

# De contouren van het nemo tenetur-beginsel in faillissement en de verhouding tot de Wet versterking positie curator

TvI 2019/17

**In deze bijdrage bespreken de auteurs de contouren van het nemo tenetur-beginsel in faillissement. Centraal staat de verhouding tussen de inlichtingenplicht van de failliet en zijn uit art. 6 EVRM voortvloeiende recht om zichzelf niet te incrimineren. Verschillende vragen die in dit verband rijzen, zoals de aard en strekking van het nemo tenetur-beginsel, het verschil in benadering van het beginsel tussen het EHRM en de Hoge Raad, de betekenis van de door de Hoge Raad geïntroduceerde rechterlijke restrictie worden in dit artikel aan de orde gesteld. Tevens wordt aandacht besteed aan de vraag in hoeverre de invoering van de Wet versterking positie curator de verhouding tussen de inlichtingenplicht van de failliet en het verbod op zelfincriminatie beïnvloedt.**

## 1. Inleiding

### 1.1 Inleiding en vragen

De Wet versterking positie curator heeft in meer opzichten de nodige beroering teweeggebracht in de rechtspraktijk- en literatuur. De lege boedelproblematiek die als gevolg van de wet nadrukkelijker op de voorgrond treedt en vraagpunten rondom de aard van de taakstelling van de curator staan in de belangstelling. Een ander onderwerp dat de aandacht heeft getrokken, betreft de aangescherpte inlichtingen- en medewerkingsplichten van de failliet en – indien hij een rechtspersoon is – diens bestuurder. In de literatuur is zowel vóór maar in toenemende mate ook na de totstandkoming van deze wet aandacht gevraagd voor het spanningsveld tussen die verplichtingen van de failliet en het nemo tenetur-beginsel dat als uitvloeisel van het recht op een eerlijk proces is verankerd in art. 6 EVRM.<sup>2</sup> Het nemo tenetur-beginsel brengt tot uitdrukking dat niemand gehouden is zichzelf te incrimineren en daarmee mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De normerende werking van het beginsel is

niet beperkt tot de strafrechtelijke procedure. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het nemo tenetur-beginsel ook doorwerking heeft in een niet op een punitieve sanctie gerichte procedure indien *niet kan worden uitgesloten* dat de verkregen informatie op een later moment voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt.<sup>3</sup> De Hoge Raad heeft – vóór de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator – onder verwijzing naar deze rechtspraak van het EHRM geoordeeld dat in dat geval de inlichtingenplicht (zowel in het fiscale recht als in het faillissementsrecht) niet onvoorwaardelijk kan worden *afgedwongen*.<sup>4</sup> Het EHRM verlangt dat de lidstaat door middel van gerichte regelgeving dient te voorzien in een waarborg dat de afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige zullen worden *gebruikt* in een strafzaak.<sup>5</sup> Omdat de Hoge Raad constateert dat in Nederland deze regelgeving ontbreekt, oordeelt hij dat de rechter in deze waarborgen dient te voorzien door aan het bevel tot faillissementsgijzeling een restrictie te verbinden dat de verkregen (wilsafhankelijke) informatie slechts mag worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. In de literatuur – maar zeker ook in de praktijk – heerst onduidelijkheid over de vraag welke waarborg het EHRM precies in dat kader verlangt en hoe de door de Hoge Raad geïntroduceerde rechterlijke waarborg in het licht van de EHRM-jurisprudentie moet worden begrepen. Is de rechterlijke restrictie bijvoorbeeld ook gericht tot de curator? En in hoeverre dient een rechter-commissaris bij het afnemen van een verhoor onder omstandigheden een vergelijkbare waarborg in acht te nemen? Een andere vraag waaraan in de literatuur al veel aandacht is besteed, betreft het verschil in benadering tussen de Hoge Raad en het EHRM met betrekking tot de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Waarin komt dat verschil tot uitdrukking en hoe zijn beide benaderingen te verklaren?

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie is tevens de vraag opgekomen of en in hoeverre de hierin opgenomen fraudesignalerende taak van de curator met zich brengt dat in faillissement het verbod op zelfincriminatie prevaleert boven de plicht van de bestuurder om te spreken. In de literatuur is betoogd dat als gevolg van deze wijziging in de Faillissementswet de gefailleerde tegenover de curator een zwijgrecht toekomt, omdat de curator een wettelijke taak heeft gekregen fraude te onderzoeken en daarvan aangifte te doen. Hierdoor zou de curator in deze gedachtegang niet meer in de positie zijn dat hij de informatie slechts kan

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: W.J.B. van Nielen & A. Karapetian, 'De contouren van het nemo tenetur beginsel in faillissement en de verhouding tot de wet versterking positie curator', *TvI* 2019/17. W.J.B. van Nielen is advocaat en curator bij Recoup advocaten en voorzitter van het Kennisplatform Faillissementsfraude. A. Karapetian is universitair docent bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.

2 Zie hierover Zie W.J.B. Van Nielen, 'Wet Versterking Positie Curator: financiering, fraudesprekking, nemo tenetur-beginsel', *FIP* 2017/168 en W.J.B. van Nielen & mr. C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder', *TvBS&H* september 2016, nr. 3. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding', *TvI* 2013/2. R.F. Feenstra, 'Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor', *TvI* 2015/14. R.J. van Galen, 'De wet versterking positie curator, 'Wordt hierdoor faillissementsfraude beter aangepakt?', in *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in Praktijk*, september 2014, nr. 5/6.

3 EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, *NJ* 2003/354, m.nt. Schalken (*J.B./Zwitserland*) en EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323, m.nt. Barkhuysen en Emmerik (*Chambaz/Zwitserland*).

4 HR 24 januari 2014, r.o. 3.7, *JOR* 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen.

5 EHRM 21 april 2009, 19235/03, *NJ* 2009/557 (*Marttinen/Finland*).

gebruiken ter afwikkeling van het faillissement en zou hij de gefailleerde geen garantie meer kunnen geven dat de inlichtingen niet meer zullen worden gebruikt in een strafrechtelijk onderzoek.<sup>6</sup> Uit onze analyse volgt dat deze conclusie en de daaraan ten grondslag liggende stellingen (bijvoorbeeld dat de curator als gevolg van de rechterlijke restrictie een garantie aan de failliet zou moeten geven) niet juist zijn.<sup>7</sup>

## 1.2 Plan van aanpak

Allereerst wordt in *paragraaf 2* de aard en de strekking van het nemo tenetur-beginsel besproken, waarbij de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad wordt uitgelegd aan de hand van de rechtspraak van het EHRM. Daarbij staan de volgende vragen centraal: (i) welke betekenis heeft de door de Hoge Raad in deze uitspraak geformuleerde waarborg in de vorm van een rechterlijke restrictie; en (ii) welke waarborg zou de rechter-commissaris in dat licht mogelijk in andere gevallen van dwang dan gijzeling ter verkrijging van informatie moeten bewerkstelligen? Vervolgens wordt in *paragraaf 3* het verschil in reikwijdte behandeld dat enerzijds het EHRM en anderzijds de Hoge Raad aan het nemo tenetur-beginsel toekent. In *paragraaf 4* komt de vraag aan bod of en in hoeverre de fraudesignalerende taak van de curator in de Wet versterking positie curator met zich brengt dat in faillissement het verbod op zelfincriminatie zou kunnen prevaleren boven de plicht van de bestuurder om te spreken. Ten slotte zullen we in *paragraaf 5* ingaan op het ontwerpvoorstel in het kader van de herziening van het Wetboek van Strafvordering tot het instellen van een wettelijke waarborg tegen gebruik van mededelingen die de verdachte op grond van een wettelijke plicht tot het verschaffen van informatie heeft gedaan, voor zover het recht op een eerlijk proces daardoor wordt geschonden. Daarbij stellen wij ons de vraag in hoeverre een dergelijke wettelijke waarborg zou kunnen bijdragen aan de oplossing van de spanning tussen de inlichtingenplicht in faillissement en het nemo tenetur-beginsel. Tot slot volgt een opsomming van alle conclusies in *paragraaf 6*.

## 2. De aard en strekking van het nemo-teneturbeginsel in faillissement en de te geven waarborg

### 2.1 Aard en strekking nemo tenetur

Het nemo tenetur-beginsel brengt tot uitdrukking dat iemand niet gehouden is mee te werken aan zijn eigen veroordeling en in het verlengde hiervan derhalve niet verplicht kan worden bij te dragen aan het bewijs dat tegen hem kan worden gebruikt. Als uitvloeisel van het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in art. 6 EVRM heeft het een verdragsrechtelijke oorsprong. Volgens het EHRM is 'the privilege against self-incrimination (...) at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6'.<sup>8</sup> Uit de oorsprong van

het beginsel blijkt dat dat het doel ervan is om grenzen te stellen aan overheidsoptreden. De staat dient het recht op een eerlijk proces en daarmee dus een uitoefening van het daaruit voortvloeiende recht om zichzelf niet te incrimineren te waarborgen.

De invulling van hetgeen het nemo tenetur-beginsel in een concrete situatie met zich brengt, dient te worden bepaald aan de hand van de uitleg die het beginsel in de rechtspraak van het EHRM heeft gekregen. Er zijn verschillende grondslagen geïdentificeerd voor het nemo tenetur-beginsel.<sup>9</sup> Een rechtsgrond vormt het belang van de materiële waarheidsvinding. Het materiaal dat wordt gepresenteerd ter beoordeling van het gedrag van de betrokkene dient betrouwbaar te zijn. Van verklaringen die iemand onder psychische of fysieke druk aflegt, wordt aangenomen dat zij onbetrouwbaar zijn en daarmee een voedingsbodem voor rechterlijke dwalingen vormen. Daarnaast wordt als grondslag van het nemo tenetur-beginsel aangewezen de procesautonomie van de verdachte. De gedachte is dat de wil van de verdachte dient te worden gerespecteerd in het strafproces opdat hij zelfstandig zijn proceshouding kan bepalen. Als laatste rechtsgronden worden het pressieverbod en het in het verlengde daarvan liggende eerbied voor de menselijke waardigheid beschreven. Hierbij staat voorop dat de overheid geen ongeoorloofde druk mag uitoefenen op de betrokkene zodat zijn vrijheid om te verklaren wordt gerespecteerd.

Terwijl de rechtsgrond van de materiële waarheidsvinding ziet op de aard van het materiaal dat wordt verkregen, nemen de andere rechtsgronden veeleer de wijze waarop het materiaal wordt verkregen tot uitgangspunt. Zoals onder meer in *paragraaf 3* zal blijken, heeft een keus voor de ene dan wel de andere categorie rechtsgronden gevolgen voor de invulling en het toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel.

Uit de genoemde grondslagen kan in ieder geval worden geconcludeerd dat buiten het strafproces – en derhalve ook in het kader van de faillissementsprocedure – het nemo tenetur-beginsel zich alleen manifesteert bij de vraag naar de geoorloofdheid van het uitoefenen van druk en dwang *steeds* in verband met gebruik van de aldus verkregen informatie in het strafproces.

### 2.2 Rechtspraak van de Hoge Raad

Hoe verhoudt het nemo tenetur-beginsel zich volgens de Hoge Raad tot de inlichtingenplicht in faillissement en hoe moet deze jurisprudentie van de Hoge Raad worden begrepen in het licht van voornoemde aard en strekking van dit beginsel in het licht van de EHRM-jurisprudentie?

In zijn algemeenheid geldt dat in het geval de inlichtingenplicht leidt tot het verstrekken van informatie die betrek-

6 R.F. Feenstra, 'De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?', in: *De curator en de failliet*, R.F. Feenstra e.a. (red.) (Insolad bundel 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 267 e.v.

7 Zie *paragraaf 4*.

8 EHRM 6 februari 1996, NJ 1996/725, m.nt. G. Knigge (*John Murray*).

9 E.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *Delikt en Delinkwent* 2003/33, p. 32; G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 283; I. Peci, *Sounds of Silence*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 79. Zie hierover ook D.A.G. van Toor, 'Natuur in de mens; het 'schuldige' geheugen', *NJB* 2011/2147.

king heeft op strafbare feiten, de bestuurder verplicht blijft tot het geven van inlichtingen. Dit geldt ook in het geval dat de curator inlichtingen verlangt omtrent feiten waarvan hij voornemens is aangifte te doen tegen de bestuurder. De Hoge Raad heeft in het verleden geoordeeld dat de inlichtingenplicht ook in dat geval overeind blijft, omdat het uitoefenen van dwang door middel van gijzeling geen punitief karakter heeft, maar erop gericht is de inlichtingenplichtige ertoe te bewegen te voldoen aan de inlichtingenplicht.<sup>10</sup> In zijn arresten van 12 juli 2013 en 24 januari 2014 heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM echter geoordeeld dat deze inlichtingenplicht niet *onvoorwaardelijk* kan worden afgedwongen.<sup>11</sup>

Volgens de Hoge Raad verlangt het EHRM in het kader van artikel 6 EVRM dat indien *niet kan worden uitgesloten* dat de verkregen informatie op een later moment voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt<sup>12</sup> de lidstaat door middel van *gerichte regelgeving* dient te voorzien in een waarborg dat de afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige worden gebruikt in een strafzaak.<sup>13</sup> Het rechtscollege constateert dat in Nederland regelgeving ontbreekt die erop is gericht dat de inlichtingenplichtige, in casu de failliet, zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen en dat derhalve de rechter in de vereiste waarborgen dient te voorzien. Volgens de Hoge Raad dient daarom de rechter een hierop gerichte clausulering aan zijn uitspraak te verbinden. Die clausulering bestaat – aldus de Hoge Raad – hierin dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring de restrictie wordt verbonden dat door de failliet te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien de afgedwongen inlichtingen desalniettemin zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning, dan komt volgens het rechtscollege het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan *schending* van de door de rechter gestelde *restrictie* toe aan de (straf)rechter die over de bestraffing beslist.

### 2.3 Uitleg van de uitspraak van de HR aan hand van de EHRM-jurisprudentie

Volgens bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad verlangt het EHRM in het kader van artikel 6 EVRM, als gezegd, dat, indien *niet kan worden uitgesloten* dat de verkregen informatie op een later moment voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt, de lidstaat door middel van *gerichte regelgeving* dient te voorzien in een waarborg dat de afgedwongen inlichtingen niet tegen de inlichtingenplichtige kan worden gebruikt in een strafzaak. Deze overweging strookt met de rechtspraak van het EHRM.

10 Zie HR 18 september 2009, NJ 1999/561, m.nt. J.W. Zwemmer; HR 24 januari 2014, JOR 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen; Zie tevens uitgebreid C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Onderneming & Recht deel 53, Deventer: Kluwer 2009, p. 75.

11 HR 24 januari 2014, r.o. 3.7, JOR 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen.

12 Hiermee verwijzend naar onder meer EHRM 21 april 2009, 19235/03, NJ 2009/557 (*Marttinen/Finland*) en EHRM 5 april 2012, 11663/04, AB 2012/323 (*Chambaz/Zwitserland*).

13 EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03, NJ 2009/557 (*Marttinen/Finland*).

Ten eerste blijkt uit de EHRM-jurisprudentie dat het nemo tenetur-beginsel ook doorwerking heeft in een niet op een punitieve sanctie gerichte procedure indien *niet kan worden uitgesloten* dat de verkregen informatie op een later moment voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt. Het is niet duidelijk wanneer dat moment precies aan de orde is volgens het EHRM. In de uitspraak *Chambaz*<sup>14</sup> ging het om een parallel gestart strafrechtelijk onderzoek inzake belastingontduiking, terwijl in *De Weerelt/Nederland*<sup>15</sup> uit 2013 werd aangenomen dat de curator ten tijde van de bevraging voornemens was om aangifte te doen. Voor de werking van dit beginsel is dus niet noodzakelijk dat ten tijde van het informatieverzoek reeds een strafrechtelijke procedure is aangevangen. In elk geval zal bij een voornemen om aangifte te doen en anderszins bij een concrete dreiging van strafvorderlijk optreden het nemo tenetur-beginsel geactiveerd worden.<sup>16</sup>

Ten tweede is uitgangspunt dat EVRM-rechten geen horizontale werking hebben, in die zin dat zij niet tussen private partijen gelden.<sup>17</sup> Hiermee is echter niet gezegd dat rechten die uit het EVRM voortvloeien private verhoudingen niet kunnen beïnvloeden. In diverse uitspraken heeft het EHRM uitgemaakt dat op de Staat uit hoofde van het EVRM ook positieve verplichtingen rusten die erop neerkomen dat hij zich ervoor moet inspannen dat burgers hun rechten uit het EVRM effectief kunnen uitoefenen.<sup>18</sup> In de genoemde zaken leidde dit tot de conclusie dat EVRM-rechten ook in private verhoudingen gelding kregen en wel op de grond dat de Staat diende te waarborgen dat de desbetreffende private partij haar rechten uit het EVRM effectief kon uitoefenen.<sup>19</sup> Naarmate de verhouding tussen de desbetreffende private partijen van dien aard is dat fundamentele rechten van de partijen in gedrang kunnen komen, ligt het aannemen van een positieve verplichting meer voor de hand.<sup>20</sup> Voor de curator geldt dat hij weliswaar in de heersende leer niet als

14 EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*).

15 EHRM 16 juni 2015, nr. 784/14 (*Van Weerelt/Nederland*).

16 Hierna wordt de vraag behandeld of vanwege de Wet versterking positie curator eerder een dergelijke dreiging van strafvorderlijk optreden kan worden aangenomen dan voor de invoering van de wet het geval was.

17 Het EHRM heeft een horizontale werking van de in het EVRM neergelegde rechten herhaaldelijk afgewezen. Zie Hartkamp, *Asser/Hartkamp 3-1* 2015, nr. 221 met verdere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak van het EHRM.

18 De uitspraak *Kotov/Rusland* van het EHRM (EHRM 14 januari 2010, RvdW 2010/740) is hiervan een voorbeeld. Hierin werd de Russische staat aansprakelijk gehouden voor gedragingen van de curator die erin bestonden dat hij welbewust en in strijd met de wettelijke rangorde uitkeringen aan schuldeisers had gedaan. Hiermee werden de eigendomsaanspraken van de onbetaalde schuldeisers in de zin van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM geschonden. Het EHRM ging voorbij aan het verweer van de curator dat hij niet aansprakelijk kan zijn voor de gedragingen van de curator omdat laatstgenoemde een private partij is. De uitspraak hield in dat hoewel de curator in die zaak niet aangemerkt kon worden als een publieke functionaris, de Staat wel aansprakelijk was voor zijn gedragingen omdat hij zijn positieve verplichtingen uit het EVRM had geschonden.

19 Dit worden de positieve verplichtingen van de Staat genoemd. Het woord 'positief' brengt tot uitdrukking dat de Staat zich niet alleen moet onthouden van schendingen op EVRM-rechten, maar ook actief moet bevorderen dat de uitoefening van die rechten wordt gewaarborgd.

20 Zie de rechtsoverwegingen 111 t/m 115 van het EHRM in *Kotov/Rusland*.

overheidsorgaan wordt beschouwd,<sup>21</sup> maar dat de bevoegdheden die hij uit hoofde van zijn taakstelling kan uitoefenen wel raken aan de grondrechten van de failliet. Zo opent hij de aan de failliet geadresseerde brieven (art. 14 jo. 99 Fw); kan hij met machtiging van de rechter-commissaris elke plaats betreden (art. 93a Fw) en de rechter verzoeken op voordracht van de rechter-commissaris de failliet in verzekerde bewaring te stellen indien hij weigert inlichtingen te verschaffen of de administratie te overleggen (art. 87 Fw). Op dezelfde voet kunnen ook de informatieplichten van de failliet zijn grondrecht om niet te hoeven meewerken aan zijn eigen veroordeling in gedrang brengen. Ongeacht de kwalificatie van de persoon van de curator kan daarom worden gesteld dat de Staat de verplichting heeft te waarborgen dat de failliet zijn recht op een eerlijk proces en daarmee het recht om zichzelf niet te incrimineren effectief kan uitoefenen, als gevolg waarvan het nemo tenetur-beginsel zich derhalve ook kan doen gelden in de verhouding tussen de failliet en de curator.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of de door de Hoge Raad geboden waarborg voldoet aan de eisen die het EHRM stelt.<sup>22</sup> Reeds eerder noemde het EHRM in de zaak *Marttinen/Finland* de mogelijkheid van een waarborg die uit de rechtspraak voortvloeit. In de uitspraak van het EHRM in *Van Weerelt/Nederland*<sup>23</sup> (die in vervolg op de uitspraak van de Hoge Raad uit 2014 is gedaan) kan een zekere bevestiging van deze lijn worden gevonden. Daarin wordt overwogen:

'The Court observes that the Supreme Court noted this lacuna and in direct application of Article 6 of the Convention gave a ruling designed to take the place of a statutory safeguard (...). Absent any final decision reflecting the use of information coerced from the applicant to ground the determination of a 'criminal charge' against the applicant, and given the place occupied by the Convention in domestic law (see Articles 93 and 94 of the Constitution of the Kingdom of the Netherlands, paragraph 46 above), the Court cannot find on the facts of the case before it that the applicant's Convention rights are not adequately protected.'

Uit de aangehaalde overweging volgt dat – omdat niet bekend is op welke wijze de afgedwongen informatie is gebruikt in een strafproces – geen oordeel kan worden gegeven over de vraag of de EVRM-rechten van de applicant (lees failliet) (niet) afdoende zijn beschermd. De rechterlijke waarborg biedt derhalve op zichzelf dus in elk geval niet een onvoldoende waarborg. In deze overweging lijkt voorts de vraag naar de schending van het nemo tenetur-beginsel aldus te worden geplaatst in de wisselwerking tussen de wijze waarop de informatie is verkregen en de wijze

waarop de informatie in de strafprocedure (mogelijk) wordt of is gebruikt.

Dit strookt met eerdere jurisprudentie van het EHRM in de zaak *Jalloh*<sup>24</sup> en *O'Halloran*<sup>25</sup> waarin een drietal criteria zijn benoemd waarmee een klacht over schending van het nemo tenetur-beginsel dient te worden beoordeeld, te weten: (i) de mate en aard van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen; (ii) de relevante waarborgen in de procedure; en (iii) de manier waarop het bewijs wordt gebruikt of kan worden gebruikt.<sup>26</sup>

## 2.4 Tussenconclusie – betekenis rechterlijke restrictie en de te geven waarborg door de rechter-commissaris

### 2.4.1 Aard en strekking van de rechterlijke restrictie

De strafrechter zal ook zonder deze rechterlijke restrictie behoren te toetsen aan artikel 6 EVRM en de uitleg die het EHRM daaraan heeft gegeven en hij kan niet gebonden zijn aan een door de civiele rechter opgelegde restrictie. Is de restrictie van de HR niet meer dan een *label* in de zin van een waarschuwing aan de strafrechter dat de inlichtingen (door de inbewaringstelling) zijn afgedwongen?<sup>27</sup> Het doel van de restrictie is te waarborgen dat de afgedwongen informatie niet wordt gebruikt in het strafproces, indien artikel 6 EVRM dat eist. De civiele rechter kan hierover echter niet oordelen. Dat oordeel komt toe aan de strafrechter op basis van de dan bekende feiten en omstandigheden. Met het oog daarop dient de strafrechter de relevante feiten en omstandigheden te worden aangereikt die betrekking hebben op de aard en mate van dwang/druk die is toegepast bij de verkrijging van de verlangde informatie. De restrictie kan derhalve niet meer inhouden dan de strafrechter in een eventuele latere strafprocedure te voorzien in die feiten en omstandigheden.

### 2.4.2 Restrictie gericht tot de strafrechter en niet tot de curator

De waarborg van de Hoge Raad in de vorm van een restrictie is dus niet (en kan ook niet zijn) gericht tot de curator<sup>28</sup>. Het is dan ook niet juist – zoals in de literatuur is gesteld – dat uit de restrictie zou volgen dat de curator gehouden is om enige garantie te geven aan de failliet dat hij de informatie niet in zijn aangifte zal opnemen of anderszins aan de strafvorderlijke autoriteiten zal doen toekomen. Immers: (i) EVRM-rechten gelden in beginsel niet tussen private partijen en hebben in die zin geen horizontale werking. Op de

21 Zie met zoveel woorden HR 17 april 1959, NJ 1961/573 (*Bloemsmia q.q./Staat*).

22 Zie W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder', *TvBS&H* september 2016, nr. 3 en de daarin genoemde literatuur.

23 EHRM 16 juni 2015, nr. 784/14. Het hof gaf deze overweging hoewel het de zaak niet-ontvankelijk oordeelde.

24 EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, NJ 2007/226, m.nt. Schalken (*Jalloh/Duitsland*).

25 EHRM 29 juni 2007, 15809/02, NJ 2008/25, par. 53 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

26 Zie D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel in de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvorderingen', *TBS&H* 2018/nr. 4, paragraaf 2.1 & 2.2.

27 Zie onder meer de annotatie van W.J.B. van Nielen onder Rb. Overijssel, 5 december 2016, *JOR* 2018/15.

28 In zoverre komt mede-ondergetekende Van Nielen terug op zijn annotatie onder HR 24 januari 2014 in *JOR* 2014/251.

Staat (en dus niet op private partijen; i.e. de curator) rust uit hoofde van het EVRM de inspanningsverplichting om te waarborgen dat burgers hun rechten uit het EVRM effectief kunnen uitoefenen; (ii) het nemo tenetur-beginsel beoogt in verband met de uitgeoefende druk slechts te voorkomen dat afgedwongen informatie in strijd met artikel 6 EVRM wordt gebruikt in het *strafproces* en het is dan ook de Staat die dat moet waarborgen. De waarborg van 6 EVRM verbiedt derhalve geen partij om bepaalde informatie wel of niet met politie of justitie te delen. Ook de Hoge Raad bevestigt dit standpunt, waar hij overweegt dat, indien de afgedwongen inlichtingen niettegenstaande de rechtelijke clausulering zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgging, het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan de *schending* van de door de rechter gestelde *restrictie* toekomt aan de (straf)rechter die over de bestraffing beslist.<sup>29</sup>

#### 2.4.3 Waarborg door rechter-commissaris bij dreiging met dwang

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechter dient te voorzien in een door het EHRM verlangde waarborg in het geval hij een inbewaringstelling op grond van art. 88 Fw beveelt. De vraag is of de door het EHRM verlangde waarborg ook is geboden indien een andere vorm van dwang wordt toegepast door bijvoorbeeld de rechter-commissaris. Te denken valt aan de situatie dat de rechter-commissaris die een verhoor afneemt en in dat verband in zijn aansporing aan de failliet om informatie te verstrekken enige vorm van dwang uitoefent. Gelet op de EHRM-jurisprudentie dient er rekening mee te worden gehouden dat ook in die gevallen de Staat moet waarborgen dat de alsdan verkregen informatie niet als bewijs in het strafproces wordt gebruikt, indien dat strijdig zou zijn met artikel 6 EVRM.<sup>30</sup> Zoals hiervoor toegelicht zou dit in de Nederlandse rechtspraak gewaarborgd moeten zijn door de strafrechter die dergelijke informatie conform de toepasselijke EHRM-jurisprudentie van het bewijs zou moeten uitsluiten. Vergelijkbaar met de rechterlijke restrictie zou in deze gevallen de Staat erin moeten voorzien dat de rechter-commissaris maatregelen neemt die ertoe strekken dat de feiten en omstandigheden bij de wijze van verkrijging van de desbetreffende informatie (aard en mate van dwang die is toegepast) het Openbaar Ministerie en daarnaast de strafrechter kunnen bereiken indien een strafrechtelijke procedure wordt gestart. Een

manier om dat te doen zou kunnen zijn door in het bevel<sup>31</sup> waarin de rechter-commissaris de bestuurder oproept voor verhoor ex artikel 105 Fw te verwijzen naar de rechtelijke restrictie. Eventueel zouden deze en andere feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de toegepaste aard en mate van dwang ook nog opgenomen kunnen worden in het proces-verbaal van verhoor. Bij wijze van voorbeeld zou in de oproeping voor verhoor in een bepaalde casus ons inziens kunnen worden opgenomen:

‘Onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad in HR 24 januari 2014, *JOR* 2014/251 wordt aan het verhoor de restrictie verbonden dat – gelet op de aard en mate van dwang die wordt toegepast met deze oproeping – de tijdens het verhoor door u verstrekte inlichtingen niet zal mogen worden gebruikt in een eventuele strafprocedure over deze inlichtingen, voor zover dit gebruik in strijd zou komen met artikel 6 EVRM, welk oordeel daarover toekomt aan de strafrechter in een dergelijke strafprocedure.’

De Faillissementswet bevat thans geen regeling daartoe. Naar onze mening verdient het aanbeveling een dergelijke regeling wettelijk te verankeren. Wij komen hier in de conclusie op terug.

### 3. Reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel volgens de HR en het EHRM

Bij de beschouwing van de drie eerder besproken rechtsgronden van het nemo tenetur-beginsel – die bestaan uit: het belang van de materiële waarheidsvinding, het persieverbod en de procesautonomie – treedt een tweedeling op in het toepassingsbereik van het beginsel. Waar de rechtsgrond van de materiële waarheidsvinding de aard van het materiaal dat wordt verkregen als uitgangspunt neemt, geldt voor de andere rechtsgronden dat zij veeleer de wijze waarop het materiaal wordt verkregen aan banden beogen te leggen. Als de materiële waarheidsvinding als kern van het nemo tenetur-beginsel wordt beschouwd, dan ligt in de rede dat het alleen bescherming biedt als het gaat om verklaringen die de desbetreffende persoon heeft afgelegd. Materiaal dat in fysieke zin en ongeacht de wil en de goedstoestand van die persoon bestaat, kan immers niet beïnvloed worden door de druk die wordt uitgeoefend. Dat materiaal is dan betrouwbaar en daarom bestaat ten aanzien daarvan geen gevaar voor rechterlijke dwalingen. Indien het persieverbod en de menselijke waardigheid van de verdachte als drijvende kracht achter het nemo tenetur-beginsel worden aangemerkt is het beschermingsbereik van het beginsel ruimer. Het is immers mogelijk dat ook bij materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat, een dusdanige druk wordt uitgeoefend dat deze strijd met het persieverbod (alsook de partijautonomie) oplevert.

29 Zie ook Rb. Amsterdam, 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466 die een door het Openbaar Ministerie verzocht bestuursverbod oplegt en daarbij overweegt: ‘Voor zover de omstandigheid dat de zojuist bedoelde waarborg niet is gegeven, [belanghebbende] ertoe heeft gebracht om – los gezien van de inbewaringstelling – juist géén informatie aan de curator te verschaffen, kan ook die schending worden meegewogen in het kader van de c-grond. De consequenties van het niet zijn gegeven van de waarborg doen zich immers slechts gevoelen in het eventuele strafproces en staan los van de civielrechtelijke rechten en plichten.’

30 Dit volgt uit de rechtspraak van het EHRM waarin het dreigen met een boete ook onder de werking van het nemo tenetur-beginsel is gebracht. Zie EHRM 21 april 2009, 19235/03, *NJ* 2009/557 (*Marttinen*), waarin de weigering om inlichtingen te verstrekken werd bedreigd met een boete. De boete was in die zaak overigens ook opgelegd.

31 Zie HR 23 december 2016, *NJ* 2017/27, waarin de rechter-commissaris in de daar genoemde bijzondere omstandigheden ook bij gelegenheid van de oproeping voor verhoor inzicht had behoren te geven in het doel van het verhoor.

Al naargelang de nadruk op de ene categorie rechtsgronden of de andere ligt, kan het nemo tenetur-beginsel een enger (wilsafhankelijk materiaal) of ruimer (winstafhankelijk en wilsonafhankelijk) beschermingsbereik hebben. Deze tweedeling tussen het beschermingsbereik van het nemo tenetur-beginsel komt tot uiting in de rechtspraak van de Hoge Raad en het EHRM.

### 3.1 EHRM

Waar het EHRM in het bekende *Saunders*-arrest<sup>32</sup> nadrukkelijk leek te kiezen voor de aard van het verkregen materiaal als maatstaf voor de toepasselijkheid van het nemo tenetur-beginsel, hanteert het in zijn latere rechtspraak een andere maatstaf. In het *Saunders*-arrest introduceerde het hof het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal. Het overwoog dat het nemo tenetur-beginsel niet zover strekt dat onder dwang verkregen materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat – zoals documenten, adem-, bloed- en urinemonsters<sup>33</sup> – onder zijn beschermingsbereik valt. De overwegingen van het hof werden in de literatuur aldus begrepen dat het nemo tenetur-beginsel enkel ziet op verklaringen van de betrokkene en niet op informatie die bestaat onafhankelijk van zijn wil.<sup>34</sup> Opvolgende rechtspraak vormde echter steeds nadrukkelijker aanleiding om deze conclusie mogelijk bij te moeten stellen. In de belastingzaak *JB/Zwitserland*, die op *Saunders* volgde, werd een schending van het nemo tenetur-beginsel aangenomen hoewel de verkregen informatie bescheiden betrof en dus binnen het stramien van *Saunders* tot wilsonafhankelijk materiaal moest worden bestempeld.<sup>35</sup> Aanvankelijk werd de verklaring voor deze ‘afwijking’ gezocht in de omstandigheid dat de belastingautoriteiten in *JB/Zwitserland* bij het informatieverzoek niet wisten van het bestaan van het verzochte materiaal. Zij zouden zich hierdoor schuldig maken aan een zogeheten ‘fishing expedition’, die ook in de rechtspraak van vóór *Saunders* – namelijk in de zaak *Funke/Frankrijk*<sup>36</sup> – niet de goedkeuring van het hof kon wegdragen. Dat zou betekenen dat bij gerichte informatieverzoeken, waarbij de betrokken autoriteit weet dat het opgevraagde materiaal bestaat, een schending van het nemo tenetur-beginsel niet zou zijn aangewezen. Inmiddels lijkt uit *Marttinen/Finland*<sup>37</sup> en *Chambaz*<sup>38</sup> te kunnen worden afgeleid dat het hof in het kader van de beoordeling of sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal niet doorslaggevend acht. In beide zaken was het onder dwang – het opleggen van een dwangsom respectie-

velijk een boete – verkregen materiaal wilsonafhankelijk<sup>39</sup> en repte het hof in zijn relevante overwegingen niet van een onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal. Veeleer lijkt het hof in zijn rechtspraak de aard en de mate van de dwang die is uitgeoefend in combinatie met het (mogelijke) gebruik van het verkregen materiaal van belang te achten bij de toepassing van het nemo tenetur-beginsel.<sup>40</sup> Grof gesteld zou een zware vorm van dwang moeten leiden tot een vergaande restrictie van het gebruik van het materiaal in het strafproces (bijvoorbeeld dat het niet als startinformatie mag worden gebruikt) terwijl het toepassen van lichte dwang meer ruimte laat voor een meer belastend gebruik van het materiaal in het strafproces (bijvoorbeeld het betrekken van die omstandigheid bij de straftoemeting).

### 3.2 Hoge Raad

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad komt naar voren dat hij blijft vasthouden aan het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal voor de beoordeling van de vraag of het nemo tenetur-beginsel in het geding is.<sup>41</sup> In de desbetreffende overwegingen komt naar voren dat de Hoge Raad de rechtspraak van het EHRM die op *Saunders* is gevolgd niet als een afwijking beschouwt van de uitgangspunten die in *Saunders* werden geformuleerd.<sup>42</sup> In een arrest uit 2015 heeft de Hoge Raad de relevantie van het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal benadrukt.<sup>43</sup> In overeenstemming met hetgeen werd overwogen in de reeds besproken uitspraak uit 2014,<sup>44</sup> oordeelt hij dat ter zake van de juiste belastingheffing de belastingplichtige gedwongen kan worden tot het verschaffen van al het materiaal dat van belang is voor een juiste belastingheffing. Daaraan dient evenwel door de (dwangsom) rechter de restrictie te worden verbonden dat wilsafhankelijk materiaal niet voor beboeting/bestrafing mag worden gebruikt, maar uitsluitend ten behoeve van de belastingheffing. Voor de vraag wat wilsonafhankelijk materiaal is, acht de Hoge Raad bepalend of het materiaal in fysieke zin een bestaan heeft onafhankelijk van de wil van de inlichtingenplichtige. Dat voor de verkrijging van het materiaal enige medewerking nodig zal zijn van de inlichtingenplichtige – bijvoorbeeld om de locatie van de documenten te achterhalen – doet daaraan niet af volgens de Hoge Raad.

Wel zullen de autoriteiten aannemelijk moeten maken dat het gevorderde materiaal reeds bestaat en dat de inlichtin-

32 EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

33 Zie rechtsoverweging 69 in EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

34 Zie met name de annotatie van G. Knigge onder die uitspraak in NJ 1997/699.

35 EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, NJ 2003/354, m.nt. Schalken (*J.B./Zwitserland*).

36 EHRM 25 februari 1993, nr. 82/1991/334/407, NJ 1993/485, m.nt. Knigge (*Funke/Frankrijk*).

37 EHRM 21 april 2009, 19235/03, NJ 2009/557 (*Marttinen/Finland*).

38 EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, AB 2012/323, m.nt. Barkhuysen & Emmerik (*Chambaz/Zwitserland*).

39 Uit *Marttinen/Finland* wordt niet duidelijk of sprake was van een ‘fishing expedition’. In *Chambaz* ging het om documenten die inzicht zouden verschaffen in de vermogenspositie van de betrokkene. Het lijkt erop dat de belastingautoriteiten in elk geval een vermoeden hadden van het bestaan van die documenten, aangezien de inkomensgroei van de betrokkene niet kon worden verklaard uit de gegevens die hij eerder had verstrekt.

40 Zie met name EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, NJ 2007/226, m.nt. Schalken (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*) en EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03, NJ 2009/557 (*Marttinen/Finland*).

41 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435, m.nt. Zwemmer.

42 R.o. 3.6 in HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640. Anders: A-G Wattel in zijn conclusie voor dat arrest.

43 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1129, NJ 2015/265, m.nt. Zwemmer.

44 HR 24 januari 2014, JOR 2014/251, m.nt. W.J.B. van Nielen.

genplichtige daarover de beschikking heeft of zal verkrijgen, aldus nog steeds de Hoge Raad. Het informatieverzoek dient derhalve bij wilsonafhankelijk materiaal wel voldoende concreet en traceerbaar te zijn. Hierin klinkt de hiervoor aangestipte rechtspraak van het EHRM door, waarin 'fishing expeditions' binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel zijn gebracht.

### 3.3 *Vershil benadering EHRM en Hoge Raad*

Het is duidelijk dat tussen het EHRM en de Hoge Raad een verschil in benadering bestaat met betrekking tot het toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad lijkt het nemo tenetur-beginsel aldus te begrijpen dat het bescherming biedt tegen het verkrijgen van bepaalde bewijs. Het EHRM, daarentegen, plaatst de rationale van het beginsel in het licht van de bescherming tegen het *aanwenden* van ongeoorloofde middelen voor het vergaren van bewijs.<sup>45</sup> Het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal zou in de benadering van het EHRM enkel ertoe dienen om te beoordelen of en welke vorm en mate van dwang geoorloofd is, in het licht van het voorgenomen gebruik van de verkregen informatie.<sup>46</sup> Bij wilsonafhankelijke verklaringen zou dan bijna elke vorm van dwang zijn uitgesloten,<sup>47</sup> terwijl bij wilsonafhankelijk materiaal die beoordeling afhangt van de concrete omstandigheden van het geval.

### 3.4 *Een analyse*

Niettegenstaande pogingen in de literatuur om de benadering van het EHRM te conceptualiseren, blijft gelden dat de rechtspraak erg casuïstisch en weinig rechtlijnig is.<sup>48</sup> Wellicht is de meest heldere richtlijn die uit zijn rechtspraak kan worden gedestilleerd dat het belang van het respecteren van de wil van de inlichtingenplichtige telkens dient te worden afgewogen tegen andere belangen.<sup>49</sup> Ook het EHRM erkent immers dat het nemo tenetur-beginsel niet absoluut is.<sup>50</sup> Een dergelijke benadering kan voordelig zijn omdat zij ruimte biedt voor een oordeel dat op de specifieke situatie is toegesneden. Anderzijds heeft zij als nadeel dat zij weinig concrete richtsnoeren bevat. De benadering van de Hoge Raad is in dat opzicht onzes inziens aansprekender. De aard van het materiaal vormt daarin een richtinggevend criterium en zal doorgaans een duidelijk kader bieden voor de vraag of het nemo tenetur-beginsel in het geding is. Of materiaal ten tijde van het informatieverzoek in fysieke zin onafhankelijk van de wil van de inlichtingenplichtige bestaat,

zal namelijk afgezien van enkele 'grijze' gevallen minder moeilijk zijn vast te stellen.

Dat de aard en de mate van de dwang die wordt uitgeoefend in die benadering niet worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden, behoeft niet problematisch te zijn. Er bestaan andere bepalingen in het EVRM die eventuele folter- en martelneigingen van de Staat aan banden kunnen leggen.<sup>51</sup> De fysieke integriteit van de inlichtingenplichtige staat dus ook in de benadering van de Hoge Raad niet op het spel. Bedacht dient te worden dat de dwangmiddelen die in het kader van het fiscale recht, maar ook het faillissementsrecht voor toepassing in aanmerking komen allemaal zijn ingebed in een systeem van wettelijke waarborgen (dikwijls in de vorm van rechterlijke toetsing). Een laatste en wellicht belangrijkste argument dat zou kunnen worden aangevoerd tegen het brede beschermingsbereik dat het EHRM aan het nemo tenetur-beginsel toedicht, is dat het de effectiviteit van ordenings(straf)wetgeving te veel beperkt. Weliswaar volgt uit zijn rechtspraak dat inlichtingenplichten voor administratiefrechtelijke/toezichtrechtelijke doeleinden (zoals belastingheffing, maar onzes inziens ook het beheer en de afwikkeling van het faillissement) onverkort gelden, maar als de verkregen informatie vervolgens niet tot bewijs van ontdekte strafbare feiten mag leiden, blijft er van handhaving weinig over.<sup>52</sup> Dit argument wint bovendien aan kracht indien wordt bedacht dat het nemo tenetur-beginsel reeds zijn gelding kan hebben indien 'niet kan worden uitgesloten' dat de verkregen informatie voor een 'criminal charge' zal worden gebruikt. Het beginsel krijgt daarmee in potentie een bijna onoverzienbaar toepassingsbereik. In de hiervoor aangehaalde zaak *O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk* lijkt het EHRM overigens wel oog te hebben voor het handhavingsbelang. In die zaak betreft het EHRM de aard van de desbetreffende wetgeving bij de beoordeling van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel.

In die zaak ging het om twee kentekenhouders van motorrijtuigen waarmee een snelheidsovertreding was begaan. De kentekenhouders werden aangezocht om de namen van de personen bekend te maken die op het bewuste tijdstip de auto's bestuurden. Het niet voldoen aan deze inlichtingenplicht was strafbaar gesteld in de Engelse Road Traffic Act 1988. De ene kentekenhouder maakte op enig moment bekend dat hij de bestuurder was en kreeg een boete opgelegd en de andere kreeg een boete omdat hij geen informatie wilde verstrekken. Beide betrokkenen beklagden zich bij het EHRM wegens schending van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM oordeelde dat in die situatie geen sprake is geweest van schending van het beginsel en verwees daarbij onder meer naar de bijzondere aard van de wetgeving in het kader waarvan de inlichtingen waren verzocht. De Engelse Road Traffic Act onderwerpt volgens het EHRM-eigenaren en bestuurders van motorrijtuigen aan een stelsel van re-

45 Vgl. S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex art. 6 EVRM', *Delikt & Delinkwent* 2019/16, p. 227.

46 Zie D.A.G. van Toor, 'Natuur in de mens; het 'schuldige' geheugen' *NJB* 2011/2147.

47 Dat veronderstelt dat ook bij wilsonafhankelijk materiaal soms (lichte) dwang is toegestaan. Een voorbeeld is de uitspraak EHRM 29 juni 2007, 15809/02, *NJ* 2008/25, par. 53 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*), die hierna wordt besproken.

48 Corstens 2018, p. 373.

49 A-G Knigge in nummer 78 van zijn conclusie voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39.

50 Dit volgt reeds uit de *Saunders*-uitspraak. Zie voor deze constatering ook punt 55 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39.

51 Zoals art. 3 EVRM.

52 Op deze incongruentie wijst A-G Knigge in punt 75 van zijn conclusie voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39.

gels (zoals de informatieplichten bij niet-nakoming waarvan een sanctie dreigt) waarvan de rechtvaardiging moet worden gezocht in de ernst van de potentiële (letsel)schade die bij het gebruik van motorrijtuigen kan worden veroorzaakt. Eigenaren van motorrijtuigen zouden daarmee bepaalde verplichtingen en verantwoordelijkheden aanvaarden. In deze zaak leverde het gebruik van wilsafhankelijke verklaringen voor punitieve doeleinden in de optiek van het EHRM aldus geen schending van het nemo tenetur-beginsel op in verband met de aard van het verkeers(straf)recht.<sup>53</sup> De vraag rijst of het faillissementsrecht ook niet een dergelijke positie toekomt. Betoogd kan worden dat de Faillissementswet rechtssubjecten aan een regime van inlichtingen- en medewerkingsplichten onderwerpt – de niet-nakoming waarvan strafrechtelijk wordt gesanctioneerd<sup>54</sup> – dat zijn ratio erin vindt dat het faillissement ernstige maatschappelijke schade kan veroorzaken. Als het gaat om bijvoorbeeld het opvragen van de administratie van de failliet terwijl de curator geen concrete aanwijzingen heeft dat die administratie bestaat, zou op grond van die redenering de stelling verdedigbaar zijn dat het uitoefenen van dwang tot het verkrijgen van de administratie – ook in een ‘fishing expedition’-achtige casus derhalve – niet in de beschermings sfeer van het nemo tenetur-beginsel valt. Althans, dat het nemo tenetur-beginsel in die situatie niet zover strekt dat het tot bewijsuitsluiting van het verkregen materiaal zou moeten leiden. Het drijven van een onderneming brengt immers allerlei wettelijke verplichtingen met zich en het houden van een behoorlijke administratie is een wezenlijk aspect daarvan (art. 2:10 BW).<sup>55</sup> Overigens is wel de vraag of het EHRM een dergelijke uitzonderingspositie voor het faillissementsrecht ziet weggelegd. In *Martinen/Finland* werden namelijk de overwegingen uit *Saunders* herhaald die erop neerkomen dat de complexiteit van fraude (door middel van rechtspersonen), het eminente publieke belang van het opsporen van die fraude en het bestraffen van de verantwoordelijke personen geen rechtvaardiging vormen voor een schending van het recht op een eerlijk proces.

#### 4. Invloed fraudesignalerende taak curator op verhouding inlichtingenplicht en non-incrimatieverbod

##### 4.1 Inleiding

In deze paragraaf komt de vraag aan bod of en in hoeverre de fraudesignalerende taak van de curator in de Wet versterking positie curator met zich brengt dat – in afwijking van de voor de inwerkingtreding van deze wet gewezen en besproken jurisprudentie van de Hoge Raad – in faillissement het verbod op zelfincriminatie de bestuurder zou ontheffen van zijn plicht om inlichtingen te verschaffen. Zoals reeds opgemerkt, is een dergelijk standpunt in de literatuur naar voren gebracht. De gegeven argumentatie valt daarbij (hoewel niet duidelijk van elkaar gescheiden) in twee grondslagen uiteen, namelijk (i) analoge toepassing van artikel 29 Sv; en (ii) de werking van het nemo tenetur-beginsel in faillissement. In paragraaf 5.3 worden deze argumenten behandeld. Daartoe zal echter eerst worden ingegaan op betekenis van de fraudesignalerende taak in de nieuwe wet.

##### 4.2 Aard en reikwijdte fraudesignalerende taak curator

Op 26 november 2013 heeft het kabinet het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aangekondigd. Het wetgevingsprogramma omvat onder andere nieuwe regels die zijn gericht op fraudebestrijding. Daartoe zijn inmiddels drie wetten in werking getreden, namelijk het Civielrechtelijke bestuursverbod (in werking sinds 1 juli 2016),<sup>56</sup> de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (in werking sinds 1 juli 2016)<sup>57</sup> en de Wet versterking positie curator (in werking sinds 1 juli 2017).<sup>58</sup> Met de laatste wet beoogt de wetgever een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude door de informatiepositie van de curator te verbeteren en een fraudesignalerende rol te institutionaliseren.<sup>59</sup> Hoewel aan de curator een ‘nieuwe’ rol wordt toebedeeld in het kader van fraudebestrijding, geeft de wetgever aan geen afbreuk te willen doen aan zijn primaire taak. De kerntaak van de curator blijft beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. De kern van het wetsvoorstel is – naast hercodificatie van de informatieplicht van de failliet – het verankeren van de fraudesignalerende taak van de curator.<sup>60</sup>

Deze fraudesignalerende taak past volgens de memorie van toelichting uitdrukkelijk in de door de Hoge Raad in zijn vaste jurisprudentie geformuleerde taak van de curator die – aldus de MvT – zijn ‘taak verricht vooral ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het streven voor hen een zo groot mogelijk boedelactief te genereren, zij het dat hij in zijn be-

53 Overigens verdient opmerking dat het EHRM voor die conclusie ook van belang achtte de geringe omvang van de boetes die ten aanzien van beide betrokkenen waren opgelegd.

54 Het niet voldoen aan de inlichtingenplicht is strafbaar op grond van art. 194 Sr en het niet verstrekken van de administratie aan de curator is strafbaar op grond van art. 344a Sr.

55 Vgl. de hierna in paragraaf 5 te bespreken memorie van toelichting bij het concept wetsartikel 4.3.2.5 inzake het gebruik van mededelingen in een strafzaak. Dit wetsartikel bevat een bewijsverbod met betrekking tot mededelingen die op basis van wettelijke inlichtingenplichten zijn gedaan. De bepaling wordt hierna in paragraaf 4 besproken. Volgens de opstellers van de memorie van toelichting bieden de overwegingen uit *O'Hollaran & Francis t/Verenigd Koninkrijk* ruimte om een uitzondering te aanvaarden op het bewijsverbod indien de ‘verklaringen zijn verstrekt op basis van verplichtingen in ordeningswetgeving’. Mogelijk valt in de zienswijze van de opstellers ook het faillissementsrecht daaronder.

56 *Stb.* 2016, 153.

57 *Stb.* 2016, 154.

58 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 2.

59 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 2.

60 Zie hierover Zie W.J.B. Van Nielen, ‘Wet Versterking Positie Curator: financiering, fraudespreekuur, nemo tenetur-beginsel’, *FIP* 2017/168 en W.J.B. van Nielen & mr. C.M. Derijks, ‘De curator als civiele fraudebestrijder’, *TvBS&H* september 2016, nr. 3. W.J.B. van Nielen, ‘Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding’, *TvI* 2013/2.



leidsafwegingen ook belangen van maatschappelijke aard mag betrekken, zoals werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming (HR 4 december 1963, NJ 1964/144 en HR 24 februari 1995, NJ 1996/472). Het primaat ligt echter bij een zodanige afwikkeling van het faillissement dat alle daarbij betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd (zo al HR 10 januari 1910, W 8970). Daarbij heeft de curator vaak met uiteenlopende, soms tegenstrijdige, belangen te maken, moet hij vaak snel beslissen en hoort hem daarom een zekere beleidsvrijheid toe te komen (HR 19 april 1996, NJ 1996/727, (Maclou/Curatoren van Schuppen).’

Ten behoeve van het verankeren van de fraudesignalerende taak, is een tweede lid aan artikel 68 Fw toegevoegd waarin is opgenomen:

de curator:

1. beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;
2. informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en
3. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.

*Sub a. aard van het onregelmatigheidsonderzoek*

Deze taak van de curator is en blijft in het teken staan van de primaire taak van de curator. Dat blijkt uit de tekst van de wet: ‘Bezie bij het beheer en de vereffening’<sup>61</sup> alsook expliciet uit de MvT die in dat kader benadrukt:

“Dit wetsvoorstel tast de kerntaak van de curator niet aan; de curator is en blijft vooral beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Daartoe geeft onze wetgeving hem nu al de nodige instrumenten om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren. (...). Kortom, de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren is in wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen.”<sup>62</sup>

Het onregelmatigheidsonderzoek is volgens de MvT gericht op het signaleren van “onregelmatigheden”, zoals ontbreken van administratie, paulianeuze handelingen en kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bewust is gekozen voor de neutrale

term “onregelmatigheden”, die de voorkeur verdient boven de meer beperkte notie “strafbare handelingen”, waarin een juridische kwalificatie is gelegen waarvan de beoordeling volgens de MvT niet aan de curator is, terwijl ook niet alle onregelmatigheden strafbare feiten opleveren.

Benadrukt wordt nog dat het oorzakenonderzoek met deze regeling beperkt kan blijven tot een “prima facie” onderzoek bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden, met dien verstande dat bij (signalen van) onregelmatigheden in ieder geval voldaan moet worden aan de informatieplicht jegens de rechter-commissaris.

*Sub b. informeert de RC vertrouwelijk*

Heeft de curator eventuele onregelmatigheden gesignaleerd, dan geldt tevens een informatieplicht tegenover de rechter-commissaris. Deze vertrouwelijke melding kan in iedere stand van de afwikkeling van het faillissement worden gedaan.<sup>63</sup> Deze verplichting tot het vertrouwelijk informeren van de rechter-commissaris is niets nieuws voor de curator. De reden waarom dit is opgenomen, ligt veeleer in de in lid c toegekende bevoegdheid van de rechter-commissaris de curator te berichten dat hij melding of aangifte nodig acht.

*Sub c. doet indien hij of de RC dat nodig acht melding of aangifte*

De curator doet melding of aangifte van de onregelmatigheden die hij heeft opgemerkt bij de afwikkeling van het faillissement, indien hij of de rechter-commissaris dit nodig acht.<sup>64</sup> De wettelijke verankering van deze meldplicht laat zich verklaren door het beeld dat curatoren weinig strafbare feiten zouden melden.<sup>65</sup> Wel is het zo dat er bij meer meldingen van faillissementsfraude door curatoren betere keuzes kunnen worden gemaakt. Door prioritering kunnen zaken worden uitgekozen waar het strafrecht ook echt iets toevoegt. De melding heeft dus niet alleen een kwantitatieve functie, maar ook een kwalitatieve functie, namelijk in die zin dat de meldingen onderling kunnen worden vergeleken en vervolgens dat de meest aangewezen zaken kunnen worden opgepakt.<sup>66</sup>

63 Kamerstukken II 2014/15, 34252, 3, p. 3.

64 Zie hierover ook W.J.B. van Nielen, C.M. Derijk, ‘De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude’, *TvBS&H*, nr. 1 en R.F. Feenstra, ‘Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor’, *Tvl* 2015/14 (p. 9), alsmede W.J.B. van Nielen, ‘Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding’, *Tvl* 2013/2.

65 Vergelijk de toelichting bij de praktijkregels van INSOLAD uit 2011: ‘Reeds decennialang wordt aangedrongen op het doen van meer aangiftes. De ervaring is echter dat de vervolgende instanties hier bitter weinig mee doen zodat het doen van aangifte louter uit het oogpunt van burgerschap niet goed te verdedigen valt zolang in die praktijk geen verandering komt. In sommige gevallen kan aangifte bij overheidsinstanties zoals de FIOD nuttig zijn indien dit leidt tot onderzoek waarvan de boedel kan profiteren.’

66 Door de melding kunnen ook zaken in zicht komen die alleen betrekking hebben op dezelfde verdachte en aldus kunnen worden samengevoegd. Zie W.J.B. Van Nielen, ‘Wet Versterking Positie Curator: financiering, fraudesprekking, nemo tenetur-beginsel’, *FIP* 2017/168.

61 De MvT zegt hierover: ‘Deze rol komt voort uit de traditionele taak, hetgeen duidelijk wordt gemaakt door het gebruik van het woord «bij» in de aanhef van het nieuwe tweede lid. De curator wordt verplicht om bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of er sprake is van onregelmatigheden (Kamerstukken II 2014/15, 34252, 3, p. 3).’

62 Kamerstukken II 2014/15, 34252, 3, p. 3. Zie ook T. Tekstra onder zijn annotatie onder *JOR* 2017/278.

Wanneer zou er volgens de MvT in ieder geval melding moeten worden gedaan? Bij serieuze signalen en onregelmatigheden die qua aard of omvang dermate ernstig zijn, dat melding of aangifte geboden is. Meer wordt hierover niet toegelicht. Benadrukt wordt dat het wetsvoorstel op geen enkele wijze afbreuk doet aan het opportuniteitsbeginsel van het Openbaar Ministerie. Deze zullen de melding of aangifte vervolgens zelfstandig beoordelen en afwegen of strafvervolgning al dan niet aangewezen is.

Welke afweging behoort de curator te maken en in hoeverre heeft hij daarbij een beleidsvrijheid om wel of geen melding of aangifte te doen en in hoeverre heeft hij daartoe (dus) een plicht? Hierover is de MvT niet eenduidig:

‘Vooropgesteld moet worden dat het primaat om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden bij de curator ligt. Mochten de rechter-commissaris en de curator van mening verschillen over de noodzaak om melding te maken of aangifte te doen van onregelmatigheden, dan is het in het kader van de fraudebestrijding van belang dat de beslissing om wél melding te maken of aangifte te doen prevaleert. Hierin wordt voorzien door te bepalen dat de curator van geconstateerde of vermoede onregelmatigheden melding of aangifte doet als hij dat nodig acht. In het geval de curator nalaat om te voldoen aan het bevel van de rechter-commissaris om melding te maken of aangifte te doen, dan kan de rechter-commissaris als ultimum remedium de rechtbank verzoeken om de curator te ontslaan (art. 73 Fw). (...) de rechter-commissaris, (kan) in het kader van zijn taak om het maatschappelijk belang af te wegen tegen de mogelijke boedelbelangen van crediteuren, de curator laten weten dat hij het nodig acht dat de curator melding of aangifte doet van onregelmatigheden (art. 68, tweede lid, onder c, Fw). Voor zover de vrijheid van de curator hierdoor wordt beperkt, weegt het bezwaar hiertegen niet op tegen het maatschappelijke belang van fraudebestrijding en de maatschappelijke rol die de curator hierin anno 2014 heeft.’<sup>67</sup>

Hier lijkt de wetgever de rechter-commissaris de beleidsruimte te bieden om het belang van de gezamenlijke crediteuren ondergeschikt te maken aan het maatschappelijke belang van fraudebestrijding en de maatschappelijke rol die de curator hierin anno 2014 heeft. Over de vraag in welke gevallen daartoe voldoende rechtvaardiging bestaat wordt niets gezegd. Gelet op de nadruk die de wetgever bij de taak van de curator steeds legt op het primaat van de gezamenlijk crediteuren in het licht van de jurisprudentie over de maatschappelijke belangen waar de curator ook rekening mee moet houden, zal deze afweging ook binnen het kader van deze jurisprudentie moeten worden gemaakt. Binnen het kader van deze jurisprudentie is het niet ondenkbaar dat een afweging wordt gemaakt in het voordeel van de fraudebestrijding en in het nadeel van het belang van de

gezamenlijke schuldeisers indien dat laatste belang bijvoorbeeld relatief gezien gering is. Wat nog opvalt is dat de rechter-commissaris hier volgens de wetgever een andere afweging zou kunnen maken dan de curator. Dat lijkt ons niet de bedoeling en ons lijkt ook dat verondersteld mag worden dat de curator eenzelfde afweging als de rechter-commissaris heeft te maken. Uit het vorenstaande volgt dat de curator dus uitiem wel door de rechter-commissaris verplicht kan worden – tegen zijn eigen oordeel in – tot het doen van melding en aangifte. Wij verwachten dat dit in de praktijk beperkt zal blijven tot uitzonderingen.

#### 4.3 Commentaar

Uit het voorgaande blijkt niet dat de nieuwe wet erop gericht zou zijn om de curator strafrechtelijk vooronderzoek te laten doen.<sup>68</sup> Niets verplicht de curator immers om zijn bevoegdheden aan te wenden voor het vergaren van bewijs voor strafbare feiten. Ook valt dit niet te lezen in artikel 68 lid 2 Fw. Beoogd is veeleer dat de curator – nu hij toch in het kader van zijn primaire taak onderzoek behoort te doen naar onregelmatigheden – voor zover bij dit onderzoek ook sprake blijkt van onregelmatigheden die qua aard en omvang dermate ernstig zijn, hiervan melding of aangifte doet. Met andere woorden: de geïnstitutionaliseerde taak is beperkt tot het signaleren van onregelmatigheden die bij zijn onderzoek in het kader van zijn *primaire taak* naar boven zijn gekomen.

De curator kan ook niet aangemerkt worden als een ‘*verkapte opsporingsambtenaar*’<sup>69</sup> temeer nu (i) zijn taak niet gericht is op het opsporen van strafbare feiten (maar strekt tot het verrichten van onregelmatigheidsonderzoek in het kader van zijn primaire taak); en (ii) hij geen daarvoor in het leven geroepen opsporingsbevoegdheden toegekend heeft gekregen (de bevoegdheden van de curator zijn verleend met het oog op de afwikkeling van het faillissement en niets anders); en (iii) de curator zijn bevindingen bijvoorbeeld ook niet kan opnemen in een proces-verbaal met een zelfde bewijskracht als bedoeld in artikel 344 Sv.<sup>70</sup>

Ook is de stelling onjuist dat de curator zijn bevindingen verplicht in een aangifte moet opnemen.<sup>71</sup> Zoals gezegd, heeft en behoudt de curator daarvoor voldoende beleidsvrijheid, ook ten aanzien van zijn fraudesignalerende taak. Daarbij staat de strafrechtketen niet te wachten op een aangifte met afgedwongen wilsafhankelijke informatie waarvan het gebruik in het strafproces in strijd komt met artikel 6 EVRM en het nemo tenetur-beginsel. De wetgever zal dan

68 Zoals Feenstra onzes inziens ten onrechte stelt. R.F. Feenstra t.a.p., p. 276.

69 Zoals Feenstra onzes inziens ten onrechte stelt. R.F. Feenstra t.a.p., p. 276.

70 Artikel 344 lid 2 Sv bepaalt: “Het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft gepleegd, kan door den rechter worden aangenomen op het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar.” Ten aanzien van de wettelijke vorm geldt voor processen-verbaal van opsporingsambtenaren dat zij moeten voldoen aan het gestelde in artikel 153 Sv, te weten op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt, gedagtekend en ondertekend. Zie SDU Commentaar bij artikel 344 lid 2 Sv. De curator heeft niet een voor een *opsporingsambtenaar* vereiste ambtseed of ambtsbelofte afgelegd.

71 Zoals Feenstra onzes inziens ten onrechte stelt. R.F. Feenstra t.a.p., p. 276.

67 Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 313.

ook zeker niet bedoeld hebben dat de curator zijn bevindingen in de aangifte zou moeten opnemen, indien het gebruik hiervan in een strafproces in strijd zou komen met artikel 6 EVRM.

#### 4.4 *Gevolgen fraudesignalerende taak voor verhouding inlichtingenplicht en nemo tenetur-beginsel*

##### 4.4.1 *Analoge toepassing van artikel 29 Sv* Artikel 29 Sv bepaalt:

Lid 1:

‘In alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, onthoudt de verhorende rechter of ambtenaar zich van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd.’

Lid 2:

‘De verdachte is niet tot antwoorden verplicht. Voor de aanvang van het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet tot antwoorden is verplicht. Deze mededeling wordt in het proces-verbaal opgenomen.’

Als *verhoor* worden volgens de Hoge Raad beschouwd alle vragen van een door een *opsporingsambtenaar* als verdachte aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit.<sup>72</sup> De gefailleerde die zichzelf strafrechtelijk kan belasten door de curator of de rechter-commissaris bevindt zich dus niet in positie dat hij als verdachte wordt gehoord in de zin van artikel 29 Sv. De gefailleerde wordt immers niet door een opsporingsambtenaar of verhorende rechter als verdachte verhoord met betrekking tot zijn betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit.<sup>73</sup>

Van een analoge toepassing van artikel 29 Sv zou echter onder omstandigheden wel sprake kunnen zijn, maar alleen in het geval de rechter-commissaris of de curator zouden optreden onder regie van de politie/justitie om de waarborgen van artikel 29 Sv te omzeilen.<sup>74</sup> Immers, dan is het de politie/justitie die via de curator of de RC de waarborgen van artikel 29 Sv omzeilen, in een door hen georkestreerde situatie waarbij artikel 29 Sv formeel niet van toepassing is. Naar onze mening dient daarom voor het aannemen van deze analoge toepassing het initiatief tot een dergelijk regie

bij politie/justitie te liggen. Van een analoge toepassing van artikel 29 Sv in zijn algemeenheid vanwege de inwerking-treding van de Wet versterking positie curator en de daarin verankerde fraudesignalerende taak van de curator is derhalve geen sprake.<sup>75</sup>

##### 4.4.2 *De werking van het nemo tenetur-beginsel in faillissement*

In de literatuur is door een enkeling betoogd dat als gevolg van de wijziging in de Faillissementswet de gefailleerde tegenover de curator een zwijgrecht zou hebben, omdat de curator een wettelijke taak heeft fraude te onderzoeken en daarvan aangifte te doen. Hierdoor zou de curator niet meer in de positie zijn dat hij de informatie slechts kan gebruiken ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement (onder verwijzing naar voornoemde rechtelijke restrictie) en kan hij de gefailleerde geen garantie meer geven dat de inlichtingen niet zullen worden gebruikt in een strafrechtelijk onderzoek.<sup>76</sup> De premisse dat de curator de taak zou hebben om fraude te onderzoeken en op te sporen, is hiervoor aan de kaak gesteld en blijkt onjuist. Maar ook als zou worden aangenomen dat de taakstelling van de curator op grond van de Wet versterking positie curator een punitieve dimensie heeft gekregen – quod non – leidt die constatering niet ertoe dat de failliet een zwijgrecht toekomt op grond van het nemo tenetur-beginsel. Ook het oorzakelijk verband dat wordt gelegd tussen de als zodanig gepercipiëerde nieuwe taak van de curator en het zwijgrecht is onzes inziens onjuist.

Zoals in paragraaf 3 is uiteengezet, brengt het nemo tenetur-beginsel in samenhang met de door de Hoge Raad geformuleerde restrictie mee dat de strafrechter in een strafrechtelijke procedure acht moet slaan op informatie die onder toepassing van dwang is verkregen van de failliet. Het nemo tenetur-beginsel beoogt slechts te voorkomen dat afgedwongen informatie in strijd met artikel 6 EVRM wordt gebruikt in het *strafproces* ('criminal charge') en het is dan ook de *Staat* die dat moet waarborgen. Aldus kan niet worden aangenomen dat het nemo tenetur-beginsel onder vigeur van de Wet versterking positie curator tot een zwijgrecht van de failliet in faillissement leidt omdat (i) het nemo tenetur-beginsel binnen het kader van de geformuleerde waarborg van de Hoge Raad en in lijn met de rechtspraak van het EHRM strekt tot een clausulering van het *gebruik* van de informatie in de *strafzaak*; en (ii) de curator op grond van hetgeen in paragraaf 2.4 is betoogd niet persoonlijk ge-

72 HR 2 oktober 1997, NJ 1980/243, m.nt. G.E. Mulder. Zie Corstens 2018, p. 326.

73 Zie de uitspraak van de rechtbank in de rechtsgang die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad uit 2014. Feenstra t.a.p., p. 277.

74 Vgl. Corstens 2018, p. 325: "De cautiëplicht mag niet worden omzeild door het verhoor uit te besteden aan iemand die geen rechter of ambtenaar is. Indien die onder regie van de politie zouden opereren met het doel aldus de verplichting van artikel 29 lid 2 Sv te vermijden, zal onder omstandigheden een aldus verkregen verklaring van de verdachte niet als bewijs mogen meewerken."

75 Anders – onzes inziens ten onrechte – Feenstra: 'Met de invoering van de WvPC heeft de curator nu de wettelijke taak erbij gekregen om daarbij 'te bezien' of er sprake is van onregelmatigheden en doet hiervan aangifte. Als de gefailleerde zichzelf heeft geïncrimineerd, dan komt die informatie dus automatisch terecht bij de opsporingsinstanties. Feitelijk is dit een omzeiling van artikel 29 Sv omdat de gefailleerde een verklaring moet afleggen op grond van een wettelijke verplichting, die zoals de HR al heeft geconstateerd, in strijd is met het nemo tenetur beginsel.'

76 R.F. Feenstra t.a.p., p. 274 e.v.

houden is een garantie tot het gebruik van de informatie te verstrekken.<sup>77</sup>

#### 4.5 Conclusie

Het nemo tenetur-beginsel brengt geen zwijgrecht in faillissement met zich (zie paragraaf 2), maar stelt in het geval niet kan worden uitgesloten dat de informatie zal kunnen worden gebruikt in het strafproces, als voorwaarde voor het afdwingen van de inlichtingenplicht, dat de staat waarborgt dat de inlichtingen niet zullen worden gebruikt in het strafproces. De fraudesignalerende rol van de curator doet aan de in het Nederlandse recht aangenomen rechterlijke waarborg niets af, omdat een garantie van de curator voor het gebruik van de informatie niet wordt verlangd en de waarborg zich doet gelden tijdens het strafproces waar de strafrechter zal moeten beslissen of de verkregen informatie niet in strijd met artikel 6 EVRM mag worden gebruikt als bewijs.

In onze visie zou de hiervoor besproken accentverschuiving in de taakstelling van de curator eventueel hooguit tot gevolg kunnen hebben dat in theorie eerder sprake is van een situatie waarin 'niet kan worden uitgesloten dat er een criminal charge komt'.<sup>78</sup> Alsdan wordt het nemo tenetur-beginsel eerder geactiveerd dan vóór de invoering van de Wet versterking positie het geval was. Het gevolg hiervan zou zijn dat eerder rekening moet worden gehouden met de door ons in deze bijdrage besproken waarborg.

Omdat de restrictie van de Hoge Raad veel ruimte overlaat aan de strafrechter met betrekking tot het gebruik van het verkregen materiaal (te denken valt aan gebruik als startinformatie, bewijsuitsluiting en als grond voor strafvermindering), verdient het aanbeveling een in de wet verankerde waarborg op te nemen.<sup>79</sup> Maar ook omdat andere vormen van dwang dan door de curator toegepaste, denkbaar zijn – zoals een verhoor door de rechter-commissaris ex artikel 105 Fw – is een in de wet verankerde waarborg sterk aan te bevelen. Hiertoe biedt het in de volgende paragraaf te bespreken conceptwetsvoorstel met betrekking tot het gebruik van de in faillissement verkregen informatie in een strafrechtelijke procedure een uitgelezen kans.

#### 5. Conceptwetsvoorstel wettelijke waarborg bij de herziening van het Wetboek van Strafvordering

In het kader van een algemene herziening van het Wetboek van Strafvordering is een conceptwetsvoorstel gepubliceerd waarin ook de problematiek rondom het nemo tenetur-beginsel aan de orde wordt gesteld. In art. 4.3.2.5, tweede lid van het conceptwetsvoorstel tot de wijziging van Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering is het volgende opgenomen:

2. 'Tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet wordt geschonden, kan het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan niet steunen op mededelingen die de verdachte op grond van een wettelijke verplichting tot het verschaffen van informatie heeft gedaan.'

In de memorie van toelichting wordt vermeld dat deze rechtsregel verband houdt met rechtspraak van het EHRM waarbij in het bijzonder het *Saunders*-arrest wordt genoemd. Volgens de toelichting volgt uit dit arrest dat hoewel het bestaan van wettelijke inlichtingenplichten geen strijdigheid oplevert met art. 6 EVRM, het gebruik van mededelingen die op grond van die verplichtingen onder dwang zijn verkregen tot bewijs van strafbare feiten wel in strijd kan zijn met het EVRM. Er wordt niet met zoveel woorden aandacht besteed aan het onderscheid tussen wilsonafhankelijke en wilsafhankelijke informatie. Met de term 'mededelingen' lijkt echter wel bedoeld te zijn op wilsafhankelijke informatie. Hoewel mededelingen ook betrekking kunnen hebben op bijvoorbeeld de locatie van documenten (die in fysieke zin bestaan en dus wilsonafhankelijk zijn), lijkt het erop dat de memorie van toelichting uitgaat van de gedachte dat een dergelijke mededeling niet tot een bewijsverbod zou moeten leiden. Als uitzondering op het bewijsverbod wordt namelijk verwezen naar de hiervoor genoemde zaak *O'Hollaran & Francis/Verenigd Koninkrijk* waarin zelfs (zuiver) wilsafhankelijke verklaringen van de inlichtingenplichtige ook in een punitieve procedure mochten worden gebruikt. Dit biedt steun voor de gedachte dat de hoofdregel van het bewijsverbod volgens de opstellers van de concept memorie van toelichting betrekking heeft op wilsafhankelijke verklaringen.

Een aantal zaken valt op bij bestudering van het concept wetsartikel in samenhang met de bijbehorende memorie van toelichting. Als hoofdregel wordt geformuleerd dat verklaringen die iemand op grond van wettelijke informatieplichten heeft afgelegd, niet tot het bewijs van een strafbaar feit mogen dienen. Als gezegd, lijken de opstellers hierbij in elk geval met betrekking tot de aard van de informatie aan te knopen bij de benadering van de Hoge Raad. In die benadering vallen alleen wilsafhankelijke verklaringen binnen het beschermingsbereik van het nemo tenetur-beginsel. Wilsonafhankelijk materiaal dat in fysieke zin onafhankelijk van de wil van de inlichtingenplichtige bestaat mag tot het bewijs van het strafbare feit dienen, ook indien de in-

77 Ook de bevoegdheid van de curator tot het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod leidt niet tot een andere conclusie, omdat deze procedure niet wordt aangemerkt als een 'criminal charge'. Zo ziet het EHRM de Britse en Noorse diskwalificatieprocedures niet als een *criminal charge* (EHRM 21 mei 1998, nr. 36791/97 (*Wilson/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 14 september 1999, nr. 39031/97 (*D.C., H.S. en A.D./Verenigd Koninkrijk*), EHRM 1 februari 2007, nr. 12277/04 (*Storbråten/Noorwegen*)). Zie verder F.E. Keijzer & M.L. Lennarts in *Preadviezen Handelsrecht 2014*, p. 123-155, die erkennen dat het EHRM vergelijkbare buitenlandse civielrechtelijk bestuursverboden als van niet-punitief van aard beschouwen, maar plaatsen kanttekeningen bij de juistheid van dat oordeel. Ook de Rechtbank Amsterdam, 24 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:466 merkt op basis van de EHRM-jurisprudentie het civielrechtelijk bestuursverbod net als de MvT aan als van preventieve en niet-punitieve aard.

78 Waarvan in elk geval sprake zal zijn indien er een concrete dreiging op een 'criminal charge' bestaat. Zie paragraaf 2.3.

79 Zie voor de grondslag van de verplichting van de curator en de rechter-commissaris om de procedure van informatievergaring op te tekenen, hiervoor in paragraaf 2.3.

lichtingenplichtige enige medewerking moest verlenen tot het achterhalen van dat materiaal. Uit hetgeen wij hiervoor stelden, blijkt dat wij deze benadering aansprekender vinden. De rechtspraak van het EHRM is buitengewoon casuïstisch en biedt daardoor geen duidelijk richtinggevend kader. De overtuigingskracht van de benadering van de Hoge Raad neemt derhalve aan sterkte toe indien ook argumenten van rechtszekerheid in overweging worden genomen. Bovendien zullen situaties waarin door het uitoefenen van dwangmiddelen de fysieke integriteit van de failliet is geschonden, ook in die benadering kunnen worden gesanctioneerd.

Het is duidelijk dat de opstellers van het concept wetsartikel met betrekking tot de genoemde mededelingen hebben gekozen voor een bewijsverbod. Hiermee nemen de opstellers positie in de discussie over de vraag of het gebruik van de verkregen wilsafhankelijke informatie als startinformatie is toegestaan.<sup>80</sup> Op grond van het concept wetsartikel is het geoorloofd om de desbetreffende verklaringen als startinformatie te gebruiken in een strafzaak. Dit betekent dat in het kader van de faillissementsrechtelijke procedure ingewonnen informatie door strafvorderlijke autoriteiten als aanleiding mag worden gebruikt om een strafrechtelijk onderzoek te starten. Het vernauwen van de bescherming van het nemo tenetur-beginsel tot een bewijsverbod is goed verenigbaar met rechtspraak van het EHRM. In *Marttinen/Finland* verwees het EHRM naar het (ontbreken van) nationale regels die *bewijsuitsluiting* in het strafproces voorschrijven in geval van afgedwongen verklaringen in een administratiefrechtelijke procedure.<sup>81</sup> De Hoge Raad lijkt in zijn rechtspraak geen duidelijk standpunt in te nemen. In de hiervoor besproken uitspraak uit 2015 inzake de restrictie overweegt hij dat in geval van schending van de restrictie het oordeel van de sanctie die daarop moet worden gesteld, toekomt aan de rechter die over de bestraffing oordeelt. De Hoge Raad voegt toe dat de rechter 'op het moment dat in een procedure op enigerlei wijze gebruik wordt gemaakt van het afgegeven materiaal, ten volle [kan] beoordelen of en in hoeverre dit gebruik is toegelaten in het licht van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende waarborgen, waaronder het nemo tenetur-beginsel'.<sup>82</sup> Hoewel de bewoordingen 'op enigerlei wijze' duiden op een ruimere strekking dan bewijsuitsluiting, reikt de Hoge Raad geen concrete richtlijnen aan over de concrete sanctie. Het concrete oordeel wordt overgelaten aan de rechter die over de bestraffing gaat. Daarbij zou zowel het gebruik als startinformatie, bewijsuitsluiting als het betrekking van de desbetreffende omstandigheden bij de straftoemeting tot de mogelijkheden behoren.

80 Zie S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 313-317 over deze discussie.

81 Zie r.o. 72 uit *Marttinen/Finland*. Brinkhoff 2014, p. 214 verwijst ter onderbouwing van het standpunt dat het EHRM het gebruik van verklaringen als startinformatie toestaat naar EHRM 19 december 2000, *EHRC 2001/75* (I.J.L./Verenigd Koninkrijk). Hierin overweegt het EHRM ter verwerping van het verweer dat een strafrechtelijk onderzoek niet had kunnen worden gestart zonder de onder dwang verkregen informatie, dat verdachte aan art. 6 EVRM niet het recht kan ontnemen om niet te worden vervolgd. Zie ook voorzichtig in deze richting Corstens 2018, p. 370-371.

82 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, r.o. 4.3.6.

In de voorgestelde redactie van het artikel geldt het bewijsverbod met betrekking tot 'mededelingen die de verdachte op grond van een wettelijke verplichting tot het verschaffen van informatie heeft gedaan'. Het is de vraag of hieronder ook mededelingen vallen die zonder toepassing van dwang zijn verstrekt. Dat voor de toepassing van het voorgestelde artikel dwang moet zijn toegepast, volgt niet onmiddellijk uit de redactie. Het is echter mogelijk dat het ontbreken van dwang bij het verkrijgen van de informatie de tenzij-clausule zou activeren. De tenzij-clausule stelt de hoofdregel van het bewijsverbod buiten werking indien het recht op een eerlijk proces niet is geschonden. In deze redenering zou het uitblijven van dwang aanleiding kunnen zijn om te betogen dat het recht op een eerlijk proces niet geschonden is. Deze conclusie lijkt in het licht van de aard en strekking van het nemo tenetur-beginsel in de rede te liggen. Dat voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel enige mate van dwang moet zijn uitgeoefend bij de verkrijging van de informatie – waarbij onder omstandigheden het dreigen met dwang is inbegrepen – spreekt daarom enigszins voor zich. De tenzij-clausule zou in onze visie echter niet als middel moeten worden gebruikt om gradaties aan te brengen in de aard en de mate van dwang die is uitgeoefend bij de verkrijging van de informatie. Bij de bespreking van de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad hiervoor werd opgemerkt dat het onzes inziens ongerijmd zou zijn om de failliet die onder lichte dwang bezwijkt en de verlangde informatie verstrekt niet te beschermen en dat degene die door zijn weigerachtige houding de curator tot het instellen van zware dwangmiddelen uitlokt wel onder de werking van het nemo tenetur-beginsel zou vallen. Die ongerijmdheid zou gemakkelijk verdwijnen indien alle verklaringen die als wilsafhankelijke informatie moeten worden beschouwd en die onder (ongeacht welke vorm van) dwang zijn verkregen, van het bewijs van een strafbaar feit worden uitgesloten. De huidige redactie van het concept wetsartikel biedt daarvoor de ruimte.

## 6. Conclusies

1. Het nemo tenetur-beginsel heeft als doel om grenzen te stellen aan *overheidsop treden*. In dat kader verlangt het EHRM dat indien sprake is van een 'criminal charge' dan wel indien *niet kan worden uitgesloten* dat de verkregen informatie op een later moment voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt, de lidstaat door middel van gerichte regelgeving dient te voorzien in een *waarborg* dat van de inlichtingenplichtige afgedwongen informatie niet tegen hem worden gebruikt in een strafzaak.
2. Omdat de Hoge Raad constateert dat in Nederland dergelijke deze regelgeving ontbreekt, oordeelt hij dat de *rechter* in deze waarborgen dient te voorzien door aan het bevel tot faillissementsgijzeling een restrictie te verbinden dat de verkregen (wilsafhankelijke) informatie slechts mag worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement.

3. Het doel van de restrictie is te waarborgen dat de afgedwongen wilsafhankelijke informatie niet wordt gebruikt in het strafproces, indien artikel 6 EVRM dat eist. De civiele rechter kan hierover niet oordelen. Dat oordeel komt toe aan de strafrechter op basis van de dan bekende feiten en omstandigheden. Met het oog daarop dienen aan de strafrechter de relevante feiten en omstandigheden te worden aangereikt die betrekking hebben op de aard en mate van dwang/druk die is toegepast bij de verkrijging van de verlangde informatie.
4. De rechterlijke restrictie is dan ook *niet* gericht tot de curator en de curator dient dan ook geenszins een garantie af te geven aan de inlichtingenplichtige dat de informatie niet zal worden gebruikt in het strafproces.
5. Wel kan het nemo tenetur-beginsel ook gelding hebben indien een andere vorm van dwang dan een inbewaaringstelling is toegepast door bijvoorbeeld de rechter-commissaris bij de oproeping voor een verhoor ex artikel 105 Fw. De rechter-commissaris dient er rekening mee te houden dat ook dan dient te zijn gewaarborgd dat de failliet zijn recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren effectief kan uitoefenen.
6. Deze waarborg zou kunnen worden vormgegeven door in het bevel waarin de rechter-commissaris de bestuurder oproept voor verhoor ex artikel 105 Fw te verwijzen naar de rechterlijke restrictie. Bij wijze van voorbeeld zou kunnen worden opgenomen:

‘Onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad in HR 24 januari 2014, *JOR* 2014/251 wordt aan het verhoor de restrictie verbonden dat – gelet op de aard en mate van dwang die wordt toegepast met deze oproeping – de tijdens het verhoor door u verstrekte inlichtingen niet zullen mogen worden gebruikt in een eventuele strafprocedure over deze inlichtingen, voor zover dit gebruik in strijd zou komen met artikel 6 EVRM, welk oordeel daarover toekomt aan de strafrechter in een dergelijke strafprocedure.’
7. Naar onze mening verdient het aanbeveling een dergelijke regeling daartoe wettelijk te verankeren. Dat zou bijvoorbeeld meegenomen kunnen worden bij het ontwerpvoorstel in het kader van de herziening van het Wetboek van Strafvordering tot het instellen van een wettelijke waarborg tegen gebruik van mededelingen die de verdachte op grond van een wettelijke plicht tot het verschaffen van informatie heeft gedaan, voor zover het recht op een eerlijk proces daardoor wordt geschonden.
8. Deze herziening van het Wetboek van Strafvordering zou onzes inziens moeten worden aangegrepen om in de wet op te nemen dat alle verklaringen die als wilsafhankelijke informatie moeten worden beschouwd en die onder (ongeacht welke vorm van) dwang zijn verkregen van het bewijs van een strafbaar feit worden uitgesloten.
9. Uit onze analyse volgt voorts dat als gevolg van het opnemen van de fraudesignalerende taak van de curator in deze Wet versterking positie curator de gefailleerde tegenover de curator *geen* zwijgrecht toekomt.
10. Het is de strafrechtketen waarvoor van belang is te weten op welke soort informatie (wilsafhankelijk of niet en welke mate van dwang daarbij is toegepast) de curator zijn bevindingen van onregelmatigheden baseert.
11. De curator doet er in elk geval verstandig aan de door hem afgedwongen wilsafhankelijke inlichtingen apart te administreren. Dit geldt ook overigens voor de wijze waarop andersoortige informatie is verkregen van de failliet.<sup>83</sup>

83 Het openbaar ministerie en de FIOD kunnen informatie op grond van art. 96a Sv. bij de curator – ook bij gelegenheid van de aangifte – in beslag nemen, waarna de curator verplicht is de informatie te verstrekken.