

Eindelijk aanpak van faillissementsfraude?

De onderzoeken die Integis de afgelopen tien jaar verrichtte bestrijken een breed spectrum van fraude. Opvallend ondervertegenwoordigd – en dat geldt ook bij onze collega's in de sector – is onderzoek naar faillissementsfraude. En dat terwijl het bedrag dat daarmee gemoeid is naar schatting 1,7 miljard euro per jaar bedraagt. Vermoedelijk een kwart tot een derde van de faillissementen is frauduleus. Daar komt bovendien nog een ander effect bij: de aantasting van het vertrouwen waarop een goed functionerend handelsverkeer is gebaseerd. De kosten daarvan laten zich moeilijk schatten. Maar in die zorgwekkende situatie komt nu misschien eindelijk verandering.

Gelegenheidsfraude vs designer fraud

Faillissementsfraude manifesteert zich op allerlei manieren, maar in alle gevallen is de aloude fraudedriehoek – gelegenheid, intentie en rationalisatie - volop van toepassing. Daarbij geldt wel een onderscheid tussen gelegenheidsfraude of professionele fraude. Bij de eerste ligt de gelegenheid vaak in de omstandigheid dat in de kritische aanloopfase tot een faillissement bestuurders en medewerkers van een onderneming de staande procedures loslaten. Als gevolg daarvan ontbreken beheersingsmaatregelen en is de organisatie feitelijk niet meer 'in control'. In deze fase richting faillissement manifesteert zich, naast het voortrekken van bepaalde cruciale crediteuren ook vaak een plotselinge voorkeur voor contante ontvangsten boven betaling op rekening.

Bij professionele fraude gaat dat anders. Daar ligt de gelegenheid in de omstandigheid dat een dergelijke fraude erg lonend is vanwege de mazen in het juridische kader, de lage prioriteit bij opsporing en vervolging en het ontbreken van middelen bij curatoren tot diepgaand onderzoek. De intentie ligt in dit soort gevallen ook op een ander niveau; professionele fraudeurs spelen doelbewust een spel met ondernemingen om daar persoonlijk beter te worden. In de Verenigde Staten hanteert men hiervoor dan ook de treffende term 'designer fraud'. Bij 'gewone' faillissementen daarentegen komt de intentie vooral voort uit de zelfzuchtigheid die zich van menig medewerker meester maakt in het zicht van een dreigend faillissement; dan is het ieder voor zich en pakken wat er nog te pakken is.

Daarbij komt ook de derde poot van de fraudedriehoek om de hoek kijken: de rationalisatie van het eigen gedrag. Daarmee sust een bestuurder of medewerker zichzelf in slaap als hij of zij middelen onttrekt aan de onderneming. Iemand die zich zijn hele werkzame leven heeft uitgesloofd voor zijn bedrijf, claimt impliciet het recht om zich in zicht van het faillissement nog waarden toe te eigenen. Iedereen raakt er dan op gericht om vooral zelf niet het (grootste) slachtoffer te worden op het moment dat het doek valt.

Een professionele fraudeur rationaliseert heel anders; hij handelt niet uit paniek of wrok maar vanuit een crimineel businessmodel. De gebruikte methoden zijn dan ook vaak veel meer doordacht en doortrapt dan die van een gelegenhedenfraudeur. Bij professionele fraude dienen opgerichte ondernemingen en/of rechtspersonen uitsluitend als vehikels om fraude te plegen, ten koste van bijvoorbeeld leveranciers, maar ook van de belastingdienst en sociale verzekeringsinstanties.

Haken en ogen bij onderzoek

Faillissementsfraude is een veelkoppig fenomeen. Het achterhalen van een specifiek geval kent dan ook de nodige haken en ogen. Zo is er pas sprake van faillissementsfraude ná het uitspreken van het faillissement. Pas vanaf dat moment kan onderzoek uitwijzen of er zich in de aanloop tot faillissement strafbaar gestelde gedragingen hebben voorgedaan. De curator is dan ook de primaire verdedigingslijn in de strijd tegen faillissementsfraude. Hij kan in terugblik stuiten op allerlei fraude-indicatoren, zoals een reeds lang tevoren geplande doorstart, onttrekkingen van middelen of het bevoordelen van specifieke crediteuren. Het nadeel is echter dat de curator dan in zekere zin achter de feiten aanloopt. Zijn taak wordt nog eens extra bemoeilijkt wanneer hij de forensische expertise ontbeert die nodig is om geraffineerde fraudemechanismen bloot te leggen.

Einde aan de straffeloosheid?

De betrekkelijke straffeloosheid van faillissementsfraude begint echter na vele jaren eindelijk zijn vanzelfsprekendheid te verliezen. Nieuwe wetgeving staat op het punt van invoering. Dat betekent een afscheid van beleid dat vooral bepaald leek te worden door periodieke oprispingen in de media naar aanleiding van prominente fraudegevallen. Een van de nieuwe maatregelen is een civielrechtelijk bestuursverbod voor notoire faillissementsfraudeurs dat wel vijf jaar kan gelden. Daarnaast lijkt er nu eindelijk serieus werk gemaakt te worden van de opsporing en vervolging van faillissementsfraude.

De Belastingdienst kent sinds 2012 het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude (CMP) in werking. In 2013 kondigde minister Opstelten van Veiligheid en Justitie de Rijksbrede aanpak van fraude aan. Het Openbaar Ministerie heeft de afgelopen paar jaar officieren van justitie aangewezen die zich voornamelijk bezig houden met faillissementsfraude. In sommige arrondissementen kunnen die officieren nu ook rekenen op ondersteuning van financieel rechercheurs. FIOD en Functioneel Parket (FP) hebben geïnvesteerd in verhoging van het expertiseniveau en zetten de capaciteit efficiënter in, al moet er nog steeds veel vooruitgang worden geboekt. Bij de politie is een begin gemaakt met aparte financieel-economische researcheteams.

Fraudesignalerende rol voor curator

In de opgevoerde strijd tegen de faillissementsfraude, waarbij een geïntegreerde aanpak het uitgangspunt is, past ook de beoogde wettelijke versterking van de positie van de curator. Deze kan zich straks niet langer beperken tot zijn kerntaak, de vereffening van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke schuldeisers. De wetgever ziet een ‘fraudesignalerende rol’ van de curator als een logisch verlengstuk van die kerntaak. Onderdeel daarvan is een meldplicht aan de rechter-commissaris van mogelijke onregelmatigheden die kunnen wijzen op faillissementsfraude. De rechter-commissaris kan vervolgens de curator gelasten om officieel melding te doen bij het genoemde CMP.

Een ander belangrijk element in wetsvoorstellen is het codificeren van de inlichtingen- en medewerkingsplicht van zowel formele als feitelijke bestuurders van de failliet jegens de curator. Met dat laatste is een oplossing gezocht voor het probleem dat faillissementsfraude vaak gepaard gaat met het ontbreken van een (fatsoenlijke) administratie. Het niet op orde hebben van de administratie wordt bovendien op zichzelf strafbaar. Lastig daarbij blijft wel de vraag wat onder een ondeugdelijke administratie precies moet worden verstaan. Het antwoord daarop krijgt in de recente jurisprudentie geleidelijk aan gestalte, maar is nog niet geheel uitgekristalliseerd.

De wettelijke uitbreiding van het begrip bestuurder moet het de curator mogelijk maken om ook degenen aan te pakken die feitelijk leiding geven, zelfs wanneer ze formeel geen relatie hebben tot de failliete onderneming. Ook die informeel leidinggevendenden krijgen te maken met de inlichtingenplicht jegens de curator. Al deze maatregelen moeten curatoren meer armslag verschaffen bij het opsporen van faillissementsfraude. De curator wordt als gevolg van de voorgestelde wettelijke veranderingen steeds meer een ‘civiele fraudebestrijder’.

Voldoende geld en expertise?

Of dat in de praktijk ook zo gaat werken hangt natuurlijk niet alleen af van verruiming van de wettelijke mogelijkheden. De toegenomen verantwoordelijkheid van de curator betekent dat nog meer komt af te hangen van de kwaliteit van het onderzoek dat hij verricht. Daarbij speelt niet alleen expertise een rol maar ook geld. De vraag is of bij toegenomen juridische armslag voor de curator de financiële armslag gelijke pas zal houden. Kan hij bij gecompliceerde fraudes bijvoorbeeld een forensisch accountant te hulp roepen? De Memorie van Toelichting bij de voorgestelde wijziging van de faillissementswet vermeldt vooralsnog slechts dat ‘zekerheidshalve (...) bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de financiering van de werkzaamheden van de curator’.

Zijn alle nieuwe maatregelen voldoende om faillissementsfraude van zijn aantrekkelijkheid te beroven? En als dat zo is, geldt dat dan voor zowel de gelegenheidsfraudeur als de professionele beoefenaar van ‘designer fraud’? Laten ze zich allebei afschrikken door de inlichtingenplicht en het dreigende bestuursverbod of zoeken ze nog creatievere wegen onderweg naar het faillissement? Zullen de curatoren die wegen in kaart weten te brengen? Die vragen laten zich moeilijk beantwoorden. En dat niet alleen omdat het de toekomst betreft. Er is nauwelijks of geen maatlat waaraan straks het effect van de nieuwe maatregelen kan worden afgemeten. Wanneer de mate van preventieve werking dus onmeetbaar is, zal de beoordeling van het succes of falen van repressie eveneens lastig worden. Politici en journalisten zijn dus vast gewaarschuwd ...