ook zitten hier mensen met beperkte verstandelijke vermogens bij die de gevolgen niet goed kunnen overzien. Is de katvanger wel vermogend, dan zal de curator niet verder zoeken en de katvanger gaan plukken voor het tekort in de boedel.

1.4.5 *Zetelverplaatsing*

Zetelverplaatsing is geen fraudeconstructie op zich. Het dient om het verhaal op de fraudeur te bemoeilijken. Het verplaatsen van een statutaire zetel op zich is niet strafbaar, tenzij dit alleen gedaan wordt om de rechtsgang te frustreren.

Zo hadden de aandeelhouders-bestuurders een bv afgezonken waarin 1,27 miljoen euro aan fiscale schulden was opgenomen. Zij stelden een katvanger aan als bestuurder en verplaatsen de zetel naar een slooppand in het oosten van het land. Vervolgens trokken zij de onderneming leeg.²¹

Het is gebruikelijk bij deze fraudevorm om de zetel naar het buitenland te verplaatsen. Een buitenlands rechtssysteem bemoeilijkt de faillissementsafwikkeling en aansprakelijkstelling.

Zo vermoedde een curator faillissementsfraude toen bleek dat de zetel van de bv zes dagen voor faillissement verplaatst was van Den Haag naar het Belgische Kappellen.

21 Rb. Amsterdam 1-6-2012, ECLI:NLRBAMS:2012:BX9883

Toen de curator de nieuwe bestuurder wilde bellen, bleek deze onbereikbaar. Hij had 10.000 euro ontvangen voor de overname van de bv zonder activa.²²

1.4.6 *Wegmaken/manipuleren administratie*

Om ontdekking van fraudevormen te bemoeilijken wordt de administratie soms aangepast (vervalst), maar meestal wordt deze gewoon niet bijgehouden of weggegooid. Ook de wegluisoma kan hier uitkomst bieden. Hierdoor is het niet mogelijk na te gaan over welke activa de onderneming beschikt (aantal auto's, de omvang van de kas, de hoogte van de vorderingen), wat de schulden zijn, hoeveel winst of verlies is gemaakt. Kortom, wat het resultaat en het vermogen van de onderneming is.

Zonder een bijgehouden administratie wordt het werk van de curator moeilijk. Daarom zijn in tal van wetten regels opgenomen over het niet goed bijhouden of vernietigen van de administratie. Ondanks de gevolgen kiest menig fraudeur voor het manipuleren, wegmaken of vernietigen van de boekhouding. Niet in de laatste plaats omdat een katvanger is aangesteld die de eerste klappen zal opvangen. Pas na uitgebreider onderzoek en aansprakelijkstelling zal de curator bij de feitelijk leidinggevende uitkomen.

22 Rb. Amsterdam 7-2-2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:442