

[JOR2014/250 Bevel inbewaringstelling failliet in verband met handelingen als \(indirect\) bestuurder en aandeelhouder van rechtspersoon verricht, Schending informatieplicht ex art. 105 Fw en verbod ex art. 91 Fw, Waarborg tegen gebruik in strafzaak van op grond van art. 105 Fw verstrekte informatie, Contactverbod in strijd met art. 5 EVRM, Verwijzing naar HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766 en HR 10 januari 2014, «JOR» 2014/248](#)

Wetsbepaling(en): [FW artikel 87](#), [FW artikel 91](#), [FW artikel 105](#)
Ook gepubliceerd in: [ECLI:NL:GHSHE:2014:1310](#), [RI 2014/63](#)



Aflevering 2014 afl. 9
Rubriek Financiering, zekerheden en insolventie
College Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum 08 mei 2014
Rolnummer HV 200.143.472/01
HV 200.143.963/01
Rechter(s) mr. Hulskes
mr. Van Craaikamp
mr. Pols
Partijen X,
appellant,
advocaten: mr. W.L.H. Aerts en mr. B.W.M. Mutsaers.
[Noot](#) *mr. W.J.B. van Nielen*
Trefwoorden Bevel inbewaringstelling failliet in verband met handelingen als (indirect) bestuurder en aandeelhouder van rechtspersoon verricht, Schending informatieplicht ex art. 105 Fw en verbod ex art. 91 Fw, Waarborg tegen gebruik in strafzaak van op grond van art. 105 Fw verstrekte informatie, Contactverbod in strijd met art. 5 EVRM, Verwijzing naar HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766 en HR 10 januari 2014, «JOR» 2014/248
Fw - 87 lid 1
Fw - 91
Regelgeving Fw - 105 lid 1 EVRM - 5
EVRM - 6

JOR 2014/250 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 08-05-2014, HV 200.143.472/01, HV 200.143.963/01, ECLI:NL:GHSHE:2014:1310

Bevel inbewaringstelling failliet in verband met handelingen als (indirect) bestuurder en aandeelhouder van rechtspersoon verricht, Schending informatieplicht ex art. 105 Fw en verbod ex art. 91 Fw, Waarborg tegen gebruik in strafzaak van op grond van art. 105 Fw verstrekte informatie, Contactverbod in strijd met art. 5 EVRM, Verwijzing naar HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766 en HR 10 januari 2014, «JOR» 2014/248

»Samenvatting

Art. 87 lid 1 Fw bepaalt dat de bewaring van de gefailleerde kan worden bevolen, wanneer deze de verplichtingen die de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, niet nakomt dan wel wanneer daarvoor gegronde vrees bestaat. De inbewaringstelling is niet bedoeld als straf, maar dient als dwangmiddel tegen het verzuim door de gefailleerde van de verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, dan wel als dwangmiddel wegens gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige verplichtingen. Ingevolge vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (o.a. HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766 en recent nog HR 10 januari 2014, «JOR» 2014/248) dient de rechter, mede in verband met het bepaalde in de art. 5 en 6 EVRM, te onderzoeken of er gronden aanwezig zijn die de inbewaringstelling, en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde, rechtvaardigen. Daarbij moet het recht op persoonlijke vrijheid van de gefailleerde worden afgewogen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen. Op grond van art. 105 lid 1 Fw rust op failliet de verplichting om gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die voor een behoorlijke taakuitoefening door de curator, de rechter-commissaris of de eventuele commissie uit de schuldeisers noodzakelijk zijn. Bij de vraag welke inlichtingen failliet aan (onder meer) de curatoren dient te verschaffen, is niet van belang of hij inlichtingen heeft verkregen als privépersoon dan wel als (indirect) bestuurder of (indirect) aandeelhouder van een rechtspersoon. Dat geldt in deze zaak temeer gelet op de verwevenheid tussen failliet en de rechtspersonen waaraan hij leiding geeft of heeft gegeven. Op grond van art. 105 lid 1 Fw is failliet voorts verplicht om in persoon voor de rechter-commissaris, de curatoren of de eventuele commissie uit de schuldeisers te verschijnen en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen. In het licht van het voorgaande maken de curatoren geen misbruik van hun bevoegdheid ex art. 105 lid 1 Fw door failliet op te roepen om in persoon voor hen te verschijnen. Ook als de curatoren met die oproepen mede beogen dat failliet in bewaring wordt gesteld, maakt dat nog niet dat zij

misbruik maken van hun bevoegdheid. De oproepen van de curatoren zijn er uiteindelijk immers op gericht om failliet in persoon te kunnen horen. Bovendien is er sinds 13 december 2013 weer een rechterlijk bevel strekkende tot de inbewaringstelling van failliet van kracht. Daarbij komt dat de ervaring leert dat de inbewaringstelling van failliet zal bevorderen dat hij zijn informatieverplichting jegens de curatoren zal nakomen, nu de drie weken in september 2013 waarin failliet in verzekerde bewaring was gesteld, de enige periode is geweest waarin een soepele, vlotte informatieverzorging op gang kwam. De curatoren hebben failliet sinds 13 december 2013 herhaaldelijk opgeroepen om voor hen te verschijnen, maar failliet heeft daaraan geen gehoor gegeven. Het betoog van failliet dat hij een geldige reden had om niet te verschijnen, omdat de curatoren hem anders weer in bewaring zouden laten stellen, wordt verworpen. Failliet verliest hierbij immers uit het oog dat het bevel inbewaringstelling, dat sinds 13 december 2013 weer van kracht is, uitvoerbaar bij voorraad is en dat hij aan dit bevel dus evenzeer dient te voldoen. Hij kan zich dan ook niet onttrekken aan zijn wettelijke verplichting om voor de curatoren te verschijnen, met als (kennelijke) reden dat hij niet wil dat dit rechterlijk bevel ten uitvoer wordt gelegd. Om dezelfde reden kan hij evenmin als voorwaarde stellen dat hij pas voor de curatoren zal verschijnen als zij toezeggen hem niet in bewaring te zullen laten stellen. Failliet dient zonder meer aan zijn verplichting ex art. 105 lid 1 Fw te voldoen en het is niet aan hem om aan zijn medewerking voorwaarden te verbinden. Failliet is dan ook opzettelijk en zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat, sinds 13 december 2013, hoewel daartoe opgeroepen, meerdere malen niet voor curatoren verschenen. Aldus voldoet failliet al ruim vier maanden niet aan zijn verplichting uit art. 105 lid 1 Fw. Failliet heeft sinds 13 december 2013 het verbod overtreden om zonder toestemming van de rechter-commissaris Nederland te verlaten. In elk geval frustreert hij de mogelijkheden van de curatoren en de rechter-commissaris om te kunnen controleren of hij zich aan dit verbod houdt. Voorts kan niet anders dan geconcludeerd worden dat failliet zich opzettelijk onttrekt aan het bevel inbewaringstelling. Deze onwenselijke en onrechtmatige situatie duurt inmiddels al ruim vier maanden. Dat failliet sinds 13 december 2013 zowel zijn verplichting ex art. 105 lid 1 Fw opzettelijk niet is nagekomen als het verbod van art. 91 Fw heeft overtreden en thans nog steeds weigert (zonder het zijnerzijds stellen van nadere voorwaarden) voor de curatoren te verschijnen en zijn verblijfplaats nog steeds niet kenbaar maakt, levert reeds voldoende grond op om failliet in verzekerde bewaring te stellen ex art. 87 lid 1 Fw. Nu op voorhand niet kan worden uitgesloten dat door failliet ex art. 105 Fw te verstrekken inlichtingen mede zullen worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgung, zijn termen aanwezig de beschikking van de rechtbank van 13 december 2013 en de beschikking van de rechtbank van 31 januari 2014 te vernietigen, voor zover aan de opheffing van de schorsing van de inbewaringstelling c.q. de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit de verzekerde bewaring door de rechtbank niet de restrictie is verbonden dat door failliet te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Voor iedere inbreuk op het recht van persoonlijke vrijheid is op grond van art. 5 van het EVRM een wettelijke basis vereist. Noch de Faillissementswet, noch enige andere wettelijke bepaling verleent de rechter de bevoegdheid om naast de beperkingen die reeds gelden voor een in bewaring gestelde gefailleerde in het huis van bewaring en eventuele door de directeur van de inrichting op grond van de Penitentiaire beginselenwet op te leggen aanvullende beperkingen, een (extra) contactbeperking op te leggen. Daarom zal de beschikking van de rechtbank van 31 januari 2014 ook vernietigd worden voor zover daarbij is bepaald dat failliet tijdens de inbewaringstelling alleen contact mag hebben met zijn advocaten, curatoren en de rechter-commissaris.

[beslissing/besluit](#)

»Uitspraak

(...; *red.*)

3. De beoordeling in beide zaken

3.1. In hoger beroep kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) [Appellant] is op 16 april 2013 door de rechtbank Oost-Brabant (hierna: de rechtbank) in staat van faillissement verklaard. In dit faillissement zijn mrs. J.E. Stadig en Ph.W. Schreurs als curatoren aangesteld en is mr. P.J. Neijt tot rechter-commissaris benoemd. Het faillissementsvonnis is bekrachtigd bij arrest van dit hof van 20 juni 2013. Tegen dit arrest heeft [appellant] beroep in cassatie ingesteld. Bij arrest van 2 mei 2014 heeft de Hoge Raad het beroep in cassatie verworpen.

(ii) Bij beschikking van 22 augustus 2013 heeft de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris van 22 augustus 2013 bevolen dat [appellant] op grond van artikel 87 van de Faillissementswet (Fw) in verzekerde bewaring zal worden gesteld.

(iii) Met ingang van 10 september 2013 is [appellant] in bewaring gesteld in het huis van bewaring te Grave.

(iv) Bij beschikking van 4 oktober 2013 heeft de rechtbank, kennelijk onder afwijzing van het primaire verzoek van [appellant] tot opheffing van de inbewaringstelling, diens subsidiaire verzoek tot schorsing van de verzekerde bewaring toegewezen onder de voorwaarden:

a. dat [appellant] gevraagd en ongevraagd en ongeclausuleerd en onverwijld volledige en juiste inlichtingen verstrekt ter voldoening aan zijn informatieverplichting ex artikel 105 Fw;

b. dat [appellant], al dan niet middels een van de vennootschappen waarvan hij bestuurder is, zich onthoudt van gedragingen en rechtshandelingen die enig (vermogens)nadeel voor de boedel opleveren;

c. dat [appellant] zonder toestemming van de rechter-commissaris niet naar het buitenland zal vertrekken.

Diezelfde dag is [appellant] in vrijheid gesteld.

(v) Op verzoek van de curatoren en op voordracht van de rechter-commissaris heeft de rechtbank bij beschikking van 13 december 2013 bevolen dat de schorsing van de inbewaringstelling van [appellant] wordt opgeheven en dus bevolen dat, gelet op onder meer de artikelen 87 en 105 Fw, [appellant] (opnieuw) in verzekerde bewaring zal worden gesteld. Dit bevel was ten tijde van de mondelinge behandeling van onderhavig hoger beroep, op 14 april 2014, nog niet ten uitvoer gelegd.

(vi) Bij brief van 16 december 2013, aangevuld en gewijzigd bij brief van 3 januari 2014, heeft [appellant] de rechtbank ex artikel 88 Fw verzocht primair om het bevel tot inbewaringstelling op te heffen, subsidiair om de inbewaringstelling te schorsen en meer subsidiair om te bepalen dat [appellant] in bewaring wordt gesteld in zijn woning in Uden.

Tevens is de rechtbank bij laatstgenoemde brief – kort en zakelijk weergegeven – verzocht de op [appellant] rustende verplichtingen te specificeren en te bepalen dat als [appellant] daaraan heeft voldaan hij onmiddellijk in vrijheid zal worden gesteld alsmede te bepalen dat [appellant] bij eventuele (vervolg) verzoeken/voordrachten strekkende tot inbewaringstelling wordt gehoord alvorens op dergelijke verzoeken/voordrachten wordt beslist.

(vii) Bij beschikking van 31 januari 2014 heeft de rechtbank de onder (vi) genoemde verzoeken van [appellant] afgewezen en bepaald dat [appellant] tijdens zijn inbewaringstelling alleen contact mag hebben met zijn advocaten, curatoren en de rechter-commissaris.

(viii) Bij beschikking van de rechtbank van 20 maart 2014 is mr. L.G.J.M. van Ekert in de plaats van mr. P.J. Neijt benoemd als rechter-commissaris in het faillissement van [appellant].

3.2. Met de grieven heeft [appellant] de geschillen in volle omvang aan het hof voorgelegd. Gelet hierop en op het feit dat het hof de verzoeken van [appellant] ex nunc (dat wil zeggen vanuit de huidige situatie) dient te beoordelen, zal het hof niet alle (in totaal zesentwintig) grieven van [appellant] afzonderlijk bespreken.

3.3. Met grief I in het “verzoekschrift januari” klaagt [appellant] erover dat in de beschikking van 31 januari 2014 onder “het procesverloop” een brief van mr. Aerts aan de rechtbank van 9 januari 2014 met producties niet staat vermeld, en dat uit de beschikking niet althans onvoldoende blijkt dat de rechtbank kennis heeft genomen van deze producties.

Het enkele feit dat overgelegde producties niet in de beschikking staan vermeld, levert geen grond op voor vernietiging van die beschikking. Nu [appellant] niet heeft toegelicht welke op deze producties gebaseerde stellingen naar zijn mening door de rechtbank ten onrechte niet in de beoordeling zouden zijn betrokken, wordt grief I in “verzoekschrift januari” verworpen. Bedoelde brief met producties maakt overigens deel uit van de gedingstukken in hoger beroep.

3.4. Bij de beoordeling van de verzoeken van [appellant] stelt het hof het volgende voorop.

3.4.1. [Appellant] heeft ter onderbouwing van diverse grieven een beroep gedaan op artikel 284 juncto artikel 149 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Het eerste lid van artikel 284 Rv betreft de toepasselijkheid op verzoekschriftprocedures van de bewijsrechtelijke regels, die in afdeling 9 van titel 2 van boek 1 Rv zijn opgenomen, waaronder artikel 149 Rv. [Appellant] miskent met zijn beroep op genoemde bepalingen dat artikel 362 lid 2 Fw uitdrukkelijk bepaalt dat titel 3 van boek 1 Rv niet van toepassing is op verzoeken ingevolge de Faillissementswet, terwijl de bepalingen uit deze titel ook niet analoog kunnen worden toegepast (zie HR 12 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7958). Het in deze titel opgenomen artikel 284 lid 1 Rv en de daarin van overeenkomstige toepassing verklaarde afdeling 9 van titel 2 van boek 1 Rv, waarin artikel 149 Rv is opgenomen, zijn dus niet van toepassing. Het beroep wordt verworpen.

3.4.2. [Appellant] heeft voorts een beroep gedaan op artikel 21 Rv (waarheidsplicht). Ook dit beroep wordt door het hof verworpen. Niet gebleken is dat curatoren de voor de beslissingen rond de inbewaringstelling van belang zijnde feiten niet volledig en juist hebben aangevoerd. Daar komt bij dat, anders dan [appellant] lijkt te veronderstellen, het aan de rechter is om te

bepalen welke conclusies hij bij zijn oordeelsvorming verbindt aan een eventuele schending van deze verplichting.

3.4.3. [Appellant] heeft verder aangevoerd dat de beslissingen die zijn vervat in de beschikking van 4 oktober 2013 tussen hem en de curatoren gezag van gewijsde hebben. Daarbij heeft hij (enkel) uitdrukkelijk verwezen naar wat de rechtbank overwoog in r.o. 3.4 van die beschikking over de reikwijdte van de uit de Faillissementswet voortvloeiende verplichtingen van een failliet verklaarde natuurlijk persoon. Naar het oordeel van het hof verzet de aard van de onderhavige faillissementsprocedure zich er tegen dat aan een – door de rechtbank in het kader van een toegewezen schorsingsverzoek – gegeven oordeel over de reikwijdte van de verplichtingen van de gefailleerde, gezag van gewijsde wordt toegekend. Bovendien verzet ook de aard van de genoemde overweging (een uitleg omtrent de reikwijdte van de verplichtingen van een failliet verklaarde natuurlijk persoon) zich ertegen dat deze niet in een volgende beslissing zou kunnen worden genuanceerd, zoals de rechtbank heeft gedaan.

Inbewaringstelling (artikel 87 Fw): karakter en maatstaf

3.4.4. Artikel 87 lid 1 Fw bepaalt dat de bewaring van de gefailleerde kan worden bevolen, wanneer deze de verplichtingen die de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt niet nakomt dan wel wanneer daarvoor gegronde vrees bestaat.

3.4.5. De inbewaringstelling is niet bedoeld als straf, maar dient als dwangmiddel tegen het verzuim door de gefailleerde van de verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, dan wel als dwangmiddel wegens gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige verplichtingen. Ingevolge vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (o.a. HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766 en recent nog: HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:51 («JOR» 2014/248; *red.*)) dient de rechter, mede in verband met het bepaalde in de artikelen 5 en 6 EVRM, te onderzoeken of er gronden aanwezig zijn die de inbewaringstelling, en daarmee de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde, rechtvaardigen. Daarbij moet het recht op persoonlijke vrijheid van de gefailleerde worden afgewogen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen.

De verplichting van artikel 105 lid 1 Fw

3.5.1. Op grond van artikel 105 lid 1 Fw rust op [appellant] de verplichting om gevraagd en ongevraagd *alle inlichtingen* te verschaffen die voor een behoorlijke taakuitoefening door de curator, de rechter-commissaris of de eventuele commissie uit de schuldeisers noodzakelijk zijn.

3.5.2. Bij de vraag welke inlichtingen [appellant] aan (onder meer) de curatoren dient te verschaffen is niet van belang of hij inlichtingen heeft verkregen als privépersoon dan wel als (indirect) bestuurder of (indirect) aandeelhouder van een rechtspersoon. Dat geldt in deze zaak temeer gelet op de verwevenheid tussen [appellant] en de rechtspersonen waaraan hij leiding geeft of heeft gegeven. Het hof constateert dat [appellant] geen bijzondere omstandigheden heeft aangevoerd die maken dat hij niet gehouden zou zijn om bepaalde inlichtingen te verschaffen en daar is het hof ook niet van gebleken.

3.5.3. Naar het oordeel van het hof gaat het bij het naleven van de verplichtingen uit artikel 105 lid 1 Fw door een gefailleerde niet aan om – gevraagd om informatie omtrent onder meer de achtergrond van de vele wijzigingen binnen de vennootschappen van de [appellant] groep – te volstaan met een verwijzing naar (bijvoorbeeld) het kadaster en het handelsregister van de Kamer van Koophandel, zoals [appellant] heeft gedaan. En zeker is het niet aan [appellant] om zijn medewerking te clausuleren door daaraan dan nog toe te voegen dat als er daarna nog “concrete” vragen zijn, die “relevant zijn voor de taakuitoefening van de curatoren”, die vragen alsdan beantwoord zullen worden, nu dit “de meest redelijke en efficiënte manier van werken” is (randnummer 2.8. van “verzoekschrift januari”).

Het vorenstaande geldt temeer nu [appellant] de aangewezen persoon is die de curatoren (bijvoorbeeld) kan inlichten over doel en achtergrond van de talloze, (ogenschijnlijk) onverklaarbare wijzigingen in structuur, bestuur, toezicht, vestigingsplaats en naam van 157 vennootschappen waaraan [appellant] leiding geeft of heeft gegeven.

3.5.4. Op grond van artikel 105 lid 1 Fw is [appellant] voorts verplicht om *in persoon* voor de rechter-commissaris, de curatoren of de eventuele commissie uit de schuldeisers *te verschijnen* en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen.

3.5.5. Dat er andersoortige, moderne(re) communicatiemiddelen voorhanden zijn – zoals e-mail, datarooms, mobiele telefonie, skype en videoconferentie – om (onder meer) de curatoren van inlichtingen te voorzien, en dat de communicatie met alsmede de informatieverstrekking aan (onder meer) de curatoren eerder via deze communicatiemiddelen is verlopen, die (daarbij) hun nut hebben bewezen zoals namens [appellant] is betoogd, maakt niet dat [appellant] – daartoe opgeroepen – niet meer in persoon voor (onder meer) de curatoren zou hoeven verschijnen. Overigens hebben de curatoren er ook een gerechtvaardigd belang bij dat [appellant] persoonlijk voor hen verschijnt teneinde vragen te beantwoorden gezien de zeggingskracht van non-verbale communicatie alsmede de mogelijkheid tot het zinvol kunnen stellen van diepgaandere en elkaar opvolgende vragen, zoals in een faillissementsverhoor gebruikelijk is. Anders dan [appellant] lijkt te betogen, zijn curatoren niet verplicht om de te stellen vragen eerst op andere wijze aan hem voor te leggen, aangezien dit juist afbreuk kan doen aan een effectief verhoor.

3.5.6. In het licht van het voorgaande maken de curatoren geen misbruik van hun bevoegdheid ex artikel 105 lid 1 Fw door [appellant] op te roepen om in persoon voor hen te verschijnen. Ook als de curatoren met die oproepen mede beogen dat [appellant] in bewaring wordt gesteld, maakt dat nog niet dat zij misbruik maken van hun bevoegdheid. De oproepen van de curatoren zijn er uiteindelijk immers op gericht om [appellant] in persoon te kunnen horen. Bovendien is er sinds 13 december 2013 weer een rechterlijk bevel strekkende tot de inbewaringstelling van [appellant] van kracht. Daarbij komt dat de ervaring leert dat de inbewaringstelling van [appellant] zal bevorderen dat hij zijn informatieverplichting jegens de curatoren zal nakomen, nu – zoals de curatoren niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken hebben gesteld – de drie weken in september 2013 waarin [appellant] in verzekerde bewaring was gesteld, de enige periode is geweest waarin een soepele, vlotte informatieverstrekking op gang kwam. Ook de rechtbank heeft – in r.o. 3.9. van de beschikking van 4 oktober 2013 – vastgesteld dat de informatieverstrekking door [appellant] gedurende zijn inbewaringstelling is verbeterd.

3.5.7. Het hof constateert dat de curatoren [appellant] sinds 13 december 2013 herhaaldelijk hebben opgeroepen om voor hen te verschijnen, maar dat [appellant] daaraan geen gehoor heeft gegeven. Het hof verwerpt het betoog van [appellant] dat hij een geldige reden had om niet te verschijnen, omdat de curatoren hem anders weer in bewaring zouden laten stellen. [Appellant] verliest hierbij immers uit het oog dat het bevel inbewaringstelling, dat sinds 13 december 2013 weer van kracht is, uitvoerbaar bij voorraad is en dat hij aan dit bevel dus evenzeer dient te voldoen. Hij kan zich dan ook niet onttrekken aan zijn wettelijke verplichting om voor de curatoren te verschijnen, met als (kennelijke) reden dat hij niet wil dat dit rechterlijk bevel ten uitvoer wordt gelegd. Om dezelfde reden kan hij evenmin als voorwaarde stellen dat hij pas voor de curatoren zal verschijnen als zij toezeggen hem niet in bewaring te zullen laten stellen. [Appellant] dient zonder meer aan zijn verplichting ex artikel 105 lid 1 Fw te voldoen en het is niet aan hem om aan zijn medewerking voorwaarden te verbinden.

3.5.8. Het hof concludeert dan ook dat [appellant] opzettelijk en zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat, sinds 13 december 2013, hoewel daartoe opgeroepen, meerdere malen niet voor curatoren is verschenen. Aldus voldoet [appellant] al ruim vier maanden niet aan zijn verplichting uit artikel 105 lid 1 Fw.

Het verbod van artikel 91 Fw

3.6.1. Op grond van artikel 91 Fw mag [appellant] gedurende het faillissement zonder toestemming van de rechter-commissaris zijn woonplaats niet verlaten.

3.6.2. Op pagina 5 van de brief van 1 mei 2013 – twee weken na datum faillietverklaring – van mr. Aerts aan curatoren (productie 11 bij het verweerschrift van curatoren), wordt sub 11.a melding gemaakt van de afspraak dat [appellant] voorafgaande aan buitenlandse reizen in overleg zal treden met curatoren en de rechter-commissaris.

3.6.3. Het hof begrijpt sub 11.a van deze brief, mede gelet op de ter zitting namens [appellant] gegeven toelichting daarop, aldus dat:

(i) deze afspraak is gemaakt ter nadere invulling van het verbod van artikel 91 Fw;

alsmede

(ii) dat er bij het maken van deze afspraak van is uitgegaan dat [appellant] zijn woonplaats als bedoeld in artikel 91 Fw (in ieder geval mede) in Nederland heeft.

3.6.4. Aldus hebben partijen naar het oordeel van het hof een juiste invulling gegeven aan het bepaalde van artikel 91 Fw. Het gaat hier om een in Nederland uitgesproken faillissement dat (vanzelfsprekend) door in Nederland kantoorhoudende curatoren onder toezicht van een Nederlandse rechter-commissaris wordt afgewikkeld. Nu [appellant] mede woonplaats heeft in Nederland (Uden), zoals hij zelf stelt, ligt het voor de hand dat artikel 91 Fw zo moet worden uitgelegd dat [appellant] zonder toestemming van de rechter-commissaris Nederland niet mag verlaten. Dit geldt ook indien juist zou zijn dat [appellant] tevens woonplaats heeft in [woonplaats 1] (Zwitserland) en in [woonplaats 2] (België) (randnummers 3.302 en 3.303 van “verzoekschrift januari”).

3.6.5. Curatoren stellen dat [appellant] zich ongeoorloofd in het buitenland bevindt. Daartoe wijzen zij op het navolgende.

3.6.6. De heren [getuige 1], [getuige 2] en [getuige 3] hebben ieder afzonderlijk op 21 maart 2014 tegenover de rechter-commissaris onder ede een getuigenverklaring ex artikel 66 Fw afgelegd. Passages uit deze getuigenverklaringen zijn overgelegd als productie 12 bij het verweerschrift van curatoren d.d. 4 april 2014. Uit de inhoud daarvan blijkt dat de genoemde personen allen hebben verklaard van [appellant] zelf gehoord te hebben dat hij zich in het buitenland bevond ([getuige 1]: Zwitserland en België, [getuige 2]: België), althans daar naartoe op reis ging ([getuige 3]: [woonplaats 3]).

3.6.7. Als productie 5b bij de brief d.d. 20 maart 2014 van mr. Schreurs is overgelegd een verklaring van een belangrijke schuldeiser van [appellant], mevrouw [schuldeiser] en haar echtgenoot de heer [echtgenoot van schuldeiser], waaruit blijkt dat zij [appellant] op 24 januari 2014 in [woonplaats 1] (Zwitserland) hebben gezien.

3.6.8. [Appellant] heeft de verklaring van [schuldeiser] en [echtgenoot van schuldeiser] niet betwist, zodat het hof ervan uitgaat dat [appellant] in ieder geval op 24 januari 2014 in Zwitserland was. [Appellant] heeft ook niet weersproken dat hij tegen [getuige 1], [getuige 2] en [getuige 3] heeft gezegd dat hij zich in het buitenland bevond, danwel daarheen op reis ging.

3.6.9. [Appellant] geeft in onderhavige procedure in hoger beroep nog steeds niet aan waar hij verblijft. Verder weigert [appellant] sinds 13 december 2013 om zijn verblijfplaats aan curatoren kenbaar te maken. Gezien het voorgaande houdt het hof het ervoor dat [appellant] sinds 13 december 2013 het verbod heeft overtreden om zonder toestemming van de rechter-commissaris Nederland te verlaten. In elk geval frustrereert hij de mogelijkheden van de curatoren en de rechter-commissaris om te kunnen controleren of hij zich aan dit verbod houdt. Voorts kan het hof uit het voorgaande niet anders dan concluderen dat [appellant] zich opzettelijk onttrekt aan het bevel inbewaringstelling. Deze onwenselijke en onrechtmatige situatie duurt inmiddels al ruim vier maanden.

3.7. Dat [appellant] sinds 13 december 2013 zowel zijn verplichting ex artikel 105 lid 1 Fw opzettelijk niet is nagekomen als het verbod van artikel 91 Fw heeft overtreden en thans nog steeds weigert (zonder het zijnerzijds stellen van nadere voorwaarden) voor de curatoren te verschijnen en zijn verblijfplaats nog steeds niet kenbaar maakt, levert reeds voldoende grond op om [appellant] in verzekerde bewaring te stellen ex artikel 87 lid 1 Fw.

3.8. Daarbij komt dat het hof van oordeel is dat gegronde vrees bestaat dat [appellant] zich ook in het vervolg van zijn faillissement niet zal houden aan de verplichtingen die de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt. Het hof leidt dit allereerst af uit de hierboven beschreven opstelling van [appellant] sinds 13 december 2013. Voorts wijst het hof er op dat [appellant] op 13 december 2013 – nota bene de dag waarop de rechtbank zijn (hernieuwde) inbewaringstelling heeft bevolen – zonder overleg vooraf met curatoren, formeel is teruggetreden als direct respectievelijk indirect bestuurder van diverse vennootschappen van het [appellant] concern van 157 vennootschappen, waardoor hij naar eigen zeggen curatoren thans niet meer volledig kan informeren. Het hof kan zich niet aan de indruk onttrekken dat [appellant] zich met deze handelwijze aan zijn inlichtingenplicht probeert te onttrekken. Bovendien frustrereert [appellant] op deze wijze een efficiënt beheer en vereffening van de boedel door curatoren. Voor de goede orde merkt het hof daarbij op dat uit het doel en het

stelsel van de Faillissementswet valt af te leiden dat op een gefailleerde ook de verplichting rust om medewerking te verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel door de curator, en om de curator hierin dus niet tegen te werken.

3.9. Namens [appellant] is aangevoerd dat zonder uitgeoefende dwang verwacht mag worden dat hij de verplichtingen die de wet hem oplegt in verband met zijn faillissement nakomt. Gelet op al het voorgaande acht het hof dit niet aannemelijk.

3.10. Inbewaringstelling van [appellant] zou (slechts) niet op zijn plaats zijn indien van de zijde van [appellant] geen medewerking meer vereist zou zijn voor het nakomen van de verplichtingen die de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt. Dat is echter niet het geval, nu [appellant] nog steeds diverse vragen van de curatoren niet heeft beantwoord (onder meer de vraag naar afkortingen van concernnamen en de achtergrond van wijzigingen binnen het concern van 157 vennootschappen). Bovendien wensen curatoren tijdens een verhoor van [appellant] diepgaandere en elkaar opvolgende vragen te stellen, welke vragen curatoren, zoals het hof hierboven heeft overwogen, niet vooraf op andere wijze aan [appellant] hoeven kenbaar te maken.

3.11. Het hof acht het op basis van de stukken en het verhandelde ter zitting in hoger beroep voorts niet aannemelijk geworden dat toepassing van een ander, minder vergaand dwangmiddel dan inbewaringstelling voldoende uitkomst zal bieden. Temeer nu de meeste van de door [appellant] genoemde alternatieven reeds door curatoren (tevergeefs) zijn aangewend.

3.12. Het voorgaande rechtvaardigt de conclusie dat de bij de inbewaringstelling betrokken belangen zwaarder wegen dan de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van [appellant].

3.13. Het verzoek van [appellant] de inbewaringstelling op te heffen zal worden afgewezen, evenals het verzoek van [appellant] de inbewaringstelling – zo nodig onder voorwaarden – te schorsen. Het hof ziet geen enkele aanleiding voor schorsing van de inbewaringstelling, nu [appellant] zich sinds 13 december 2013 opzettelijk onttrekt aan het bevel inbewaringstelling en zijn verplichtingen ex artikel 91 Fw en artikel 105 lid 1 Fw sedertdien opzettelijk niet nakomt.

3.14. Nu reeds uit het bovenstaande volgt dat er voldoende grond bestaat voor het opnieuw in verzekerde bewaring stellen van [appellant], behoeven alle overige bezwaren die [appellant] in dit verband tegen de beschikkingen van de rechtbank heeft aangevoerd verder geen bespreking meer.

3.15. Aangezien de inbewaringstelling is bedoeld als prikkel voor de gefailleerde tot naleving van zijn verplichtingen in verband met zijn faillissement, en het hof gezien al hetgeen hiervoor is overwogen een stevige prikkel voor [appellant] tot naleving van zijn verplichtingen in verband met zijn faillissement op zijn plaats acht, acht het hof het niet passend om te bepalen dat [appellant] de inbewaringstelling in zijn woonhuis te Uden kan ondergaan, ook niet onder voorwaarden. Het andersluidende verzoek van [appellant] zal daarom ook worden afgewezen.

3.16. Volledigheidshalve overweegt het hof nog – zulks, onder verwijzing naar artikel 87 lid 3 Fw en in aanmerking nemende dat [appellant] reeds vanaf de tenuitvoerlegging op 10 september 2013 van het bevel tot inbewaringstelling tot de schorsing van de

inbewaringstelling op 4 oktober 2013 in verzekerde bewaring heeft verbleven – dat het vigerende bevel tot inbewaringstelling voor niet langer dan zes dagen (de dag van hernieuwde inbewaringstelling en de dag van invrijheidstelling meegerekend) geldig is.

3.17. Zoals aard en doel van het (dwang)middel van de inbewaringstelling zich niet verhouden met het vooraf opgeven aan de gefailleerde van de tijdens een verhoor te stellen vragen, zo heeft datzelfde te gelden voor het op voorhand minutieus omschrijven van de handelingen of informatie tot het uitvoeren c.q. verschaffen waarvan de gefailleerde gehouden is. Het gunnen van een termijn aan [appellant] deze handelingen te verrichten en deze informatie te verschaffen is gelet op de voorgeschiedenis een gepasseerd station. Het daartoe strekkende verzoek van [appellant] zal derhalve eveneens worden afgewezen.

3.18. Het hof zal voorts het verzoek van [appellant] afwijzen om te bepalen dat bij eventuele volgende verzoeken van curatoren dan wel voordrachten van de rechter-commissaris tot inbewaringstelling of – zo begrijpt het hof – tot opheffing van de schorsing daarvan, [appellant] vooraf zal worden gehoord, alvorens een beslissing wordt genomen op een dergelijk verzoek c.q. een dergelijke voordracht. Dat strookt niet met de aard van het dwangmiddel van inbewaringstelling. Daarmee zou immers het risico in het leven worden geroepen dat de gefailleerde, door vlucht of anderszins, het dwangmiddel frustreert, een risico dat zich in het geval van [appellant] sinds 13 december 2013 ook daadwerkelijk heeft gerealiseerd. Een verplichting van de rechtbank om de gefailleerde vooraf te horen, althans op te roepen, kan alleen worden aangenomen als een dergelijke frustratie niet valt te duchten. Of aan die voorwaarde is voldaan zal de rechtbank telkens in het licht van de omstandigheden hebben te beoordelen.

3.19. Ten aanzien van het verzoek van [appellant] de beschikking van de rechtbank van 31 januari 2014 te vernietigen nu de behandelend rechter partijdig zou zijn geweest, althans de schijn van partijdigheid zou hebben gewekt (grief XXIII van “verzoekschrift januari”), overweegt het hof als volgt.

Het hof constateert dat [appellant] in de kern genomen erover klaagt dat de rechtbank zijn standpunt niet heeft gevolgd althans onvoldoende op dit standpunt is ingegaan, hetgeen geen grond voor wraking oplevert en gelet op al het voorgaande evenmin voor vernietiging van de bestreden beschikking.

3.20. Nu op voorhand niet kan worden uitgesloten dat door [appellant] ex artikel 105 Fw te verstrekken inlichtingen mede zullen worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgung – namens [appellant] is immers onweersproken gesteld dat curatoren te kennen hebben gegeven dat de gedragingen van [appellant] zouden kunnen leiden tot een strafrechtelijke aangifte tegen hem –, acht het hof termen aanwezig de beschikking van de rechtbank van 13 december 2013 en de beschikking van de rechtbank van 31 januari 2014 te vernietigen, voor zover aan de opheffing van de schorsing van de inbewaringstelling c.q. de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit de verzekerde bewaring door de rechtbank niet de restrictie is verbonden dat door [appellant] te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. In zoverre opnieuw recht doende zal het hof alsnog die restrictie aan de opheffing van de schorsing c.q. de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit de verzekerde bewaring verbinden.

3.21. Voor iedere inbreuk op het recht van persoonlijke vrijheid is op grond van artikel 5 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens een wettelijke basis vereist. Noch de

Faillissementswet, noch enige andere wettelijke bepaling verleent de rechter de bevoegdheid om naast de beperkingen die reeds gelden voor een in bewaring gestelde gefailleerde in het huis van bewaring en eventuele door de directeur van de inrichting op grond van de Penitentiaire beginselenwet op te leggen aanvullende beperkingen, een (extra) contactbeperking op te leggen. Het hof zal daarom de beschikking van de rechtbank van 31 januari 2014 ook vernietigen voor zover daarbij is bepaald dat [appellant] tijdens de inbewaringstelling alleen contact mag hebben met zijn advocaten, curatoren en de rechter-commissaris.

3.22. Gezien het vorenstaande slagen de grieven slechts voor zover deze zien op voormelde contactbeperking en op het ontbreken van voormelde restrictie. Het hof zal beide bestreden beschikkingen gedeeltelijk vernietigen en voor het overige bekrachtigen.

4. De beslissing

Het hof:

In de zaak met zaaknummer HV 200.143.472/01

vernietigt de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 13 december 2013 waarvan beroep, doch uitsluitend voor zover aan de opheffing van de schorsing van de inbewaringstelling niet de restrictie is verbonden dat door [appellant] 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 opheffing van de schorsing van de inbewaringstelling;

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep voor het overige,

wijst af het meer of anders verzochte.

In de zaak met zaaknummer HV 200.143.963/01

vernietigt de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 31 januari 2014 waarvan beroep, doch uitsluitend voor zover

– aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit de verzekerde bewaring niet de restrictie is verbonden dat door [appellant] te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement;

– is bepaald dat [appellant] tijdens de inbewaringstelling alleen contact mag hebben met zijn advocaten, curatoren en de rechter-commissaris,

en, in zoverre opnieuw recht doende:

verbindt aan de afwijzing van het verzoek alsnog de restrictie dat door [appellant] te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement;

wijst alsnog af het verzoek van curatoren om [appellant] beperkingen in zijn contacten op te leggen;

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep voor het overige,

wijst af het meer of anders verzochte.

»Annotatie

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 incrimineren. 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 waarborg 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 wilsonafhankelijk 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’, TvI, 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 strafvervolging, 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 gebruikt, 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.

Deze noot hoort ook bij JOR 2015/251.

mr. W.J.B. van Nielen, advocaat bij Van Diepen Van Der Kroef