

# Faillissementsfraude

Hoe kan de Forensisch Auditor  
de curator van dienst zijn

[www.sagittarius.nu](http://www.sagittarius.nu)

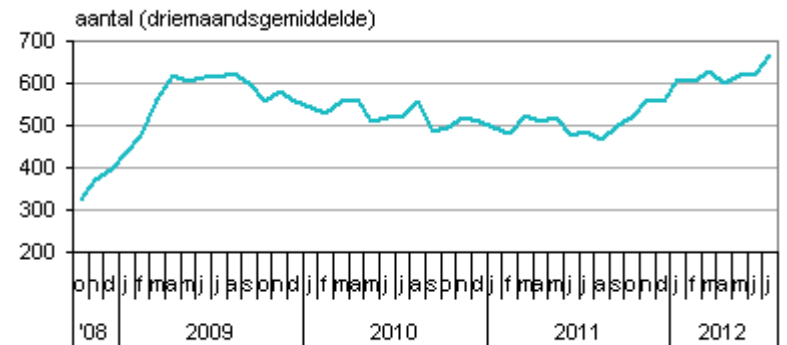


*Specialisten in Resultaat & Rendement*

# Inleiding

## Achtergrond

Op maandag 13 augustus 2012 publiceert het CBS in een Conjunctuurbericht dat het aantal faillissementen in de eerste zeven maanden van 2012 uitzonderlijk hoog is: 4475 bedrijven en instellingen. Waarvan 725 in juli 2012. "Zo hoog was het driemaands gemiddelde in de afgelopen decennia nog niet geweest", aldus het CBS.



Bron: CBS

*Figuur 1: Driemaands gemiddelde aantal faillissementen per juli 2012 in Nederland (bron: Centraal bureau voor de Statistiek (CBS))*

Een faillissement is in eerste instantie een droevig voorval. Een bedrijf of instelling heeft 'het niet gered'. Een persoonlijk drama voor de ondernemer, in ieder geval voor de werknemers. Zij zijn hun baan kwijt. De ondernemer is in ieder geval zijn eigen vermogen kwijt en wellicht een illusie armer. In tweede instantie is een faillissement een nuttig instrument. Een ondernemer kan met een schone lei verder, zonder de 'mislukking' als ballast mee te blijven dragen.

In veel gevallen zal het faillissement 'bonafide' zijn. De organisatie heeft het inderdaad niet gered. Maar waar bonafide faillissementen zijn, zijn ook malafide faillissementen. Het faillissement is gebruikt voor of onderdeel van het benadelen van schuldeisers. Voor of tijdens een faillissement kunnen er namelijk handelingen zijn verricht waardoor faillissementsschuldeisers op wederrechtelijke wijze opzettelijk (dreigen te) worden benadeeld. In dat geval is er sprake van faillissementsfraude.

Wat is de omvang van deze malafide faillissementen? In een uitzending van Zembla op 12 februari 2004 wordt gesteld dat één op de drie faillissementen frauduleus zou zijn. Dit aandeel wordt ondersteund door tal van onderzoeken, waar wordt gesproken over een kwart tot een derde van de faillissementen.

Uit een onderzoek van Dick Boer en Vinodh Lalta van het CBS in 2011 blijkt dat in 2010 in 11,8% van de faillissementen (692 stuks) er sprake was van een zekere strafbare benadelingen en in nog eens 11,8% van de gevallen (695 stuks) sprake van een waarschijnlijke strafbare benadeling. Voor besloten vennootschappen (BV's) liggen deze percentages zelfs hoger 13,4% respectievelijk 13%. De bronnen hierachter waren de faillissementsdossiers zoals opgesteld door de curator.

Het ligt dan voor de hand te concluderen dat het werkelijk aantal faillissementsfraudes hoger ligt dan de som van voorgaande percentages. Immers, de curator wordt betaald uit de failliete boedel en indien er door malafide handelingen geen boedel meer is, wordt het voor de curator lastig om dan een gedegen onderzoek uit te voeren. Het blijft dan bij vermoedens van de curator en deze komen niet in het dossier.

## Kwantificering schade

Uit de bovengenoemde analyse van het CBS blijkt ook dat de onbetaald gebleven schuld in situatie van zekere en waarschijnlijke strafbare benadeling aanzienlijk is, nl: € 688 miljoen, respectievelijk € 593 miljoen. De maatschappelijke schade kan nog veel groter zijn, bonafide leveranciers (schuldeisers) kunnen door het faillissement van hun klant zelf in een faillissement terecht komen, waardoor een kettingreactie ontstaat. Buiten dat schaadt faillissementsfraude het (vertrouwen in het) handelsverkeer en faillissementsfraude moet worden aangepakt om te voorkomen dat er een attitude ontstaat van 'misdaad loont'.

Bovengenoemde bedragen zijn inclusief bedrijven en instellingen die opereren als natuurlijke persoon (eenmanszaken en vennootschappen onder firma). Bij natuurlijke personen valt een onbetaalde schuld in de regel snel te verhalen op de natuurlijk persoon zelf. In het geval van een besloten vennootschap (voor NV's geldt dit ook, maar deze worden buiten beschouwing gelaten) is het verhalen van de schuld een lastigere zaak. De BV opereert namelijk als rechtspersoon.

In onderstaande tabel staan de gegevens ten aanzien van zekere en waarschijnlijke benadeling bij beëindigde faillissementen van BV's in 2010

	Geen benadeling	Zekere benadeling	Waarschijnlijke benadeling	Totaal
Beëindigde faillissementen van Bv's	73,5% (3336 gevallen)	13,4% (609 gevallen)	13% (591 gevallen)	100% (4536 gevallen)
Onbetaald gebleven schuld in totaal	€ 2.319 miljoen	€ 487 miljoen	€ 436 miljoen	€ 3.244 miljoen
Gemiddeld onbetaald gebleven schuld per faillissement	€ 696.000	€ 799.000	€ 740.000	€ 715.000

Tabel 1: Gegevensoverzicht onbetaald gebleven schuld bij faillissementen

Uit bovenstaande kan worden afgeleid dat de curator in zijn dagelijks praktijk meer gevallen tegenkomt waarin sprake zou kunnen zijn van zekere of waarschijnlijke strafbare benadeling, maar hiervoor:

- **Onvoldoende bewijsmateriaal kan vinden**
  - Door tijdgebrek (de boedel staat het niet toe)
  - Door kennisgebrek (de curator is vooral een jurist en geen 'boekhouder')

Of:

- **Niet tot verdere actie besluit**
  - Omdat een civiele procedure tijd (en dus geld) kost
  - Omdat een strafrechtelijke procedure de boedel niet direct verhoogt, maar wel tijd (en dus geld) kost
  - En/of de aangetroffen boedel deze inspanningen niet rationaliseert
  - En/of er onvoldoende baten zijn te verwachten uit verder acties, waardoor de garantieregeling niet van toepassing is

Een interessante vraag is: Kunnen forensische auditors met hun specifieke vaardigheden de curator ondersteunen in het onderzoeken en bewijzen van faillissementsfraude?

## Fraude en faillissementsfraude

### Fraude

Fraude is een begrip dat alleen voorkomt in het reguliere taalgebruik. Het begrip fraude is in het strafrecht niet gedefinieerd als delict. Fraude is een verzamelnaam waarmee het onrechtmatig handelen wordt bedoeld ter verkrijging van voordeel.

*“Fraude betreft een opzettelijke handeling, waarbij door het geven van onjuiste voorstelling van zaken een gepretendeerde rechtvaardiging voor de handeling ontstaat, waardoor een onrechtmatig voordeel wordt verkregen.”*

Uit bovenstaande definitie is af te leiden dat, hoe verschillend ze ook zijn, steeds dezelfde termen en aspecten terug komen:

- 1 Er is sprake van een opzettelijke handeling
- 2 Er is sprake van misleiding
- 3 Er is sprake van verkrijgen van voordeel/oplopen van nadeel

### Fraude driehoek:

In de literatuur over fraude wordt doorgaans de fraudedriehoek gebruikt, gebaseerd op onderzoek van Donald R. Cressy. De fraude driehoek is een instrument om aan te duiden welke voorwaarden doorgaans moeten zijn vervuld als een fraude zich voordoet of voordat een fraudeur over gaat tot het daadwerkelijke plegen van fraude.

Er zijn drie voorwaarden te onderscheiden:

- 1 Gelegenheid (= kunnen)
- 2 Druk (=moeten)
- 3 Rationalisatie (= willen)

In figuur 2 is de fraude driehoek schematisch weergegeven.



Figuur 2: De fraudedriehoek

## 1 **Gelegenheid**

Gelegenheid maakt de dief is het spreekwoord. Er moet een mogelijkheid zijn om fraude te kunnen plegen. Dit kan veroorzaakt worden doordat iemand op een vertrouwelijke positie in een organisatie werkt, maar doorgaans is het de gebrekkige interne beheersing en interne controle. Tot slot kunnen het ook posities betreffen waar mensen veel macht of beslissingsbevoegdheid hebben.

## 2 **Druk**

Druk is te vertalen als het motief. Waarom wil iemand frauderen? Hier kunnen privé omstandigheden aan ten grondslag liggen zoals geldgebrek, veroorzaakt door een financiële problemen, een verslaving, etc. Het kan ook veroorzaakt worden door beoordelingssystemen. Hoge bonussen kunnen leiden tot ongewenst gedrag. Andere oorzaken kunnen gevonden worden in hebzucht, status of het vervullen van een bepaalde ambitie.

## 3 **Rationalisatie**

Rationalisatie is de rechtvaardiging van het ongewenste gedrag. Mensen hebben doorgaans een behoorlijke mate van ethisch besef, die hen weerhoudt om fraude te plegen. Op het moment dat situaties zich voordoen dat anderen ook frauderen of het gedrag van de top ('Tone at the top') niet het goede voorbeeld geeft, kan deze laatste barrière geslecht worden. Rationalisatie drijft iemand niet tot fraude. Echter, zonder rationalisatie kan iemand zijn handelen niet rechtvaardigen en daarom niet tot die handeling komen.

### **Gelegenheid:**

Ondernemers die afstevenen op een faillissement zijn doorgaans dusdanig druk bezig het hoofd boven water te houden dat er minder prioriteit wordt gegeven aan het naleven van regels en procedures. Er wordt bezuinigd op de interne beheersing waardoor het risico bestaat dat functiescheidingen worden doorbroken. In het zicht van het faillissement neemt de gelegenheid exponentieel toe.

In dien er sprake is van kwade opzet zijn bestuurders/directie bevoegd tot al het handelen in de organisatie en hebben daarmee zelf ruime gelegenheid voorhanden. De fraudeur heeft zijn eigen gelegenheid gecreëerd.

### **Druk:**

Voor ondernemers die failliet gaan is druk een gegeven. Elke dag staat in het teken van overleven: uitstellen van betalingen, overleg met de bank, boze leveranciers afwimpelen, etc. Als dit langdurig aan de orde is neemt de druk steeds verder toe, en daarmee de vatbaarheid voor frauduleuze handelingen bijvoorbeeld door het willen handhaven van een bepaalde levensstijl, voorkomen van gezichtsverlies, behoud van status, etc.

In het geval van kwade opzet komt de druk voort uit geldgewin. Frauderen is de fraudeur zijn bron van inkomsten, eigenlijk is het 'business as usual'.

## Rationalisatie:

Ondernemers in een faillissement rationaliseren hun handelen doordat zij zichzelf beoordelen op hun intenties en niet op de daadwerkelijk gepleegde handelingen. Zo kan een ondernemer zijn handelen rationaliseren vanuit de beeldvorming dat hij probeert 'alle gezinnen die van zijn bedrijf leven' te helpen of dat er de intentie was om het later terug te betalen. Het handelen komt voort uit de intentie om te redden wat er te redden valt

In het geval van kwade opzet komt heeft de fraudeur de rationalisatie al achter de rug. Dit is namelijk al gebeurd bij de opzet van de constructie of fraudevorm. Het ethisch besef waarover eerder is gesproken is bij deze fraudeurs niet of in mindere mate aanwezig, waardoor het nauwelijks een of geen barrière vormt.

## Faillissementsfraude

Faillissementsfraude wordt gedefinieerd als:

*"Opzettelijk (inclusief voorwaardelijke opzet) en ongeoorloofd gedrag voor of tijdens faillissement, waardoor faillissementsschuldeisers opzettelijk of culpoos kunnen worden benadeeld"*

Faillissementsfraude in ruime zin is een (verschijnings-)vorm van fraude. Het betreft een verbijzondering van fraudegevallen die direct of indirect gerelateerd zijn aan een faillissement. De term faillissementsfraude staat net zo min als de term fraude in de wet, maar komt neer op het benadelen van schuldeisers door het onttrekken van goederen en/of geld aan de failliete boedel of door het failliet laten gaan van een organisatie.

In ieder geval is er bij faillissementsfraude sprake van benadelingshandelingen. Onder de term 'benadelingshandelingen' wordt verstaan:

*'Alle handelingen van personen of instanties die betrokken zijn bij een failliet verklaarde onderneming en/of bij het faillissement van die onderneming, die in hun gevolgen potentieel nadelig zijn voor andere personen/instanties die aanspraken op de boedel kunnen doen gelden.'*

De volgende vormen van faillissementsfraude in ruime zin zijn te definiëren:

- 1 Faillissementsfraude in enge zin
  - a Opgezet en/of misbruikt voor faillissement
  - b Onregelmatigheden m.b.t. de boedel / Gelegenheidsfraude
- 2 Misbruik van faillissement
- 3 Onbehoorlijk bestuur

## Faillissementsfraude in enge zin

Faillissementsfraude in enge zin kan zich in hoofdzaak in twee vormen voordoen:

- a Het opzetten en failliet laten gaan van een organisatie kan onderdeel zijn van een vooropgezet plan om schuldeisers door middel van faillissement te benadelen. Voorbeelden van deze vorm zijn gevallen waarin aanzienlijke sommen aan niet-afgedragen belastinggelden en sociale-verzekeringspremies als schulden in het faillissement achterblijven. Of situaties waarin leveran-

ciers te goeder trouw goederen op rekening hebben geleverd, deze niet betaald krijgen om er vervolgens achter te komen dat de klant zijn activa verkocht heeft en er een lege organisatie achterblijft, waar niets meer te halen valt. In deze gevallen is het faillissement opgezet of gebruikt met het oogmerk om crediteuren te benadelen.

- b** Indien een faillissement aanstaande is of al reeds uitgesproken, kunnen er ten aanzien van de activa nog benadelingshandelingen worden verricht. Onverplichte crediteuren kunnen worden betaald, activa kan tegen te lage waarde worden verkocht of declaraties van de eigen bestuurders worden als eerste voldaan. In al deze gevallen wordt getracht op illegitieme wijze voordeel te behalen door activa aan de boedel te onttrekken. Er is hier ook wel een sprake zijn van wat in de literatuur 'Gelegenheidsfraude' wordt genoemd: ondernemers die het hoofd niet meer boven water kunnen houden en, vlak voordat het faillissement wordt uitgesproken, activa onttrekken aan de boedel

### **Misbruik van faillissement**

Het faillissement kan een middel zijn waarmee een organisatie zich ontdoet van verplichtingen die voortvloeien uit lopende (duur)overeenkomsten, bijvoorbeeld arbeids-, huur- of leaseovereenkomsten. Er is dan sprake van misbruik van faillissement.

Van een 'oneigenlijke beëindiging' is sprake als de financiële toestand van de rechtspersoon op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat zij haar verplichtingen uit deze overeenkomsten, inclusief de lasten die zouden voortvloeien uit reguliere beëindiging van deze overeenkomsten, had kunnen dragen zonder dat de continuïteit in gevaar zou komen.

In die gevallen waarin de financiële situatie wel het voortbestaan van de onderneming in gevaar zou hebben gebracht, kan er sprake zijn van een 'doorstart'. Personeel, verhuurders en leasemaatschappijen blijven dan (ten dele) met lege handen achter, maar zonder dat de failliet wederrechtelijk heeft gehandeld. In dergelijke gevallen wordt geen misbruik aangenomen.

Misbruik van faillissement kan aanleiding zijn tot een civielrechtelijke actie die kan leiden tot vernietiging van het faillissement. Als zowel de opzet als het faillissement van een Rechtspersoon deel uitmaken van een vooropgezet plan tot benadeling, kunnen ook Strafrechtelijke sancties van toepassing zijn.

### **Onbehoorlijk bestuur**

Een faillissement kan ook voortkomen uit ondeskundigheid, slordigheid, nalatigheid of onbekwaamheid van de bestuurder(s). Een veel voorkomende situatie is dat geen of geen deugdelijke administratie is gevoerd of de jaarrekening niet zijn gedeponerd.

Het niet voldoen aan een van de leden van dit artikel 10: BW 2 kan voor de curator al reden zijn om onbehoorlijk bestuur te vermoeden. Als het handelen van de bestuurder niet verwijtbaar is, wordt gesproken over 'ondeskundig handelen'. Als het handelen of nalaten wel verwijtbaar is, dan is er spraken

van 'onbehoorlijk bestuur'. In beginsel zijn dan civielrechtelijke sancties van toepassing. In uitzonderlijke gevallen kunnen strafrechtelijke sancties worden toegepast.

Samengevat heeft de curator, civielrechtelijk, de volgende middelen om (mogelijke) faillissementsfraude aan te pakken:

- 1 Actio Pauliana
- 2 Bestuurdersaansprakelijkheid
- 3 Onrechtmatige daad

## 1 Actio Pauliana

Schuldenaren proberen schuldeisers soms (bewust of onbewust) te benadelen. Dit kan gebeuren door in het zicht van het faillissement onderdelen van de boedel tegen een te lage prijs (een niet op de markt geldende prijs) te verkopen aan gelieerde vennootschappen, bevriende derden of familieleden. Ook het onverplicht betalen van rekeningen, hoort hier toe.

Om de gevolgen van deze handelingen terug te kunnen draaien, is in de Actio Pauliana opgenomen. Deze is te vinden in boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 45-48. Een Actio Pauliana vernietigt de rechtshandeling alleen ten behoeve van de schuldeiser die een beroep heeft gedaan op de Actio Pauliana.

In het kader van faillissementen biedt de Faillissementswet een bijzondere vorm van de Actio Pauliana, de faillissements-pauliana (art. 42 Fw). Deze beschermt schuldeisers tegen benadeling door de failliet.

Alleen de curator heeft de bevoegdheid om de faillissements-pauliana in te roepen. Individuele schuldeisers hebben deze bevoegdheid niet. De curator oefent de bevoegdheid namelijk uit ten behoeve van de boedel en daarmee ten behoeve van alle schuldeisers gezamenlijk.

Indien de curator een rechtshandeling op grond van Pauliana vernietigt, heeft de rechtshandeling nooit bestaan en komen de activa van rechtswege weer terug in de boedel. Het kan voorkomen dat een gerechtelijke procedure noodzakelijk is om de activa weer terug in de boedel te krijgen. De curator moet dan bewijzen dat de failliet wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers tot gevolg zou hebben. In de praktijk blijkt dit een zware bewijslast is, waarbij volgens jurisprudentie de enkele wetenschap van kans op benadeling niet voldoende is.

Verder stellen zij dat uit jurisprudentie blijkt dat er sprake is van benadeling van schuldeisers indien het actief van de boedel kleiner is dan het zou zijn geweest indien de gewraakte handeling niet was verricht.

Als de curator overweegt een faillissements-pauliana procedure in te roepen, bestaat de mogelijkheid om via de garantstellingregeling curatoren, aanspraak maken op een voorschot van het ministerie van Justitie.



## 2 Bestuurdersaansprakelijkheid

Van bestuurdersaansprakelijkheid bij een faillissement kan sprake zijn als:

- 1 Het bestuur heeft zijn taak niet behoorlijk vervuld
- 2 Dit is een belangrijke oorzaak van het faillissement

Als onderdeel van de Derde Misbruikwet zijn in 1987 de artikelen 2:138 (voor NV's) /2:248 (voor Bv's) in het Burgerlijk Wetboek ingevoerd. De derde misbruikwet is gericht op bestuurders die opzettelijk rechtspersonen misbruiken en op de onverantwoordelijke roekeloze bestuurders. Voorgenoemde artikelen regelen de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel ten tijde van faillissement. De curator kan een vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid instellen, daarbij optredend in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Elke bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van de boedel indien voldaan is aan bovenstaande 2 voorwaarden

*“In geval van faillissement van de (naamloze) vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.”*

*“Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.”*

Indien de bestuurder niet voldaan heeft aan de administratieplicht (art. 2:10 BW) of publicatieplicht van de jaarrekening (art. 2:394 BW) treedt een dubbel rechtsvermoeden in. In de eerste plaats ontstaat het onweerlegbare (er is namelijk geen administratie aangetroffen) vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. In de tweede plaats wordt weerlegbaar vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Bestuurdersaansprakelijkheid kan buitengerechtelijk worden ingesteld. Evenals de Actio Pauliana zal in veel gevallen zal een gerechtelijke procedure volgen omdat de bestuurder onbehoorlijke taakvervulling zal ontkennen. Bestuurdersaansprakelijkheid eindigt ook regelmatig in een schikking; curator en bestuurder komen dan overeen dat de bestuurder een bepaald bedrag betaalt tegen finale kwijtschelding van de aansprakelijkheid. De curator mag pas overgaan tot aansprakelijkheidsstelling indien hij ervan overtuigd is dat de bestuurder zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld.

## 3 Onrechtmatige daad

Onrechtmatige daad is vastgelegd in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. De leden van dit artikel zien er als volgt uit:

- 1 Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

- 2 Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
- 3 Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Individuele crediteuren kunnen een vordering uit onrechtmatige daad tegen de bestuurders van de vennootschap instellen in geval een transactie is aangegaan namens de insolvente vennootschap en deze niet aan haar verplichtingen voldoet. Maar de bestuurder is alleen aansprakelijk indien hij namens de vennootschap een overeenkomst aangaat en bij het aangaan van deze overeenkomst wist of redelijkerwijs kon weten dat de vennootschap binnen een redelijke termijn niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

Ook de curator is bevoegd een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen, in dit geval namens de gezamenlijke schuldeisers. Indien de curator onrechtmatige daad instelt, blijven de individuele schuldeisers bevoegd zelf een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te vorderen. Er zal echter geen sprake meer zijn van schade en dus zal de vordering van de individuele schuldeisers afgewezen worden.

Het instellen van een onrechtmatige daad tegen de bestuurders van de failliete vennootschap is niet het meest effectieve middel. De bewijslast is namelijk zwaarder dan bij bestuurdersaansprakelijkheid of paulianeus handelen.

Verder is de onrechtmatige daad, in tegenstelling tot de faillissements-pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de derde misbruikwet, niet specifiek geschreven voor faillissement.

## Resume

Zoals gesteld is het aantonen van onrechtmatige daad juridisch een harde dobber. Veelal zal een curator meer succes hebben met het aansprakelijk stellen van bestuurders of het benoemen van paulianeuze gedragingen.

Deze hebben, bij succes, ook een verhogend effect op de boedel, waardoor schuldeisers baat kunnen hebben bij deze vorm van vervolging. Vaak echter zal de 'beklaagde' zich juridisch gaan verweren, waardoor een slepende zaak dreigt. De curator zal dan de neiging hebben tot schikken.

Forensische auditors hebben geen juridische bevoegdheden en kunnen niet sanctioneren. De meerwaarde van de forensisch auditor voor de curator zal zich moeten ontploegen in het sneller en beter inzichtelijk maken van (financiële) benadelingshandelingen, waardoor de curator snel en effectief (lees: goed onderbouwd) zijn sanctiemogelijkheden tegen de faillissementsfraudeur kan inzetten.

Een curator kiest doorgaans niet voor strafrechtelijke vervolging. Daarvoor is aangifte bij de politie noodzakelijk. De curator moet dan veel werk verrichten om de aangifte goed te onderbouwen. Deze werkzaamheden moeten worden betaald uit de veelal geringe boedel van de failliet, waardoor de curator het risico loopt dat zijn rekening onbetaald blijft.

Bovendien veronderstellen veel curatoren dat het Openbaar Ministerie er toch geen werk van maakt.

Tot slot: een strafrechtelijke veroordeling leidt niet direct tot verhoging van de boedel, waardoor de schuldeisers minder baat hebben bij een strafrechtelijke vervolging. Met name de maatschappij heeft baat bij deze vervolging: "Misdad loont niet."

## Praktische analyse

### Behoeft van de curator

Een centrale rol bij faillissementen is weggelegd voor de curator. Ook in het omgaan met faillissementsfraude of andere onregelmatigheden is de curator de aangewezen persoon om hierop actie te ondernemen. De curator is immers diegene die in eerste instantie het beste in staat is om zich een beeld te vormen omtrent het faillissement en daarmee ook van de eventuele onregelmatigheden in betrefft faillissement.

Indien een curator onregelmatigheden aantreft staat de navolgende vervolgstap tot zijn beschikking, te weten:

### Aanvullende informatie inwinnen c.q. een nader onderzoek instellen

Het staat de curator vrij om deze vervolgstap zelf uit te voeren dan wel te laten uitvoeren. Overwegingen van de curator om het zelf uit te voeren vinden vooral hun oorsprong in het feit dat de curator dan geen externe partij hoeft in te huren en dien ten gevolge ook geen extra budget via de Rechter Commissaris hiervoor hoeft aan te vragen. Overwegingen om de vervolgstap niet zelf uit te voeren liggen in het feit dat doorgaans de boekhoudkundige cq. financiële kennis van de betreffende curator niet toereikend is om de mogelijke fraude te detecteren, laat staan deze fraude door middel van fact-finding aan te kunnen tonen.

Voor het zelf uitvoeren van het inwinnen van extra informatie heeft de curator beschikking tot het programma "Vennoot". Via dit systeem kunnen vragen worden beantwoord over de betrokkenheid van bepaalde natuurlijke personen en rechtspersonen bij failliete rechtspersonen en andere rechtspersonen.

## Toegevoegde waarde van de forensisch auditor

### Indicatoren voor onregelmatigheden

De Forensisch auditor kan ingeschakeld worden door de curator, voor nader cq. aanvullend onderzoek. Er zijn indicatoren om het soort faillissement te kunnen duiden. De Forensisch auditor kan door zijn ervaring en skills duiden om welk soort faillissementsfraude het gaat.

Het is dan ook met name hier waar de rol van de Forensisch auditor zeer groot en doorslaggevend kan zijn. Direct na uitspraak van het faillissement dient de curator de administratie en aanverwante digitale gegevens veilig te stellen.

Hierbij valt te denken aan:

- De gehele administratie zowel digitaal als op papier
- Zowel financiële systemen als logistieke systemen
- E-mail servers en file servers
- Harde schijven (lokaal, remote en Cloud) van verdere kantoorautomatisering
- Back-up's
- Overige gegevensdragers zoals telefoons, Pda's, Cd's/Dvd's, USB-Sticks, etc.
- De inhoud van meestal de kluis met daarin aandeelhouders registers, kasstukken en kasgeld, jaarrekeningen.

De curator moet voldoende inzicht krijgen in deze fase over de bruikbaarheid van de administratie. Om deze bruikbaarheid te kunnen beoordelen is er een aantal zaken van belang voor de curator.

Allereerst dient de curator te weten welke administraties er binnen de onderneming worden gevoerd, met name bij een holdingstructuur zullen er meerdere administraties zijn. Deze administraties dienen zo spoedig mogelijk te worden veiliggesteld. Dit wil zeggen zowel een hardcopy digitaal als uitdraaien van het grootboek, verwerkingsverslagen en saldibalansen. Zodoende kunnen eventuele wijzigingen na faillissement geduid en bewezen worden.

Vervolgens is het van belang om de administratie later zinvol te kunnen gebruiken ten behoeve van het afwickelen van het faillissement dat de administratie bijgewerkt is tot op het moment van faillissement.

Indien de administratie niet volledig bij is, is het raadzaam dat de curator de administratie bij laat werken door de afdeling administratie of hij laat dit doen door een externe.

Met name indien de administratie niet volledig bij is, is het van essentieel belang dat er een hard copy van de administratie aanwezig is ten tijden van de aanvang van het faillissement. Indien de afdeling administratie onvolkomenheden met terug werkende kracht wil corrigeren (wegpoetsen) is deze hardcopy als bewijsvoering zeer belangrijk.

Naast de administratie is het van belang dat de curator de jaarrekeningen van de afgelopen jaren is zijn bezit krijgt. Vooral de uitgebreide jaarrekeningen zijn van groot belang. Via de Kamer van Koophandel

kunnen weliswaar de gedeponeerde jaarrekeningen worden opgevraagd, maar deze jaarrekeningen geven bij kleine en middelgrote ondernemingen niet de meest uitgebreide informatie. Aanvullende gegevens bij de jaarrekening zoals management letter, accountantsverklaringen zijn ook van belang.

Indien de curator alle relevante zaken heeft veilig gesteld en indien er een vermoeden van onvolkomenheden is, kan de curator overgaan tot het inhuren van een Forensisch auditor. Het is aan de curator om de vermoedens cq. de constatering van onvolkomenheden te (laten) onderbouwen.

Met name bij faillissementen is de planning van het onderzoek cruciaal. De Forensisch auditor moet opereren onder hoge tijdsdruk om de vaart in het faillissement erin te houden. Tijd is een belangrijke factor in het vergaren van bewijsmateriaal.

De uitvoering van het onderzoek kan afhankelijk van de soort en de omvang van de fraude verschillen. Echter in het algemeen kunnen de navolgende onderzoeken plaatsvinden:

#### Onderzoeken van de waarschijnlijkheid van fraude

Het is evident dat in de praktijk er pas onderzoek naar fraude gepleegd wordt als hier een sterke aanleiding voor is.

Indien er alleen een vermoeden bestaat en er geen directe aanwijzingen zijn dan kan de Forensisch auditor in die gevallen de curator van dienst zijn om aan de hand van een aantal parameters de waarschijnlijkheid van faillissementsfraude aan te geven.

Een instrument voor deze analyse is bijvoorbeeld het gebruik van:

- 1 Beneish ratio's
- 2 Benford Analyse

#### 1 **Beneish ratios:**

Dit een wiskundig model dat acht financiële ratio's gebruikt om te bepalen of een onderneming haar winst manipuleert. De variabelen zijn opgebouwd uit de financiële staten van de onderneming en resulteren in een score die de mate aangeeft waarin de winst is gemanipuleerd.

Volgens Beneish zijn ondernemingen waarbij de M score hoger dan -2,22 uitkomt aan te merken als ondernemingen met een hoge waarschijnlijkheid van winst manipulatie.

De connectie tussen manipulatie van de winst en faillissementsfraude is tweeledig.

Ten eerste kan gesteld worden dat door middel van winst manipulatie er verkeerde financiële opstellingen zijn verstrekt waardoor diegenen die op deze informatie mochten vertrouwen verkeerd zijn voorgelicht en dus gedupeerde zijn in het faillissement.

De winstmanipulatie op zich zal het faillissement zeer waarschijnlijk niet veroorzaken, echter de schade die schuldeisers door het faillissement leiden is oorspronkelijk terug te voeren naar de foutieve informatieverstrekking.

De Forensische Auditor kan de Beneish ratio's betrekkelijk eenvoudig en met relatief weinig middelen uitvoeren, hetgeen voor de curator een kleine investering betekent vanuit de boedel.

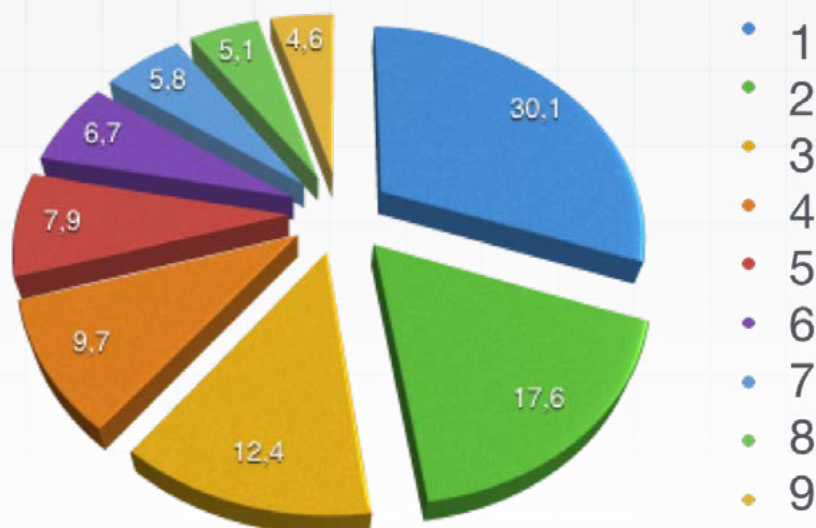
## 2 Benford Analyse

De wet van Benford is vernoemd naar de natuurkundige Frank Benford, die in het jaar 1938 een wetenschappelijk artikel publiceerde waarin hij, op basis van empirisch bewijs, een wet beschreef die stelt dat de verdeling van de begincijfers van getallen die deel uitmaken van een dataset logaritmisch verdeeld zijn en geen uniforme verdeling volgen, zoals men intuïtief zou verwachten.

De reden waarom de wet van Benford kan helpen bij het opsporen van fraude is dat het aan-nemelijk is dat accountingdata (bij benadering) voldoet aan de wet van Benford. Accountingge-tallen zijn meestal een combinatie van verschillende andere getallen, die allen een verschillen-de verdeling hebben. Zo geldt bijvoorbeeld dat het bedrag aan debiteuren gelijk is aan het aantal items dat men verkocht heeft vermenigvuldigd met de prijs per item.

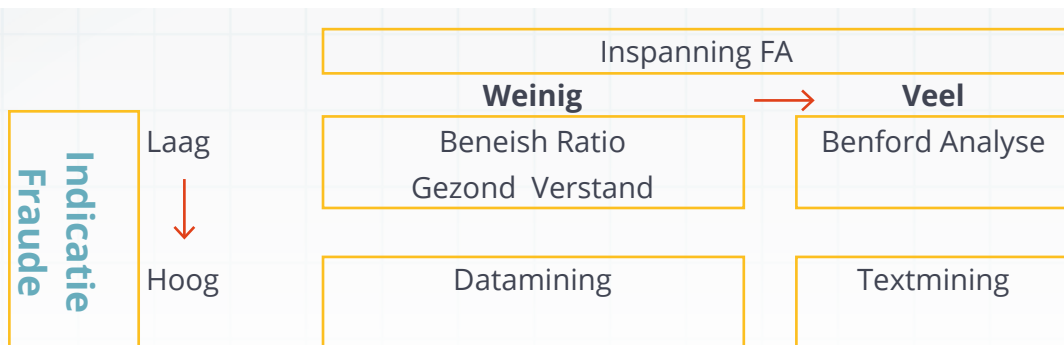
Aan de hand van de wet van Benford is het zeer wel mogelijk om een gefingeerde cq. gemanipuleerde boekhouding te ontmaskeren. Het is zaak om de boekhouding digitaal via de databa-se waar de boekhouding gebruik van maakt beschikbaar te hebben zodat een analyse op de begincijfers kan worden gestart.

Per begincijfers is er volgens de wet van Benford een bepaalde verdeling van toepassing, in figuur 5 is door middel van een taartdiagram deze verdeling weergegeven.



Figuur 5: Verdeling begincijfer volgens 'wet van Benford'

Om de curator een handvat te geven in de overwegingen voor het inzetten van een forensisch accountant kan onderstaand schema een richtlijn geven. Het schema is in vier kwadranten ingedeeld waarbij de Indicatie op Fraude afgezet wordt tegen de benodigde inspanning van een Forensisch accountant.



Figuur 6: Inspanning Forensisch Auditor versus Fraude indicatie

In het eerste kwadrant waarin sprake is van weinig inspanning van de Forensisch Auditor in relatie met een lage indicatie van fraude kom en de onderzoektypen Beneish Ratio en Gezond Verstand terug.

Indien er geen goede indicatie voor faillissementsfraude is maar er wel de indruk is dat er onregelmatigheden voor of tijdens het faillissement hebben plaatsgevonden zijn dit de onderzoektypen die weinig inspanning vergen.

De Curator kan bijvoorbeeld aan de hand van interviews of naar aanleiding van een onverklaarbare sterke daling van de omzet de indruk krijgen dat er iets aan de hand is met het faillissement zonder een sterke indicatie te hebben waar de fraude exact heeft plaats gevonden.

In zulke gevallen geeft de Beneish Ratio in korte tijd een duidelijke inschatting of er met de financiële verslaglegging in het verleden is gemanipuleerd.

Gezond verstand daarentegen is minder gestructureerd en komt neer op de ervaring en de scherpzinnigheid van de onderzoeker. Bijvoorbeeld een vergelijk tussen jaarrekeningen van verschillende jaren kan in veel gevallen al heel snel leiden tot aanknopingspunten. Met name als de onderzoeker de moeite neemt om de toelichting op de jaarrekening aandachtig te bestuderen. Hierin worden veelal wijzigingen van waarderingsgrondslagen aangegeven en ook de juridische status van vreemd vermogen wordt hierin aangegeven. Een grondige analyse van de boekhouding en onderliggende stukken kan ook in een kort tijdsbestek de nodige aanknopingspunten opleveren voor mogelijke fraude cq onregelmatigheden.

In het tweede kwadrant is er sprake van een lage indicatie van fraude maar de Forensisch Auditor zal relatief veel inspanningen moeten verrichten om de fraude of de waarschijnlijkheid van fraude te kunnen aantonen.

In dit kwadrant is als onderzoektype de Benford Analyse genoemd. Met de Benford Analyse tracht de Forensisch Auditor aan de hand van analyse van het begincijfer aan te kunnen tonen of er sprake is van gefingeerde bedragen. De Benford Analyse is alleen effectief als de fraude een structureel karakter heeft, enkele gefingeerde bedragen worden door middel van deze analyse niet zichtbaar.

In het derde kwadrant is er een lage inspanning van de Forensisch Auditor in combinatie met een hoge indicatie van fraude. In dit kwadrant is het onderzoektype datamining van toepassing. Bij datamining wordt een gestructureerde database onderzocht op een van te voren bekende verdenking cq fraude. De beschikbare software ten behoeve van Datamining is heden ten dagen dusdanig ontwikkeld dat met relatief weinig effort er al informatie verkregen kan worden over de mogelijke fraude. Met name de geautomatiseerde transformatie van data naar informatie is de reden dat in kort tijdsbestek er een gedegen onderzoek kan plaatsvinden als er maar een aanwijzing is waar of hoe de fraude heeft plaats gevonden

Ten slotte in het vierde kwadrant betreft het veel inspanning van de Forensisch Auditor in relatie met een lage indicatie van de mogelijke fraude. Indien de indicatie van de fraude laag is maar er wel digitale gegevens beschikbaar zijn is textmining de aangewezen onderzoeksmethode. Textmining is data analyse op een ongestructureerde database.



# Conclusies

## 1 **Faillissementsfraude is niet zomaar een 'reguliere' fraude.**

In de kern heeft een faillissementsfraude het doel om een organisatie te gronde te richten, het verdienmodel zit namelijk in het laten failleren van een organisatie. Een 'reguliere' fraude kent deze primaire doelstelling niet. Dat maakt dat snelheid geboden is bij het onderzoeken van een mogelijke faillissementsfraude en dat andere indicatoren nodig zijn.

## 2 **Er lijkt veel faillissementsfraude niet vervolgd dan wel onderzocht.**

In een-derde van de gevallen is er sprake van waarschijnlijke of onzekere benadelingen. Slechts een gedeelte daarvan wordt nader onderzocht. Alleen daarin zit al een toegevoegde waarde die de Forensische Auditor kan bieden.

## 3 **Voor curatoren is een strafrechtelijk vervolging minder interessant dan civielrechtelijk.**

Een strafrechtelijke vervolging kost de curator veel tijd, waar tegenover weinig rendement (meer boedel) kan staan, dat leidt er toe dat er weinig zaken strafrechtelijk worden aangepakt.

## 4 **Forensisch Auditors moeten vroegtijdig in faillissement door curatoren worden betrokken.**

Tineke Hilverda (Hoogleraar Faillissementsfraude'; Radboud Universiteit Nijmegen) verwijst meerdere malen naar de specifieke forensische boekhoudkundige kennis die ontbreekt bij curatoren. Forensische Auditors kunnen dit hiaat dichten, maar om effectief te zijn moeten zij wel snel worden betrokken.

## 5 **Beloningsstructuur van de curator kan de inhuur van forensische auditor in de weg staan**

De beloningsstructuur van de curator is momenteel zo ingeregeld dat het inhuur van een Forensisch auditor in de weg kan staan doordat het een beslag legt op de boedel, dezelfde boedel als waar de curator zijn bezoldiging uit moet halen.

## 6 **Curatoren moeten alle data en bescheiden met de hoogste prioriteit veilig stellen.**

Indien dit niet gebeurt, bestaat de kans dat gegevens cruciaal voor de bewijsvoering en voor het uitvoeren van analyses 'verdwijnen'. Voor de Forensisch Auditor is het dan nagenoeg onmogelijk om zijn werk goed uit te voeren.

In het algemeen kan worden geconcludeerd dat het inzetten van Forensische Auditors voor curatoren een toegevoegde waarde heeft. Dat is 'financieel' al het geval indien de opbrengsten van de Forensisch Auditor hoger zijn dan zijn kosten en 'maatschappelijk' doordat meer misdaad 'bestraft' kan worden.

