

251

Hoge Raad

24 januari 2014, nr. 13/02780,

ECLI:NL:HR:2014:161

(mr. Bakels, mr. Van Buchem-Spapens, mr.

Heisterkamp, mr. Snijders, mr. De Groot)

(Concl. A-G Langemeijer)

Noot mr. W.J.B. van Nielen, tevens behorend

bij «JOR» 2014/249 en «JOR» 2014/250

Bevel inbewaringstelling. Schending informatieplicht ex art. 105 Fw. Geen strijd met art. 6 EVRM. Waarborg tegen gebruik in strafzaak van op grond van art. 105 Fw verstrekte informatie. Verwijzing naar HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten.

[Fw art. 87, 105; EVRM art. 6]

Uit de vaststaande feiten volgt dat de gijzeling – die inmiddels is beëindigd – ertoe diende om van failliet inlichtingen te verkrijgen omtrent tot de faillissementsboedel behorende goederen. Het uitoefenen van dwang door gijzeling die erop is gericht failliet ertoe te bewegen te voldoen aan zijn in art. 105 Fw neergelegde verplichting om de curator alle inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, levert geen strijd met art. 6 EVRM op. Dergelijke inlichtingen dienen echter te worden aangemerkt als bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van failliet in de zin van HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten. Indien niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens in verband met een “criminal charge” tegen de gegijzelde zullen worden gebruikt, zullen de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Uit het vonnis van de rechtbank blijkt dat de curator te kennen heeft gegeven dat de gedragingen van failliet zouden kunnen leiden tot een strafrechtelijke aangifte tegen hem. Dit laat geen andere conclusie toe dan dat niet kan worden uitgesloten dat de door failliet te verschaffen inlichtingen mede zullen worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning. Aan failliet zijn geen waarborgen verschaf als hiervoor bedoeld. Anders dan het hof heeft overwogen, wordt dit laatste niet gerechtvaardigd doordat bij de gijzeling zelf nog niet daadwerkelijk sprake is van “determination of a criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM. In het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad is ge-

constateerd dat in Nederland regelgeving ontbreekt die erop is gericht dat de (in dat geval) belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen en dat derhalve de rechter in de vereiste waarborgen dient te voorzien. In dat arrest is geoordeeld dat de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak dient te verbinden. 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 failliet 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 de door de rechter gestelde restrictie, toe aan de rechter die over de bestraffing beslist.

X,

verzoeker tot cassatie,

advocaat: mr. B.J. van Dorp,

tegen

mr. P.H.K. Ruding te Almelo, in zijn hoedanigheid

van curator in het faillissement van X,

verweerder in cassatie,

niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Langemeijer)

In deze zaak wordt opgekomen tegen de afwijzing van het verzoek van een gefailleerde tot ontslag uit zijn inbewaringstelling, met argumenten ontleend aan het *nemo tenetur*-beginsel.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. Bij vonnis van de rechtbank te Almelo van 28 november 2012 is verzoeker tot cassatie (hierna: de gefailleerde) in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. P.H.K. Ruding tot curator in dat faillissement.

1.2. Bij beschikking van 17 december 2012 heeft de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris bevolen dat de gefailleerde op grond van art. 87 Fw in verzekerde bewaring zal worden gesteld. Aan die beslissing lag ten grondslag de voortdurende weigering om aan de curator inlichtingen te verschaffen omtrent tot de faillissementsboedel behorende goederen.

1.3. Met ingang van 11 februari 2013 is het bevel tot inbewaringstelling ten uitvoer gelegd.¹

1.4. Bij verzoekschrift, op 18 februari 2013 ingekomen ter griffie van de toenmalige rechtbank Oost-Nederland, locatie Almelo, heeft de gefailleerde op de voet van art. 88 Fw verzocht hem uit de verzekerde bewaring te ontslaan. Hij heeft aangevoerd dat de curator voornemens is aangifte van faillissementsfraude tegen hem te doen. Bij het verstrekken van inlichtingen op de voet van art. 105 Fw zou de gefailleerde zichzelf kunnen incrimineren. Volgens de gefailleerde behoort zijn zwijgrecht zwaarder te wegen dan zijn plicht ingevolge art. 105 Fw om inlichtingen aan de curator te verstrekken.

1.5. Na de gefailleerde en zijn advocaat en de curator op 20 februari 2013 te hebben gehoord heeft de rechtbank bij beschikking van diezelfde datum het verzoek om vrijlating afgewezen.² De rechtbank heeft daartoe overwogen:

“(…) Op grond van artikel 105 Fw. is [de gefailleerde] als eerste in staat, aangewezen en gehouden de rechter-commissaris en de curator mondelinge en schriftelijke informatie te verschaffen die deze behoeven voor een goede, rechtvaardige afwikkeling van het faillissement. Bedoelde informatie wordt echter niet door [de gefailleerde] verschaft en dat is aanleiding geweest om hem in verzekerde bewaring te doen stellen. [De gefailleerde] verstrekt nog steeds geen informatie en daarmee voldoet hij nog immer niet aan de op hem rustende inlichtingenplicht als bedoeld in artikel 105 Fw. De gronden voor de in verzekerde bewaring stelling zijn dan ook nog onverminderd aanwezig. Het is goed voorstelbaar dat de door de curator en de rechter-commissaris in zijn faillissement verlangde informatie [de gefailleerde] strafrechtelijk (verder) kan belasten, maar hij bevindt zich niet in de positie dat hij als verdachte wordt gehoord in de zin van artikel 29 Wetboek van strafvordering. De gefailleerde wordt immers niet door een opsporingsambtenaar of verhorende rechter als verdachte vragen gesteld betreffende zijn be-

trokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit en hij kan zich dan ook niet beroepen op het zwijgrecht van een verdachte. Dat zou anders zijn als de rechter-commissaris of de curator zouden optreden onder regie van politie/justitie om de waarborgen van artikel 29 Sv te omzeilen. Daarvan is echter geen sprake omdat de curator te kennen heeft gegeven, dat de gedragingen van [de gefailleerde] zouden kunnen leiden tot een strafrechtelijke aangifte maar dat het op dit moment nog niet zover is. Het betoog dat de informatieplicht als bedoeld in artikel 105 Fw zich niet zou verdragen met het nemo teneturbeginsel, ontslaat [de gefailleerde] niet van zijn uit artikel 105 Fw voortvloeiende inlichtingenplicht. Als [de gefailleerde] al strafrechtelijk zal worden vervolgd, dan zal de strafrechter moeten beoordelen of vanwege de gestelde schending van het nemo teneturbeginsel de door [de gefailleerde] in het kader van deze in verzekerde bewaring stelling verstrekte informatie in dat strafproces mogelijk niet als bewijs kan worden gebruikt.

[De gefailleerde] kan zich met een beroep op artikel 6 EVRM evenmin aan zijn verplichtingen onttrekken omdat de faillissementsprocedure in het kader waarvan hij inlichtingen moet verschaffen niet gericht is op een strafrechtelijk[e] aangifte tegen hem. Het gaat immers om inlichtingen die de curator redelijkerwijze nodig denkt te hebben voor een adequate uitoefening van zijn taak en dat wordt door [de gefailleerde] belemmerd.”

1.6. De gefailleerde is tegen deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.³ Hij heeft het hof verzocht de beschikking van 20 februari 2013 te vernietigen en het bevel tot inbewaringstelling van 17 december 2012 teniet te doen, althans te bevelen dat het bevel tot inbewaringstelling met onmiddellijke ingang wordt opgeheven.

1.7. Bij beschikking van 11 maart 2013⁴ heeft het hof de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. De in cassatie relevante overwegingen luiden:

“3.7. Anders dan door de advocaat van [de gefailleerde] is betoogd, is het hof van oordeel dat de toepassing van artikel 87 Fw als reactie op het plichtsverzuim van [de gefailleerde] niet in strijd is met het bepaalde in artikel 6 EVRM, meer in

1 Ingevolge art. 87 lid 3 Fw is dit bevel niet langer geldig dan dertig dagen, te rekenen vanaf de dag waarop het ten uitvoer is gelegd. Het bevel kan worden verlengd.

2 Als kop boven de beschikking is vermeld “Beschikking ex art. 87 Faillissementswet”, maar blijkens de verdere inhoud en het dictum gaat het om een beschikking als bedoeld in art. 88 Fw.

3 Vgl. HR 25 juni 1976, NJ 1977/495.

4 ECLI:NL:GHARL:2013:BZ3799.

het bijzonder het *nemo tenetur*-beginsel (het beginsel dat hij niet hoeft mee te werken aan zijn eigen strafvervolging). Bij faillissementsgijzeling gaat het om een dwangmiddel in verband met niet-meewerken, welk dwangmiddel niet bestrafend maar rechtsherstellend (opdat de gefailleerde alsnog aan zijn wettelijke plicht zal voldoen) bedoeld is. De faillissementsgijzeling is geen sanctie op het niet-verstrekken van informatie in het verleden of op het verstrekken van onjuiste informatie maar een middel om de gefailleerde alsnog tot medewerking te bewegen.

Zonder dwangmiddel zou de voor een goede afwikkeling van het faillissement noodzakelijke inlichtingenplicht haar effectiviteit voor een belangrijk deel missen. De mogelijkheid dat [de gefailleerde] gegevens moet verstrekken die aanleiding zouden kunnen zijn om een strafvervolging tegen hem te beginnen, doet niet af aan zijn verplichtingen uit de Faillissementswet, meer in het bijzonder de uit artikel 105 Fw voortvloeiende inlichtingenplicht. Deze inlichtingenplicht dient te worden onderscheiden van de bevoegdheid van de rechter-commissaris om op grond van artikel 66 Fw getuigen te horen. Dat aan deze getuigen onder omstandigheden een verschoningsrecht toekomt, doet niet af aan de inlichtingenplicht ex artikel 105 Fw van de gefailleerde zelf.

3.8. Uit EHRM [...] volgt een bespreking van EHRM-rechtspraak, noot A-G].

De vraag of, en zo ja in hoeverre, van door [de gefailleerde] aan de curator te verstrekken gegevens gebruik mag worden gemaakt in een eventuele strafzaak, is in de onderhavige procedure niet aan de orde. Die vraag komt pas aan de orde bij 'the determination of a criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM tegen [de gefailleerde].

3.9. Het hof is dan ook van oordeel dat het bevel tot inbewaringstelling niet in strijd is met het bepaalde in de artikelen 5 en 6 EVRM. De omvang van de vermoede malversaties, het wegmaken van praktisch alle activa van de onderneming (voorraden, bedrijfsinventaris, omzetfacturen, debiteuren, kasgeld, auto's en dergelijke), de aard van de door de curator verlangde inlichtingen (waarvan [de gefailleerde] redelijkerwijs kan begrijpen dat deze informatie voor de boedel van groot belang is) en de ook tijdens de behandeling van het hoger beroep gebleken weigerachtigheid van [de gefailleerde] om aan de curator inlichtingen te verstrekken, rechtvaardigen de conclusie dat de bij de inbewa-

ringstelling betrokken belangen zwaarder wegen dan de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van [de gefailleerde].⁵

1.8. Namens de gefailleerde is – tijdig⁵ – beroep in cassatie ingesteld. De curator heeft in cassatie geen verweer gevoerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Vooraf merk ik op dat de gefailleerde op 26 april 2013, nog vóór het indienen van het cassatierekest, in vrijheid is gesteld.⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat aan degene die een rechtsmiddel instelt tegen een tijdelijke maatregel als gevolg waarvan hem zijn vrijheid is ontnomen, het procesbelang niet behoort te worden ontzegd op de enkele grond dat het tijdvak waarvoor de maatregel gold inmiddels is verstreken.⁷ De gefailleerde behoudt belang bij zijn cassatieberoep met het oog op eventuele schadevergoeding indien de detentie onrechtmatig geweest zou blijken te zijn en, in dit geval, mede met het oog op het gebruik van een als gevolg van de toepassing van dit dwangmiddel verkregen verklaring.

2.2. Het cassatiemiddel omvat zes onderdelen, die alle verband houden met de vraag of het *nemo tenetur*-beginsel in de weg staat aan de toepassing van dit dwangmiddel. Het *nemo tenetur*-beginsel⁸ wordt in ruime zin opgevat als het beginsel dat een burger niet verplicht is medewerking te verlenen aan zijn eigen veroordeling in een strafproces of in een andere procedure die tot oplegging van een punitieve sanctie kan leiden (m.a.w. het recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie). Het beginsel is internationaal gecodificeerd in art. 14 IVBPR⁹ en nationaal, bijvoorbeeld, in het zwijg-

5 Het verzoekschrift tot cassatie is op 5 juni 2013 ingekomen; vgl. Hof Den Haag 21 mei 2013, ECLI:NL:GHD-HA:2013:CA2593 voor de beroepstermijn.

6 Cassatierekest blz. 3.

7 EHRM 7 juni 2011 (nr. 277/05), NJ 2012/207 m.nt. T.M. Schalken. Zie ook: HR 14 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5151, NJ 2011/596 m.nt. S.F.M. Wortmann; HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2292, NJ 2011/390 m.nt. S.F.W. Wortmann.

8 Voluit: *nemo tenetur se ipsum accusare* of *nemo tenetur prodere se ipsum* (niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren).

9 Zie art. 14 lid 3 onder g (in vertaling) IVBPR: Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging heeft een ieder, in volle gelijkheid,

recht van de verdachte (art. 29 lid 1 Sv). In eerste aanleg heeft de gefailleerde in dit verband gewezen op de bepalingen over het zwijgrecht van getuigen in een procedure voor de burgerlijke rechter.¹⁰

2.3. Het beginsel is verankerd in de rechtspraak van het EHRM over art. 6 EVRM. Voor een uitgebreid overzicht van die rechtspraak moge ik volstaan met verwijzing naar de conclusie van mijn ambtgenoot Wattel voor HR 12 juli 2013.¹¹ In die zaak was de verhouding tussen het *nemo tenetur*-beginsel en de verplichting tot het verschaffen van inlichtingen aan de Belastingdienst (art. 47 Algemene wet rijksbelastingen) aan de orde. Samengevat overwoog de Hoge Raad het volgende:¹²

“De verkrijging langs de weg van een in kort geding gegeven bevel van bewijsmateriaal waarvan het bestaan niet afhankelijk is van de wil van de belastingplichtige levert geen schending van art. 6 EVRM op, ook niet als aan dat bevel een dwangsom wordt verbonden. De verkrijging van bewijsmateriaal waarvan het bestaan wél afhankelijk is van de wil van de belastingplichtige (hierna: wilsafhankelijk materiaal), mag worden afgedwongen voor heffingsdoeleinden. Indien niet kan worden uitgesloten dat het materiaal tevens in verband met een ‘criminal charge’ tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt, zullen de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Aangezien hierop gerichte regelgeving in Nederland ontbreekt, dient de rechter in de vereiste waarborgen te voorzien. Om deze reden dient de (voorzieningen)rechter een hierop gerichte clausulering te verbinden aan het door hem uit te spreken bevel. Die clausulering bestaat hierin dat de te treffen voorziening, voor zover die wilsafhankelijk mate-

riaal betreft, in die zin wordt beperkt dat een zodanig bevel alleen mag worden gegeven met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de belastingheffing.

Zou het aldus in handen van de inspecteur, en daarmee van de Staat, geraakte materiaal desondanks mede worden gebruikt voor doeleinden van fiscale beboeting of strafvervolgning, dan komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van de door de voorzieningenrechter gestelde restrictie, toe aan de rechter die over de beboeting of bestraffing beslist.”

2.4. In de onderhavige zaak heeft de verzekerde bewaring tot doel: het verkrijgen van inlichtingen van de gefailleerde over goederen van de faillissementsboedel. Het gaat dus om de verkrijging van bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de gefailleerde. Art. 105 lid 1 Fw verplicht de gefailleerde om aan de rechter-commissaris in het faillissement en aan de curator alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen. Op grond van art. 5, lid 1 onder b, EVRM is vrijheidsbeneming overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure mogelijk indien de betrokken persoon op rechtmatige wijze is gedetineerd wegens het niet naleven van een overeenkomstig de wet door een gerecht gegeven bevel of teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren.¹³ In de vakliteratuur is al enige tijd geleden gewezen op de consequentie dat inlichtingen die met gebruikmaking van art. 105 Fw zijn afgedwongen niet als bewijs in een strafzaak kunnen worden gebruikt, tenzij de cautie is gegeven.¹⁴

2.5. *Onderdeel I* is gericht tegen de eerste drie volzinnen van rov. 3.7 - hiervoor al geciteerd - over het (niet punitieve) karakter van een faillissementsgijzeling. De rechtsklacht onder 1 houdt in

recht op de volgende minimumgaranties: (...) g. niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.”

10 Zie art. 165 lid 3 Rv: “De getuige kan zich verschonon van het beantwoorden van een hem gestelde vraag, indien hij daardoor of zichzelf, of een van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de zijlijn in de tweede of derde graad, of zijn echtgenoot of vroegere echtgenoot (...) aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen.”

11 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

12 Vgl. HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1042, rov. 3.7.1.

13 Detentie alleen omdat die persoon een wettelijke verplichting niet heeft nageleefd (dus: detentie met een punitief doel) kan niet worden gebaseerd op art. 5, lid 1 onder b, EVRM; vgl. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978/223, rov. 69. Een detentie op grond van art. 5, lid 1 onder b, mag bovendien niet langer duren dan nodig is om die wettelijke verplichting te doen naleven: vgl. EHRM 3 december 2002, EHRC 2003/8.

14 J.C. van Apeldoorn, Mensenrechten en insolventie, TvI 2002, blz. 60-67, i.h.b. blz. 64; B.M. Katan, Overzichtsartikel: insolventierecht en het EVRM, TvI 2006, blz. 86-95, i.h.b. blz. 91.

dat het hof miskent dat dwangmiddelen – met welke typering dan ook – niet zijn toegestaan indien de betrokkene die de informatie moet verschaffen niet kan uitsluiten dat de te verstrekken informatie in een strafvervolgning als bewijs tegen hem zal worden gebruikt. Voor zover het hof dit niet heeft miskend klaagt subonderdeel I.2, subsidiair, dat het hof dit oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd althans geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang.

2.6. Het hof heeft in de formulering van zijn uitspraak d.d. 11 maart 2013 geen rekening kunnen houden met de zo-even geciteerde jurisprudentie van de Hoge Raad. Aan de steller van het middel kan worden toegegeven dat het recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie een algemeen geldend grondrecht is. Het recht kan aan de organen van een verdragsstaat worden tegengeworpen ongeacht het (wel of niet punitieve) karakter van het dwangmiddel dat tegen die burger wordt gebruikt. De vaststelling van het hof dat het dwangmiddel van gijzeling niet bestraffend, maar rechtsherstellend is bedoeld (namelijk: opdat de gefailleerde alsnog aan zijn wettelijke verplichting zal voldoen), is weliswaar juist, maar niet beslissend. In zoverre slaagt de rechtsklacht.

2.7. Voor zover de rechtsklacht inhoudt dat uit de rechtspraak van het EHRM over dit onderwerp “geen andere gevolgtrekking [kan] worden gemaakt dan dat dwangmiddelen - met welke typering dan ook - per definitie niet zijn toegestaan indien de betrokkene die de informatie moet verschaffen, niet kan uitsluiten dat deze informatie strafvorderlijk tegen hem zal worden gebruikt”,¹⁵ is het cassatierekest op zijn beurt achterhaald door de zo-even aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad. Daaruit volgt immers niet een verbod van het gebruik door de overheid van een tot het verkrijgen van inlichtingen strekkend dwangmiddel. Uit het arrest volgt slechts de noodzaak voor de rechter om, voor zover de toepassing van het dwangmiddel wilsafhankelijk materiaal betreft, een zodanige voorziening te treffen dat de gijzeling slechts wordt toegestaan met de restrictie dat het door de betrokken burger verstrekte materiaal uitsluitend mag worden gebruikt ten behoeve van het doel waarvoor het is bestemd. In de fiscale zaak was dit: ten behoeve van de belastingheffing.

15 Cassatierekest blz. 7.

In de onderhavige zaak zou dit kunnen zijn: ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement.¹⁶

2.8. *Onderdeel II* is gericht tegen de vierde en de vijfde volzin van rov. 3.7. De rechtsklacht onder 1 houdt in dat deze overwegingen blijken te geven van een onjuiste opvatting van het *nemo tenetur*-beginsel in relatie tot de rechtspraak van het EHRM over dit onderwerp. Uit die rechtspraak volgt, aldus de klacht, dat wanneer de betrokkene niet kan uitsluiten dat de onder dwang verstrekte informatie later strafvorderlijk tegen hem kan worden gebruikt, de toepassing van het dwangmiddel van gijzeling in strijd is met art. 6 EVRM, ook al is tegen hem nog geen vervolging ingesteld. Onder II.2 verbindt het middelonderdeel hieraan een (niet nader gespecificeerde) motiveringsklacht.

2.9. *Onderdeel III* sluit hierbij aan met de klacht dat ook het oordeel in rov. 3.8, gebaseerd op het feit dat tegen de gefailleerde nog geen vervolging is ingesteld terwijl van die situatie wél sprake zou zijn geweest in de vier door het hof besproken EHRM-uitspraken, blijkt geeft van een onjuiste opvatting over het *nemo tenetur*-beginsel.

2.10. *Onderdeel IV* is in het bijzonder gericht tegen de twee laatste volzinnen van rov. 3.8, waarin het hof heeft geoordeeld dat de vraag of in een eventuele strafzaak gebruik mag worden gemaakt van de door de gefailleerde aan de curator te verstrekken gegevens, in de onderhavige gijzelingsprocedure niet aan de orde is. De klacht houdt in dat dit oordeel blijkt geeft van een onjuiste uitleg van de rechtspraak van het EHRM. Op grond van die rechtspraak, zoals die in het licht van het arrest-Chambaz¹⁷ moet worden geïnterpreteerd, kan de schuldenaar, ook indien nog geen vervolging is ingesteld, maar niet valt uit te sluiten dat onder dwang verstrekte informatie later strafvorderlijk tegen hem zal worden gebruikt, niet zonder schending van art. 6 EVRM worden gedwongen die informatie te leveren. Daaraan doet volgens de klacht niet af dat hij buiten het strafrecht tot

16 Deze formulering is ontleend aan Hof Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2900.

17 EHRM 5 april 2012 (Chambaz/Zwitserland), AB 2012/323 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

het leveren van die informatie verplicht is. Onder IV.2 verbindt het middelonderdeel hieraan een (niet nader gespecificeerde) motiveringsklacht.

2.11. De hiervoor genoemde klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Het is wellicht nuttig, in herinnering te roepen dat art. 6 lid 1 EVRM bepaalde rechten geeft “bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging”.¹⁸ De leden 2 en 3 van artikel 6 geven bepaalde rechten aan “een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld”.¹⁹ Dit heeft geleid tot een rijke jurisprudentie over de vraag, op welk moment de vervolging begint. In de vakliteratuur is gewezen op het risico dat het beeld wordt vertekend wanneer men de rechtspraak van het EHRM over het tijdstip van aanvang van de in art. 6 lid 1 EVRM bedoelde “redelijke termijn” niet onderscheidt van de rechtspraak van het EHRM over de andere in artikel 6 geregelde rechten.²⁰

2.12. Voor zover onderdeel II veronderstelt dat het hof voor bescherming op grond van het *nemo tenetur*-beginsel de eis zou hebben gesteld dat de gefailleerde al in staat van beschuldiging is gesteld, missen de klachten feitelijke grondslag: het hof heeft die eis niet gesteld. Iets anders is, dat het hof uit de in rov. 3.8 aangehaalde rechtspraak van het EHRM in rov. 3.9 de gevolgtrekking heeft gemaakt dat deze inbewaringstelling niet in strijd is met art. 6 EVRM. Het hof baseert dit op zijn oordeel dat “de vraag of, en zo ja in hoeverre, van de door [de gefailleerde] aan de curator te verstrekken gegevens gebruik mag worden gemaakt in een eventuele strafzaak” in de onderhavige gijzelingsprocedure niet aan de orde is en pas aan de orde kan komen bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen de gefailleerde ingestelde strafvervolging (d.w.z.: in een toekomstige strafzaak). Het laatste oordeel is slechts in zoverre juist, dat het oordeel welk gevolg aan de schending van een

restrictie wordt verbonden, toekomt aan de strafrechter. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013. Dit wil echter niet zeggen dat in de onderhavige gijzelingsprocedure geen voorziening in verband met het *nemo tenetur*-beginsel behoeft te worden getroffen. Indien het arrest van 12 juli 2013 *mutatis mutandis* wordt toegepast op de situatie van een faillissementsgijzeling, moet bij de beoordeling van de rechtmatigheid van (het voortduren van) de in verzekerde bewaringstelling, als het ware worden vooruitgelopen op een mogelijke vervolging in de toekomst. In zoverre slaagt de rechtsklacht van onderdeel II. In het voetspoor daarvan, slagen ook onderdeel III en onderdeel IV. Op de gevolgen daarvan kom ik hieronder terug. Voor zover de bestreden beslissing hierop berust dat in deze gijzelingszaak er geen sprake van is dat de gefailleerde als verdachte in de zin van art. 29 Sv wordt verhoord, is dat niet beslissend.

2.13. *Onderdeel V* is gericht tegen de belangenafweging in rov. 3.9. Het hof heeft gelet op de omvang van de vermoede malversaties, de aard van de door de curator verlangde inlichtingen en de - ook tijdens de behandeling in hoger beroep gebleken - weigerachtigheid van de gefailleerde om aan de curator inlichtingen te verstrekken. Op die gronden heeft het hof besloten dat de bij de inbewaringstelling betrokken belangen zwaarder wegen dan de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde. De klacht onder V.1 bouwt slechts voort op de vorige middelonderdelen. De klacht onder V.2 houdt in dat het hof in deze overweging miskent dat door het enkele feit dat er een risico op strafvervolging is, de toepassing van dit dwangmiddel in strijd is met art. 5 en art. 6 EVRM, zodat de rechter aan een belangenafweging niet toekomt. Onder V.3 verbindt het middelonderdeel hieraan een (niet nader gespecificeerde) motiveringsklacht.

2.14. Het lot van onderdeel V hangt m.i. af van de beslissing over de vorige middelonderdelen. Indien de vorige onderdelen falen en geen strijdigheid met het *nemo tenetur*-beginsel wordt aangenomen, behoort de rechter op grond van art. 5 EVRM nog wel een afweging te maken of de vrijheidsbeneming op deze grond kan worden voortgezet.²¹ In dát verband heeft het hof in rov.

18 Vgl: “in the determination of any criminal charge against him”.

19 Vgl: “charged with a criminal offence”. De Engelse uitdrukkingen lopen niet parallel met het Nederlandse nationale recht waar de term “verdachte” zowel ziet op “degene tegen wie de vervolging is gericht” als, in de fase vóórdat de vervolging is aangevangen, “degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit” (art. 27 Sv).

20 Tekst & commentaar Strafvordering, aantek. 2 op art. 6 EVRM (Den Hartog en Spronken).

21 Zie HR 22 juli 1991, NJ 1991/766.

3.9 de belangenafweging gemaakt. Indien één of meer van de voorgaande middelonderdelen slagen, maar een mogelijke strijdigheid met het *nemo tenetur*-beginsel kan worden weggenomen door een voorziening te treffen zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, zou onderdeel V evenmin opgaan. Na het voorgaande behoeft dit middelonderdeel m.i. geen verdere bespreking.²²

2.15. *Onderdeel VI* is gericht tegen de gevolgtrekking aan het slot van rov. 3.9 en tegen het dictum. De klacht bouwt voort op de vorige middelonderdelen en behoeft verder geen bespreking.

2.16. Uit de gegrondbevinding van verscheidene klachten volgt dat de bestreden beschikking niet onverkort in stand kan blijven. Het komt mij voor dat de Hoge Raad de zaak zelf kan afdoen. Een nieuwe beslissing over het ontslagverzoek kan achterwege blijven, nu de inbewaringstelling inmiddels is geëindigd. Wel moet bij de verdere afdoening van de zaak duidelijkheid worden verstrekt over de rechtmatigheid van de detentie en met het oog op een eventueel gebruik van de als gevolg van de toepassing van dit dwangmiddel verkregen inlichtingen in een strafrechtelijk onderzoek. Technisch gesproken, zijn twee oplossingen mogelijk: (i) een gehele of gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beschikking, waarna het dictum opnieuw wordt geformuleerd of (ii) een verwerping van het beroep en daarmee het in stand laten van de beschikkingen van de rechtbank en van het hof, zij het onder de uitdrukkelijke bepaling dat de vruchten van dit toegepaste

dwangmiddel niet mogen worden gebruikt voor een ander doel.²³ In de hiervoor aangehaalde beschikkingen van 12 juli 2013 en 25 oktober 2013 koos de Hoge Raad voor een partiële vernietiging. De Hoge Raad zou in deze zaak na partiële vernietiging kunnen bepalen dat de verzekerde inbewaringstelling van de gefailleerde slechts rechtmatig is onder de beperking dat het door de gefailleerde gedurende de toepassing van dit dwangmiddel verstrekte materiaal uitsluitend mag worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beschikking en tot afdoening van de zaak door de Hoge Raad als voormeld.

Hoge Raad

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij vonnis van de rechtbank te Almelo van 28 november 2012 is [verzoeker] in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. P.H.K. Ruding tot curator.

(ii) Bij beschikking van 17 december 2012 heeft de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris bevolen dat [verzoeker] op grond van art. 87 Fw in verzekerde bewaring zal worden gesteld. Aan die beslissing lag ten grondslag diens voortdurende weigering om aan de curator inlichtingen te verschaffen omtrent tot de faillissementsboedel behorende goederen.

(iii) Met ingang van 11 februari 2013 is het bevel tot inbewaringstelling ten uitvoer gelegd.

3.2. In de onderhavige procedure heeft [verzoeker] op de voet van art. 88 Fw verzocht om uit de verzekerde bewaring te worden ontslagen. Daartoe heeft hij betoogd dat de curator voornemens is aangifte van faillissementsfraude tegen hem te doen. Bij het verstrekken van inlichtingen op de

22 Dit laat onverlet, dat de problematiek van het *nemo tenetur*-beginsel aandacht behoeft bij voorgenomen wetgeving; zie recent: R.J. Boswijk en N. Vreede, Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht, *TvI* 2013/27; W.J.B. van Nielen, Middelen van de curator bij faillissementsfraude, *TvI* 2013/13. De problematiek kan ook gevolgen hebben voor het beleid van het Openbaar Ministerie bij bestrijding van faillissementsfraude. Volgens de vigerende Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude (Stcrt. 2009/40, www.om.nl) is nu het uitgangspunt dat het strafrecht in beginsel complementair is aan andere (civielrechtelijke, door de curator te hanteren) instrumenten. Voor maatschappelijke achtergrondinformatie: R. Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement*. Een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding, WODC/Hugo Sinzheimer Instituut, 2005 (te raadplegen via www.wodc.nl).

23 In zijn beschikking van 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3872, koos het gerechtshof Den Haag voor bekrachtiging.

voet van art. 105 Fw zou [verzoeker] zichzelf kunnen incrimineren. Volgens [verzoeker] behoort zijn zwijsrecht zwaarder te wegen dan zijn plicht ingevolge art. 105 Fw om inlichtingen aan de curator te verstrekken. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen.

3.3. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het hof onder meer het volgende overwogen. De toepassing van art. 87 Fw als reactie op het plichtsverzuim van [verzoeker] is niet in strijd met het bepaalde in art. 6 EVRM, meer in het bijzonder het *nemo-tenetur*-beginsel. Bij faillissementsgijzeling gaat het om een dwangmiddel in verband met niet-meewerken, welk dwangmiddel niet bestraffend maar rechtsherstellend bedoeld is. De faillissementsgijzeling is geen sanctie op het niet verstrekken van informatie in het verleden of op het verstrekken van onjuiste informatie, maar een middel om de gefailleerde alsnog tot medewerking te bewegen. Zonder dwangmiddel zou de voor een goede afwikkeling van het faillissement noodzakelijke inlichtingenplicht haar effectiviteit voor een belangrijk deel missen. De mogelijkheid dat de gefailleerde gegevens moet verstrekken die aanleiding zouden kunnen zijn om een strafvervolgung tegen hem te beginnen, doet niet af aan zijn verplichtingen uit de Faillissementswet, meer in het bijzonder de uit art. 105 Fw voortvloeiende inlichtingenplicht. (rov. 3.7)

Het bevel tot inbewaringstelling is niet in strijd met het bepaalde in de art. 5 en 6 EVRM. De omvang van de vermoede malversaties, het wegmaken van praktisch alle activa van de onderneming (voorraden, bedrijfsinventaris, omzetfacturen, debiteuren, kasgeld, auto's en dergelijke), de aard van de door de curator verlangde inlichtingen (waarvan [verzoeker] redelijkerwijs kan begrijpen dat deze informatie voor de boedel van groot belang is) en de ook tijdens de behandeling van het hoger beroep gebleken weigerachtigheid van [verzoeker] om aan de curator inlichtingen te verstrekken, rechtvaardigen de conclusie dat de bij de inbewaringstelling betrokken belangen zwaarder wegen dan de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van [verzoeker]. (rov. 3.9)

3.4. De onderdelen klagen vanuit verschillende invalshoeken over het oordeel van het hof. Zij betogen onder meer dat het hof heeft miskend dat sprake is van strijd met art. 6 EVRM omdat de gijzeling strekt tot het uitoefenen van dwang

ter verkrijging van inlichtingen, terwijl niet is uitgesloten dat deze in verband met een “criminal charge” tegen [verzoeker] zullen worden gebruikt. 3.5. Uit de vaststaande feiten volgt dat de gijzeling – die inmiddels is beëindigd – ertoe diende om van [verzoeker] inlichtingen te verkrijgen omtrent tot de faillissementsboedel behorende goederen. Het uitoefenen van dwang door gijzeling die erop is gericht [verzoeker] ertoe te bewegen te voldoen aan zijn in art. 105 Fw neergelegde verplichting om de curator alle inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, levert geen strijd met art. 6 EVRM op. Dergelijke inlichtingen dienen echter te worden aangemerkt als bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van [verzoeker] in de zin van HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435 («JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten; *red.*). Indien niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens in verband met een “criminal charge” tegen de gegijzelde zullen worden gebruikt, zullen de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen.

3.6. Uit het vonnis van de rechtbank blijkt dat de curator te kennen heeft gegeven dat de gedragingen van [verzoeker] zouden kunnen leiden tot een strafrechtelijke aangifte tegen hem. Dit laat geen andere conclusie toe dan dat niet kan worden uitgesloten dat de door [verzoeker] te verschaffen inlichtingen mede zullen worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgung. Aan [verzoeker] zijn geen waarborgen verschaft als hiervoor in 3.5 (slot) bedoeld. Anders dan het hof heeft overwogen, wordt dit laatste niet gerechtvaardigd doordat bij de gijzeling zelf nog niet daadwerkelijk sprake is van “determination of a criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM.

De daarop gerichte klachten van het middel slagen derhalve. Het middel behoeft voor het overige geen behandeling.

3.7. In het hiervoor in 3.5 vermelde arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013 is geconstateerd dat in Nederland regelgeving ontbreekt die erop is gericht dat de (in dat geval:) belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen, en dat derhalve de rechter in de vereiste waarborgen dient te voorzien. In dat arrest is geoordeeld dat de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak dient te verbinden. 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 strafvervolging, dan komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van de door de rechter gestelde restrictie, toe aan de rechter die over de bestraffing beslist.

3.8. De gegrondheid van het middel brengt mee dat de beschikkingen van het hof en de rechtbank niet in stand kunnen blijven voor zover aan de afwijzing van het verzoek niet een restrictie is verbonden als zojuist bedoeld. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen door alsnog die restrictie aan de afwijzing te verbinden.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 maart 2013 en de beschikking van de rechtbank Oost-Nederland van 20 februari 2013, doch alleen voor zover aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit de verzekerde bewaring niet de restrictie is verbonden dat door [verzoeker] te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, en, in zoverre opnieuw recht doende:

verbindt alsnog die restrictie aan de afwijzing van het verzoek.

NOOT

1. Deze annotatie heeft tevens betrekking op Hof Den Haag 23 juli 2013, «JOR» 2014/249 en Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2014, «JOR» 2014/250.

2. Net als in onderhavige uitspraak van de Hoge Raad van 24 januari 2014 had de bestuurder van de failliete rechtspersoon in deze zaken zijn inlichtingenplicht geschonden. Op voordracht van de rechter-commissaris werd de bestuurder krachtens art. 87 lid 1 Fw in verzekerde bewaring gesteld en verzoekt de bestuurder om hieruit te worden ontslagen. Daartoe betoogt de bestuurder in de zaak waarin de Hoge Raad 24 januari 2014 arrest heeft gewezen, dat de curator voornemens is om tegen hem aangifte te doen van faillissementsfraude en dat hij bij het verstrekken van inlichtingen zichzelf zou kunnen incrimine-

ren. Hij beroept zich daarom op het nemo tenetur-beginsel ("niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren"), waarvan het Europese Hof van de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat dit onder het in art. 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces valt (EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AW2060, (*Funke/Frankrijk*)). De vraag die rechtens derhalve wordt voorgelegd is of en onder welke voorwaarden de vereiste inlichtingen door middel van inbewaringstelling afgedwongen zouden kunnen worden indien degene van wie de inlichtingen worden verlangd, een beroep doet op art. 6 EVRM, in het bijzonder het nemo tenetur-beginsel.

3. Ingevolge art. 105 Fw rust op de gefailleerde een inlichtingenplicht jegens de rechter-commissaris, de curator of de commissie van de schuldeisers. Krachtens art. 106 Fw rust deze ook op de (feitelijke) bestuurder en commissaris van een failliete rechtspersoon. Afgezien van het feit dat niet-nakoming van de inlichtingenplicht strafbaar is (art. 194 Sr), kan nakoming daarvan worden afgedwongen door inbewaringstelling (art. 87 lid 1 Fw). In het geval de inlichtingenplicht leidt tot het verstrekken van informatie die betrekking heeft op strafbare feiten (zoals fraude) blijft de bestuurder verplicht tot het geven van inlichtingen. Dit geldt ook in het geval de curator inlichtingen verlangt omtrent feiten waarover hij voornemens is aangifte te doen tegen de bestuurder. Het uitoefenen van dwang door gijzeling heeft immers geen punitatief karakter, maar is erop gericht de inlichtingplichtige ertoe te bewegen te voldoen aan de inlichtingenplicht (vgl. naast de onderhavige uitspraak ook HR 18 september 2009, *NJ* 2009/566, m.nt. Zwemmer). Zie uitgebreid C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, (Serie Onderneming & Recht, deel 53), Deventer: Kluwer 2009, p. 75.

4. In zijn recente arresten van 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten en 24 januari 2014 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een inlichtingenplicht echter niet onvoorwaardelijk kan worden afgedwongen, onder verwijzing naar recente en oudere rechtspraak van het EHRM. Uit deze EHRM-jurisprudentie volgt dat art. 6 EVRM wordt geschonden indien (i) niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen in een "criminal charge" tegen de inlichtingenplichtige worden gebruikt en (ii) deze wordt afgedwongen zonder waar-

borg dat de aldus afgedwongen inlichtingen tegen de inlichtingenplichtige worden gebruikt in een strafzaak over die feiten (EHRM 17 december 1996, no. 19187/91 (*Saunders/United Kingdom*)). Van schending van art. 6 EVRM is geen sprake ten aanzien van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat.

5. De Hoge Raad constateert – onder verwijzing naar deze jurisprudentie en in navolging van de uitgebreide conclusie van A-G Wattel onder HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten – dat het Nederlandse recht een dergelijke waarborg niet bevat. In beide arresten van de Hoge Raad is geoordeeld dat de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak, omtrent (het ontslag uit) de inbewaringstelling dient te verbinden. Die clausulering bestaat in het geval van een in bewaring gestelde (bestuurder van de rechtspersoon-) gefailleerde hierin – aldus de Hoge Raad – dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring, de restrictie wordt verbonden dat materiaal dat afhankelijk van de wil van de inlichtingenplichtige bestaat, uitsluitend mag worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Het afdwingen van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte (terwijl niet kan worden uitgesloten dat dit materiaal in een “criminal charge” tegen de verdachte wordt gebruikt) levert uitdrukkelijk geen schending van het nemo tenetur-beginsel op (aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 12 juli 2013, waarin de Hoge Raad oordeelt over de samenloop van de fiscale inlichtingenplicht ex art. 47 AWR en het nemo tenetur-beginsel).

6. Wat is te verstaan onder wilsafhankelijk materiaal? De EHRM-jurisprudentie brengt onder de categorie wilsafhankelijk materiaal: (i) verklaringen, hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, afgelegd (EHRM 17 december 1996, no. 19187/91 (*Saunders/United Kingdom*)); (ii) documenten waarvan het bestaan onzeker is (EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AW2060, (*Funke/Frankrijk*)) en (iii) documenten die in de vraagstelling onvoldoende duidelijk worden omschreven, in de zin dat sprake is van fishing expedition (EHRM 3 mei 2001, no. 31827/96 (*J.B./Switzerland*)). Onduidelijkheid is of onder wilsafhankelijk materiaal ook is te verstaan materiaal waarvan de bereikbaarheid afhankelijk is van de wil van de verdachte (M. Velthuis, ‘Wilsafhankelijk versus wilsonaf-

hankelijk materiaal’, «OSP» 2013/2 en conclusie A-G Wattel bij HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuijten). Zie in ontkennende zin Rechtbank Midden-Nederland (vonnis d.d. 25 september 2013, waartegen hoger beroep loopt) die in een strafzaak oordeelde over de vraag of van het bewijs diende te worden uitgesloten de administratie die door curatoren is aangetroffen met behulp van de mededeling van de verdachte waar de administratie was.

7. Een andere vraag is bij welke mate van dwang de door de Hoge Raad genoemde waarborg geboden is. Volgens de Hoge Raad valt – begrijpelijkerwijs – inbewaringstelling hier in elk geval onder, maar valt dreigen met inbewaringstelling of zelfs al het feit dat deze dreiging krachtens de wet bestaat hier tevens onder? Zie hiervoor R.J. Boswijk en N. Vreede, ‘Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht’, *Tvl*, 2013, 27, p. 5-6).

8. In de strafrechtelijke literatuur wordt de uitspraak van de Hoge Raad kritisch becommentarieerd. Zo vraagt men zich af of het verschaffen van een waarborg door de rechter wel een verdragsconforme oplossing biedt, gelet op het tijdstip waarop deze wordt gegeven. De gefailleerde heeft de rechtelijke waarborg op het moment dat hij door middel van gijzeling onder druk wordt gezet om aan de inlichtingenplicht te voldoen nog niet. Volgens het EHRM is het afdwingen van de inlichtingenplicht zonder dat deze waarborg is gegeven in strijd met art. 6 EVRM. Zie hierover A. Verbruggen en L.M.A.M. Hoeks, ‘Wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2014/1, p. 22-23. Het is daarom ook niet zonder betekenis dat de Hoge Raad (in navolging van de A-G) uitdrukkelijk verwijst naar de jurisprudentie van het EHRM waarin in het oordeel of sprake is van schending van art. 6 EVRM wordt meegewogen of de wetgeving van de lidstaten voorziet in gerichte regelgeving waarin in een wettelijke waarborg wordt voorzien. Zie voor een voorstel voor een dergelijke wettelijke waarborg, W.J.B. van Nielen en C.M. Derijks, ‘De curator als civiele fraudebestrijder’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving*, 2014/1.

9. De waarborg die de Hoge Raad biedt – en die door bovengenoemde feitelijke rechters («JOR» 2014/249 en 250) als restrictie in hun uitspraak

over (ontslag uit de) inbewaringstelling is opgenomen – beperkt zich ertoe dat de door de curator ontvangen afgedwongen wilsafhankelijke materialen enkel gebruikt mogen worden ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Mulder concludeert dat gesteld zou kunnen worden dat de curator door deze uitspraak een bijzondere zorgplicht jegens de (bestuurder van de) gefailleerde heeft verkregen om diens afgedwongen verklaring niet in het openbaar verslag op te nemen (R. Mulder, in: *De Integere curator* (Insoladbundel 2007), p. 10). Dat de Hoge Raad bedoeld heeft dat de curator een dergelijke zorgplicht heeft, lijkt mij in beginsel juist. Zonder het aannemen van een dergelijke zorgplicht is de waarborg een lege huls. De zorgplicht gaat mijns inziens wel verder dan het niet opnemen in het openbaar verslag. Ook zal de curator moeten voorkomen dat hij *actief* de afgedwongen verklaring (of ander wilsafhankelijk materiaal) van de betreffende persoon op een andere wijze (bijvoorbeeld via een strafrechtelijke aangifte) bij het OM terecht laat komen. De bewoordingen van de HR “*slechts mag worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement*” brengen mijns inziens mee dat de curator de verklaring wel voor dit doel mag gebruiken en derhalve ook in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, met de consequentie dat de verklaring met het vonnis wordt gepubliceerd.

10. De curator kan niet voorkomen – en daarmee is dus niet uitgesloten – dat deze informatie uiteindelijk terecht komt en wordt gebruikt in een strafprocedure tegen degene die de inlichting bij de curator heeft verstrekt. Zo kunnen het openbaar ministerie en de FIOD deze informatie op grond van art. 96a jo. art 96a Sv in beslag nemen. De Hoge Raad heeft in dat kader in het arrest van 24 januari 2014 geoordeeld dat indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgung, het oordeel welke gevolgen moeten worden verbonden aan schending van de door de rechter gestelde restrictie, dan toekomt aan de rechter die over de strafzaak beslist (r.o. 3.7). Zie over deze gevolgen Nuijten in haar noot onder «JOR» 2013/339.

11. Resumerend: Indien niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen in een “criminal charge” tegen de inlichtingenplichtige worden ge-

bruikt, dan kan wilsafhankelijk materiaal op grond van de inlichtingenplicht – zonder schending van art. 6 EVRM – worden afgedwongen (ook bij geconstateerde fraude) met inbewaringstelling, zij het met inachtneming van genoemde waarborg. De vraag is open of ook andere(n) dan de rechter kunnen voorzien in deze waarborg. Of de door de Hoge Raad aangereikte waarborg in overeenstemming is met de EHRM-jurisprudentie is de vraag. Het verdient aanbeveling dat de wetgever deze onzekerheid wegneemt en voorziet in een wettelijke waarborg.

W.J.B. van Nielen
advocaat Van Diepen van der Kroef

252

Hoge Raad
23 mei 2014, nr. 13/02518,
ECLI:NL:HR:2014:1199
(mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. De Groot,
mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
(Concl. A-G Wuismann)
Noot mr. B.A. Schuijling

Stil pandrecht op vordering uit overeenkomst tot bouw binnenvaartanker. Wijziging overeenkomst tot bouw casco. Nieuwe vordering? Is sprake van een “andere rechtsverhouding”? Cassatie van Hof Amsterdam 19 februari 2013, «JOR» 2013/290 m.nt Atema.

[BW art. 3:239 lid 1]

Blijkens het addendum bij het bouwcontract zijn de pandgever en de derde overeengekomen om het bouwcontract in aangepaste vorm voort te zetten, en wel aldus dat de oorspronkelijk beoogde “levering van een afgebouwde ecotanker” werd “omgezet” in de “levering van een casco”. Met het oog daarop kwamen partijen overeen om de contractuele bepalingen uit het bouwcontract buiten werking te stellen “indien en voor zover die betrekking hebben op levering van een afgebouwde ecotanker en allerlei kwesties die met de levering van een ‘eenvoudig’ casco niet van doen hebben.” Het oordeel dat voor de derde een nieuwe betalingsverplichting is ontstaan uit een nieuwe rechtsverhouding met de pandgever is onbegrijpelijk, nu uit het addendum blijkt dat de pandgever en de derde zijn overeengekomen om hun in het