

## 182

**Zoon (indirect) bestuurder en aandeelhouder gefailleerde vennootschappen hoeft niet te getuigen bij r-c**

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht  
4 maart 2020, zaaknr. F.16/18/328 en  
F.16/19/489, ECLI:NL:RBMNE:2020:821  
(mr. Neijt)

Noot mr. W.J.B. van Nielen

**Getuigenverhoor ex art. 66 Fw. Rechter-commissaris wil zoon van (indirect) bestuurder en aandeelhouder van gefailleerde vennootschappen horen. Zoon komt niet het verschoningsrecht ex art. 66 lid 4 Fw toe. Nemo tenetur-beginsel. Waarborg van HR 24 januari 2014, «JOR» 2014/251, m.nt. Van Nielen (X/Ruding q.q.) geldt ook voor getuigen die op grond van art. 66 Fw worden gehoord. Effectieve afwikkeling van faillissement ook mogelijk zonder getuigenis van zoon, zodat hem verschoningsrecht toekomt.**

[Fw art. 66; Rv art. 165 lid 2 onder a; EVRM art. 6]

Art. 66 Fw heeft de bedoeling de rechter-commissaris in staat te stellen op slagvaardige wijze, niet gehinderd door procedurele voorschriften, getuigen te horen ter opheldering van feiten met betrekking tot het faillissement. In art. 66 lid 4 Fw is bepaald dat onder meer de kinderen van de gefailleerde zich van het geven van getuigenis kunnen verschonen. Bij de afwikkeling van de faillissementen van X BV en Y BV speelt een belangrijke rol wat hun rechtsverhouding met de getuige is. Afhankelijk van deze rechtsverhouding zal de curator moeten kiezen of hij tegen de getuige een civiele procedure start, zijn faillissement aanvraagt, of dat de curator op een andere wijze de waarde van de vorderingen op de getuige realiseert. De vragen van de rechter-commissaris en de curator hebben dus geen betrekking op een eventuele rechtsverhouding tussen de getuige en zijn vader, maar uitsluitend op de verhoudingen tussen enerzijds de getuige en anderzijds X BV en

Y BV. Uit de tekst van art. 66 lid 4 Fw volgt alleen een verschoningsrecht voor kinderen "van de gefailleerde". De gefailleerden zijn in dit geval X BV en Y BV en niet de vader. Het voorgaande wordt niet anders doordat de vader zelf ook failliet werd verklaard of doordat hij (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder is van X BV en Y BV. De strekking van het verschoningsrecht gaat niet zover dat ook een kind van degene die een rechtspersoon in rechte kan vertegenwoordigen, zich op een verschoningsrecht kan beroepen. Dit volgt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1065 lid 2 onder a Rv.

De getuige is verplicht te antwoorden op de gestelde vragen. Indien hij dit weigert, kan worden bevolen dat hij in gijzeling zal worden gesteld totdat hij aan zijn verplichting zal hebben voldaan. Het betreft hier een dwangmiddel om informatie te kunnen krijgen die nodig is voor de effectieve afwikkeling van de faillissementen. Daar staat tegenover dat de getuige zich in beginsel kan verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag, indien hij daardoor of zichzelf, of zijn vader aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen. Uit HR 24 januari 2014, «JOR» 2014/251, m.nt. Van Nielen, tevens behorend bij «JOR» 2014/249 en 250 (X/Ruding q.q.) volgt een uitzondering op voormeld beginsel. De Hoge Raad heeft in dit arrest uitgemaakt dat een schuldenaar zich niet aan de faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht kan onttrekken door een beroep op dit verschoningsrecht, mits is voorzien in een waarborg dat de door het afdwingen van deze inlichtingenplicht verkregen informatie niet tegen de schuldenaar kan worden gebruikt in een strafzaak. Er is geen grond om aan te nemen dat deze voor een schuldenaar geldende regel niet evenzeer zou gelden voor getuigen die op grond van de Faillissementswet gehouden zijn inlichtingen te geven. Het doel van de eventueel af te dwingen inlichtingen is in beide gevallen een effectieve afwikkeling van een faillissement. De in voormeld arrest door de Hoge Raad gehanteerde regel kan daarom ook gelden voor getuigen die op grond van art. 66 Fw worden gehoord, als een effectieve afwikkeling van een faillissement zonder de verklaring van de getuige onmogelijk wordt gemaakt. De door de Hoge Raad bedoelde waarborg is in het onderhavige geval gegeven doordat voorafgaand aan het verhoor is bepaald dat door de getuige te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten

*behoefte van de afwikkeling van de faillissementen. De curator heeft nog niet een verhoor gehouden van de vader, die als (indirect) bestuurder van X BV en Y BV een inlichtingenplicht heeft. De curator heeft dus een andere mogelijkheid om aan zijn inlichtingen te komen, zonder de getuige te dwingen een verklaring af te leggen waarmee hij zichzelf mogelijk strafrechtelijk belast. De in het arrest van de Hoge Raad bedoelde situatie dat een effectieve afwikkeling van het faillissement onmogelijk is zonder de van de getuige te verkrijgen inlichtingen, doet zich op dit moment niet voor. Het beroep van de getuige op een verschoningsrecht moet daarom gegrond worden verklaard.*

in de faillissementen van X BV en Y BV.

(...; red.)

## 2. De beoordeling

2.1. Uit het dossier en het verhandelde ter zitting blijkt het volgende.

2.1.1. Op 10 oktober 2017 werd het faillissement uitgesproken van de heer [de vader], met benoeming van mr. De Vries tot curator. De heer [de vader] (hierna: de “Vader”) is de vader van de getuige. De Vader is bestuurder en enig aandeelhouder van [vennootschap 1]. Deze vennootschap is bestuurder en enig aandeelhouder van [vennootschap 2]. De totaalbedragen van de bij de curator ingediende vorderingen in de faillissementen van [vennootschap 1] en [vennootschap 2] belooft respectievelijk € 1,3 miljoen en € 270.000. De Getuige heeft een eenmanszaak onder de naam [eenmanszaak].

2.1.2. De Vader was vanaf 2004 tot en met 2011 werkzaam als ambtenaar bij de gemeente [gemeente]. Uit een vonnis van de rechtbank Rotterdam van 26 augustus 2015 en een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 4 april 2017 volgt dat de Vader een bedrag van ongeveer € 1,6 miljoen moet betalen aan onder meer de gemeente. Daarbij werd overwogen dat de Vader onrechtmatig gelden heeft onttrokken aan het vermogen van de gemeente. Tegen de Vader loopt een strafrechtelijke procedure. In dat kader heeft het Openbaar Ministerie beslagen gelegd onder [vennootschap 1], [vennootschap 2] en de Getuige. De Getuige is eveneens verdachte in een strafrechtelijke procedure.

2.1.3. [vennootschap 1] heeft aan de Getuige een bedrag van €108.900 geleend. Deze lening is vast-

gelegd in een contract, gedateerd op 4 augustus 2015. Op 7 september 2015 heeft [vennootschap 1] het bedrag van de lening aan de Getuige betaald. Uit de administratie van [vennootschap 1] blijkt van het bestaan van een vordering van € 108.900 op de Getuige. Volgens het contract is over de lening geen rente verschuldigd, de rente wordt wel geactiveerd op de balans van [vennootschap 1].

2.1.4. [vennootschap 2] heeft betalingen gedaan aan de Getuige voor een totaalbedrag van € 138.000. Uit het grootboek 2016 van [vennootschap 2] zijn deze betalingen geboekt als “investering”. Van deze investering is onduidelijk wat daarvan de grondslag is en onder welke voorwaarden de investeringen zouden zijn gedaan.

2.2. Artikel 66 Fw heeft de bedoeling de rechter-commissaris in staat te stellen op slagvaardige wijze, niet gehinderd door procedurele voorschriften, getuigen te horen ter opheldering van feiten met betrekking tot het faillissement. Dit verhoor vindt niet plaats in het kader van een geschil tussen partijen dat voorwerp is van een aanhangige of mogelijk aanhangig te maken procedure en is niet gericht op het verkrijgen van bewijs in een dergelijke procedure. Het dient ertoe de rechter-commissaris en de curator door het horen van getuigen in staat te stellen ten aanzien van alle omstandigheden die het faillissement betreffen opheldering te verkrijgen.

2.3. De getuige heeft een beroep gedaan op een familiair verschoningsrecht en in artikel 6 EVRM vastgelegde beginsel dat niemand verplicht is tot medewerking aan het leveren van bewijs dat kan bijdragen tot zijn strafrechtelijke veroordeling.

### *Familiair verschoningsrecht*

2.4. In artikel 66 lid 4 Fw is bepaald dat onder meer de kinderen van de gefailleerde zich van het geven van getuigenis kunnen verschonen.

2.5. Bij de afwikkeling van de faillissementen van [vennootschap 1] en [vennootschap 2] speelt een belangrijke rol wat hun rechtsverhouding met de Getuige is. Afhankelijk van deze rechtsverhouding zal de curator moeten kiezen of hij tegen de Getuige een civiele procedure start, zijn faillissement aanvraagt, of dat de curator op een andere wijze (bijvoorbeeld door een verkoop of totstandkoming van een schikking) de waarde van de vorderingen op de Getuige realiseert. De vragen van de rechter-commissaris en de curator hebben dus geen betrekking op een eventuele rechtsver-

houding tussen de Getuige en zijn Vader, maar uitsluitend op de verhoudingen tussen de enerzijds de Getuige en anderzijds [vennootschap 1] en [vennootschap 2]. Uit de tekst van artikel 66 lid 4 Fw volgt alleen een verschoningsrecht voor kinderen “van de gefailleerde”. De gefailleerden zijn in dit geval [vennootschap 1] en [vennootschap 2] en niet de Vader.

2.6. Het voorgaande wordt niet anders doordat de Vader zelf ook failliet werd verklaard of doordat hij (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder is van [vennootschap 1] en [vennootschap 2]. De strekking van het verschoningsrecht gaat niet zover dat ook een kind van degenen die een rechtspersoon in rechte kunnen vertegenwoordigen zich op een verschoningsrecht kan beroepen. Dit volgt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 165 lid 2 onder a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (zie *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, MvT-RO (1969), p. 232).

#### *Nemo tenetur*

2.7. De Getuige is verplicht te antwoorden op de gestelde vragen. Indien hij dit weigert, kan worden bevolen dat hij in gijzeling zal worden gesteld totdat hij aan zijn verplichting zal hebben voldaan. Het betreft hier een dwangmiddel om informatie te kunnen krijgen die nodig is voor de effectieve afwikkeling van de faillissementen. Daar staat tegenover dat de Getuige zich in beginsel kan verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag, indien hij daardoor of zichzelf, of zijn Vader aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen.

2.8. Uit het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:161 («JOR» 2014/251, m.nt. Van Nielen (*X/Ruding q.q.*); red.)) volgt een uitzondering op voormeld beginsel. De Hoge Raad heeft in dit arrest uitgemaakt dat een schuldenaar zich niet aan de faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht kan onttrekken door een beroep op dit verschoningsrecht, mits is voorzien in een waarborg dat de door het afdwingen van deze inlichtingenplicht verkregen informatie niet tegen de schuldenaar kan worden gebruikt in een strafzaak. Er is geen grond om aan te nemen dat deze voor een schuldenaar geldende regel niet evenzeer zou gelden voor getuigen die op grond van de Faillissementswet gehouden zijn inlichtin-

gen te geven. Het doel van de eventueel af te dwingen inlichtingen is in beide gevallen een effectieve afwikkeling van een faillissement. De in voormeld arrest door de Hoge Raad gehanteerde regel kan daarom ook gelden voor getuigen die op grond van artikel 66 Fw worden gehoord, als een effectieve afwikkeling van een faillissement zonder de verklaring van de getuige onmogelijk wordt gemaakt.

2.9. De door de Hoge Raad bedoelde waarborg is in het onderhavige geval gegeven doordat voorafgaand aan het verhoor is bepaald dat door de Getuige te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van de faillissementen.

2.10. In het onderhavige geval heeft de curator nog niet een verhoor gehouden van de Vader, die als (indirect) bestuurder van [vennootschap 1] en [vennootschap 2] een inlichtingenplicht heeft. De curator heeft dus een andere mogelijkheid om aan zijn inlichtingen te komen, zonder de Getuige te dwingen een verklaring af te leggen waarmee hij zichzelf mogelijk strafrechtelijk belast. De in het arrest van de Hoge Raad bedoelde situatie dat een effectieve afwikkeling van het faillissement onmogelijk is zonder de van de Getuige te verkrijgen inlichtingen, doet zich op dit moment niet voor.

2.11. Het beroep van de Getuige op een verschoningsrecht moet daarom gegrond worden verklaard.

#### 3. De beslissing

De rechter-commissaris:

3.1. verklaart het beroep van de Getuige op verschoningsrecht gegrond,

3.2. sluit het verhoor.

#### NOOT

1. In deze zaak heeft de rechter-commissaris (r-c) van de failliete rechtspersoon een getuige opgeroepen ex art. 66 FW. De failliete rechtspersoon waarop het verhoor betrekking heeft, wordt bestuurd door de vader van de getuige. De vader is ook failliet verklaard, maar het verhoor heeft daarop geen betrekking. Volgens de r-c komt de getuige in dit geval geen beroep toe op het familiair verschoningsrecht van art. 66 lid 4 Fw, waarin is bepaald dat onder meer de kinderen van de gefailleerde zich van het geven van getuigenis kunnen verschonen. Volgens de r-c volgt uit de

wettekst alleen een verschoningsrecht voor kinderen “van de gefailleerde”. Terecht stelt de r-c dat de gefailleerde in dit geval de failliete vennootschap is en niet de vader (en het verhoor geen betrekking heeft op vaders privé faillissement). Met de r-c ben ik eens dat het voorgaande niet anders wordt doordat de vader zelf ook failliet werd verklaard of doordat hij (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder is van de failliete rechtspersoon. De strekking van het verschoningsrecht gaat niet zover dat ook een kind van degenen die een rechtspersoon in rechte kunnen vertegenwoordigen, zich op een verschoningsrecht kan beroepen. Dit volgt volgens de r-c ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 165 lid 2 onder a Rv (zie *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, MvT-RO (1969), p. 232).

2. De getuige heeft eveneens een beroep gedaan op het in art. 6 EVRM vastgelegde beginsel dat niemand verplicht is tot medewerking aan het leveren van bewijs dat kan bijdragen aan zijn strafrechtelijke veroordeling. Dit in verband met het feit dat de getuige verdachte is in een strafrechtelijke procedure. Tegen de vader loopt eveneens een strafrechtelijke procedure, in welk kader door het OM beslag is gelegd onder de failliete vennootschap en de getuige.

3. De r-c stelt voorop dat de getuige verplicht is te antwoorden op de gestelde vragen en dat bij weigering kan worden bevolen dat hij in gijzeling zal worden gesteld totdat hij aan zijn verplichting zal hebben voldaan. De r-c ziet het verhoor daarom als een dwangmiddel om informatie te kunnen krijgen dat nodig is voor de effectieve afwikkeling van de faillissementen. Daarbij overweegt hij dat daartegenover staat dat de getuige zich in beginsel kan verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag, indien hij daardoor of zichzelf, of zijn vader aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen.

4. Dat de getuige ex art. 66 Fw zich kan verschonen volgt uit HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/336, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het verschoningsrecht van art. 165 lid 3 Rv (art. 191 lid 4 Rv oud), van overeenkomstige toepassing is op getuigenverhooren ingevolge art. 66 Fw. De getuige kan zich derhalve verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag, indien hij daardoor of zichzelf, of een van de in art. 165 lid 3 Rv genoemde personen zou blootstellen

aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf. Een beroep op verschoning ingevolge dat artikel komt echter *slechts* toe aan de *verschonen* getuige, nadat hem een bepaalde vraag is gesteld en dan nog slechts met betrekking tot die specifieke vraag.

5. De r-c verwijst in zijn uitspraak niet expliciet naar dit arrest. Hij baseert het oordeel dat de getuige zich in casu kan verschonen op HR 24 januari 2014, «JOR» 2014/251, m.nt Van Nielen, tevens behorend bij «JOR» 2014/249 en 250 (*X/Ruding q.q.*). Volgens de r-c volgt uit dat arrest een uitzondering op het beginsel dat een getuige zich kan verschonen. Begrijp ik de r-c goed, dan is van deze uitzondering (op het beginsel zich te kunnen verschonen) pas sprake in de door de Hoge Raad bedoelde situatie dat een effectieve afwikkeling van het faillissement onmogelijk is zonder de van de getuige te verkrijgen inlichtingen. Omdat van die situatie volgens de r-c in casu geen sprake is – omdat de bestuurder/vader zelf nog niet was gehoord –, komt de getuige derhalve een verschoningsrecht toe.

6. Het oordeel van de r-c dat de getuige zich kan verschonen, acht ik juist. De r-c had echter kunnen volstaan met een verwijzing naar art. 165 lid 3 Rv dat van overeenkomstige toepassing is op een getuigeverhoor ex art. 66 Fw. Op basis daarvan komt de getuige immers een verschoningsrecht toe. De verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2014 had dus achterwege kunnen blijven. Los daarvan lees ik het arrest van de Hoge Raad anders dan de r-c.

7. In dat arrest ging het overigens niet om een getuige, maar om de bestuurder van een failliet die zijn inlichtingenplicht niet wilde nakomen met een beroep op het *nemo tenetur-beginsel* (non-incriminatie beginsel). De r-c past dit arrest toe op de getuige ex art. 66 Fw, omdat er geen grond is om de regel zoals de r-c dit afleidt uit dit arrest, niet ook te laten gelden voor de getuige ex art. 66 Fw.

8. In het arrest van de Hoge Raad van 24 januari lees ik echter niet de regel dat een uitzondering wordt gemaakt op een algemeen geldend beginsel zich te kunnen verschonen, zoals de r-c doet. De Hoge Raad heeft in dit arrest onder verwijzing naar EHRM-jurisprudentie slechts voorzien in een (rechterlijke) waarborg dat de inlichtingen die van de (bestuurder van) failliet in strijd met art. 6 EVRM en het daarin besloten *nemo tenetur-beginsel* zijn afgedwongen, niet zullen worden ge-

bruikt in een eventuele latere strafzaak tegen deze bestuurder/failliet.

9. Uit dit arrest en uit eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM volgt namelijk dat de bestuurder van de failliet verplicht blijft tot het geven van antwoorden, maar dat het nemo tenetur-beginsel onder omstandigheden wel mee kan brengen dat de inlichtingenplicht niet steeds *onvoorwaardelijk* kan worden *afgedwongen*. Dit onder de omstandigheid dat niet kan worden uitgesloten dat de verkregen informatie voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt. Zie hierover uitgebreid W.J.B. van Nielen en

A. Karapetian, 'De contouren van het nemo tenetur-beginsel in faillissement en de verhouding tot de Wet Versterking Positie Curator', *TvI* 2019/17, p. 126 e.v. In dat geval kunnen – als het gaat om zogenaamd wilsafhankelijk materiaal – de inlichtingen slechts worden afgedwongen indien de Staat waarborgt dat de aldus verkregen inlichtingen niet worden gebruikt in een latere strafzaak. Bij gebrek aan een waarborg in de Nederlandse regelgeving, voorziet de Hoge Raad zelf in een rechtelijke waarborg. De rechter dient in zijn bevel tot faillissementsgijzeling een restrictie op te nemen dat de verkregen afgedwongen informatie slechts mag worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Deze restrictie beoogt niet meer te bereiken dan dat de strafrechter zal (moeten) oordelen of de in strijd met art. 6 EVRM verkregen informatie al dan niet tegen de betreffende bestuurder/failliet in zijn strafzaak kan worden gebruikt en bijvoorbeeld van het bewijs moet worden uitgesloten (zie Van Nielen en Karapetian, t.a.p.).

10. De r-c past dit arrest dus toe op de getuige ex art. 66 Fw. Zoals gezegd, heeft de getuige al een verschoningsrecht op grond van art. 165 lid 3 Rv dat volgens de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing is op een art. 66 Fw-verhoor. Daarmee heeft de getuige het recht zich te verschonen nadat hij is *verschenen* en nadat hem een bepaalde vraag is gesteld en dan nog slechts met betrekking tot die specifieke vraag. Indien en voor zover de getuige zich alsdan kan verschonen, kan de getuige op die grond dus ook niet meer worden gedwongen te antwoorden. Aan het geven van een waarborg als voorwaarde voor het afdwingen van de gevraagde inlichtingen, zoals bedoeld door de Hoge Raad in zijn ar-

rest van 24 januari 2014, komt men dan dus niet meer toe.

mr. W.J.B. van Nielen  
Recoup advocaten

## 183

### Rechtsgeldige cessie van kartelschadevorderingen aan claimvehikel?

Gerechtshof Amsterdam  
10 maart 2020, zaaknr. 200.229.216/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2020:713  
(mr. Hofmeijer-Rutten, mr. De Jongh, mr. Wessels)  
Noot prof. mr. J.W.A. Biemans

**Cessie van kartelschadevorderingen aan claimvehikel. Toepasselijk recht op cessieovereenkomst. Bescherming schuldenaar tegen ongeldige cessie?. Onderzoeksplicht schuldenaar. Stelplicht en bewijslast. Geen strijd met fiduciaverbod. Bepaaldheidsvereiste en bepaalbaarheidsvereiste. Vereisten aan mededeling aan schuldenaar. Verwijzing naar HR 19 december 1997, «JOR» 1998/40, m.nt. Van Hees (Zuidgeest/Furness) en HR 27 november 2009, «JOR» 2010/43, m.nt. Frielink (World Online). Tussenarrest.**

[BW art. 3:84 lid 3, 3:94, 6:34, 6:37, 10:135;  
Rome I art. 14 lid 2]

*Voor zover de cessieovereenkomst door Nederlands recht wordt beheerst, vereist de overdracht van de kartelschadevorderingen jegens de luchtvaartmaatschappijen door de shippers aan geïntimeerde een daartoe bestemde akte. In de akte dient de te leveren vordering in voldoende mate te zijn bepaald. De omstandigheid dat de akte niet de precieze (deel)vorderingen vermeldt doch enkel tot welk bedrag de vorderingen zijn geceedeerd, behoeft aan voldoende bepaaldheid niet in de weg te staan (HR 19 december 1997, «JOR» 1998/40, m.nt. Van Hees (Zuidgeest/Furness)). Voorts dient de akte van cessie in geval van een openbare cessie door de cedent of cessionaris aan de schuldenaar te worden meegedeeld. De schuldenaar – in dit geval de luchtvaartmaat-*