

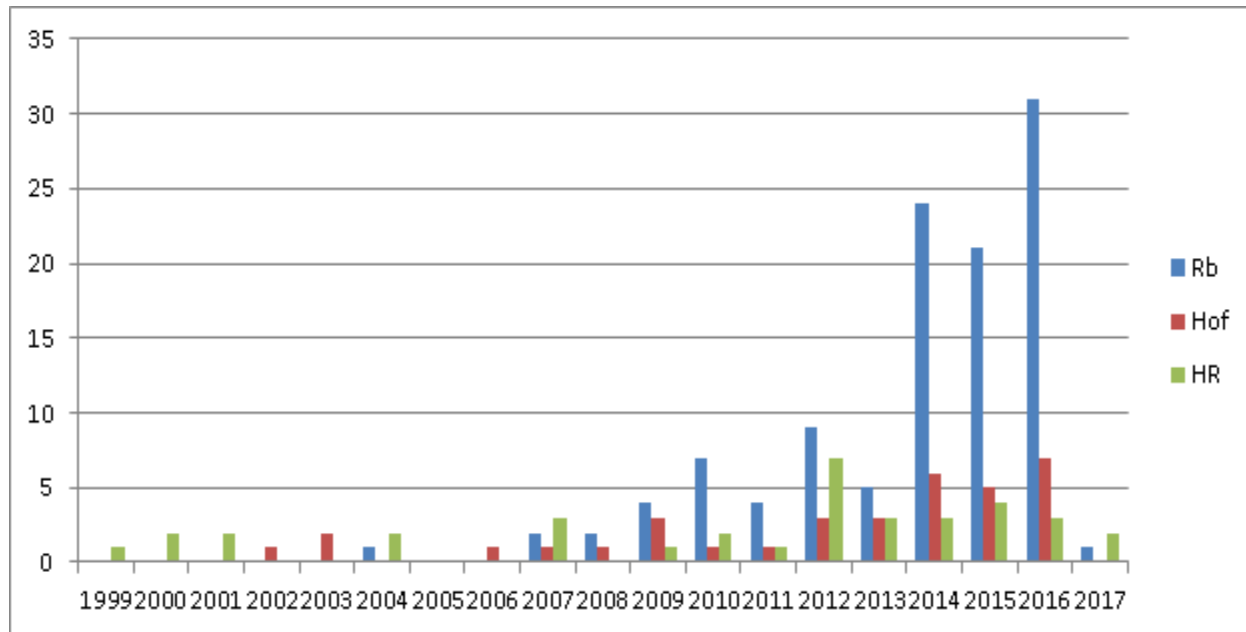
Strafrechtelijke vervolging & Het perspectief van de verdediging: verweren & strategieën,

perspectief van de strafrechtadvocaat en de verdediging in faillissementsfraudezaken

- **Specialisatie Opleiding Faillissementsfraude 2017**
 - **BijzonderStrafrecht Academie**

16 februari 2017
Mr. drs. W. de Vries

Aantal gepubliceerde fuitspraken op rechtspraak.nl:



→ Er lijkt meer aandacht voor faillissementsfraude

→ Kansrijke (?) verwerpen:

- a. Omvang administratieverplichting;
- b. Nemo-tenetur (en nieuwe wetgeving);
- c. Opzet.

→ Rol belastingdienst/'opsporing'?

→ Opstelling curatoren?

art. 344a. lid 1/2/3 onder 1. Sr (afgifteplicht):

→ na faillissement verplichting verstrekken
administratie aan curator;

art. 344a. lid 1/2/3 onder 2. Sr (administratie- en
bewaarplicht):

→ voor/tijdens faillissement niet voeren
administratie, *ten gevolge waarvan de
afhandeling wordt bemoeilijkt.*

Sleutelpositie (nieuwe) strafbaarstelling
faillissementsfraude = niet-naleven adm. verplichtingen

→ Nadruk op omzeilen verwijt niet voldoen adm.
verplichtingen

Want:

- zorgvuldige boekhouding helpt fraude en wanbeheer te voorkomen;
- ontbreken administratie bemoeilijk mogelijkheden herstel en vereffening ingeval van een faillissement.

344a Sr:

*“een ingevolge de wettelijke verplichtingen
gevoerde en bewaarde administratie”*

art. 2:10 BW (o.a):

*“dat te allen tijden kunnen de rechten en
verplichtingen van de rechtspersoon worden
gekend”*

- *Begrenzing aan administratieverplichting/
inlichtingenverplichting uit faillissementswet
(+ bestraffing bij niet-voldoen)?*
- *Begrenzing aan afgifteverplichting (nemo
tenetur)?*

- *Voldoende dat a.h.v. administratie jaarrekening kan worden opgesteld/positie schuldeisers duidelijk wordt?*
- *Doel: Uitsluitend 'faillissementsafwikkeling-aanknopingspunt'?*
- *Of (tevens) tot doel om te 'controleren' of geen sprake is van fraude? (Hilverda)*

MvT bij art. 344a Sv (om de hete brij heen draaien):

*“Dit wetsvoorstel wil (...) verandering brengen vanuit de gedachte dat een onvolledige administratie vrijwel altijd nadelige gevolgen voor de rechten van schuldeisers kan hebben. Belangrijk is voorts dat hierdoor vaak zowel in praktische als formele zin geen aanknopingspunten te vinden zijn om verder te **rechercheren**: door de lacuneuze boekhouding ontbreekt niet zelden cruciale informatie die bijvoorbeeld zou kunnen wijzen op strafbare onttrekking van goederen aan de boedel. Dit leidt in de praktijk tot het risico dat **fraudeurs** niet kunnen worden aangepakt.”*

MvT bij art. 344a Sv:

→ *Geen administratie (afgeven) duidt ‘vrijwel altijd’/‘niet zelden’ op benadeling schuldeisers (zoals strafbaar gesteld in artt. 340 -344 Sr)?*

Vraag:

→ *(redelijk?) vermoeden in de zin van art. 27 Sv?*

→ *Zo (nog) niet, vanaf welk ogenblik dan wel?*

Niet-strafrechtelijke domein: 'toezicht'

→ Informatie verplichtingen

Bevordert uitvoerbaarheid regelgeving

→ Juist in kader prop./subs.

- Kan leiden tot (sfeer)overgang naar punitief domein → zelfincriminatie?

Strijd met nemo tenetur?

Naast elkaar gebruik van controle- en opsporingsbevoegdheden is mogelijk (NJ 1989/390), mits waarborgen verdedigingsrechten (o.a (?) cautie):
sfeerovergang

→ *Zijn (met name) curatoren zich hiervan (voldoende) bewust?*

EHRM jurisprudentie nemo tenetur:

Onderscheid:

- **Afdwingen belastende informatie (*na verdenking/criminal charge*);**
 - Gebruik belastende informatie 'voor punitieve doeleinden' na voldoen aan inlichtingenverplichting
- **Moet worden afgegeven?**
- Mag het (vervolgens) worden gebruikt in Sr?

Funke (EHRM 25 februari 1993)

Na 'criminal charge' geen dwang tot inzage in ***documenten*** (ook Serves EHRM 20 oktober 1997):

Niet toegestaan is '*the bringing of a prosecution
with a view to obtaining incriminating documents
from the accused himself*'.

J.B. (EHRM 3 mei 2001)

→ Info voor naheffing én voor boeteoplegging.
Niet verstrekken *bescheiden* leidde tot boete.

Bescheiden in bezit belastingplichtige:

→ nemo tenetur van toepassing

Weh (EHRM 8 april 2004: overzichtsarrest)

- Nemo tenetur ziet op zowel voor als na 'charge'
- Boetedreiging bij niet-voldoen infoverplichting mag mits geen 'criminal charge'

Shannon (EHRM 4 oktober 2005)

- Na 'criminal charge' onderzoek ontneming (met spreekplicht)
- 'very real likelihood' dat info voor strafzaak zou worden gebruikt: nemo tenetur
- Uitsluiting bewijs in boete-/strafzaak ≠ rechtvaardiging spreekplicht

Vertaling nieuwe wetgeving:

- (zicht op) 'charge'? (MvT/Hilverda)
- afdwingen afgifte belastende informatie (art. 344a lid 1/2/3/ onderdeel 1, Sr is in strijd met nemo tenetur na 'charge'!
- verdediging moet omslagpunt benoemen!

KANS

Verlaat de gevangenis zonder
betalen

Probleem: HR snapt het (nog) niet...

Gelijk hebben is (in NL nog) niet gelijk krijgen....

→ HR maakt voornoemd onderscheid tussen
afdwingen na 'charge' en gebruik in Sr-
procedure niet;

→ HR staart zich blind op 'Saunders-doctrine'
... hierna meer...

EHRM jurisprudentie nemo tenetur:

Onderscheid:

- Afdwingen belastende informatie (*na* verdenking/criminal charge);
 - **Gebruik belastende informatie ‘voor punitieve doeleinden’ na voldoen aan inlichtingenverplichting**
- Moet worden afgegeven?
- **Mag het (vervolgens) worden gebruikt in Sr?**

- **Saunders** (EHRM 17 december 1996)
 - Info uit controle gebruikt voor criminal charge.
 - Nemo tenetur ziet “*primarily*” (HR: uitsluitend?) op zwijgen.
 - Niet onttrekken aan info-verplichting bij *wilsonafhankelijk materiaal*

Jalloh (EHRM 11 juni 2006)

→ ‘real evidence’ vs ‘Saunders-materiaal’: “The principle against self-incrimination (in its broader sense)” vs (in principe) alleen zwijgrecht.

→ ‘In its broader sense’ wordt gebaseerd op de fiscale zaken Funke en J.B.!

Chambaz (EHRM 5 april 2012)

→ Doorwerking nemo tenetur doorwerking in controle-fase: de *kans* dat door dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal (later) wordt gebruikt voor punitief doel + dwang = strijd nemo tenetur.

Ook: **Marttinen** (EHRM 21 april 2009): ‘garantie’

(“The Court also notes that the Government did not refer to any domestic case-law which would have authoritatively excluded the later admission in evidence against the applicant of any statements made by him in the enforcement inquiry.”)

Nog geen 'criminal charge':

→ burger moet meewerken aan toezicht, ook indien voor hem nadelig. Strikte Saunders-uitleg.

Na/zicht op 'criminal charge':

- Niet langer verplichting medewerking 'controle' (afgifteverplichting);
- gebruik uit controle verkregen materiaal is uit den boze voor Sr

vraag
om info

→ uitsluitend
controle

→ nakoming
verplicht

→ uitsl. bestuurl.
boete/Sr

→ nakoming
niet
verplicht

→ controle +
boete/Sr

→ wilsafh.?
→ wilsonafh.?

- ECLI:NL:HR:1117: kwalificatie van materiaal als ‘wilsonafhankelijk’ dan wel ‘wilsafhankelijk’ is verbonden aan de aard van het materiaal.
- ECLI:NL:2015:3354: materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte = wilsonafhankelijk

→ HR: bankafschr./doc's ≠ afhankelijk van de wil

HR 12 juli 2013:

“Wilsafhankelijk materiaal dat door de belastingplichtige ingevolge het bevel van de voorzieningenrechter is verstrekt, mag niet worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolgning van de belastingplichtige.

Zou dit laatste toch gebeuren, dan dient de belastingrechter of de strafrechter te bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden.”

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161 (inlichtingenplicht failliet)

“(...) die clausulering bestaat voor het onderhavige geval hierin dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring de restrictie wordt verbonden dat door verzoeker te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning dan komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van door de rechter gestelde restrictie toe aan de rechter die over de bestraffing beslist.”

Afgifteverplichting met mogelijkheid ook gebruik Sr:

HR: wils(on)afhankelijk?

EHRM: Nee (ook geen doc's: o.a. Funke, J.B.)

Geen garantie gebruik (ook) Sr:

HR: 359a Sv (≠ bepaald een garantie...)

EHRM: Nee (o.a. Marttinen)



(nieuwe) strafbaarstelling admin. plicht 344a Sr

→ Waarom curator mee opzadelen? (immers ook al in AWR, WED)?

‘opdracht curator om actief te onderzoeken of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Zo nodig dient de curator aangifte te doen op grond van art 344a en/of 344b Sr.’

(Nieuwe) strafbaarstelling admin. plicht 344a Sr

- Voldoende druk: gebrekkige administratie leidt al snel tot onbehoorlijk bestuur en dus bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:138/248 BW). Waarom dan ook nog strafrechtelijk?
- Desnoods invoeren strafbaarstelling niet voldoen vordering uit aanspr. stelling?

- Grootste en meest preferente crediteur is vaak de fiscus.
- Faillissementen willen verder nog wel eens volgen op een boekenonderzoek...

→ Niet verwonderlijk dat fiscus ‘meldt’:

Op basis van de strafbaarstelling in de WED geen actieve opsporing (Kamerstukken II 2013-2014, 33994, nr. 3, onderdeel 4.6, p. 12 (MvT))

Wel moet belastingdienst actief melden als er een signaal is van mogelijke misstanden.
(Kamerstukken II 2013-2014, 33994, nr. 3, onderdeel 4.6, p. 12 (MvT))



art. 340 Sr:

→ *Culpa t.a.v benadelende gevolg is voldoende*

artt. 341 e.v. Sr:

→ *Voorw. opzet is voldoende*

(Zicht op) faillissement blijft noodzakelijk voor
verwijt benadelen schuldeisers!

→ In eerste instantie afweging curator

Voorwaardelijk opzet voldoende: bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat crediteuren door gedraging(en) kunnen worden benadeeld.

Bij professionele fraudeurs is de aanmerkelijkheid geen discussie, echter:
Ondernemen is risico nemen.

Wat is aanmerkelijk?

- verdediging: de bewuste aanvaarding
- (mislukte) poging 'redden bedrijf': ontbreken materiële wederrechtelijkheid?

Hof Leeuwarden 13 februari 2009

“Verdachte is eerder als bestuurder in faillissementen verwickeld geweest. Dat hij desondanks, zonder op schrift gesteld bedrijfsplan en een sluitende begroting, opnieuw met de exploitatie van horecagelegenheden begon kan een omstandigheid zijn die erop wijst dat hij willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het ook nu weer mis zou gaan, maar het is met name die aanvaarding (willens en wetens) die zijn weerlegging vindt in de genoemde pogingen de ondergang van het bedrijf (en dus het onbetaald blijven van crediteuren) te voorkomen. Dat die pogingen niet succesvol waren toont nog niet aan dat deze moeten worden gekwalificeerd als een loos gebaar, dat enkel ondernomen werd om te verdoezelen dat benadeling van crediteuren wel degelijk willens en wetens werd aanvaard.”

Ontbreken opzet

- Beoordelen van de feiten en omstandigheden als geheel;
- Opzet vaak gestoeld op verwezenlijke benadeling;
- Transacties vaak niet op zichzelf.

ECLI:NL:GHAMS:2014:5365

“Bij de beantwoording van die vraag stelt het hof voorts voorop, gelet ook op hetgeen de raadsman in dat kader heeft aangevoerd, dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat de ten laste gedragingen in hun onderlinge verband en samenhang worden beoordeeld, hetgeen met zich kan brengen dat voor een samenhangend geheel van gedragingen geldt dat deze zijn verricht ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers, terwijl dat niet voor iedere afzonderlijke gedraging geldt.”

→ Feitelijk leidinggevers moeten zicht hebben op samenhangend geheel!

Hof Leeuwarden 13 februari 2009

“Verdachte is eerder als bestuurder in faillissementen verwikkeld geweest. Dat hij desondanks, zonder op schrift gesteld bedrijfsplan en een sluitende begroting, opnieuw met de exploitatie van horecagelegenheden begon kan een omstandigheid zijn die erop wijst dat hij willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het ook nu weer mis zou gaan, maar het is met name die aanvaarding (willens en wetens) die zijn weerlegging vindt in de genoemde pogingen de ondergang van het bedrijf (en dus het onbetaald blijven van crediteuren) te voorkomen. Dat die pogingen niet succesvol waren toont nog niet aan dat deze moeten worden gekwalificeerd als een loos gebaar, dat enkel ondernomen werd om te verdoezelen dat benadeling van crediteuren wel degelijk willens en wetens werd aanvaard.”

Opvallend:

- Belastingdienst beschikt over volledige administratie van failliete vennootschap door controle;
- Belastingdienst vermoedt fraude en stimuleert curator tot doen aangifte
- Curator doet aangifte vanwege niet-verstrekt krijgen van administratie

- art. 161 Sv: aangiftebevoegdheid 'ieder' (o.a. curatoren) bij kennisnemen misdrijf.
 - waarom doet de belastingdienst niet zelf aangifte? Legt zaak voor in Selectie Overleg?
 - kost curator tijd, advocaat roept curator op n.a.v. (vaak belabberde) aan
 - *verplichting voorleggen zaak aan contactambtenaar!*

- Invloed notarissen?
- In fraudezaken komen vaak dezelfde notarissen langs
- Weinig tuchtklachten?
- Achteraf beoordelen of na de oprichting gefraudeerd gaat worden
- Indicatoren voor verhoogde kans op fraude?





Wiebe de Vries

Jaeger Advocaten-belastingkundigen

devries@jaeger.nl

06-48352157