

Vergaderjaar 2013–2014

33 994

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 4 april 2014 en het nader rapport d.d. 17 juli 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 12 februari 2014, no. 2014000318, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt in de eerste plaats tot herziening van de bepalingen in het Wetboek van Strafrecht (Sr) over de strafbaarstelling van faillissementsfraude. Voorts worden enkele nieuwe gedragingen strafbaar gesteld, het betreft het in strijd met een wettelijke verplichting niet voeren of bewaren van een administratie en het buitensporig uitgeven van middelen van een rechtspersoon ten gevolge waarvan deze ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt. De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar plaatst daarbij kanttekeningen over het voorgestelde artikel 347 Sr, de samenhang met het bredere wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht en de voor opsporing en vervolging van faillissementsfraude beschikbare capaciteit bij politie en justitie.

Blijkens mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 12 februari 2014, nr. 2014000318, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

van de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 7 april 2012, nr. W03.14.0030/II, bied ik U hierbij aan.

1. Artikel 347 Sr

In de faillissementstitel in het Wetboek van Strafrecht zijn thans in een tweetal bepalingen gedragingen strafbaar gesteld zonder dat een faillissement is ingetreden of later intreedt. Artikel 347 Sr bevat de strafbaarstelling van handelen van een bestuurder in strijd met de statuten, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Artikel 348 Sr bevat de strafbaarstelling van diegene die opzettelijk zijn eigen goed of, ten behoeve van degene aan wie het toebehoort, een hem niet toebehorend goed onttrekt aan een pandrecht, een retentierecht of een recht van vruchtgebruik of gebruik van een ander, dan wel dat goed vernielt, beschadigt of onbruikbaar maakt.

Het voorstel breidt de reikwijdte van artikel 347 Sr uit. In het voorgestelde eerste lid wordt strafbaar gesteld een bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt of daarvoor zijn toestemming geeft, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt. Het tweede lid van artikel 347 Sr bevat een verzwaarde strafbaarstelling indien sprake is van een oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen.

In de toelichting wordt op diverse plaatsen ingegaan op de vraag wanneer sprake is van «buitensporig» handelen.² Het gaat, aldus de toelichting, om «volstrekt onredelijk» handelen en in de context van een onderneming om geen «reëel economisch doel dienende en vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare handelingen». De toelichting gaat echter niet in op de vraag wanneer is voldaan aan de voorwaarde dat het «voortbestaan van de onderneming in gevaar komt». De Afdeling leidt uit de toelichting af dat sprake moet zijn van een aanmerkelijke kans dat de onderneming als gevolg van de buitensporige uitgaven failliet zal gaan. Zo wordt onder meer vermeld dat is beoogd te voorkomen dat laakbare gedragingen (buitensporig middelen vervreemden, verbruiken of uitgeven) ongestraft blijven, omdat het faillissement bijvoorbeeld met een uiterste krachtsinspanning of ingrijpen en financiële injecties van derden kan worden afgewend of het faillissement na een ontbinding ex artikel 2:19, eerste lid, onderdeel a, BW niet meer wordt uitgesproken. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin betrokkenen aansturen op een ontbinding van de rechtspersoon die veel schulden heeft waarmee een formeel faillissement wordt voorkomen», aldus de toelichting.³ Deze omschrijvingen bieden echter geen nadere inkadering van dit element uit het voorgestelde artikel 347 Sr.

De vraag of het voortbestaan van de onderneming in gevaar is gekomen kan discussie opleveren, temeer indien voorafgaande aan een faillissement sprake is van een interventie door een derde partij.⁴ Naar het oordeel van de Afdeling dient de toelichting in te gaan op de vraag wanneer aan dat criterium is voldaan.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

² Zie onder meer memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 5 en 7.

³ Zie onder meer memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 7.

⁴ Dit blijkt bijvoorbeeld uit hetgeen in de verschillende procedures omtrent de nationalisatie van SNS Reaal is gewisseld over het toekomstperspectief van de onderneming.

1. Artikel 347 Sr

Het verheugt mij dat de Afdeling advisering van de Raad van State in haar advies de strekking van het wetsvoorstel onderschrijft. Zoals de Afdeling opmerkt, bevat het wetsvoorstel onder andere het voorstel om in een nieuw artikel 347 Sr de reeds bestaande mogelijkheden te verruimen om op te treden tegen frauduleus handelen indien een faillissement (nog) niet is ingetreden.

Het voorgestelde delictomschrijving van artikel 347, eerste lid, Sr spitst de daarin opgenomen strafbaarstelling toe op die gevallen waarin sprake is van het buitensporig verbruiken van middelen van de rechtspersoon, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Als aanvullend vereiste geldt dat door het ernstige nadeel «het voortbestaan van de onderneming in gevaar komt». In reactie op de opmerking van de Afdeling over de precieze betekenis van dit bestanddeel, merk ik graag het volgende op.

De functie van het desbetreffende bestanddeel is het duiden van het ernstige nadeel: waar discussie kan ontstaan over de vraag wat nu een ernstig nadeel is (bijvoorbeeld naar aard of omvang), brengt het aanvullende vereiste tot uitdrukking dat de ernst gezocht moet worden in het in gevaar brengen van de continuïteit van de onderneming. Daarbij zullen geen uitputtende berekeningen behoeven te worden gemaakt van de solvabiliteit en de liquiditeit van een onderneming, noch zal bewezen behoeven te worden dat een faillissement onafwendbaar is en op welke termijn dat zou volgen. Voldoende is dat wordt aangetoond dat het buitensporige verbruik van middelen de bedrijfsresultaten van de onderneming dermate heeft aangetast dat de onderneming op een bankroet afstevent, dan wel actie van buitenaf nodig is of reeds nodig is geweest (bijvoorbeeld in de zin van een kapitaalinjectie, een reddingsoperatie door banken, interventie van de overheid of sectorale toezicht-houder) om de onderneming – in gelijke omvang en met dezelfde activiteiten – voort te kunnen zetten. Overigens merk ik op dat het gaat om een bestanddeel, dat evenals het vereiste gevolg van ernstig nadeel is onttrokken aan het schuldverband: niet bewezen behoeft te worden dat de dader opzet had op het ontstaan van «gevaar voor het voortbestaan van de onderneming». De memorie van toelichting is conform het vorenstaande aangevuld.

2. Samenhang

Het wetsvoorstel is een onderdeel van een breder wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Dit programma bestaat naast het onderhavige voorstel nog uit twee andere onderdelen: het wetsvoorstel tot invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod en het wetsvoorstel versterking positie curator. Over het eerste voorstel heeft de Afdeling advisering op 24 januari 2014 advies uitgebracht, het tweede wetsvoorstel is onlangs openbaar ter consultatie verspreid.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat in de reacties op het onderhavige voorstel in verschillende adviezen werd gevraagd naar de samenhang van onderhavig voorstel met de andere voorstellen die deel uitmaken van het wetgevingsprogramma tot versterking van het faillissementsrecht. De regering wijst er in de toelichting op dat de voorstellen, geoordeeld naar hun inhoud en omvang, een zelfstandige politieke weging verdienen. Teneinde de samenhang te garanderen is blijkens de toelichting een programmastructuur ingericht. Voorts worden de voorstellen van de fraudepijler kort na elkaar in procedure gebracht, zodat bij de parlementaire behandeling van dit voorstel de inhoud van de andere voorstellen

bekend is en bij de beraadslagingen over het voorstel kan worden betrokken, aldus de toelichting.⁵

De Afdeling merkt op dat, hoewel het van belang is bij de interne voorbereiding op het departement en gedurende de parlementaire behandeling de samenhang te garanderen, het tevens van belang is dat ook anderen zoals bijvoorbeeld de vaste adviseurs van regering en parlement en de Afdeling advisering, die samenhang kunnen beoordelen. De Afdeling is daartoe onvoldoende in staat. Zij wijst bij wijze van voorbeeld op het volgende.

In het voorstel worden de inlichtingenplicht (artikel 194 Sr) en de afgifteplicht van de administratie (artikel 344a sr) opnieuw vastgesteld. Voorts wordt de overtreding van de verplichting om een zorgvuldige administratie te voeren en te bewaren afzonderlijk strafbaar gesteld (artikel 344a sr en artikel 1 van de Wet op de economische delicten). In de toelichting wordt ingegaan op de verenigbaarheid van de voorstellen tot strafrechtelijke sanctiëring van overtreding van de inlichtingenplicht en de administratieplicht met het verbod op zelf-incriminatie (*nemo tenetur*). Zo wordt opgemerkt dat er geen sprake is van zelf-incriminatie indien «strafdreiging tegen overtreding van de inlichtingenplicht en administratieplicht geen strafvorderlijk doel heeft, maar volledig ten dienste staat van de afwikkeling van het faillissement.»⁶

De Afdeling onderkent dat de inlichtingenplicht en administratieplicht op zich geen strafvorderlijk doel dienen. Zij strekken ertoe de curator in staat te stellen zijn taak, te weten de afwikkeling van het faillissement in het belang van schuldeisers, uit te voeren. De voorstellen die zijn opgenomen in het reeds genoemde wetsvoorstel versterking positie curator zijn in dit verband echter van belang. Zo wordt de curator wettelijk verplicht om te bezien of in faillissementen sprake is van eventuele onregelmatigheden. In voorkomend geval dient deze dit te melden bij de rechter-commissaris die vervolgens een melding bij de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten.⁷ In dit verband rijst de vraag of nog gesproken kan worden van twee onderscheiden trajecten (de afwikkeling van het faillissement en het strafvorderlijk onderzoek naar faillissements-fraude), of dat deze trajecten in elkaar overlopen. Een en ander is afhankelijk van de wijze waarop de taak en verplichting voor de curator in het wetsvoorstel versterking positie curator zullen worden vormgegeven.

In de memorie van toelichting lijkt de mogelijkheid dat het verbod op zelf-incriminatie van toepassing is te worden onderkend, waar wordt opgemerkt dat het niet is uitgesloten «dat de inlichtingen die de failliet aan de curator verstrekt uiteindelijk leiden tot de conclusie dat mogelijk fraude is gepleegd en aangifte moet worden gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen deze verklaringen vervolgens, daar zij zijn verkregen onder dreiging van sanctie, wel aanleiding kunnen vormen voor een strafrechtelijk onderzoek via aangifte of gebruik van de informatie als startinformatie, doch niet als bewijs in een strafzaak tegen degene die de inlichtingen heeft verstrekt kunnen worden gebruikt.» In dit verband dringt zich de vraag op welke informatie en op welke wijze die informatie in de strafzaak kan worden gebruikt aangezien de gefailleerde

⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.1.

⁷ De verplichting onregelmatigheden te melden bij bevoegde instanties of daarvan aangifte te doen is niet uniek voor de curator, ook ten aanzien van bijvoorbeeld notarissen bestaat een dergelijke wettelijke regeling. Voor notarissen geldt echter niet dat er inlichtingenplicht bestaat waarvan overtreding met straf wordt bedreigd.

*verplicht is alle gevraagde inlichtingen te verstrekken en zijn volledige administratie te overleggen.*⁸

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

De Afdeling merkt nog op dat de beoordeling van de verenigbaarheid van de inlichtingen- en administratieplicht, met het verbod op zelf-incriminatie mede dient te geschieden in het licht van hetgeen wordt voorgesteld in het wetsvoorstel versterking positie curator. Dit onderstreept het belang voor derden om de diverse voorstellen in samenhang te kunnen bezien.

2. Samenhang

Zoals de Afdeling terecht aangeeft, is de verhouding van onderhavig wetsvoorstel met het concept-wetsvoorstel versterking positie curator van belang. Tezamen bevorderen de voorstellen dat bij de afhandeling van een faillissement meer aandacht wordt gegeven aan eventuele fraude en dat de mogelijkheden om strafrechtelijk onderzoek te verrichten, in voorkomende gevallen na aangifte door de curator, worden verruimd. Wanneer een faillissement gepaard gaat met fraude kan derhalve – zoals nu ook reeds het geval – sprake zijn van een twee trajecten die in elkaar overlopen.

De opmerking van de Afdeling dat het in dat licht van belang is dat de adviesorganen en de Afdeling voldoende in staat zijn om de samenhang tussen de concept-wetsvoorstellen inzake versterking van de positie van de curator en herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht te beoordelen, in het bijzonder ten aanzien van toetsing aan het verbod op zelfincriminatie, onderschrijf ik. Daaraan is naar mijn oordeel op afdoende wijze voldaan. Het concept-wetsvoorstel inzake de versterking van de positie van de curator (waarvan de strekking reeds eerder was uiteengezet; zie Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74) is in februari 2014 aan adviesorganen voorgelegd en tevens opengesteld voor internetconsultatie. Bij hun advisering over dat concept-wetsvoorstel hebben de adviesorganen de inhoud van het concept van het onderhavige wetsvoorstel kunnen betrekken, dat reeds eerder ter consultatie was voorgelegd. Voor de Afdeling geldt dat zij de inhoud van de voor advies voorgelegde versie van het concept-wetsvoorstel versterking positie curator heeft kunnen betrekken bij de advisering over het onderhavige wetsvoorstel. Alle opmerkingen die in de verschillende adviezen zijn gemaakt over zelfincriminatie heb ik, mutatis mutandis, betrokken bij de verdere voorbereiding van beide voorstellen. Dit laat zien dat de gekozen werkwijze de ruimte en mogelijkheden heeft geboden om tot een goede beoordeling van het voorgestelde te komen, en dat het kabinet in de gelegenheid is geweest om de ontvangen inbreng op juiste wijze te verwerken.

Op grond de rechtspraak van de Hoge Raad inzake nemo tenetur-beginsel, kan een onderscheid worden gemaakt tussen verplichtingen tot verstrekking van zogenoemde wilsafhankelijke en wilsonafhankelijke informatie. Dat onderscheid is grotendeels bepalend voor het antwoord op de vraag waarvoor de Afdeling aandacht vraagt, te weten welke informatie op welke wijze gebruikt mag worden voor een strafrechtelijke vervolging. Van wilsafhankelijke informatie kan sprake zijn bij de

⁸ Uit het wetsvoorstel versterking positie curator blijkt dat dit voorts de verplichting voor de gefailleerde betreft om de curator «de hard- en software en eventuele wachtwoorden voor digitale accounts en encryptiesleutels ter beschikking te stellen, opdat de curator in staat wordt gesteld om de administratie daadwerkelijk onder zich te nemen en er toegang toe te krijgen».

inlichtingenplicht die in het kader van het faillissement geldt jegens de curator. Bij de administratieplicht gaat het daarentegen in beginsel om wilsonafhankelijke informatie. Ten aanzien van de verplichting om wilsafhankelijke informatie te verstrekken lijkt, nu deze kracht bij kan worden gezet door een strafrechtelijke sanctie (artikel 194 Sr) of, zoals in het geval van een aan de Hoge Raad voorgelegde zaak, aanleiding kan geven tot inbewaringstelling van de inlichtingenplichtige, op grond van recente rechtspraak van de Hoge Raad (Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014, 70) in algemene zin de restrictie te moeten gelden dat deze informatie slechts wordt gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement; gebruik ten behoeve van strafvervolgning tegen de inlichtingenplichtige is – anders dan in geval van een leugenachtige of onvolledige – verklaring niet mogelijk. De memorie van toelichting is in deze zin aangepast.

3. Effectiviteit; capaciteit en deskundigheid

In de toelichting wordt gewezen op het feit dat in nagenoeg alle adviezen die zijn uitgebracht over het voorontwerp van het voorstel aandacht werd gevraagd voor voldoende capaciteit en prioriteit voor de bestrijding van faillissementsfraude. De toelichting merkt hierover onder meer op dat zal worden voorzien in een uitbreiding van de recherchecapaciteit bij de Nationale Politie en dat faillissementsfraude deel zal uitmaken van de prioriterings- en resultaatsafspraken die met de Nationale Politie zullen worden gemaakt.⁹

De Afdeling merkt op dat de effectiviteit van het voorstel in niet onbelangrijke mate afhankelijk zal zijn van de mate waarin politie en justitie in staat zullen zijn faillissementsfraude op te sporen en de verantwoordelijken te vervolgen. Uit de reacties op de consultatie van het onderhavige voorstel, alsook op andere voorstellen in dit kader zoals het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, blijkt dat een gebrek aan capaciteit, deskundigheid en prioriteit voor het opsporen van faillissementsfraude als belangrijke (zo niet de belangrijkste) belemmering voor effectief optreden wordt ervaren. De voornemens zoals die in de toelichting uiteen worden gezet, zijn daarbij naar het oordeel van de Afdeling nuttig, maar niet voldoende. Zij meent dat, naast aandacht voor de recherchecapaciteit van de politie, ook aandacht dient te zijn voor de vereiste deskundigheid en capaciteit bij andere onderdelen van de strafrechtketen. Zij adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

3. Effectiviteit: capaciteit en deskundigheid

Conform het advies van de Afdeling advisering is in de memorie van toelichting aandacht besteed aan de vergroting van deskundigheid en capaciteit voor de bestrijding van faillissementsfraude, niet alleen bij de politie, maar in de hele strafrechtketen. Doelstelling is te komen tot een ketenaanpak, waarin zaken vanaf het moment van het signaleren van fraude tot aan de berechting met de benodigde capaciteit en specialisatie worden behandeld. Van belang zijn in dit verband het signaleren van fraude, selectie van zaken, adequate opsporing en gerichte afdoening. Dit traject begint in voorkomende gevallen met een aangifte door een curator. Ter ondersteuning worden op steeds meer rechtbanken spreekuren faillissementsfraude voor curatoren gehouden. Zaken die daaruit voortkomen kunnen op basis van de capaciteitsafspraken die tussen

⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

openbaar ministerie en regionale eenheden van de politie zijn gemaakt over het aantal fraudezaken, inclusief faillissementsfraude, worden opgespoord. Voor zware en complexe zaken van faillissementsfraude is een landelijk selectieoverleg ingericht tussen het Functioneel Parket van het openbaar ministerie en de FIOD. Het Functioneel Parket is verantwoordelijk voor de afdoening van die complexe zaken en ondersteunt bovendien de arrondissementsparketten met specialistische expertise. Vervolg en berechting vinden vaker plaats in de vorm van themazittingen, waarin zaken van faillissementsfraude geclusterd door het openbaar ministerie voor de rechter worden gebracht. Deze clustering draagt bij aan het effectief benutten van specifieke kennis aan de zijde van het openbaar ministerie en aan het effectief aanwenden van zittingscapaciteit bij de rechtspraak en leidt tot het creëren van bruikbare jurisprudentie toegesneden op onderdelen van de faillissementsfraudeaanpak.

4. Redactionele kanttekening

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

4. Redactionele kanttekening

Met de redactionele kanttekening van de Afdeling is rekening gehouden.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.14.0030/II

- In de memorie van toelichting in paragraaf 4.1 waar wordt verwezen naar artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden tevens aandacht besteden aan artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor zover sprake is van tenuitvoerlegging van Uniewetgeving.