

**De pijler fraudebestrijding van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht
in het licht van het nemo-tenetur beginsel**

Een waarborg tegen onder dwang verkregen materiaal

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Inleiding.....	3
1 Faillissementsfraude: de problematiek	6
1.1 Wat is faillissementsfraude?.....	6
1.2 Het verdoezelen van fraude op grond van de wet: turboliquidatie.....	7
1.3 Omvang van de faillissementsfraude	8
1.4 Tussenconclusie.....	11
2 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht: de pijler fraudebestrijding.....	13
2.1. De aanloop naar het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht	13
2.2 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht: de pijler fraudebestrijding...15	
2.2.1 De Wet civielrechtelijk bestuursverbod	16
2.2.2 De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude.....	17
2.2.3 De Wet versterking positie curator	18
2.3 De fraudesignalerende rol van de curator en zijn rol als civiele fraudebestrijder	20
2.3.1 De fraudesignalerende rol van de curator.....	20
2.3.2 De curator als civiele fraudebestrijder	21
2.3.3 Het spanningsveld bij faillissementsfraudebestrijding	22
2.4 Tussenconclusie.....	24
3 Het nemo tenetur-beginsel	25
3.1 Het nemo tenetur-beginsel nader toegelicht.....	25
3.1.1 De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM.....	26
3.1.2 Het nemo tenetur-beginsel in Nederland.....	27
3.2 De uitwerking van het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van het EHRM	28
3.2.1 Wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal.....	28
3.2.2 De doorwerking van het nemo tenetur-beginsel	33
3.3 Het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van de Hoge Raad.....	34

3.4 Een vergelijking tussen de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad.....	36
3.5 Tussenconclusie.....	37
4 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht in het licht van het nemo tenetur- beginsel	38
4.1 De wet civielrechtelijk bestuursverbod in het licht van het nemo tenetur-beginsel	39
4.1.1. De verhouding tot het nemo tenetur-beginsel volgens de wetgever	39
4.1.2 Een analyse van het civielrechtelijk bestuursverbod; <i>criminal charge</i> of niet?	41
4.1.3 Informatie verkregen onder dreiging van een civielrechtelijk bestuursverbod	42
4.2 De wet versterking positie curator in het licht van het nemo tenetur-beginsel	44
4.2.1 De verhouding tot het nemo tenetur-beginsel volgens de wetgever	45
4.2.2 Informatie verkregen onder directe dwang.....	46
4.2.3 Informatie verkregen onder indirecte dwang.....	46
4.3 De introductie van een wettelijke waarborg in het Wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht	47
4.4 Tussenconclusie.....	49
Conclusie	51
Literatuurlijst.....	54
Boeken en tijdschriften	54
Lijst van geraadpleegde jurisprudentie.....	58
Elektronische bronnen	60
Rapporten	61
Krantenartikelen	62
Wetgeving en kamerstukken	62
Overige bronnen.....	63

Inleiding

Op 1 juni 2017 heeft minister Blok de Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen in ontvangst mogen nemen van de scheidend hoogleraar Faillissementsfraude Hilverda. De Leidraad is ontwikkeld in opdracht van het Ministerie van Veiligheid en Justitie en moet curatoren praktische handvatten geven om faillissementsfraudegevallen snel te traceren en aan te pakken. Volgens Hilverda is een dergelijke handleiding ook nodig, nu curatoren expliciet een centrale plaats krijgen bij het opsporen van faillissementsfraude.¹

Aan voornoemde centrale rol van de curator ligt de in 2012 aangekondigde pijler fraudebestrijding van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht ten grondslag.² De aandacht voor de bestrijding van faillissementsfraude kent een cyclisch verloop.³ De schade die de maatschappij lijdt ten gevolge daarvan is echter onverminderd hoog. Zo leed de maatschappij in 2010 voor 1,3 miljard euro schade ten gevolge van faillissementsfraude.⁴ Toen Hilverda in haar oratie in 2012 een ontluisterend beeld schetste rondom de opsporing van frauduleuze faillissementen reageerde de wetgever dan ook met de aankondiging van het wetgevingsprogramma.⁵ Eén van de belangrijkste beweegredenen achter het programma betrof het tegengaan van de nadelige gevolgen voor de maatschappij. Faillissementsfraude ondermijnt volgens de wetgever namelijk niet alleen het vertrouwen in het handelsverkeer, maar het verstoort ook de concurrentieverhoudingen en zorgt voor grote financiële schade bij benadeelde partijen. Teneinde faillissementsfraude tegen te gaan, voorziet het wetgevingsprogramma dan ook in een geïntegreerde aanpak waarbij aandacht uitgaat naar preventie, toezicht, bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving.⁶

De pijler fraudebestrijding heeft geresulteerd in een drietal wetten die inmiddels in werking zijn getreden, te weten: i. de Wet civielrechtelijk bestuursverbod,⁷ ii. de Wet herziening

¹ Mr. Online, *Hilverda lanceert instrument tegen faillissementsfraude*, 1 juni 2017, te raadplegen via: <http://www.mr-online.nl/hilverda-lanceert-instrument-faillissementsfraude/> (laatst bezocht op 18-06-2018)

² *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74.

³ Hilverda 2012/3, p. 6.

⁴ Van Elswijk e.a. 2016, p. 56.

⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74.

⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74, p. 1.

⁷ *Stb.* 2016, 205.

strafbaarstelling faillissementsfraude⁸ en iii. de Wet versterking positie curator.⁹ Op grond van deze wetgeving heeft de curator als taak gekregen om door middel van het oorzakenonderzoek te bezien of sprake is van onregelmatigheden die de vereffening van de boedel bemoeilijken of het tekort hebben vergroot.¹⁰ Van deze onregelmatigheden kan, indien nodig, aangifte worden gedaan.¹¹ Om de curator te helpen in de uitoefening van deze taak is de inlichtingenplicht van de failliet aangescherpt en is deze tevens verplicht om de administratie volledig en ongeschonden aan de curator over te dragen.¹² Wanneer de failliet niet voldoet aan zijn verplichtingen, kan de curator medewerking afdwingen door middel van inbewaringstelling.¹³ Om deze verplichtingen verder kracht bij te zetten en de informatiepositie van de curator te versterken, is de strafrechtelijke sanctie op het schenden van de inlichtingenplicht aangescherpt en is voorzien in een strafrechtelijke sanctionering van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht.¹⁴ De schending van deze verplichtingen kan tevens aanleiding vormen voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod waardoor een bestuurder gedurende een periode van maximaal vijf jaren geen bestuurder kan zijn van een onderneming.¹⁵ Dit is opmerkelijk, nu het bestuursverbod volgens de wetgever preventief van aard is.

Uit voornoemde middelen vloeit een aanzienlijke mate van dwang voort aan het adres van de failliet om inlichtingen te verstrekken en te voorzien in de administratie aan de curator die mogelijk incriminerend kunnen zijn. De wetgever heeft echter niet voorzien in een waarborg tegen het gebruik van zulk materiaal in het strafproces van de failliet, omdat diens rechten volgens hem ten volle worden gewaarborgd door een rechterlijke toets.¹⁶ De vraag die dus rijst is of de rechten van de failliet inderdaad ten volle worden gewaarborgd en hoe de wetgeving zich verhoudt tot het nemo tenetur-beginsel. Het onderzoek in onderhavige scriptie zal zich dan ook richten op de vraag hoe het nemo tenetur-beginsel zich verhoudt tot het gebruik van door

⁸ *Stb.* 2016, 205.

⁹ *Stb.* 2017, 176.

¹⁰ Artikel 68 lid 2 Fw.

¹¹ Artikel 68 lid 2 (c) Fw.

¹² Artikel 105 en 105a Fw.

¹³ Op grond van artikel 87 Fw.

¹⁴ Artikel 194Sr, 344a Sr 344b Sr en artikel 1 onder 4° WED jo. artikel 6 lid 1 onder 2° WED.

¹⁵ Artikel 106a Fw.

¹⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p.10, Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 6, p. 5, Kamerstukken II 2016/17, 34 253, 13, p. 2 en Kamerstukken I 2016/17, 34 253, C, p. 3.

de curator onder dwang verkregen bewijsmateriaal in het strafproces van de failliet op grond van de nieuwe wetgeving. In het licht van deze analyse zal een aanbeveling worden gedaan voor een wettelijke waarborg die voornoemd probleem kan ondervangen. De vraag die in deze scriptie centraal zal staan, is:

Hoe verhoudt de pijler fraudebestrijding van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht zich tot het nemo tenetur-beginsel en welke waarborg kan worden ontleend aan het nemo tenetur-beginsel?

Ter beantwoording van deze vraag zal in hoofdstuk 1 worden besproken wat faillissementsfraude is, hoe de turboliquidatie aan deze problematiek bijdraagt en wat de omvang van faillissementsfraude is. Bij voornoemd punt zal ook stil worden gestaan bij de moeilijke traceerbaarheid van de schade die geleden wordt ten gevolge van de turboliquidatie. In hoofdstuk 2 zal in worden gegaan op de aanloop naar het wetgevingsprogramma en de inhoud daarvan. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de nieuwe taak van de curator en het daaruit voortvloeiende spanningsveld bij de bestrijding van faillissementsfraude. Hoofdstuk 3 staat in het teken van het nemo tenetur-beginsel zoals het tot uitdrukking komt in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof/EHRM) en de Hoge Raad. Hierbij zal uitgebreid worden ingegaan op het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal en de essentie van het nemo tenetur-beginsel. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in het gebruik in het strafproces van belastend materiaal dat onder dwang is verkregen in een civiele, bestuurlijke of belastingrechtelijke procedure. In hoofdstuk 4 zal de pijler fraudebestrijding in het licht van het nemo tenetur-beginsel worden gezet. Hier zal worden ingegaan op de vraag of het bestuursverbod te kwalificeren valt als *criminal charge* en of het nemo tenetur-beginsel van toepassing is. Daarnaast zal de Wet versterking positie in het licht van het nemo tenetur-beginsel worden gesteld om ten slotte toe te komen aan de aanbevolen wettelijke waarborg.

1 Faillissementsfraude: de problematiek

De aandacht voor de bestrijding van faillissementsfraude kent volgens Hilverda een cyclisch verloop.¹⁷ Met de introductie van de pijler fraudebestrijding is de aandacht hier wederom op gevestigd. Maar wat is faillissementsfraude nu eigenlijk? En hoe draagt de mogelijkheid om een onderneming te turboliquideren bij aan de mogelijkheid om te frauderen? Aan deze vragen zullen hieronder aandacht worden geboden. Daarnaast zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de omvang van faillissementsfraude in de afgelopen jaren.

1.1 Wat is faillissementsfraude?

Volgens Kemp neemt faillissementsfraude obscene vormen aan, maar waar moet dan aan worden gedacht?¹⁸ Een belangrijke groep beroepsfraudeurs koopt slecht lopende rechtspersonen teneinde daarmee oplichting en/of belastingfraude te plegen om de rechtspersoon vervolgens leeg te trekken.¹⁹ De direct aandeelhouder of bestuurder is zelden de opkopende fraudeur zelf. Deze verschuilt zich als indirect aandeelhouder dan wel als bestuurder van een stichting en/of stelt een katvanger aan. Zo bestaat er ook het zogenoemde piramidespel waarbij gelden worden ingelegd door schuldeisers na het voorspiegelen van grote winsten.²⁰ Deze gelden worden niet belegd, maar grotendeels te eigen bate weggesluisd en/of verbrast. Faillissementsfraude uit zich daarnaast ook in minder obscene vormen zoals het ontbreken van een degelijke administratie of paulianeuze handelingen.

Voornoemde verschijningsvormen geven enkel een globaal overzicht ten aanzien van hoe faillissementsfraude zich kan uiten. Juist omdat faillissementsfraude zich kan uiten in verschillende vormen, is het niet verwonderlijk dat in de literatuur geen eenduidige omschrijving valt te vinden van het begrip faillissementsfraude.²¹ Zo schrijft Kemp dat er geklaagd wordt dat er sprake is van een containerbegrip.²² Onder faillissementsfraude kunnen

¹⁷ Hilverda 2012/3, p. 6.

¹⁸ Kemp 2014/1, p. 250.

¹⁹ Hilverda 2016, p. 24.

²⁰ Hilverda 2012/1, p. 185.

²¹ Doorenbos 2014, p. 21.

²² Kemp 2014/2, p. 58.

immers verschillende vormen van bedrog worden geschaard. Daarnaast zijn er ook nog verschillende definities te vinden in de literatuur.²³

Volgens Hilverda is er sprake van faillissementsfraude indien vóór of tijdens het faillissement gedragingen zijn verricht waardoor de schuldeisers op wederrechtelijke wijze opzettelijk zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.²⁴ De benadeling is gelegen in frauduleuze gedragingen die de waarde van de boedel verminderen waardoor deze (nog meer) ontoereikend is geworden om alle schuldeisers te voldoen.²⁵

Hoe het ook zij, het oogmerk op de benadeling van schuldeisers in een faillissement speelt een centrale rol. Geheel verwonderlijk is dit ook niet, aangezien alle betrokken actoren, zoals de curator en justitie, zich richten op de aanpak van deze benadelende handelingen van de failliet. Daarin zit echter ook het probleem bij het opstellen van een eenduidig faillissementsfraudebegrip. De actoren pakken immers dezelfde benadelende handeling aan, maar dan met verschillende einddoelen voor ogen, in een andere fase gedurende het proces, op grond van verschillende rechtsgebieden en daarmee dus ook met verschillende ter beschikking staande middelen.²⁶ Volgens mij kan een neutrale omschrijving gevonden worden in het oogmerk op de benadeling van schuldeisers, aangezien alle betrokken actoren zich hier aan het eind van de dag mee bezighouden in de aanpak van faillissementsfraude. Daarnaast komt in deze omschrijving de reperatoire aard van faillissementsfraudebestrijding tot uitdrukking. Alle betrokken actoren zijn namelijk in de mogelijkheid om de geleden schade te redresseren.

1.2 Het verdoezelen van fraude op grond van de wet: turboliquidatie

Een sluwe manier voor de fraudeur om eventuele aansprakelijkheid op grond van een faillissementsprocedure te ontwijken, wordt in de wet gegeven in artikel 2:19 lid 4 BW, de zogeheten turboliquidatie. Wanneer een rechtspersoon ten tijde van de ontbinding geen baten

²³ Zij gewezen op: Knecht e.a. 2005, p. 4, Kemp 2014/2 p. 58 en Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 20 december 2013, p. 2.

²⁴ Hilverda 2012/2, p. 2755.

²⁵ Hilverda 2013, §2.

²⁶ Ter illustratie kan worden gewezen op het onttrekken van goederen aan de boedel. De curator kan in een dergelijk geval op grond van een actio pauliana de rechtshandeling proberen te vernietigen met als doel dat het vermogen terugvloeit in de boedel. Dezelfde handeling van de failliet kan echter ook strafbaar worden gesteld op grond van de bedrieglijke bankbreuk wegens het opzettelijk benadelen van schuldeisers in hun verhaalsvermogen.

meer heeft, zal deze op grond van dit artikel direct op houden te bestaan zonder dat er een vereffeningprocedure aan te pas komt.²⁷

De wettekst noch de parlementaire geschiedenis voorziet erin dat een rechtsgeldige turboliquidatie vereist dat er ten tijde van ontbinding ook geen schulden meer bestaan.²⁸ In de praktijk is het ondertussen dan ook gangbaar dat BV's zonder baten, maar met schulden, worden ontbonden op grond van de turboliquidatie. Deze praktijk waarbij een rechtspersoon kan worden ontbonden terwijl er geen baten zijn, maar wel schulden, is bevestigd door de Hoge Raad in het arrest *Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V.*²⁹ Voorgaande is natuurlijk misbruikgevoelig, omdat geen inzicht verkregen wordt in de administratie en financiën van de rechtspersoon. Voor een fraudeur is dit ideaal, want een onderzoek naar diens aansprakelijkheid zal door de ontbinding op grond van artikel 2:19 lid 4 BW achterwege blijven.³⁰ Schuldeisers lijden hierdoor schade, aangezien de vennootschap ophoudt te bestaan en de vorderingen op de vennootschap onbetaald blijven.³¹

Het is in dit kader dan ook niet zonder reden dat Renssen pleit voor een herformulering van artikel 2:19 lid 4 BW.³² Volgens haar zou artikel 2:19 lid 4 BW als volgt moeten luiden: *'Indien de rechtspersoon op het tijdstip van zijn ontbinding geen baten alsmede geen schulden meer heeft, houdt hij alsdan op te bestaan. In dat geval doet het bestuur, of bij toepassing van artikel 19a, de Kamer van Koophandel en Fabrieken, daarvan opgaaf aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven.'* Met deze wijziging wordt voorkomen dat fraudeurs een eenvoudig alternatief wordt verschaft waarmee aansprakelijkheid kan worden voorkomen. Dit komt een effectieve bestrijding van faillissementsfraude ten goede.³³

1.3 Omvang van de faillissementsfraude

Op 12 december 2016 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie een onderzoeksrapport van het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS) aan de Tweede Kamer aangeboden,³⁴ getiteld "Oorzaken en schulden van in 2015 beëindigde faillissementen". De aanleiding van het

²⁷ Artikel 2:19 lid 1(a) BW vereist daartoe een besluit van de algemene vergadering.

²⁸ Renssen 2016/2, §3.

²⁹ HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 (*Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V.*), r.o. 4.7.1.

³⁰ Vgl. Renssen 2016/2, §4.

³¹ Renssen 2016/3, p. 28.

³² Renssen 2016/1, p. 221.

³³ Zie: Renssen 2016/2, §6 en Blommaert 2016, p. 222.

³⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 33 695, nr. 13.

onderzoek is de vraag van de Tweede Kamer om meer inzicht te krijgen in de afhandeling van het aantal faillissementen, de omvang van de onbetaald gebleven schulden en het aandeel van zaken waarin mogelijk sprake is van strafbare en/of onrechtmatige benadeling van schuldeisers.³⁵ Hieronder wordt verstaan de gevallen waarin aangifte is gedaan of acties op grond van de actio pauliana, bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatig handelen hebben plaatsgevonden.³⁶ Zo levert paulianeus handelen wel onrechtmatig, maar niet per definitie strafbaar handelen op.

Ten tijde van de uitbraak van de economische crisis in 2008 was er een totaalaantal beëindigde faillissementen van 7.196.³⁷ Dit aantal is geleidelijk gegroeid tot 7.639 in 2010 en 8.964 beëindigde faillissementen in 2015, ofwel een groei van 17,3% ten opzichte van 2010. In 11,8% van de in 2010 beëindigde faillissementen was er sprake van zekere strafbare of onrechtmatige benadeling en in 11,8% procent was er sprake van waarschijnlijke strafbare of onrechtmatige benadeling. Dit komt neer op een totaal van 1.803 faillissementen waar zeker dan wel waarschijnlijk sprake was van strafbare of onrechtmatige benadeling met een onbetaalde schuld van 1,3 miljard euro. Naast een toename in het totaal beëindigde faillissementen ten opzichte van 2010 was er in 2015 ook een toename van 6,5% in het aantal faillissementen waarin er sprake was van zekere dan wel waarschijnlijke strafbare of onrechtmatige benadeling. In totaal was er in 30,1% van de gevallen sprake van benadeling waarvan 17,3% zeker en 12,8% waarschijnlijk. Het voorgaande komt neer op een totaal van 2.698 faillissementen waarin zeker dan wel waarschijnlijk sprake was van strafbare of onrechtmatige benadeling met een onbetaalde schuld van 1,56 miljard euro.

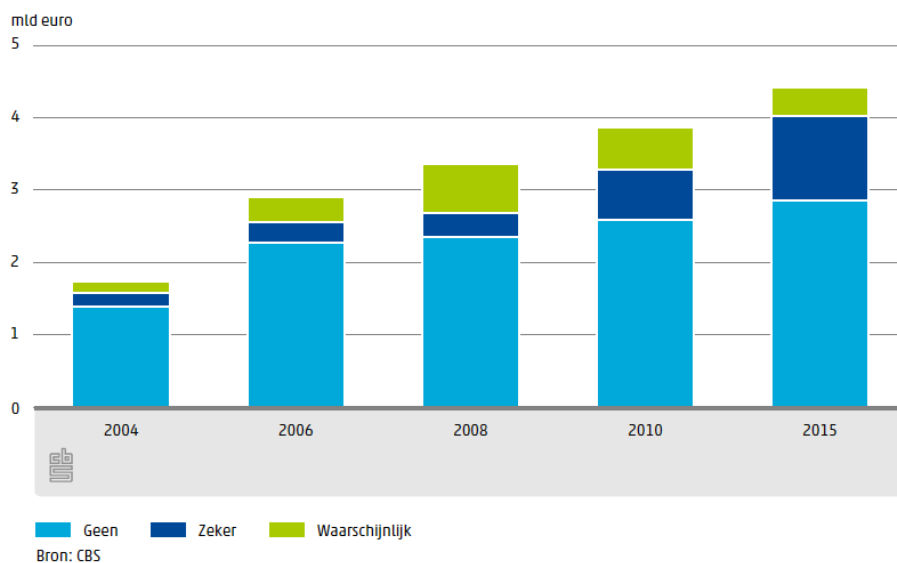
Uit bovenstaande cijfers volgt niet alleen een stijging in het aandeel van faillissementen waarin sprake was van benadeling, maar ook een stijging in de schade die de maatschappij lijdt ten gevolge daarvan. De schade die wordt geleden door de maatschappij heeft in de laatste jaren enkel een stijgende lijn gezien, zoals volgt uit onderstaande tabel:³⁸

³⁵ *Handelingen II* 2014/15, nr. 97, item 6, p. 1-26.

³⁶ Van Elswijk e.a. 2016, p. 52.

³⁷ *Ib.*, p. 19 + 52-56.

³⁸ *Ib.*, p. 56. Tabel 5.3.2. – Bedrijven en instellingen: Onbetaald gebleven schuld bij beëindigde faillissementen naar strafrechtelijke of onrechtmatige benadeling van schuldeisers.



Een kanttekening die bij bovenstaande cijfers moet worden gemaakt, is dat de schade waarschijnlijk nog hoger is dan blijkt uit het onderzoek. In een artikel in het Financieel Dagblad van 2016 meldt de Kamer van Koophandel namelijk dat sinds 2013 al 88% van de BV's en meer dan 95% van de stichtingen opgeheven worden door middel van een turboliquidatie.³⁹ De vraag hoeveel BV's door middel van een turboliquidatie worden opgeheven, blijft onbeantwoord. Dit geldt ook ten aanzien van andere rechtspersonen waarvan helemaal geen percentages bekend zijn. Dit is volgens mij vrij zorgelijk, vooral aangezien uit cijfers van het CBS volgt dat in 2016 een aantal van 26.840 rechtspersonen zijn opgeheven en een aantal van 23.300 rechtspersonen in 2017. In het eerste kwartaal van 2018 zijn bovendien al 6450 rechtspersonen opgeheven.⁴⁰

In al die gevallen waarin er sprake is geweest van een turboliquidatie heeft er geen onderzoek naar de administratie en de financiën van de desbetreffende rechtspersonen plaatsgevonden aangezien er geen vereffeningprocedure aan te pas is gekomen. Daardoor ontstaat ook geen faillissementsdossier. De schade die geleden wordt door het gebruik van de turboliquidatie valt dan ook niet terug te zien in het rapport van het CBS, aangezien het gebaseerd is op beëindigde faillissementsdossiers. Mijns inziens kan daarom worden gesteld dat de schade voor de maatschappij ten gevolge van frauduleus handelen hoger ligt dan

³⁹ Eikelenboom en Van der Boon 2016.

⁴⁰ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Bedrijven; opheffingen, bedrijfsgrootte, rechtsvorm, bedrijfstak, 30 april 2018*, te raadplegen via: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83149NED/table?ts=1529312415056> (Laatst bezocht op 18-06-2018).

aangegeven in het rapport.⁴¹ Het lijkt mij ook dat hier een taak is weggelegd voor de KvK (wellicht in samenwerking met het CBS) om dit inzichtelijk te maken. Zo kan er in ieder geval bewustzijn gecreëerd worden bij de wetgever over de mogelijke misbruik van de turboliquidatie.

Bij voornoemd punt kan ook worden opgemerkt dat niet alle fraude onder de aandacht komt van de curator. Fraude die niet wordt gedetecteerd, komt niet tot uitdrukking in de faillissementsdossiers en daarmee dus ook niet in het rapport van het CBS. De fraude die niet onder de aandacht komt van de curator zal moeten worden gedetecteerd door de vervolgende instanties. De pakkans bij fraude is echter zeer laag. Deze lag op slechts 1 à 2% ten tijde van de introductie van het wetgevingsprogramma.⁴² Uit de fraudemonitor van 2016 blijkt weliswaar dat de pakkans bij faillissementsfraude hoger is geworden, maar dit is terug te voeren op het feit dat het aantal uitgesproken faillissementen is gedaald terwijl de inspanningen van het OM gelijk gebleven zijn.⁴³ Daarom kan ook worden gesteld dat de schade die door de maatschappij geleden wordt, nog hoger ligt. Schade die niet onder de aandacht is gekomen van de curator zal immers in zeer grote mate ook niet onder de aandacht komen van de vervolgende instanties.

1.4 Tussenconclusie

Over de vraag wat faillissementsfraude nu daadwerkelijk is, bestaat in de literatuur discussie. Desalniettemin kan worden gesteld dat de benadeling van schuldeisers een centrale rol speelt in de omschrijvingen zoals men deze aantreft in de literatuur. De mogelijkheid die de turboliquidatie biedt om een rechtspersoon te ontbinden met geen baten, maar wel schulden, draagt bij aan de faillissementsfraudeproblematiek. Op grond van de turboliquidatie houdt een rechtspersoon op te bestaan zonder dat inzicht wordt verkregen in de financiën en administratie van de rechtspersoon. Een fraudeur ontloopt daarmee een onderzoek naar diens aansprakelijkheid, terwijl de vennootschap ophoudt te bestaan en vorderingen van schuldeisers onbetaald blijven. Uit de cijfers van het CBS volgt dat de schade die de maatschappij ten gevolge van faillissementsfraude lijdt enkel is toegenomen in de afgelopen jaren. Deze cijfers zijn gebaseerd op beëindigde faillissementsdossiers en houden daarmee echter geen rekening met de schade die wordt geleden door het gebruik van de turboliquidatie. Daarnaast zal schade

⁴¹ De turboliquidatie wordt door het CBS dan ook niet voor niets gezien als een risico voor de continuïteit van het onderzoek naar de oorzaken en schulden van faillissementen. Zie: Van Elswijk e.a. 2016, p. 12.

⁴² Hilverda 2012/3, p. 6.

⁴³ Openbaar Ministerie 2016, p. 19.

die niet onder de aandacht is gekomen van de curator door de zeer lage pakkans ook niet onder de aandacht komen van de vervolgende instanties. Daardoor kan worden gesteld dat de schade nog hoger ligt dan aangegeven in het rapport.

2 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht: de pijler fraudebestrijding

Dat faillissementsfraude een ernstig probleem is, blijkt wel uit de cijfers van het CBS. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de wetgever hierop heeft gereageerd met de introductie van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. De in het wetgevingsprogramma opgenomen pijler fraudebestrijding voorziet in een geïntegreerde aanpak die is vervat in een drietal wetten, te weten: i. de Wet civielrechtelijk bestuursverbod,⁴⁴ ii. de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude⁴⁵ en iii. de Wet versterking positie curator.⁴⁶ De inhoud van deze wetten en de aanloop daarnaar toe zullen in onderstaand hoofdstuk de revue passeren. Daarnaast zal de nieuwe fraudebestrijdende rol van de curator en het daaruit voortvloeiende spanningsveld worden besproken.

2.1. De aanloop naar het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht

De eerste stap naar een betere bestrijding van faillissementsfraude was de notitie van de Minister van Justitie d.d. 13 september 2004 waarin het Actieplan bestrijding faillissementsfraude werd aangekondigd.⁴⁷ In het Actieplan werd aan het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (hierna: WODC) opdracht gegeven om onderzoek te verrichten naar de aard en omvang van faillissementsfraude mede omdat het laatste onderzoek daaromtrent dateerde uit 1982.⁴⁸ Daarnaast werd in de notitie een tweesporenbeleid aangekondigd. Het eerste spoor betrof de preventieve aanpak van faillissementsfraude en het tweede spoor de repressieve aanpak daarvan door middel van een op maat gesneden vervolgingsbeleid door het OM.

Het rapport werd in 2005 gepubliceerd door het WODC⁴⁹ en vormde tezamen met het Actieplan bestrijding faillissementsfraude het uitgangspunt voor de in 2009 geïntroduceerde op maat gesneden Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude (hierna: Aanwijzing).⁵⁰ De

⁴⁴ *Stb.* 2016, 205.

⁴⁵ *Ib.*

⁴⁶ *Stb.* 2017, 176.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 22.

⁴⁸ Berghuis en Paulides 1983.

⁴⁹ Knegt e.a. 2005.

⁵⁰ Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude 2009, registratienummer 2009A001, onder achtergrond (vervallen per 01-09-2015).

Aanwijzing voorziet in een onderscheid tussen eenvoudige en complexe zaken.⁵¹ Eenvoudige zaken vereisen geen bijzondere financiële kennis en hebben onder meer als kenmerk het ontbreken van de administratie, het niet uitleveren van de bedrijfsadministratie en/of het onttrekken van één of enkele activabestanddelen aan de boedel. Complexe zaken vereisen daarentegen wel bijzondere financiële kennis en hebben onder meer als kenmerk de omvangrijkheid van het fraudebedrag, misbruik van rechtspersonen en ondoorzichtige eigendomsverhoudingen of bestuurdersrelaties of gebruik van een stroman. Volgens de Aanwijzing is het strafrecht complementair aan andere instrumenten.⁵² Het heeft een reactieve rol in gevallen waarin preventieve en civielrechtelijke acties onvoldoende effecten teweeg kunnen brengen en er sprake is van normschendingen waardoor schade wordt geleden.

In 2011 werd de aanpak van faillissementsfraude wederom ter sprake gebracht door de Minister van Veiligheid en Justitie.⁵³ Faillissementsfraude kon volgens hem het effectiefst worden bestreden door middel van een preventieve civielrechtelijke aanpak. In dat kader is op 1 juli 2011 de Wet controle op rechtspersonen in werking getreden, op grond waarvan de rechtspersoon gedurende diens gehele levensloop kan worden gecontroleerd met als doel het vereenvoudigen van de bestrijding, opsporing en vervolging van strafbare feiten die met rechtspersonen zijn gepleegd dan wel dreigen te worden gepleegd.⁵⁴ Zo werd ook de Garantstellingsregeling Curatoren aangepast in 2012.⁵⁵ In de brief van 2011 werd tevens een onderzoek aangekondigd naar de mogelijkheden omtrent het civielrechtelijk bestuursverbod.⁵⁶

Ook het strafrecht werd van belang geacht bij de bestrijding van faillissementsfraude.⁵⁷ Zo werd de capaciteit en expertise voor de fraudebestrijding bij de politie, de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (hierna: FIOD) en het OM vergroot. Ook moest het melding- en aangifteproces worden verbeterd. Daartoe werd begin 2012 een centraal meldpunt faillissementsfraude ingesteld.⁵⁸ In 2012 werd ook de Leidraad eenvoudige faillissementsfraude

⁵¹ Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude 2009, registratienummer 2009A001, onder achtergrond: paragraaf 4.

⁵² *Ib.*, onder achtergrond: paragraaf 2 en 4.

⁵³ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 911, 52, p. 3.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, 3 (MvT), p. 2.

⁵⁵ *Stb.* 2012, 3973.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 911, 52, p. 5.

⁵⁷ *Ib.*, p. 5.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, 67, p. 2.

opgesteld voor financieel rechercheurs met als doel kennisvergroting en vereenvoudiging van de opsporing van eenvoudige faillissementsfraudezaken.⁵⁹

Ondanks de genomen stappen schetste de Nijmeegse hoogleraar faillissementsfraude Hilverda in haar oratie op 25 mei 2012 een ontluisterend beeld van de praktijk rondom de opsporing van frauduleuze faillissementen.⁶⁰ Zij wees op de lege boedelproblematiek, waardoor de curator veelal niet gemotiveerd is om onderzoek te doen naar mogelijke fraude. Faillissementsfraude had een lage prioriteit bij de politie en het OM en werkte dus demotiverend op de curator nu zij geen heil zagen in het doen van aangifte als daarmee toch niets werd gedaan. Bij beide partijen werd bovendien een gebrek aan financiële expertise geconstateerd. Hilverda wees ten slotte op de moeilijke leesbaarheid van de strafbepalingen en het feit dat deze te weinig aan zouden sluiten bij de verschijningsvormen van faillissementsfraude in de praktijk.

De overheid reageerde op 26 november 2012 met de aankondiging van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht met als speerpunt de bestrijding van faillissementsfraude.⁶¹

2.2 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht: de pijler fraudebestrijding

Het wetgevingsprogramma berust op drie pijlers: i. modernisering, ii. versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en iii. fraudebestrijding. Het speerpunt van het wetgevingsprogramma lijkt fraudebestrijding te zijn,⁶² zo luidt de inleiding als volgt:

*'Faillissementsfraude ondermijnt het vertrouwen in het handelsverkeer, verstoort de concurrentieverhoudingen en zorgt voor grote financiële schade bij benadeelde partijen. De aanpak van dit fenomeen heeft voor dit kabinet dan ook een hoge prioriteit.'*⁶³

De bestrijding van faillissementsfraude kent volgens de wetgever een geïntegreerde aanpak met aandacht voor preventie, toezicht, bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving.⁶⁴ Deze

⁵⁹ *Leidraad eenvoudige faillissementsfraude*. Politie Brabant-Zuidoost 2012.

⁶⁰ Hilverda 2012/3, p. 9-24.

⁶¹ *Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, 74.

⁶² Renssen 2017, p. 12.

⁶³ *Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, 74, p. 1.

⁶⁴ *Ib.*, p. 1 en 2.

geïntegreerde aanpak is vervat in een drietal wetten, namelijk i. de Wet civielrechtelijk bestuursverbod,⁶⁵ ii. de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude⁶⁶ en iii. de Wet versterking positie curator.⁶⁷

2.2.1 De Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Hoewel het de inzet van de Minister was om uiterlijk 1 maart 2013 een voorontwerp in consultatie te geven,⁶⁸ geschiedde dit met enige vertraging op 29 maart 2013.⁶⁹ De wet is per 1 juli 2016 in werking getreden en stelt door middel van de artikelen 106a t/m 106e Fw een preventieve aanpak centraal.⁷⁰

Het bestuursverbod voorkomt dat frauderende bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten.⁷¹ Dit wordt bereikt doordat het bestuursverbod ten gevolge heeft dat een bestuurder of feitelijk leidinggevende gedurende een periode van maximaal vijf jaren geen bestuurder of commissaris kan zijn.

De rechtbank kan een verbod tot besturen opleggen op vordering van de curator of het OM indien tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement sprake is geweest van:

- i. een bij onherroepelijke uitspraak vastgelegde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/248 BW;
- ii. rechtshandelingen door de bestuurder waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig de artikelen 42 of 47 Fw bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd;
- iii. een ernstige tekortschieting in de nakoming van de informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator;
- iv. een bestuurder die reeds tweemaal failliet is gegaan en hem daarvan een persoonlijk verwijt betreft, of

⁶⁵ *Stb.* 2016, 205.

⁶⁶ *Ib.*

⁶⁷ *Stb.* 2017, 176.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74, p. 3.

⁶⁹ Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Consultatie Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod*, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod (laatst bezocht op 18-06-2018).

⁷⁰ *Stb.* 2016, 205.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, 3 (MvT), p. 1.

- v. een onherroepelijk boete wegens een fiscaal vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Een bestuursverbod wordt geregistreerd bij het handelsregister.⁷² Hierdoor ontstaat transparantie, waardoor een effectieve handhaving van het bestuursverbod wordt bewerkstelligd.⁷³ De rechter kan bovendien ter verzekering een dwangsom opleggen.⁷⁴

2.2.2 De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

De bepalingen in het strafrecht omtrent faillissementsfraude dateerden uit de negentiende eeuw. Het is in dit kader dan ook niet geheel verwonderlijk dat de Minister in de aankondiging van het wetgevingsprogramma al dacht aan een modernisering van deze delicten in het Wetboek van Strafrecht.⁷⁵ Daartoe werd op 24 juli 2014 het voorontwerp aangeboden voor internetconsultatie.⁷⁶

De wet is per 1 juli 2016 in werking getreden en heeft geleid tot zowel de herziening als introductie van bepaalde instrumenten in het Wetboek van Strafrecht.⁷⁷ Het bestek van deze scriptie staat het helaas niet toe om in detail in te gaan op alle door de wet geïntroduceerde onderdelen, daarom zullen slechts de voor deze scriptie relevante bepalingen hieronder de revue passeren.⁷⁸

In artikel 194 Sr is voorzien in een aanscherping van de sanctionering van schending van de inlichtingenplichten die bestaan op grond van de Faillissementswet.⁷⁹ Het zonder geldige reden opzettelijk wegblijven, weigeren tot het geven van inlichtingen en het opzettelijk dan wel niet opzettelijk geven van onjuiste of onvolledige inlichtingen is strafbaar met een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of een geldboete van 8.200 euro.

⁷² Artikel 106b lid 3 Fw.

⁷³ *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, 3 (MvT), p. 6.

⁷⁴ Artikel 106b lid 5 Fw.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74, p. 7.

⁷⁶ Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Consultatie Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude (laatst bezocht op 18-06-2018).

⁷⁷ *Stb.* 2016, 154.

⁷⁸ Verrest en Heukels 2017, p. 51-57.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 9.

Daarnaast voorziet de wet in een sanctionering van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht in artikel 344a en 344b Sr. Het opzettelijk niet voldoen aan deze plichten is strafbaar met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een boete van 82.000 euro, terwijl het culpoos schenden van deze plichten strafbaar is met een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of een geldboete van 20.500 euro. Deze sanctionering speelt volgens de wetgever een sleutelpositie bij de bestrijding van faillissementsfraude, omdat een ontbrekende administratie altijd nadelige gevolgen voor de rechten van schuldeisers kan hebben.⁸⁰ Hierdoor ontbreekt immers cruciale informatie die zou kunnen wijzen op strafbare onttrekkingen van goederen aan de boedel. De administratie zorgt volgens de wetgever dan ook voor aanknopingspunten die het mogelijk maken om verder te rechercheren naar mogelijke faillissementsfraude. Ingevolge een wijziging van artikel 67 Sv kan voorlopige hechtenis worden opgelegd wegens de schending van deze plichten met betrekking tot de administratie.⁸¹ Hierdoor kunnen niet alleen bijzondere opsporingsbevoegdheden worden toegepast, maar kan de verdachte ook worden aangehouden en opgehouden voor verhoor.

De schending van de administratieplicht is tevens als economisch delict strafbaar gesteld onder de WED met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een boete van 20.500 euro.⁸²

2.2.3 De Wet versterking positie curator

Vanuit het oogpunt dat de curator vaak als eerste zicht heeft op eventuele fraudeleuze handelingen en daarom de mogelijkheid heeft om nader onderzoek, melding en aangifte te doen, zag de Minister aanleiding om de informatiepositie en de fraudesignalerende rol van de curator te versterken.⁸³ Daartoe werd het voorontwerp voor de Wet versterking positie curator op 21 februari 2014 aangeboden voor internetconsultatie.⁸⁴

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 9+10.

⁸¹ Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp voor de Wet Herziening Strafbaarstelling Faillissementsfraude*, te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/08/05/memorie-van-toelichting-versie-rvs-herziening-strafbaarstelling-faillissementsfraude> (laatst bezocht op 18-06-2018).

⁸² Artikel 1 onder 4° WED jo. artikel 6 lid 1 onder 2° WED

⁸³ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74, p. 4.

⁸⁴ Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Consultatie Voorontwerp Wet versterking positie curator*, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/02/21/voorontwerp-wet-versterking-positie-curator (laatst bezocht op 18-06-2018).

De wet is per 1 juli 2017 in werking getreden en voorziet niet alleen in de codificering van de fraudesignalerende taak van de curator, maar ook in een verduidelijking van de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de failliet en de huidige en voormalige bestuurders van een rechtspersoon.⁸⁵

De ‘fraudesignalerende’ taak van de curator is opgenomen in artikel 68 lid 2 Fw. De curator dient bij het beheer en de vereffening van de boedel te bezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort hebben vergroot. Hij dient de rechter-commissaris in te lichten en beide kunnen aangifte van deze onregelmatigheden doen indien dat nodig wordt geacht. In het faillissementsverslag dient vervolgens aangegeven te worden hoe de curator zich heeft gekweten van deze taak.

In het kader van de fraudebestrijding achtte de wetgever het van belang dat de curator de nodige informatie krijgt.⁸⁶ Daartoe zijn ter versterking van de informatiepositie van de curator de inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de failliet aangepast. Enerzijds om de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken ten behoeve van de fraudebestrijding en de beperking van de nadelige gevolgen voor de maatschappij. Anderzijds werd verduidelijking nodig geacht omdat de schending daarvan een strafbaar feit oplevert. Een schending kan daarnaast aanleiding zijn tot inbewaringstelling op grond van artikel 87 Fw of de oplegging van een bestuursverbod.

Op grond van artikel 105 Fw is de gefailleerde, daaronder begrepen bestuurders en commissarissen van een failliete rechtspersoon (artikel 106 Fw), verplicht om alle inlichtingen te verschaffen op verzoek van de curator of uit eigener beweging indien het feiten en omstandigheden betreffen die voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.

Artikel 105a Fw voorziet in de verplichting voor de gefailleerde om de administratie volledig en ongeschonden aan de curator over te dragen, inclusief de middelen om de inhoud leesbaar te maken. Derden die in de uitoefening van hun bedrijf de administratie van de failliet onder zich houden, zijn op grond van artikel 105b Fw ook gehouden om de administratie

⁸⁵ *Stb.* 2017, 176.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 3+4.

desgevraagd volledig en ongeschonden aan de curator ter beschikking te stellen. De derde komt geen retentierecht toe, waarmee dus expliciet wordt afgeweken van artikel 60 Fw.

2.3 De fraudesignalerende rol van de curator en zijn rol als civiele fraudebestrijder

De traditionele kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke schuldeisers. In de uitoefening van deze taak dient hij rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard.⁸⁷ Deze belangen kunnen zelfs voorrang toekomen boven die van de individuele schuldeisers.⁸⁸

Zo is de bestrijding van faillissementsfraude volgens de wetgever ook een belang van maatschappelijke aard.⁸⁹ De fraudesignalerende rol van de curator reflecteert immers een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid. Hieronder zal in worden gegaan op de fraudesignalerende van de curator en zijn rol als civiele fraudebestrijder.

2.3.1 De fraudesignalerende rol van de curator

Het doen van aangifte werd voor de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator op grond van de Praktijkregels van Insolad enkel van belang geacht indien de boedel hiervan kon profiteren.⁹⁰ Door de verankering van de fraudesignalerende taak van de curator is hierin wijziging gebracht aangezien deze bij de uitoefening van zijn kerntaak telkens zal moeten bezien of er sprake is van *onregelmatigheden*. Indien dat het geval is, zal hij hiervan aangifte moeten doen.

Er is gekozen voor deze ‘neutrale term’, omdat de meer beperkte notie ‘strafbare handelingen’ een juridische kwalificatie met zich brengt, waarvan de beoordeling niet aan de curator is, aldus de Minister.⁹¹ Onder het begrip onregelmatigheden moet onder andere worden verstaan het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen en gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voorgaande onregelmatigheden zijn civielrechtelijk van aard. Niet iedere onregelmatigheid levert een strafbare gedraging op, maar kan volgens de wetgever wel zien op potentieel strafbare gedragingen.

⁸⁷ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (Sigmacon II), r.o. 3.5.

⁸⁸ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou), r.o. 3.6.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 3.

⁹⁰ Praktijkregels Insolad 2011, Hoofdstuk 14.1.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 13. Zo is paulianeus handelen potentieel strafbaar op grond van de artikelen 341 t/m 343 Sr en kan het ontbreken van een adequate administratie ook strafbaar worden gesteld op grond van artikel 344a of 344b Sr.

2.3.2 De curator als civiele fraudebestrijder

Bij de uitoefening van zijn kerntaak zal de curator de boekhouding van de gefailleerde analyseren en onderzoek doen naar de oorzaken van het faillissement, het zogenoemde oorzakenonderzoek.⁹² Dit vormt een wezenlijk onderdeel in de afwikkeling van een faillissement.⁹³ Indien de curator op onregelmatigheden stuit, kunnen meerdere stappen worden genomen, zoals het vernietigen van onverplichte rechtshandelingen op grond van de actio pauliana,⁹⁴ het aanspreken van derden op grond van onrechtmatige daad⁹⁵ en het inroepen van bestuurdersaansprakelijkheid.⁹⁶ Voornoemde rechtsmiddelen zien allemaal op het redresseren van handelingen van de failliet die de schuldeisers benadelen in hun verhaalsmogelijkheden, waardoor vermogen terugvloeit in de boedel.

Door de verankering van de fraudesignalerende taak wordt de curator dus verplicht om te bezien of hij op civielrechtelijke wijze fraude kan bestrijden door middel van een oorzakenonderzoek. Dit is precies het punt waar de schoen wringt. In het geval van een lege boedel zal de curator immers ook onderzoek moeten doen. Bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden kan dit onderzoek volgens de wetgever dan ook beperkt blijven tot een prima facie onderzoek, met dien verstande dat bij (signalen van) onregelmatigheden in ieder geval melding moet worden gedaan bij de rechter-commissaris.⁹⁷ Hoewel de curator dan wel heeft voldaan aan zijn fraudesignalerende rol zien de schuldeisers de boedel enkel slinken.

Soelaas zou hier geboden kunnen worden door de Garantstellingsregeling op basis waarvan de curator de Minister van Justitie en Veiligheid kan verzoeken voor een voorschot wegens het instellen van vorderingen die zijn gericht op het redresseren van onregelmatigheden⁹⁸ dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.⁹⁹ De regeling voorziet echter alleen in een voorschot en lost

⁹² Polak en Pannevis 2017, p. 265-268. Zie ook: Polak en Pannevis 2014, p. 251.

⁹³ Feenstra 2015, §3.1.

⁹⁴ Op grond van artikel 42 Fw.

⁹⁵ Op grond van artikel 6:162 BW.

⁹⁶ Op grond van artikel 2:9 en 2:138/248 BW.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 13.

⁹⁸ Op grond van artikel 2:138/248 BW, artikel 2:149/259 BW, artikel 2:9 BW (bestuurdersaansprakelijkheid) of de artikelen 42 en 47 Fw (faillissementspauliana).

⁹⁹ Garantstellingsregeling curatoren 2012, artikel 2.

daarmee het probleem van een lege boedel niet op.¹⁰⁰ Daarnaast kan ook gewezen worden op het feit dat de regeling niet van toepassing is op de zogenaamde Peeters/Gatzen vordering¹⁰¹ en niet van toepassing is op het faillissement van een natuurlijk persoon.¹⁰² Een wijziging van de regeling zal een effectieve civielrechtelijke- en strafrechtelijke faillissementsfraudebestrijding ten goede komen.¹⁰³ Indien deze werkzaamheden namelijk vergoed worden, zullen zowel meer als goed onderbouwde aangiften aan het adres van de opsporingsdiensten terecht komen. Daarnaast kunnen de resultaten van een oorzakenonderzoek ook hun weg vinden in het strafproces door middel van inbeslagname door de FIOD of de rechter-commissaris.¹⁰⁴ Bovendien kan de curator als getuige worden gehoord wanneer hij zich als benadeelde partij heeft laten voegen.

Een strafrechtelijk traject lijkt mij in het geval van een lege boedel van groot belang.¹⁰⁵ Zo kan justitie niet alleen beslag leggen op het vermogen van de fraudeur, maar ook van een derde waarbij vermogen is gearceerd ter grootte van de door hem aangerichte schade.¹⁰⁶ Via een schadevergoedingsmaatregel zou dit vermogen kunnen terugvloeien naar de slachtoffers.¹⁰⁷ Daarnaast kan de curator het beslag overnemen zonder dat het strafrechtelijke traject verder wordt gevolgd.¹⁰⁸

2.3.3 Het spanningsveld bij faillissementsfraudebestrijding

Zoals hierboven aangegeven, levert niet iedere onregelmatigheid een strafbare gedraging op, maar kan het wel zien op potentiële strafbare gedragingen.¹⁰⁹ Daarmee kan faillissementsfraude ook niet uitsluitend straf- of civielrechtelijk worden gedefinieerd. Volgens Adams ontstaat hierdoor een spanningsveld bij faillissementsfraudebestrijding, waardoor het onduidelijk is of

¹⁰⁰ Hilverda 2012/3, p. 10+11.

¹⁰¹ HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4521, m.nt. B. Wachter (Peeters/Gatzen), r.o. 3.3. Op grond van een Peeters/Gatzen vordering is de curator bevoegd om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een derde, die betrokken is bij benadeling van schuldeisers, aan te spreken op grond van onrechtmatige daad.

¹⁰² Van Nielen en Derijks 2014, p. 35.

¹⁰³ Van Nielen 2016, p. 127.

¹⁰⁴ Van Nielen 2013, §4 en voetnoot 31.

¹⁰⁵ Over dit belang ook: Hilverda 2012/3, p. 14+15, maar ook p. 33-37.

¹⁰⁶ Zie artikel 94a lid 3-5 Sv. Zie in dit kader ook: Hilverda 2012/3, p. 15.

¹⁰⁷ Op grond van artikel 36f Sr. Zie in dit kader ook: Hilverda 2012/3, p. 15.

¹⁰⁸ Hilverda 2016, p. 27.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 13.

de bestrijding daarvan via het strafrecht dan wel het civiele recht dient te geschieden.¹¹⁰ Mijns inziens zou op basis van bovenstaande echter gesteld kunnen worden dat het civiele recht het voorportaal vormt voor een effectieve strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude en dat het strafrecht complementair hieraan is. Het oorzakenonderzoek staat immers in het teken van het bespeuren en redresseren van onregelmatigheden die aanleiding kunnen geven tot het doen van aangifte.

Volgens mij kan eerder een spanningsveld worden bespeurd in de overgang naar de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude. Artikel 68 lid 2 Fw geeft immers beoordelingsvrijheid aan de curator en de rechter-commissaris bij de vraag of van geconstateerde civielrechtelijke onregelmatigheden aangifte moet worden gedaan. Dit impliceert een inschatting, waarbij zij zullen moeten bezien of een onregelmatigheid ook vermoedens wekt van strafrechtelijk gesanctioneerd handelen waar aangifte voor moet volgen. Hier zit het gevaar in dat de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel zijn wettelijke bevoegdheden gaat aanwenden, bewust dan wel onbewust, teneinde vast te stellen of de handelingen van de failliet ook strafbaar zijn. Des te meer in het geval van een lege boedel. Dergelijke bevoegdheden kunnen dan een snellere afwikkeling ten gevolge hebben.

Ook wanneer de curator niet bewust zijn wettelijke bevoegdheden gaat aanwenden om vast te stellen of de onregelmatigheid strafrechtelijk gesanctioneerd handelen oplevert, is er sprake van een spanningsveld. Zo kan de curator in zijn zoektocht naar onregelmatigheden incriminerende informatie onder ogen krijgen op grond van de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet. Wanneer deze informatie onder dwang van inbewaringstelling wordt verkregen,¹¹¹ op grond van het bestuursverbod onder artikel 106a lid 1(c) Fw of onder dreiging van de nieuwe en verscherpte sancties, dan wordt het gebruik van deze informatie in het strafproces problematisch. Het nemo tenetur-beginsel normeert immers dat onder dwang verkregen informatie onder bepaalde omstandigheden niet mag worden gebruikt in het strafproces.¹¹² Het wetgevingsprogramma voorziet echter niet in een waarborg tegen het gebruik van onder dwang verkregen bewijs omdat de rechten van de failliet volgens de wetgever ten volle worden gewaarborgd door een rechterlijke toets.¹¹³

¹¹⁰ Adams 2017, p. 82.

¹¹¹ Op grond van artikel 87 Fw.

¹¹² Artikel 6 lid 1 EVRM.

¹¹³ *Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3 (MvT)*, p.10, *Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 6, p. 5*, *Kamerstukken II 2016/17, 34 253, 13, p. 2* en *Kamerstukken I 2016/17, 34 253, C, p. 3*.

2.4 Tussenconclusie

Met de introductie van de pijler fraudebestrijding heeft de wetgever willen voorzien in een geïntegreerde aanpak van faillissementsfraude. Daartoe is een civielrechtelijk bestuursverbod geïntroduceerd welke moet voorkomen dat bestuurders hun activiteiten kunnen voortzetten met nieuwe rechtspersonen. Daarnaast is voorzien in een aanscherping van het strafrechtelijk kader in de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude. Deze verscherping uit zich in een verzwaring van de strafbaarstelling voor het niet voldoen aan de inlichtingenplichten op grond van de faillissementswet en in een nieuwe strafbaarstelling voor het niet voldoen aan de administratie-, bewaar- en afgifteplicht.

De meest in het oog springende verandering is echter voorzien in de Wet versterking positie curator. Deze wet legt immers de fraudesignalerende taak van de curator vast. Hij is nu verplicht om onregelmatigheden te signaleren die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort hebben vergroot. Hij dient de rechter-commissaris in te lichten en beide kunnen aangifte van deze onregelmatigheden doen indien dat nodig wordt geacht. Om de curator te helpen in de uitoefening van deze taak is niet alleen de inlichtingenplicht op grond van artikel 105 Fw gewijzigd, maar bepaalt de wet ook dat de failliet verplicht is om de administratie volledig en ongeschonden aan de curator over te dragen.

De curator is op grond van zijn nieuwe wettelijke taak om fraude te signaleren verplicht om een oorzakenonderzoek te verrichten om te bezien of hij op civielrechtelijke wijze fraude kan bestrijden. Hier kan een spanningsveld worden bespeurd. De curator zal immers moeten bezien of een onregelmatigheid ook vermoedens wekt van strafrechtelijk handelen waar aangifte voor moet volgen. Daarbij bestaat het risico dat de curator zijn bevoegdheden gaat aanwenden teneinde vast te stellen of het handelen van de failliet ook strafbaar is. Daarnaast kan hij ook buiten die omstandigheden incriminerende informatie onder ogen krijgen op grond van de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet. Wanneer informatie onder dwang wordt verkregen wordt het gebruik daarvan in het strafproces problematisch aangezien het nemo tenetur-beginsel normeert dat onder dwang verkregen informatie onder bepaalde omstandigheden niet mag worden gebruikt in het strafproces. Het wetgevingsprogramma voorziet echter niet in een waarborg tegen het gebruik van onder dwang verkregen bewijs.

3 Het nemo tenetur-beginsel

Het nemo tenetur-beginsel¹¹⁴ is verwoord in artikel 14 lid 3(g) van het International verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: IVBPR). Ingevolge deze bepaling heeft de persoon tegen wie strafvervolging is ingesteld het recht om niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.

Ondanks een grote hoeveelheid jurisprudentie van het EHRM omtrent het nemo tenetur-beginsel, is een dergelijke bepaling niet terug te vinden in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Dit recht werd voor het eerst door het Hof erkend in de zaak van *Funke tegen Frankrijk*.¹¹⁵ In deze zaak overwoog het Hof dat een persoon, ten aanzien van wie vervolging is ingesteld, op grond van artikel 6 lid 1 EVRM niet alleen een zwijgrecht heeft, maar ook het recht om geen zelf-incriminerende verklaringen af te hoeven leggen.

In onderstaand hoofdstuk zal het nemo tenetur-beginsel zoals uitgezet door het EHRM worden besproken. Hierbij zal uitgebreid in worden gegaan op een vraagstuk dat de gemoederen al lang bezighoudt, namelijk: het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Bovendien zal ook aandacht worden besteed aan de doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in het gebruik in het strafproces van belastend materiaal dat onder dwang is verkregen in een civiele, bestuurlijke of belastingrechtelijke procedure. Ten slotte zal het beginsel zoals het ten uitdrukking komt in de rechtspraak van de Hoge Raad worden besproken en vergeleken met de jurisprudentie van het EHRM. Bij voorgaande vergelijking zal aandacht uitgaan naar het verschil in bescherming die geboden wordt door beide instanties.

3.1 Het nemo tenetur-beginsel nader toegelicht

De vraag waarom het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel onder artikel 6 lid 1 EVRM vallen, werd beantwoord in de arresten *Murray* en *Saunders*.¹¹⁶ Volgens het Hof zijn het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel internationaal erkende standaarden die een centrale rol innemen in het recht op een eerlijk proces op grond van artikel 6 EVRM.

¹¹⁴ *Nemo tenetur se ipsum prodere* of *nemo tenetur se ipsum accusare* of wel het verbod op zelfincriminatie.

¹¹⁵ EHRM 25 februari 1993, *Funke tegen Frankrijk*, nr. 10828/84, r.o. 44. Het was mevrouw Funke die aanvoerde dat het nemo tenetur-beginsel een internationaal erkende standaard is die veilig wordt gesteld door o.a. artikel 14 lid 3 (g) IVBPR. Dit argument is vervolgens overgenomen door het EHRM. Zie: r.o. 41.

¹¹⁶ EHRM 8 februari 1996, *John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 18731/91, r.o. 45.

Door de verdachte van bescherming te voorzien tegen de uitoefening van ongeoorloofde dwang door de overheid wordt volgens het Hof bijgedragen aan het voorkomen van justitiële dwaling en het bereiken van de doelen van artikel 6 EVRM, namelijk het garanderen van een eerlijk proces. Het nemo tenetur-beginsel veronderstelt dat de overheid in staat moet zijn een zaak te onderbouwen zonder terug te vallen op bewijs dat onder dwang is verkregen in strijd met de wil van de verdachte.¹¹⁷ Daarnaast is het nemo tenetur-beginsel ook nauw verbonden met de onschuldpresumptie zoals verwoord in artikel 6 lid 2 EVRM. Het nemo tenetur-beginsel ziet volgens het Hof echter primair op het respecteren van de wil van de verdachte en diens uitoefening van het zwijgrecht. Deze grondslag voor het nemo tenetur-beginsel vormt dan ook een standaardoverweging in de latere jurisprudentie van het EHRM.

3.1.1 De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM

Artikel 6 EVRM is van toepassing indien het gaat over het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning, ofwel een *criminal charge*.¹¹⁸ Bij het bepalen of sprake is van een *criminal charge* moet worden gekeken naar:¹¹⁹

1. de classificatie van het delict volgens de nationale wetgeving in kwestie;
2. de aard van het delict; en
3. de aard en zwaarte van de straf die op het delict staat.

Het eerste criterium komt bij die afweging minder belang toe dan het tweede en derde criterium.¹²⁰ Bij het eerste criterium wordt niet alleen gekeken naar de vraag of een rechtsregel is neergelegd in het strafrecht.¹²¹ Er wordt ook gekeken naar omstandigheden, zoals de kwalificatie van de norm door de nationale rechter en de door de wetgever gebruikte terminologie. Zo was in de zaak van *Öztürk* sprake van een boete wegens een verkeersovertreding die als bestuurlijke overtreding werd bestempeld.¹²² Deze bestuurlijke boete werd na een analyse van voornoemde factoren alsnog gezien als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.

¹¹⁷ EHRM 17 december 1996, Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91, r.o. 68+69.

¹¹⁸ Artikel 6 lid 1 EVRM.

¹¹⁹ EHRM 23 november 1976, Engel e.a. tegen Nederland, nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, r.o. 82-83.

¹²⁰ European Court of Human Rights 2014, p. 8.

¹²¹ EHRM 22 mei 1990, Weber tegen Zwitserland, nr. 11034/84.

¹²² EHRM 21 februari 1984, Öztürk tegen Duitsland, nr. 8544/79.

De laatste twee criteria zijn alternatief en niet per definitie cumulatief.¹²³ Indien aan één van de twee criteria is voldaan, dan is sprake van een *criminal charge*. Het delict moet volgens het Hof immers in haar aard kunnen worden gezien als strafbaar in de zin van het verdrag of een persoon aansprakelijk stellen door middel van een sanctie die in haar aard en ernst behoort tot het strafrecht.

Bij het tweede criterium kan worden gekeken naar de vraag of de norm in kwestie punitief van aard is en of er een afschrikkende werking uit voortvloeit, zoals volgt uit het *Öztürk*-arrest en het *Bendenoun*-arrest.¹²⁴

Het derde criterium wordt bepaald door naar de potentiële maximale straf te kijken.¹²⁵ Bij dit criterium wordt onderscheid gemaakt tussen punitieve en reperatoire (compensatoire) sancties.¹²⁶ Punitieve sancties hebben een leedtoevoegend karakter.¹²⁷ Reperatoire sancties zijn daarentegen gericht op de opheffing van de met het recht strijdige situatie, ongeacht eventuele schuld en verwijtbaarheid.

3.1.2 Het nemo tenetur-beginsel in Nederland

Het nemo tenetur-beginsel komt in het Nederlandse rechtstelsel tot uitdrukking in artikel 29 Sv, waarin is voorzien in het pressieverbod, het zwijgrecht en de daarmee gepaard gaande cautieplicht. Op grond van het eerste lid van voormelde bepaling dient de verhorende rechter of ambtenaar zich te onthouden van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd, het zogeheten pressieverbod. Het zwijgrecht komt de verdachte toe op grond van het tweede lid, waarin is voorzien dat deze niet tot antwoorden verplicht is. Daarom is in dit tweede lid ook voorzien in de cautieplicht op grond waarvan de verdachte voor aanvang van een verhoor moet worden medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.

Het EVRM vindt bovendien directe doorwerking in het Nederlandse recht op grond van artikel 93 van de Grondwet en heeft op grond van artikel 94 van de Grondwet zelfs voorrang

¹²³ EHRM 25 augustus 1987, Lutz tegen Duitsland, nr. 9912/82, r.o. 55.

¹²⁴ EHRM 21 februari 1984, *Öztürk* tegen Duitsland, nr. 8544/79, r.o. 53 en EHRM 24 februari 1994, *Bendenoun* tegen Frankrijk, nr. 12547/86, r.o. 47.

¹²⁵ EHRM 27 augustus 1991, *Demicoli* tegen Malta, nr. 13057/87, r.o. 34.

¹²⁶ Recentelijk nog in: EHRM 28 november 2017, *Özmutur İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik San. ve Tic. Ltd. Şti.* tegen Turkije, nr. 48657/06, r.o. 25.

¹²⁷ Peels 2015, p. 25.

op nationale wetgeving indien deze niet verenigbaar is met het EVRM.¹²⁸ Daarmee vindt ook het nemo tenetur-beginsel, zoals door het EHRM ingelezen in artikel 6 EVRM, doorwerking in het Nederlandse recht. Deze doorwerking van artikel 6 EVRM in het Nederlandse recht wordt ook door het Hof onderschreven in de zaak van *Van Weerelt*.¹²⁹

3.2 De uitwerking van het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van het EHRM

Betrekkelijk kort na het wijzen van de uitspraak in de zaak van *Funke* maakte het Hof in het *Murray*-arrest al duidelijk dat het nemo tenetur-beginsel niet absoluut is.¹³⁰ Het Hof overwoog spoedig daarna in de zaak van *Saunders* dat per geval moet worden bekeken of het gebruik van een onder dwang verkregen verklaring heeft geleid tot een ongerechtvaardigde inbreuk op het verbod tot zelfincriminatie.¹³¹ Hiervoor zal worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Hierbij zal in het bijzonder worden gekeken naar de vraag of de verdachte is onderworpen aan dwangmiddelen en of het gebruik van deze onder dwang verkregen verklaring inbreuk maakt op de basisbeginselen van een eerlijk proces die inherent zijn aan artikel 6 lid 1 EVRM, waarvan het nemo tenetur-beginsel onderdeel is.

Het Hof heeft in zijn latere jurisprudentie uitgekristalliseerd naar welke factoren zal moeten worden gekeken bij het beantwoorden van de vraag of sprake is geweest van een inbreuk op de essentie van het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht van de betrokkene.¹³² Zo overwoog het Hof voor het eerst in *Allan* dat er moet worden gekeken naar:

1. de aard en mate van dwang die is gebruikt om de informatie te verkrijgen;
2. de relevante waarborgen in de procedure; en
3. de manier waarop het bewijs wordt gebruikt.

3.2.1 Wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal

In de zaak van *Saunders* heeft het Hof voor het eerst duidelijk gemaakt dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen bewijs dat afhankelijk en bewijs dat onafhankelijk van de wil van

¹²⁸ Keulen en Knigge 2016, p. 199.

¹²⁹ EHRM 16 juni 2015, Van Weerelt tegen Nederland, nr. 784/14, r.o. 66.

¹³⁰ EHRM 8 februari 1996, John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 18731/91, r.o. 47.

¹³¹ EHRM 17 december 1996, Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91, r.o. 69.

¹³² EHRM 5 november 2002, Allan tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 48539/99, r.o. 44. Later o.a. herhaald in: EHRM 11 juli 2006, Jalloh tegen Duitsland, nr. 54810/00, r.o. 101, EHRM 29 juni 2007, O'Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 15809/02 en 25624/02, r.o. 55 en EHRM 10 maart 2009, Bykov tegen Rusland, nr. 4378/02, r.o. 104.

de verdachte bestaat.¹³³ Het nemo tenetur-beginsel strekt zich volgens het Hof niet uit over het gebruik van bewijsmateriaal in de strafvervolging dat van de verdachte kan worden verkregen door middel van het toepassen van dwangmiddelen dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Hierbij kan worden gedacht aan documenten die zijn verkregen op grond van een bevel, adem, bloed, urinemonsters en lichaamswefsel voor DNA-onderzoek.

Dit onderscheid en het daaruit voortvloeiende ogenschijnlijk ongelimiteerde gebruik van wilsonafhankelijk materiaal dat onder dwang is verkregen, is later door het EHRM afgezwakt. Zo werd het gebruik van onder dwang verkregen wilsonafhankelijk materiaal in o.a. de zaken *J.B.*,¹³⁴ *Jalloh*,¹³⁵ *Marttinen*¹³⁶ en *Chambaz*¹³⁷ in strijd geacht met het recht op een eerlijk proces wegens een schending van het nemo tenetur-beginsel.¹³⁸ In de zaken *Marttinen* en *Chambaz* gaat het Hof niet in op een volledige analyse van de hierboven omschreven factoren, maar legt het een nadruk op de aard en mate van de uitgeoefende dwang in het licht van de vraag of er sprake is geweest van een inbreuk op de essentie van het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht van de betrokkene.¹³⁹ Zo werd een geldboete van 33.000,- euro in de zaak van *Marttinen* en een geldboete van 3.599,- euro in de zaak van *Chambaz* gezien als ongeoorloofde dwang voor het verkrijgen van documenten.

Het gebruik van onder dwang verkregen wilsonafhankelijk materiaal is, zoals blijkt uit voorgaande jurisprudentie, niet ongelimiteerd en kan dan ook wegens een schending van het nemo tenetur-beginsel leiden tot een inbreuk op het recht op een eerlijk proces.

Bewijs dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, betreft gesproken verklaringen. Het ontstaan van dergelijke verklaringen is immers afhankelijk van diens wil. Verklaringen die dus onder dwang worden verkregen, respecteren daarmee niet het basisbeginsel van het nemo tenetur-beginsel, namelijk: het respecteren van de wil van de verdachte en diens uitoefening van het zwijgrecht. Hiermee is niet alles gezegd, want ook onder dwang verkregen verklaringen

¹³³ EHRM 17 december 1996, *Saunders* tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91, r.o. 69.

¹³⁴ EHRM 3 mei 2001, *J.B.* tegen Zwitserland, nr. 31827/96.

¹³⁵ EHRM 11 juli 2006, *Jalloh* tegen Duitsland, nr. 54810/00.

¹³⁶ EHRM 21 april 2009, *Marttinen* tegen Finland, nr. 19235/03.

¹³⁷ EHRM 5 april 2012, *Chambaz* tegen Zwitserland, nr. 11663/04.

¹³⁸ Voor *Saunders* werd het gebruik van onder dwang verkregen wilsonafhankelijk materiaal in de zaak van *Funke* ook niet in strijd geacht te zijn met het nemo tenetur-beginsel.

¹³⁹ Zie: EHRM 21 april 2009, *Marttinen* tegen Finland, nr. 19235/03, r.o. 67 t/m 73 en EHRM 5 april 2012, *Chambaz* tegen Zwitserland, nr. 11663/04, r.o. 50 t/m 58.

leiden niet van rechtswege tot een schending van het nemo tenetur-beginsel. De hierboven beschreven factoren spelen met betrekking tot het gebruik van dergelijke verklaringen in de strafvervolging ook een rol. Zo werd er na een analyse van deze factoren in de zaken *O'Halloran & Francis*,¹⁴⁰ *Lückhof & Spanner*,¹⁴¹ *Bykov*¹⁴² en *Niculescu*¹⁴³ tot de conclusie gekomen dat het gebruik van de onder dwang verkregen verklaringen niet in strijd was met het nemo tenetur-beginsel en daarmee dus niet de essentie van het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht doorkruiste.

Op grond van voornoemde jurisprudentie kan worden gesteld dat het door *Saunders* geïntroduceerde onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal daarom niet (langer) het uitgangspunt is van het Hof bij de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden. Deze lezing van de jurisprudentie van het Hof vindt steun in het arrest *Ibrahim e.a.*, waarin het Hof stelt dat het nemo tenetur-beginsel niet per definitie bescherming biedt tegen het maken van zelfincriminerende verklaringen, maar eerder tegen het verkrijgen van bewijs onder dwang.¹⁴⁴

Van Toor betoogt in dit kader dat het nemo tenetur-beginsel in de jurisprudentie van het Hof *means-based* is en bescherming biedt tegen bepaalde vormen van opsporing.¹⁴⁵ De geoorlooftheid van de dwang in kwestie wordt bepaald door de in *Allan* geformuleerde factoren en niet door het onderscheid of bewijs wilsafhankelijk dan wel wilsonafhankelijk is. Hierbij vormt de aard en mate van dwang het centrale thema. Ongeoorloofde soorten van dwang (de aard) zijn gevangenisstraffen,¹⁴⁶ schendingen van het folterverbod¹⁴⁷ en schendingen van het

¹⁴⁰ EHRM 29 juni 2007, *O'Halloran & Francis* tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 15809/02 en 25624/02.

¹⁴¹ EHRM 10 januari 2008, *Lückhof & Spanner* t. Oostenrijk, nr. 58452/00 en 61920/00.

¹⁴² EHRM 10 maart 2009, *Bykov* tegen Rusland, nr. 4378/02.

¹⁴³ EHRM 25 juni 2013, *Niculescu* tegen Roemenië, nr. 25333/03.

¹⁴⁴ EHRM 13 september 2016, *Ibrahim e.a.* tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, r.o. 267.

¹⁴⁵ Van Toor 2016, p. 33.

¹⁴⁶ O.a. EHRM 21 december 2000, *Quinn* tegen Ierland, nr. 36887/97 en EHRM 21 december 2000, *Heaney & McGuinness* tegen Ierland, nr. 34720/97.

¹⁴⁷ O.a. EHRM 11 juli 2006, *Jalloh* tegen Duitsland, nr. 54810/00 en EHRM 21 april 2011, *Nechiporuk & Yonkalo* tegen Oekraïne, nr. 42310/04.

eerlijk procesrecht.¹⁴⁸ Bij financiële sancties speelt de mate van dwang een belangrijke rol, ofwel de hoogte van de financiële sanctie.¹⁴⁹ Een beperkte geldboete lijkt volgens hem de hoogst toegestane straf als dwang om informatie te krijgen.¹⁵⁰ De overige factoren, te weten: de relevante waarborgen en de wijze waarop het bewijs wordt gebruikt, vormen volgens hem subcriteria die bepalen welke aard en mate van dwang in bepaalde omstandigheden zijn geoorloofd. Zo kan geoorloofde dwang alsnog als ongeoorloofd worden bestempeld door de afwezigheid van relevante waarborgen.¹⁵¹ Hierbij verdient opmerking dat het nemo tenetur-beginsel volgens het Hof niet in volle omvang geldt in sommige rechtsgebieden, zoals bijvoorbeeld het belastingrecht¹⁵² en het verkeersrecht.¹⁵³ Ook het gebruik van het bewijs komt belang toe. Zo werd het feit dat de door middel van marteling verkregen informatie in de zaak van *Gäfgen* niet werd gebruikt in het strafproces als factor meegewogen om geen schending van artikel 6 lid 1 EVRM aan te nemen in het onderhavige geval.¹⁵⁴ Het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal lijkt van belang voor de beoordeling welke mate van dwang mag worden gebruikt.¹⁵⁵ Wanneer bewijs dat door middel van ongeoorloofde dwang is verkregen, wordt gebruikt in het strafproces, dan kan worden gesproken over een schending van het nemo tenetur-beginsel, omdat alsdan de wil van de verdachte niet wordt gerespecteerd.

Mijns inziens slaat Van Toor hiermee de spijker op de kop. Ook het Hof lijkt niet zo veel waarde toe te kennen aan het onderscheid tussen wilsafhankelijk dan wel wilsonafhankelijk materiaal. Dit blijkt volgens mij uit rechtsoverweging 55 van het recente *Van Weerelt* arrest.¹⁵⁶ In voornoemde overweging stelt het Hof dat het nemo tenetur-beginsel allereerst ziet op het respecteren van de wil van de verdachte om zijn zwijgrecht uit te oefenen

¹⁴⁸ EHRM 27 november 2008, *Salduz tegen Turkije*, nr. 36391/02, EHRM 5 februari 2015, *Ogorodnik tegen Oekraïne*, nr. 29644/10, EHRM 19 februari 2015, *Zhyzitskyy tegen Oekraïne*, nr. 57980/11 en EHRM 23 juni 2016, *Truten tegen Oekraïne*, nr. 18041/08.

¹⁴⁹ De financiële sancties in de arresten *Marttinen* (33.000 euro), *Funke* (10.750 Franse Frank), *J.B.* (21.000 Zwitserse Frank) en *Chambaz* (3.599 euro) waren volgens het Hof allemaal ongeoorloofd.

¹⁵⁰ Zo kan worden verwezen naar de geoorloofde boete van 300 pond in: EHRM 10 september 2002, *Allen tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 76574/01.

¹⁵¹ Van Toor 2016, p. 31-36.

¹⁵² Bijvoorbeeld: EHRM 21 april 2009, *Marttinen tegen Finland*, nr. 19235/03.

¹⁵³ Bijvoorbeeld: EHRM 29 juni 2007, *O'Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*, nrs. 15809/02 en 25624/02.

¹⁵⁴ EHRM 1 juni 2010, *Gäfgen tegen Duitsland*, nr. 22978/05, r.o. 186+187.

¹⁵⁵ Van Toor 2016, p. 35-36.

¹⁵⁶ EHRM 16 juni 2015, *Van Weerelt tegen Nederland*, nr. 784/14, r.o. 55.

om vervolgens het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal te duiden, zoals uiteengezet in *Saunders*. Het Hof vervolgt door de wijze van verkrijging van informatie in de zaken van *Funke*, *Saunders* en *Quinn* te noemen, te weten respectievelijk:

“the bringing of a prosecution with a view to obtaining incriminating documents from the accused himself”, “the use of incriminating evidence secured from the accused himself by inspectors using powers of compulsion” en “the sentencing of a criminal suspect to a term of imprisonment for refusing to account for his movements at a particular time”.

Volgens mij stelt het Hof daarmee op een impliciete wijze de manier van verkrijging van informatie en de daarmee gepaard gaande dwang centraal.¹⁵⁷ Wanneer deze ongeoorloofd is, wordt de wil van de verdachte en daarmee de wil om zijn zwijgrecht uit te oefenen niet gerespecteerd. Asbreuk merkt hier met betrekking tot het verkrijgen documenten op dat deze slechts als wilsonafhankelijk bestempeld kunnen worden indien deze bijvoorbeeld door middel van inbeslagname zelf worden verkregen.¹⁵⁸ Deze gevolgtrekking lijkt mij juist, nu de documenten in een dergelijk geval niet onder dwang van de verdachte zelf worden verkregen, maar door toepassing van een dwangmiddel welke de wil van de verdachte en zijn wil om zijn zwijgrecht uit te oefenen en daarmee dus ook de essentie van het nemo tenetur-beginsel respecteert.

Hetgeen mijns inziens in dit kader meer aandacht mag verdienen, is dat de wijze van verkrijging van bewijs zijn plaats vindt binnen de vraag of de essentie van het nemo tenetur-beginsel is geschonden. De eindvraag die beantwoord dient te worden, is immers juist of de essentie van het recht is geschonden, waarbij in de analyse van de in *Allan* geformuleerde factoren wordt gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Naar deze essentie is voor de eerste maal verwezen in het *Saunders-arrest* in de *concurring opinion* van rechter Morenilla.¹⁵⁹ De essentie wordt volgens hem gevormd door rechtsoverweging 68, waarin is overwogen dat het nemo tenetur-beginsel veronderstelt dat de overheid in staat moet zijn een zaak te onderbouwen zonder terug te vallen op bewijs dat onder dwang is verkregen in strijd met de wil van de

¹⁵⁷ Asbreuk 2015, §4.

¹⁵⁸ *Ib.*, §4.

¹⁵⁹ EHRM 17 december 1996, *Saunders* tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91, *concurring opinion* rechter Morenilla.

verdachte en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen.¹⁶⁰ Deze overweging gaat nu als standaardoverweging door het leven in de jurisprudentie van het EHRM voorafgaand aan de beoordeling van de in *Allan* geformuleerde factoren. Is de uitgeoefende dwang op basis van voornoemde factoren ongeoorloofd, dan is de essentie van het nemo tenetur-beginsel, zoals geformuleerd in *Saunders*, geschonden en is de informatie verkregen in strijd met de wil van de verdachte en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen. In een dergelijk geval zijn de autoriteiten dus niet in staat geweest om de informatie zonder dwang te verkrijgen en schenden zij daarmee het nemo tenetur-beginsel.

Bovenstaande brengt mijns inziens mee dat het zwijgrecht niet alleen het recht met zich mee brengt om letterlijk te zwijgen, maar ook het recht om niet gedwongen te worden om belastend materiaal, zoals documenten, over te hoeven leggen wanneer de daarvoor gebruikte dwang ongeoorloofd is.

3.2.2 De doorwerking van het nemo tenetur-beginsel

Zoals reeds hierboven beschreven is artikel 6 EVRM van toepassing indien het gaat over het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging, ofwel een *criminal charge*. Daarmee is dus gegeven dat het niet alleen geen toepassing vindt in het civiele recht, maar bijvoorbeeld ook in het belastingrecht of het bestuursrecht. Uit *Saunders* volgt dat een verplichting om mee te werken in een voorbereidend onderzoek dat niet strafrechtelijk van aard is, niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel, omdat in een dergelijk geval niet de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging wordt bepaald.¹⁶¹ Het latere gebruik van de in die fase onder dwang verkregen belastende verklaringen in het strafproces valt wel binnen het bereik van artikel 6 lid 1 EVRM. Het enkele feit dat de informatie is verkregen voorafgaand aan het strafproces doet daar niets aan af.¹⁶²

Het nemo tenetur-beginsel vindt dus doorwerking in het gebruik in het strafproces van belastende verklaringen en/of documenten die onder dwang zijn verkregen in een civiele, bestuurlijke of belastingrechtelijke procedure. Het nemo tenetur-beginsel speelt echter geen rol indien het gebruik van zulke verklaringen en/of documenten beperkt blijft tot de procedures buiten het strafrecht in welke zij zijn verkregen. Zo overwoog het Hof in *Van Weerelt* dat het nemo tenetur-beginsel niet in het spel komt zolang de in een belastingprocedure onder dwang

¹⁶⁰ EHRM 17 december 1996, *Saunders* tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91, r.o. 68.

¹⁶¹ *Ib.*, r.o. 67.

¹⁶² *Ib.*, r.o. 74.

verkregen informatie niet wordt gebruikt in het kader van het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning.¹⁶³

3.3 Het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van de Hoge Raad

Ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad komt naar voren dat het Nederlands recht geen absoluut recht of beginsel kent dat een verdachte op generlei wijze verplicht kan worden tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.¹⁶⁴ Artikel 29 Sv brengt wel met zich mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring, waaronder ook begrepen schriftelijke verklaringen, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd.¹⁶⁵ Wanneer sprake is van een in een document vervatte verklaring dient volgens de Hoge Raad bij het beantwoorden van de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden, te worden gekeken naar de aard van deze verklaring.¹⁶⁶ De omstandigheid dat de verdachte deze verklaring zelf heeft vervaardigd, is daarbij niet beslissend. Beslissend voor de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden, is of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen.¹⁶⁷

De Hoge Raad hanteert een op grond van *Saunders* ontwikkeld onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal.¹⁶⁸ Uit voornoemd arrest moet volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat artikel 6 lid 1 EVRM zich niet verzet tegen het gebruik in een strafzaak van bewijs dat onder dwang door de verdachte is afgegeven, zoals documenten, die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan. Onder verwijzing naar *O'halloran & Francis* is het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten "*primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent*".¹⁶⁹ Hierbij verdient aandacht dat er

¹⁶³ EHRM 16 juni 2015, Van Weerelt tegen Nederland, nr. 784/14, r.o. 66.

¹⁶⁴ O.a. HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.2, HR 19 September 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.5.1 en HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2.

¹⁶⁵ HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.2 en HR 19 September 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.5.1

¹⁶⁶ *Ib.*, r.o. 4.3.

¹⁶⁷ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

¹⁶⁸ HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.2

¹⁶⁹ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2.

een onderscheid bestaat tussen in een document vervatte verklaringen en administratieve bescheiden.¹⁷⁰ Dergelijke verklaringen vallen volgens de Hoge Raad wel onder artikel 29 Sv, terwijl dat niet het geval is voor administratieve bescheiden. Een andere interpretatie van *Saunders* zou het daarin geformuleerde onderscheid zinsledig maken.¹⁷¹ De vraag of materiaal wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk is, dient volgens de Hoge Raad dan ook te worden beantwoord aan de hand van de aard van het materiaal, met andere woorden; of het in fysieke zin bestaat.¹⁷²

Voornoemd onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal en de daaraan verbonden bescherming komt duidelijk naar voren in het arrest dat heeft geleid tot de EHRM-uitspraak in *Van Weerelt*.¹⁷³ In voornoemd arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal, te weten documenten, door middel van een bevel waar een dwangsom aan kan worden verbonden, geen schending van artikel 6 EVRM oplevert. Wanneer sprake is van materiaal dat afhankelijk van de wil van de betrokkene is verkregen, dan dienen de nationale autoriteiten te waarborgen dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen indien niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens gebruikt zullen worden in verband met een *criminal charge*.¹⁷⁴ Voorgaande dient volgens de Hoge Raad zowel ten aanzien van onder dwang verkregen inlichtingen in belastingzaken¹⁷⁵ als in faillissementen te gelden.¹⁷⁶ Omdat de Nederlandse wetgeving niet voorziet in een dergelijke waarborg, dient de rechter hierin te voorzien.¹⁷⁷ Daarom dient in de uitspraak in een clausulering te worden voorzien die het bewijs uitsluit voor een eventuele strafvervolging. De verklaringen mogen dan wel alsnog gebruikt worden voor de belastingheffing of voor de afwikkeling van het faillissement. Mocht het bewijs echter gebruikt worden in de strafvervolging, dan komt het oordeel toe aan de rechter die over de bestraffing

¹⁷⁰ HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.3

¹⁷¹ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, m.nt. Mr. dr. P. van der Wal, r.o. 2.3.3.

¹⁷² HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1129, r.o. 3.8.2.

¹⁷³ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 (Van Weerelt), r.o. 3.6.

¹⁷⁴ *Ib.*, r.o. 3.7.

¹⁷⁵ *Ib.*, r.o. 3.7.

¹⁷⁶ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, r.o. 3.5.

¹⁷⁷ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 (Van Weerelt), r.o. 3.8 en HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, r.o. 3.7.

beslist. De betrokkene dient voor een dergelijke clausulering wel aan te voeren dat het bewijs in kwestie terecht aangemerkt dient te worden als wilsafhankelijk.¹⁷⁸

3.4 Een vergelijking tussen de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad

Ondanks het feit dat de jurisprudentie van het EHRM op grond van artikel 93 Gw direct doorwerkt in het Nederlandse rechtssysteem heeft men te maken met twee verschillende rechtsprekende instanties. Het is in het licht van dit ingewikkelde beginsel dan ook niet geheel verwonderlijk dat deze instanties een andere lijn volgen in de beoordeling van mogelijke schendingen van het beginsel.

Beide instanties beschouwen het beginsel als een recht dat niet absoluut is en pas in het spel komt zodra het onder dwang verkregen materiaal wordt gebruikt in de strafvervolgning van de betrokkene. De bescherming die wordt geboden door beide instanties verschilt echter. De Hoge Raad hanteert een op grond van *Saunders* ontwikkelde doctrine, waarbij bescherming wordt geboden aan de hand van de aard van het materiaal. Verklaringen die al dan niet op schrift zijn gesteld, krijgen in deze doctrine wel bescherming, terwijl deze bescherming zich per definitie niet uitstrekt over administratieve bescheiden. Daarmee geeft de Hoge Raad een *material based* invulling aan het nemo tenetur-beginsel.¹⁷⁹ Het EHRM hanteert daarentegen een doctrine op basis waarvan wordt gekeken naar de vraag of de essentie van het nemo tenetur-beginsel is geschonden. Hiervoor wordt gekeken naar de aard en mate van dwang, de relevante waarborgen in het proces en het gebruik van het onder dwang verkregen materiaal. Bij deze analyse komt wel degelijk belang toe aan de aard van het onder handen zijnde materiaal, maar dit leidt niet rechtstreeks tot uitsluiting van bescherming indien het materiaal in fysieke zin bestaat.

De bescherming die de Hoge Raad biedt, is mijns inziens te beperkt wanneer men deze afzet tegen de bescherming die het EHRM biedt. In de jurisprudentie van het Hof staat immers de aard van de verkrijging centraal en niet de aard van het materiaal. De bescherming die de Hoge Raad biedt voor onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal, te weten al dan niet op schrift gestelde verklaringen, is daarmee te beperkt. Het EHRM heeft niet alleen meermaals bescherming geboden in gevallen waarin fysiek materiaal door middel van ongeoorloofde

¹⁷⁸ HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1129, r.o. 3.7.5.

¹⁷⁹ Van Toor 2016, p. 36-40.

dwang is verkregen, maar ook expliciet bepaalt dat de bescherming ziet op de verkrijging van materiaal dat onder dwang is verkregen en daarmee dus niet beperkt is tot enkel verklaringen.¹⁸⁰

3.5 Tussenconclusie

Uit bovenstaand hoofdstuk volgt dat de Hoge Raad een andere lijn volgt in de beoordeling van mogelijke schendingen van het beginsel. De Hoge Raad hanteert een duidelijk afwijkende doctrine, waarbij bescherming wordt geboden aan de hand van de aard van het materiaal, waarbij doorslaggevend is of de informatie in fysieke zin bestaat of niet. Verklaringen die al dan niet op schrift zijn gesteld, krijgen in deze doctrine wel bescherming, terwijl deze bescherming zich per definitie niet uitstrekt over administratieve bescheiden.

Het EHRM hanteert daarentegen een doctrine op basis waarvan wordt gekeken naar de vraag of de essentie van het nemo tenetur-beginsel is geschonden. De eindvraag die beantwoord dient te worden, is of de overheid in staat is geweest diens zaak te onderbouwen zonder terug te vallen op bewijs dat onder dwang is verkregen in strijd met de wil van de verdachte en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen. Bij de beantwoording van deze vraag komt wel degelijk belang toe aan de aard van het onder handen zijnde materiaal, maar dit leidt in tegenstelling tot de jurisprudentie van de Hoge Raad niet rechtstreeks tot uitsluiting van bescherming indien het materiaal in fysieke zin bestaat. Zo heeft het EHRM na een analyse van de in *Allan* geformuleerde factoren meermaals bescherming geboden in gevallen waarin er sprake was van wilsonafhankelijk materiaal.

De waarborg die de Hoge Raad biedt tegen onder dwang verkregen informatie is mijns inziens daarom te beperkt. De Hoge Raad biedt immers enkel bescherming tegen het gebruik van onder dwang verkregen verklaringen. Het EHRM kijkt daarentegen naar de omstandigheden van het geval en sluit bescherming niet per definitie uit op grond van de aard van het onder dwang verkregen materiaal.

¹⁸⁰ EHRM 13 september 2016, Ibrahim e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, r.o. 267.

4 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht in het licht van het nemo tenetur-beginsel

Uit de Kamerstukken die ten grondslag liggen aan de Wet civielrechtelijk bestuursverbod,¹⁸¹ de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude¹⁸² en de Wet versterking positie curator¹⁸³ volgt dat de wetgever een beperkte reikwijdte toekent aan het nemo tenetur-beginsel.¹⁸⁴ Geheel verwonderlijk is dit niet, aangezien de wetgeving is gebaseerd op de interpretatie en de invulling van het nemo tenetur-beginsel zoals uitgezet door de Hoge Raad in zijn uitspraak van 24 januari 2014.¹⁸⁵ De wetgever stelt dat op grond van voornoemd arrest enkel bescherming geboden dient te worden tegen het gebruik in het strafproces van onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal van de verdachte, te weten: verklaringen. Het gebruik van afgedwongen wilsonafhankelijk materiaal, zoals de administratie van de failliet, valt volgens de wetgever niet onder het nemo tenetur-beginsel en kan daarom wel in het strafproces worden gebruikt.

De rechten van de betrokkene worden volgens de wetgever ten volle gewaarborgd door de rechterlijke toets zoals beschreven in §3.3.¹⁸⁶ Hetgeen echter interessant is, is dat de Hoge Raad bij een schending van artikel 6 EVRM in een waarborg voorziet in de vorm van een clausulering, waarbij alleen verklaringen van de verdachte worden uitgesloten van het strafproces.¹⁸⁷ Deze clausulering is tot stand gekomen, omdat een waarborg in de Nederlandse wetgeving juist ontbreekt. Weliswaar volgt uit het arrest *Van Weerelt* dat deze door de Nederlandse rechter geboden waarborg *in de gegeven omstandigheden* adequaat is, maar zoals betoogd in §3.4 is deze waarborg te beperkt.¹⁸⁸ Deze waarborg biedt immers geen enkele bescherming tegen het gebruik in het strafproces van onder dwang verkregen documenten.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, 3 (MvT), p. 9.

¹⁸² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 8, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 6, p. 11 en *Kamerstukken I* 2015/16, 33 994, p. 5 en 6.

¹⁸³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 9 en 10, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 6, p. 5, 19, 20 en 23 en *Kamerstukken I* 2016/17, 34 253, C, p. 2 en 3, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 253, 13, p. 11.

¹⁸⁴ Moerman 2017, p. 116.

¹⁸⁵ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161. Hetwelk gebaseerd is op HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 (Van Weerelt).

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p.10, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 6, p. 5, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 253, 13, p. 2 en *Kamerstukken I* 2016/17, 34 253, C, p. 3.

¹⁸⁷ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, r.o. 3.7.

¹⁸⁸ EHRM 16 juni 2015, Van Weerelt tegen Nederland, nr. 784/14.

Helaas heeft de wetgever de kans om deze leemte op te vullen niet gegrepen in het onderhavige wetgevingsprogramma.

In onderstaand hoofdstuk zal de interpretatie van het nemo tenetur-beginsel door de wetgever en de daaraan verbonden bescherming worden afgezet tegen de opvattingen van het EHRM. Daartoe zal eerst de verhouding van het nemo tenetur-beginsel tot het civielrechtelijk bestuursverbod volgens de wetgever worden besproken. Vervolgens volgt een analyse over de vraag of het bestuursverbod kan worden gekwalificeerd als *criminal charge* en de vraag of bescherming geboden dient te worden tegen het gebruik van onder dwang verkregen materiaal. Daaropvolgend zal de verhouding van het nemo tenetur-beginsel volgens de wetgever tot de Wet versterking positie curator worden besproken en de vraag of bescherming geboden dient te worden tegen het gebruik van onder dwang verkregen administratie. Tot slot zal de wenselijkheid van een wettelijke waarborg en de vorm daarvan de revue passeren.

4.1 De wet civielrechtelijk bestuursverbod in het licht van het nemo tenetur-beginsel

De oplegging van een bestuursverbod kan verstrekende gevolgen hebben voor de betrokken bestuurder. Deze kan ten gevolge van een dergelijk verbod voor een periode van maximaal vijf jaren niet meer bestuurder of commissaris zijn van een rechtspersoon in de zin van artikel 2:3 BW.¹⁸⁹ In de aanloop naar de uiteindelijke wet is daarom dan ook betrekkelijk veel aandacht uitgegaan naar de vraag of het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod kan leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel.¹⁹⁰ Artikel 106a lid 1 (c) Fw voorziet namelijk in een grond voor de oplegging van een bestuursverbod wegens een tekortkoming in de nakoming van de informatie- of medewerkingsverplichtingen die zijn voorzien in de Faillissementswet.

4.1.1. De verhouding tot het nemo tenetur-beginsel volgens de wetgever

De wetgever pareert de zorgen over een mogelijke inbreuk van artikel 6 EVRM door te stellen dat een wettelijke medewerkings- of informatieplicht voor niet-punitieve doeleinden is toegestaan.¹⁹¹ Vervolgens verwijst de wetgever naar jurisprudentie van het EHRM, waarin het

¹⁸⁹ Te weten: Verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen bezitten rechtspersoonlijkheid.

¹⁹⁰ Hier kan o.a. worden gewezen op: VNO-NCW en MKB-Nederland 2014 en Loyens & Loeff 2013. Zie ook: Peels 2015, p. 23-27, Boswijk en Vreede 2013, p. 8-14 en Keijzer 2015, p. 173-179.

¹⁹¹ EHRM 21 april 2009, *Martinen tegen Finland*, nr. 19235/03, EHRM 17 december 1996, *Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 19187/91 en EHRM 5 april 2012, *Chambaz tegen Zwitserland*, nr. 11663/04.

bestuursverbod zoals voorzien in het Engelse en het Noorse recht niet werd gekwalificeerd als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, te weten: *D.C., H.S. en A.D. tegen het Verenigd Koninkrijk*¹⁹² en *Störbraten tegen Noorwegen*.¹⁹³ Om deze redenen acht de wetgever dat er geen sprake is van onverenigbaarheid met artikel 6 EVRM.¹⁹⁴

Mijns inziens is dit laatste argument opmerkelijk en kortweg onzorgvuldig geformuleerd. Het geeft namelijk geen enkele blijk van een analyse van de vorm en de gronden van het bestuursverbod in de onderhavige gevallen. In de zaak van *D.C., H.S. en A.D.* werd een bestuursverbod opgelegd op grond van de *Company Directors Disqualification Act* (hierna: CDDA).¹⁹⁵ Op grond hiervan kon een bestuursverbod van twee tot vijftien jaren worden opgelegd, omdat het handelen van de bestuurder in de failliete onderneming kon leiden tot de conclusie dat hij ongeschikt was als bestuurder van een onderneming. In het geval van de Noorweegse zaak kon een bestuursverbod (*konkurskarantene*) voor een periode van twee jaren worden opgelegd op basis van de *konkursloven*.¹⁹⁶ Dit kon in casu ten eerste op grond van het feit dat er een redelijk vermoeden bestond van strafbaar handelen en ten tweede op grond van het feit dat de bestuurder vanwege ondeugdelijk ondernemerschap als ongeschikt kon worden beschouwd voor het optreden als bestuurder van een onderneming. In beide gevallen werd tot de conclusie gekomen dat het onderhavige bestuursverbod geen *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM vormde. Nu in de onderhavige gevallen echter geen sprake is van een bestuursverbod wegens het niet voldoen aan een medewerkings-of inlichtingenplicht, kan mijns inziens ook niet worden gesteld dat een bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw in een dergelijk geval niet kan worden gezien als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.

Het civielrechtelijk bestuursverbod is echter opgenomen in de Faillissementswet en kwalificeert daarom als civielrechtelijk middel. De hamvraag is dan allereerst of het bestuursverbod kwalificeert als *criminal charge* en vervolgens of incriminerende informatie die is verkregen onder dreiging van een bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw kan

¹⁹² EHRM 14 september 1999, *D.C., H.S. en A.D. tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 39031/97 (ongepubliceerd).

¹⁹³ EHRM 1 februari 2007, *Störbraten tegen Noorwegen*, nr. 12277/04.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, 3 (MvT), p. 10.

¹⁹⁵ Zie: EHRM 14 september 1999, *D.C., H.S. en A.D. tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 39031/97 (ongepubliceerd), maar ook: EHRM 16 juli 2002, *Davies tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 42007/98.

¹⁹⁶ Zie: EHRM 1 februari 2007, *Störbraten tegen Noorwegen*, nr. 12277/04, maar ook: EHRM 1 februari 2007, *Mjelde tegen Noorwegen*, nr. 11143/04.

leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel wanneer de desbetreffende informatie wordt gebruikt in het strafproces.

4.1.2 Een analyse van het civielrechtelijk bestuursverbod; *criminal charge* of niet?

Wanneer men de in §3.1.1 uitgezette criteria toepast op het bestuursverbod valt wel degelijk te betogen dat artikel 106a lid 1 (c) Fw punitief van aard is en daarmee kwalificeert als *criminal charge*. Het middel kwalificeert zich weliswaar als een civielrechtelijk middel, maar er dient ook aandacht uit te gaan naar de door de wetgever gebruikte terminologie.¹⁹⁷ Met het bestuursverbod an sich wordt wel degelijk een preventief doel beoogd, maar dat laat onverminderd dat artikel 106a lid 1 (c) Fw past binnen het kader van een versterkte fraudebestrijding en mijns inziens niet binnen het kader van preventie daarvan.¹⁹⁸ De aangescherpte inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen van de failliet zijn immers geïntroduceerd om de informatiepositie van de curator te versterken ten behoeve van de fraudebestrijding.¹⁹⁹ De curator dient op grond van zijn nieuwe wettelijke taak om fraude te signaleren onderzoek te doen naar onregelmatigheden die aanleiding kunnen vormen voor eventuele aangiften. Deze aangescherpte inlichtingen- en medewerkingsplicht komt hem daarbij uitstekend van pas en gaat dan ook niet zonder reden gepaard met strafbaarstellingen.²⁰⁰ Artikel 106a lid 1 (c) Fw sluit mijns inziens dan ook goed aan bij deze versterking van de informatiepositie van de curator die de verscherpte strafbaarstellingen ook probeert te bewerkstelligen.

Met betrekking tot het tweede criterium, zoals uitgezet in §3.1.1, kan worden betoogd dat het middel punitief is en er een afschrikkende werking van uit gaat. Een bestuursverbod kan immers worden opgelegd wegens het niet nakomen van verplichtingen die pas van toepassing zijn op de failliet na de datum van het faillissement. De oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod naast de verscheidene mogelijkheden voor strafrechtelijke vervolging wegens een tekortkoming in deze verplichtingen zal de failliet wel degelijk moveren om eraan te voldoen.

¹⁹⁷ EHRM 22 mei 1990, Weber tegen Zwitserland, nr. 11034/84.

¹⁹⁸ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2010/11, 29 911, 52, p. 4, *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, 74 en *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, 3 (MvT), p. 2.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 4.

²⁰⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 8-12.

Wat betreft de vraag of een bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw punitief of reperatoir is, kan volgens verscheidene auteurs worden gewezen op het feit dat het ernstige gevolgen heeft, namelijk: een beperking om als bestuurder op te treden en een publicatie daarvan in een openbaar register.²⁰¹ Deze beperking werd in voornoemde zaken van het EHRM echter niet als punitief beschouwd. Bovendien vindt in het geval van een bestuursverbod op grond van de Engelse CDDA²⁰² eveneens een publicatie van het verbod plaats, hetgeen zorgt voor *naming and shaming*.²⁰³ Ook dit werd kennelijk niet als doorslaggevend gezien in *D.C., H.S. en A.D. tegen het Verenigd Koninkrijk* of *Davies tegen het Verenigd Koninkrijk*.²⁰⁴ Hetgeen in dit kader meer aandacht verdient, is het feit dat artikel 106a lid 1 (c) Fw ziet op het handelen van de failliet na de datum van het faillissement.²⁰⁵ Hierin komt duidelijk naar voren dat het bestuursverbod wegens een schending van de inlichtingen-en medewerkingsplichten punitief van aard is. Er vindt immers een sanctionering plaats van de failliet wegens het niet voldoen aan verplichtingen die pas gaan gelden na de datum van het faillissement. Daarmee wordt dus niet teruggekeken op het handelen van de failliet om te bezien of deze heeft gefraudeerd en juist daarom op preventieve gronden dient te worden onthouden van het uitoefenen van een functie als bestuurder. Artikel 106a lid 1 (c) Fw heeft volgens mij daarom een leedtoevoegend karakter dat erop gericht is om de failliet ertoe te moveren om aan zijn verplichtingen te voldoen.

4.1.3 Informatie verkregen onder dreiging van een civielrechtelijk bestuursverbod

Wanneer de failliet in een civielrechtelijke procedure kan worden bewogen om mee te werken aan het geven van informatie die incriminerend is, dan valt er wel degelijk een punt te maken dat dergelijke informatie zijn weg niet mag vinden in het strafproces op grond van het nemo tenetur-beginsel. Dit is anders wanneer de informatie niet belastend kan zijn voor de bestuurder. Ik ben het dan ook met Peels eens dat het sanctioneren van het niet voldoen aan de inlichtingenplicht door middel van een civielrechtelijk bestuursverbod in een dergelijk geval geen problemen oplevert in het kader van het nemo tenetur-beginsel.²⁰⁶

²⁰¹ Peels 2015, p. 26, Keijzer 2015, p. 178 en Boswijk en Vreede 2013, §4.

²⁰² Company Directors Disqualification Act 1986, sectie 18.

²⁰³ Zie uitgebreid: Reker 2013, p. 165.

²⁰⁴ EHRM 14 september 1999, *D.C., H.S. en A.D. tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 39031/97 (ongepubliceerd) en EHRM 16 juli 2002, *Davies tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 42007/98.

²⁰⁵ Vgl. Van Leeuwen en Bras 2013, p. 206.

²⁰⁶ Peels 2015, p. 25.

In de gevallen waarin er wel incriminerende informatie is verkregen op grond van het civielrechtelijk bestuursverbod komt het nemo tenetur-beginsel mijns inziens wel in het spel. Of deze informatie in het strafproces mag worden gebruikt, is afhankelijk van de vraag of de onderhavige dwang ongeoorloofd is of niet. Daarvoor moet gekeken worden naar de vraag of de essentie van het nemo tenetur-beginsel is geschonden. Hiervoor wordt gekeken naar de in *Allan* uitgezette factoren.²⁰⁷

In de jurisprudentie van het EHRM komt naar voren dat gevangenisstraffen²⁰⁸ en geldboetes²⁰⁹ (indien deze niet beperkt zijn) ongeoorloofde soorten van dwang zijn. Het bestuursverbod is echter een vreemde eend in de bijt aangezien het nog niet is voorgekomen als dwangmiddel in de jurisprudentie van het EHRM. Mijns inziens valt echter wel te betogen dat het bestuursverbod een rechtstreekse inbreuk maakt op de essentie van het nemo tenetur-beginsel en daarmee dus op de wil van de verdachte en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen wanneer informatie onder dwang van een bestuursverbod wordt verkregen. Het bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw maakt immers inbreuk op het recht van de failliet op een vrije beroepskeuze voor een duur van maximaal vijf jaren wegens een schending van diens inlichtingen-en medewerkingsplicht.²¹⁰ Wanneer een vrijheidsbenemende sanctie nooit wordt toegelaten als geoorloofde dwang en geldboetes enkel wanneer deze beperkt zijn, dan kan een inbreuk op voornoemd recht van de failliet ook worden gezien als ongeoorloofd, vooral aangezien het bestuursverbod als rechtstreeks dwangmiddel kan worden gebruikt voor het verkrijgen van informatie. Hier gaat volgens mij een aanzienlijke hoge mate van dwang vanuit, waardoor niet kan worden gesteld dat de failliet de informatie, zij het verklaringen dan wel documenten, in vrijheid heeft afgegeven.

Wanneer onder dwang verkregen informatie vervolgens zijn weg niet vindt binnen het strafproces, dan zal artikel 6 EVRM ook niet aan bod komen, zoals volgt uit *Gäfgen*.²¹¹ Wanneer informatie die onder dwang van een bestuursverbod is verkregen wel zijn weg vindt

²⁰⁷ EHRM 5 november 2002, *Allan* tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 48539/99, r.o. 44.

²⁰⁸ O.a. EHRM 21 december 2000, *Quinn* tegen Ierland, nr. 36887/97 en EHRM 21 december 2000, *Heaney & McGuinness* tegen Ierland, nr. 34720/97.

²⁰⁹ De financiële sancties in de arresten *Martinen* (33.000 euro), *Funke* (10.750 Franse Frank), *J.B.* (21.000 Zwitserse Frank) en *Chambaz* (3.599 euro) waren volgens het Hof allemaal ongeoorloofd.

²¹⁰ Artikel 23 lid 1 Universele verklaring van de rechten van de mens: Een ieder heeft recht op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtmatige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid.

²¹¹ EHRM 1 juni 2010, *Gäfgen* tegen Duitsland, nr. 22978/05, r.o. 186+187.

in het strafproces, dan dient wel rekening gehouden te worden met artikel 6 EVRM. De wetgever voorziet met betrekking daartoe echter geen problemen en heeft daarom niet voorzien in een waarborg, noch in de reeds besproken rechterlijke toets. Aangezien hierin niet wordt voorzien, lijkt het mij wenselijk om hier bij stil te staan bij de opstelling van een wettelijke waarborg tegen onder dwang verkregen verklaringen of documenten.

4.2 De wet versterking positie curator in het licht van het nemo tenetur-beginsel

Voor een goede uitoefening van de nieuwe fraudesignalerende taak van de curator²¹² werd het door de wetgever nodig geacht om zowel de inlichtingenplicht van de verdachte als diens medewerkingsplicht aan te passen om zo de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken.²¹³ Zo dient de failliet niet alleen de administratie over te dragen, maar ook inlichtingen op eigener beweging te verschaffen waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.²¹⁴ Deze plichten gaan samen met strafbaarstellingen onder de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude.²¹⁵ Zo speelt de strafbaarstelling van schending van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht een sleutelpositie omdat het laakbaar handelen tegengaat dat een adequate afhandeling frustreert en zorgt voor aangrijpingspunten om mogelijke fraudepraktijken bloot te leggen.²¹⁶

Ook met betrekking tot dit punt is kritiek geuit in de literatuur. In de uitoefening van deze bevoegdheden kan de curator immers achter strafbare feiten komen door de informatie die hij van de failliet verkrijgt.²¹⁷ Daarnaast ligt mijns inziens ook wel degelijk het risico op de loer dat de curator bewust, dan wel onbewust, zijn bevoegdheden gaat aanwenden om vast te stellen of de failliet strafbaar heeft gehandeld. De hamvraag is dan natuurlijk of dergelijke informatie in het strafproces van de failliet mag worden gebruikt.

Hierbij verdient opmerking dat onder dwang verkregen informatie, zowel wilsafhankelijk als wilsonafhankelijk, gebruik mag worden bij de afwikkeling van het

²¹² Artikel 68 lid 2 Fw.

²¹³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 4.

²¹⁴ Zie: artikel 105a lid 2 Fw en artikel 105 lid 1 Fw.

²¹⁵ Te weten: de artikelen 194 Sr, 344a Sr, 344b Sr en artikel 1 onder 4 WED.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 9 en 10.

²¹⁷ Van Gelder en Van Toor 2016, p. 167.

faillissement.²¹⁸ In een dergelijk geval wordt namelijk niet de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging bepaald.²¹⁹

4.2.1 De verhouding tot het nemo tenetur-beginsel volgens de wetgever

Volgens de wetgever staat de inlichtingenplicht volledig ten dienste van de afwikkeling van het faillissement en is er in dit stadium nog geen sprake van een strafrechtelijk onderzoek. Dit sluit echter niet uit dat de inlichtingen niet kunnen leiden tot de conclusie dat er sprake is geweest van fraude en er aangifte van wordt gedaan.²²⁰ Wanneer verklaringen onder dwang zijn verkregen, garandeert een rechterlijke toets dat deze vervolgens niet worden gebruikt voor de strafvervolging.²²¹ Onder dwang verkregen administratie valt volgens de wetgever niet onder het nemo tenetur-beginsel omdat het wilsonafhankelijk materiaal betreft.²²² Artikel 6 EVRM laat in een dergelijk geval ruimte voor een eventueel later gebruik van dit materiaal in het strafproces van de failliet.²²³

Vooropgesteld staat dat de door de Hoge Raad geformuleerde waarborg ten aanzien van het gebruik van onder dwang verkregen verklaringen voldoende is. Het EHRM accepteert immers geen enkele vorm van dwang voor het verkrijgen van verklaringen die vervolgens worden gebruikt in het strafproces.²²⁴

Het onbeperkte gebruik van onder dwang verkregen bescheiden lijkt mij daarentegen in het licht van de jurisprudentie van het EHRM zeer onjuist. Tegen een dergelijk gebruik dient volgens mij dan ook een waarborg geboden te worden. Om dit punt te verduidelijken maak ik onderscheid tussen twee verschillende soorten van dwang op grond waarvan documenten van de failliet kunnen worden verkregen, te weten: directe dwang door de curator op grond van

²¹⁸ Zo ook de wetgever, zie: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 8, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3 (MvT), p. 9 en 10, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 6, p. 20 en *Kamerstukken I* 2016/17, 34 253, C, p. 3.

²¹⁹ Recentelijk nog in: EHRM 16 juni 2015, Van Weerelt tegen Nederland, nr. 784/14, r.o. 66.

²²⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 9 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 8.

²²¹ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, r.o. 3.5.

²²² In de zin van EHRM 17 december 1996, Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91.

²²³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3 (MvT), p. 9 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, 3 (MvT), p. 9

²²⁴ Van Gelder en Van Toor 2016, p. 167.

artikel 87 Fw of indirecte dwang op grond van de strafbepalingen van de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude.²²⁵

4.2.2 Informatie verkregen onder directe dwang

De curator kan op grond van artikel 87 Fw de naleving van de medewerkingsverplichtingen van de failliet afdwingen door middel van inbewaringstelling van ten hoogste dertig dagen. De rechter bij wie het verzoek tot inbewaringstelling moet worden ingediend, zal een dergelijk verzoek op zijn merites moeten beoordelen overeenkomstig artikel 587 Rv.²²⁶ Alvorens hiertoe over te gaan, zal door de rechtbank dienen te worden gekeken naar de vraag of een inbewaringstelling voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.²²⁷ Hierbij zal worden gekeken naar het recht op persoonlijke vrijheid van de failliet afgewogen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen.²²⁸

Wanneer op grond van artikel 87 Fw incriminerende informatie wordt verkregen wegens een schending van de medewerkingsverplichting tot het afgeven van de administratie onder artikel 105a Fw, dan blijft het nemo tenetur-beginsel mijns inziens niet buiten beeld. In een dergelijk geval dienen de documenten uitgesloten te worden van het strafproces. Het EHRM heeft immers nog nooit een gevangenisstraf geaccepteerd als geoorloofde dwang.²²⁹ De inbewaringstelling van artikel 87 Fw lijkt daarop mijns inziens geen uitzondering te vormen aangezien het in karakter niet verschilt met een gevangenisstraf. De enkele dreiging met inbewaringstelling is tevens al voldoende voor een schending van het nemo tenetur-beginsel.²³⁰

4.2.3 Informatie verkregen onder indirecte dwang

Het nemo tenetur-beginsel komt ook om de hoek kijken wanneer de curator documenten verkrijgt van de failliet onder vermelding van de mogelijke gevangenisstraf bij niet-meewerken aan zijn verplichtingen onder artikel 105a Fw.²³¹ De vraag die beantwoord dient te worden, is

²²⁵ *Stb.* 2016, 205. Te weten: 344a Sr 344b Sr en artikel 1 onder 4° WED jo. artikel 6 lid 1 onder 2° WED

²²⁶ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 179 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 10-11.

²²⁷ Zie hierover uitgebreid: Neijt 2015, maar ook: Van Nielen 2013.

²²⁸ Voor een afwijzing van een gevorderde inbewaringstelling kan worden gewezen naar: Hof Den Haag 23 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2085 (Bowmer q.q./X).

²²⁹ O.a. EHRM 21 december 2000, Quinn tegen Ierland, nr. 36887/97 en EHRM 21 december 2000, Heaney & McGuinness tegen Ierland, nr. 34720/97.

²³⁰ EHRM 4 oktober 2005, Shannon tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 6563/03, r.o. 34.

²³¹ Van Gelder en Van Toor 2016, p. 167.

of de sancties die door de Wet herziening strafbaarstelling zijn geïntroduceerd ongeoorloofde dwang opleveren en het bewijs daarom niet in het strafproces van de failliet mag worden gebruikt.²³²

Het opzettelijk niet voldoen aan de administratie-, bewaar- en afgifteplicht is strafbaar gesteld met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een boete van 82.000 euro, terwijl het culpoos schenden van deze plichten strafbaar is met een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of een geldboete van 20.500 euro.²³³ Daarnaast is de schending van de administratieplicht strafbaar als economisch delict onder de WED met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een boete van 20.500 euro.²³⁴ Het valt mijns inziens zeer te betwijfelen of deze dwang geoorloofd is. Gevangenisstraffen zijn door het EHRM immers nog nooit geaccepteerd als geoorloofde dwang en financiële sancties enkel wanneer deze beperkt zijn. Het bedreigen met een gevangenisstraf van één, twee of vier jaren lijkt mij dan ook duidelijk ongeoorloofd. De geldboetes van 82.000 euro en 20.500 euro lijken mij ook ongeoorloofd. De boete in de zaak van *Marttinen* à 30.000 euro en de boete van 9.000 euro in de zaak van *Chambaz* waren immers ook ongeoorloofd. In deze gevallen betrof het ook documenten die buiten het strafproces onder dwang waren verkregen. Wanneer documenten onder dreiging van deze strafbaarstellingen zijn verkregen, dienen de rechten van de failliet volgens mij eveneens gewaarborgd te worden.

4.3 De introductie van een wettelijke waarborg in het Wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht

De wetgever zag bij de introductie van het Wetgevingsprogramma niet de noodzaak in van de introductie van een wettelijke waarborg, aangezien de rechten van de verdachte worden gewaarborgd door een rechterlijke toets. De introductie van een wettelijke waarborg lijkt mij echter wel wenselijk, omdat de waarborg die uit voornoemde rechterlijke toets voortvloeit niet alleen te beperkt is in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, maar ook leidt tot de onwenselijke situatie dat de gefailleerde eerst onderworpen moet worden aan de inbewaringstelling op grond van artikel 87 Fw alvorens een waarborg te krijgen dat de informatie niet in het strafproces zal worden gebruikt.²³⁵ Daarnaast lijkt mij dat een wettelijke

²³² *Stb.* 2016, 205.

²³³ Zie artikel 344a en 344b Fw.

²³⁴ Artikel 1 onder 4° WED jo. artikel 6 lid 1 onder 2° WED

²³⁵ Van Nielen en Derijks 2014, p. 30.

waarborg ook wenselijk is voor een efficiënte afwikkeling van de boedel.²³⁶ Wanneer op voorhand duidelijk is dat eventuele incriminerende informatie zijn weg niet zal vinden in het strafproces, dan zal de failliet geen reden hebben om niet mee te werken aan de afwikkeling van het faillissement. Voorgaande des te meer nu de curator op grond van zijn wettelijke taak om fraude te bestrijden bewust dan wel onbewust zijn bevoegdheden kan aanwenden om faillissementsfraude vast te stellen.

In de literatuur is meermaals geopperd om een wettelijke waarborg te introduceren,²³⁷ maar vooralsnog hebben alleen Van Nielen en Derijks zich durven te wagen aan het formuleren hiervan.²³⁸ De door hun geformuleerde waarborg is gebaseerd op de waarborg van de Hoge Raad en voorziet enkel in bescherming tegen het gebruik van onder dwang verkregen verklaringen op grond van artikel 105 en 106 Fw. Daarmee wordt dus geen rekening gehouden met onder dwang verkregen informatie op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw. Daarnaast wordt ook geen rekening gehouden met de jurisprudentie van het EHRM omtrent het gebruik van onder dwang verkregen documenten. Een waarborg die rekening houdt met deze elementen en de jurisprudentie van het EHRM dient volgens mij als volgt te luiden:

Bewijsmateriaal dat door de curator op grond van artikel 105, 105a, 106 of 106a lid 1 (c) Fw onder dwang, en daarmee dus in strijd met de wil van de failliet is verkregen, is onbruikbaar als bewijsmateriaal in het strafproces. Dit materiaal mag slechts worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement.

Een oplettende lezer zal zich afvragen of de introductie van een dergelijke waarborg niet haaks staat op het doel van het Wetgevingsprogramma, namelijk: een versterkte fraudebestrijding. Deze gedachtegang lijkt mij ook juist, maar dat laat onverminderd dat de introductie van een dergelijke waarborg verklaarbaar is, omdat deze valt terug te voeren op de essentie van het nemo tenetur-beginsel. Reeds in *Saunders* heeft het EHRM namelijk duidelijk gemaakt dat het nemo tenetur-beginsel veronderstelt dat de overheid in staat moet zijn een zaak te onderbouwen zonder terug te vallen op bewijs dat onder dwang is verkregen in strijd met de wil van de

²³⁶ Zo ook: Renssen 2018, p. 42.

²³⁷ Zie o.a. Moerman 2017, p. 110-117, Keijzer 2013, p. 587-591 en Zeeman en Feenstra 2014, p. 47-58.

²³⁸ Van Nielen en Derijks 2014, p. 30.

verdachte en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen.²³⁹ Bij het ontbreken van een waarborg die ervoor zorgt dat de essentie van het nemo tenetur-beginsel wordt gerespecteerd, verwordt het beginsel tot een zinsledige norm.

4.4 Tussenconclusie

De wetgever zag niet de noodzaak in van de introductie van een wettelijke waarborg tegen het gebruik van onder dwang verkregen informatie omdat de rechten van de failliet ten volle gewaarborgd worden door een rechterlijke toets. Niet alleen is deze rechterlijke toets tot stand gekomen omdat een dergelijke waarborg ontbreekt, maar deze is ook nog te beperkt in het licht van de jurisprudentie van het EHRM aangezien alleen bescherming wordt geboden voor afgedwongen verklaringen. De wetgever heeft de kans om deze leemte op te vullen echter niet gegrepen omdat hij van mening is dat het nemo tenetur-beginsel geen toepassing vindt in het geval van een civielrechtelijk bestuursverbod en wilsonafhankelijk materiaal volgens hem niet valt binnen de reikwijdte van het beginsel.

Het bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw vindt zijn plaats binnen het kader van een versterkte fraudebestrijding en een verbeterde informatiepositie van de curator teneinde fraude gemakkelijker te kunnen signaleren. Daarnaast wordt een dergelijk verbod opgelegd wegens de schending van verplichtingen die pas gaan gelden na de datum van het faillissement. Daar gaat niet alleen een afschrikwekkende werking van uit, maar ook een punitieve werking. Er wordt namelijk niet teruggekeken op handelen van de failliet dat tot het faillissement heeft geleid, maar naar de schending van een verplichting die ontstaat na de datum van het faillissement. Hier gaat dus geen preventieve werking vanuit. Voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat dat het bestuursverbod op die grond wel degelijk kwalificeert als een *criminal charge*. De dwang die uitgaat van het bestuursverbod kan tevens als ongeoorloofd worden beschouwd aangezien informatie onder rechtstreekse dreiging van een sanctie van de verdachte kan worden verkregen. De dreiging is gelegen in een beperking van het recht van de failliet op een vrije beroepskeuze voor een periode van 5 jaar. Daarmee is ook gegeven dat informatie die onder dreiging van een bestuursverbod wordt verkregen niet zijn weg mag vinden in het strafproces van de verdachte. Daarom zou een waarborg tegen het gebruik van dergelijke informatie op zijn plaats zijn.

²³⁹ EHRM 17 december 1996, Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91, r.o. 68.

Het onbeperkte gebruik van onder dwang verkregen documenten van de failliet is in het licht van de jurisprudentie van het EHRM onjuist. Informatie die door de curator op grond van inbewaringstelling wordt verkregen kan op grond van de jurisprudentie van het EHRM niet zijn weg vinden in het strafproces. Een vrijheidsbenemende sanctie is immers nog nooit als geoorloofde dwang bestempeld voor het verkrijgen van informatie. Voorgaande geldt eveneens voor informatie die verkregen wordt onder dreiging van de nieuw geïntroduceerde geldboetes. Vooralsnog heeft het EHRM immers enkel beperkte geldboetes bestempeld als geoorloofde dwang. De geldboetes in de nieuwe wetgeving zijn echter niet mals en zullen dan ook leiden tot ongeoorloofde dwang. Ook hier zal een waarborg tegen geboden moeten worden.

Niet alleen zal de introductie van een waarborg zorgen voor de opvulling van de geconstateerde leemte, maar zal deze ook leiden tot een efficiënte afwikkeling van de boedel aangezien op voorhand duidelijk is dat incriminerende informatie zijn weg niet zal vinden in het strafproces. De failliet heeft dan geen reden om niet mee te werken aan de afwikkeling van het faillissement.

Conclusie

Dat faillissementsfraude een ernstig probleem is, moge wel duidelijk zijn. Uit de laatste cijfers blijkt immers dat in 2015 voor 1,56 miljard euro aan schade is geleden. Met de introductie van de pijler fraudebestrijding van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht heeft de wetgever dan ook willen voorzien in een versterkte aanpak van faillissementsfraude. Daarbij heeft de curator een centrale rol gekregen. Hij heeft immers als wettelijke taak gekregen om civielrechtelijke onregelmatigheden te signaleren en daar, indien nodig, aangifte van te doen. Om de curator te helpen bij de uitoefening van deze taak is zijn informatiepositie verbeterd. Zo is de failliet niet alleen verplicht om inlichtingen te verschaffen, maar ook om de administratie volledig en ongeschonden aan de curator over te dragen. Een schending van deze verplichtingen kan aanleiding vormen tot inbewaringstelling of de oplegging van een bestuursverbod. Om deze verplichtingen verder kracht bij te zetten is de strafrechtelijke sanctionering voor de schending van de inlichtingenplicht aangescherpt en is voorzien in een strafrechtelijke sanctionering voor het schenden van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht.

Het risico dat op de loer ligt, is dat de curator voornoemde wettelijke bevoegdheden gaat aanwenden om vast te stellen of handelingen van de failliet ook strafbaar zijn. Voorgaande vooral in het geval van een lege boedel om zo een snellere afwikkeling te bewerkstelligen. Daarnaast kan de curator ook incriminerende informatie onder ogen krijgen buiten deze omstandigheden. Het gebruik van dergelijke onder dwang verkregen informatie in het strafproces van de failliet is problematisch in het licht van het nemo tenetur-beginsel. De wetgever heeft echter niet voorzien in een waarborg tegen het gebruik van zulk materiaal in het strafproces van de failliet omdat diens rechten volgens hem ten volle worden gewaarborgd door een rechterlijke toets. De vraag die in onderstaande conclusie dan ook centraal staat is hoe het wetgevingsprogramma zich verhoudt tot het nemo tenetur-beginsel en welke waarborg aan het nemo tenetur-beginsel kan worden ontleend.

Ter beantwoording van voornoemde vraag dient eerst aandacht uit te gaan naar het nemo tenetur-beginsel zoals deze tot uitdrukking komt in de jurisprudentie van het EHRM. Of het beginsel is geschonden is afhankelijk van de vraag of de essentie van het beginsel is geschonden. De eindvraag die beantwoord dient te worden is of de overheid in staat is geweest diens zaak te onderbouwen zonder terug te vallen op bewijs dat onder dwang is verkregen in strijd met de wil van de verdachte en diens wil om het zwijgrecht uit te oefenen. Hiervoor wordt

gekeken naar de aard en mate van dwang, de relevante waarborgen in het proces en het gebruik van het onder dwang verkregen materiaal. Op grond van deze factoren is meermaals bescherming geboden in het geval van wilsonafhankelijk materiaal, maar ook meermaals geen bescherming in het geval van wilsafhankelijk materiaal. Gevangenisstraffen zijn een ongeoorloofde vorm van dwang, terwijl bij financiële sancties de mate van dwang een belangrijke rol speelt. Een beperkte geldboete is daarbij de hoogst toegestane straf.

De Hoge raad biedt daarentegen enkel bescherming tegen het gebruik van onder dwang verkregen verklaringen die al dan niet op schrift zijn gesteld. De Hoge Raad biedt bescherming aan de hand van de aard van het materiaal, waarbij doorslaggevend is of de informatie in fysieke zin bestaat of niet. Daarmee is deze waarborg te beperkt in het licht van de jurisprudentie van het EHRM.

De wetgever heeft de uitleg van de Hoge Raad als uitgangspunt genomen bij de totstandkoming van de pijler fraudebestrijding en kent daarom een beperkte reikwijdte toe aan het nemo tenetur-beginsel. Volgens de wetgever dient enkel bescherming te worden geboden tegen het gebruik in het strafproces van onder dwang verkregen verklaringen van de failliet. In een dergelijk geval worden diens rechten ten volle gewaarborgd door een rechterlijke toets. Het gebruik van wilsonafhankelijk materiaal valt volgens hem buiten het beginsel en kan daarom wel in het strafproces worden gebruikt. Het nemo tenetur-beginsel vindt tevens volgens de wetgever geen toepassing in het geval van een civielrechtelijk bestuursverbod omdat het middel niet kwalificeert als *criminal charge*.

Met betrekking tot het bestuursverbod op grond van artikel 106a lid 1 (c) Fw kan wel degelijk worden gesteld dat het nemo tenetur-beginsel van toepassing is. Niet alleen vindt het zijn plaats binnen het kader van een versterkte informatiepositie van de curator voor de bestrijding van faillissementsfraude, maar vormt het tevens een maatregel die pas van toepassing is wegens de schending van verplichtingen die gelden na de datum van het faillissement. Wanneer het bestuursverbod als rechtstreeks dwangmiddel wordt gebruikt voor de verkrijging van informatie, dan kan worden betoogd dat deze op grond van het nemo tenetur-beginsel zijn weg niet mag vinden in het strafproces. De dwang die hiervan uit gaat is immers een inbreuk op het recht op een vrije beroepskeuze voor een periode van vijf jaren.

Betoogd kan worden dat het onbeperkte gebruik in het strafproces van de onder dwang verkregen administratie onjuist is. Wanneer de administratie van de failliet op grond van

inbewaringstelling wordt gekregen, dan mag deze zijn weg niet vinden in diens strafproces. Het EHRM heeft immers nog nooit een gevangenisstraf geaccepteerd als geoorloofde dwang. Wanneer de administratie van de failliet onder dreiging van de nieuwe strafbaarstellingen wordt verkregen kan ook worden betoogd dat deze zijn weg niet mag vinden in het strafproces. Ook hier geldt dat gevangenisstraffen door het EHRM nog nooit als geoorloofde dwang zijn geaccepteerd en geldboetes enkel wanneer deze beperkt zijn. De geldboetes van 82.000 euro en 20.500 euro kunnen als ongeoorloofd worden beschouwd wanneer men deze afzet tegen de boetes die als geoorloofd werden beschouwd door het EHRM.

De door de Hoge Raad geformuleerde waarborg is niet alleen te beperkt in het licht van de jurisprudentie, maar is ook nog eens tot stand gekomen omdat een wettelijke waarborg ontbreekt. Wanneer op voorhand duidelijk is dat incriminerende informatie zijn weg niet zal vinden in het strafproces, dan zal de failliet geen reden hebben om de afwikkeling van het faillissement te bemoeilijken. Daarnaast hoeft de failliet niet aan inbewaringstelling onderworpen te hoeven worden alvorens bescherming te krijgen. In het licht van de jurisprudentie van het EHRM en om te voorzien in de geconstateerde leemte in het wetgevingsprogramma wordt de introductie van onderstaande waarborg aanbevolen:

Bewijsmateriaal dat door de curator op grond van artikel 105, 105a, 106 of 106a lid 1 (c) Fw onder dwang, en daarmee dus in strijd met de wil van de failliet is verkregen, is onbruikbaar als bewijsmateriaal in het strafproces. Dit materiaal mag slechts worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement.

Literatuurlijst

Boeken en tijdschriften

Adams 2017

A.T.M. Adams, 'Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?' *MvO* 2017, afl. 3-4, p. 81-87.

Asbreuk 2015

J.H. Asbreuk, 'Gedwongen informatieverstrekking en art. 6 EVRM', *NTR* (11) 2015/39.

Boswijk en Vreede 2013

R-J. Boswijk en N. Vreede, 'Het wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod: de Kamer wordt beperkt ingelicht over de inlichtingenplicht', *TvI* 2013/27, afl. 4, p. 8-14.

Blommaert 2016

M.J. Blommaert, 'Perikelen rondom turboliquidaties: opgeruimd staat netjes?', *TvI* 2016/34, afl. 6, p. 220-223.

Doorenbos 2014

D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *AA* 2014/19, afl. 1, p. 19-23.

European Court of Human Rights 2014

European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: right to a fair trial (Criminal Limb)*, Strasbourg: Research and Library division of the European Court of Human Rights 2014.

Feenstra 2015

R.F. Feenstra, 'Bestrijding van Faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor', *TvI* 2015/14, afl. 1a.

Van Gelder en Van Toor 2016

E.M. van Gelder en D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel en de verhouding met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude. Een analyse naar de verhouding tussen het nemo-teneturbeginsel en nieuwe strafbaarstellingen van de meld- en inlichtingenplicht uit de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude', *TBS&H* 2016, afl. 3, p. 161-168.

Hilverda 2016

C.M. Hilverda, 'Beroepsfraude via aankoop bijna failliete BV: mogelijkheden aanpak aankoper, faciliterende verkoper en notaris', *TvI* 2016/5, afl. 1, p. 24-33.

Hilverda 2012/1

C.M. Hilverda, 'De economische malaise: een zegen voor de faillissementsfraudebestrijding?!', *NJB* 2012/175, afl. 3, p. 185-191.

Hilverda 2012/2

C.M. Hilverda, 'De Nationale Politie: Dé kans op een daadkrachtige bestrijding van faillissementsfraude', *NJB* 2012/2239, afl. 39, p. 2755-2760.

Hilverda 2013

C.M. Hilverda, 'Faillissementsfraude en de rol van de Belastingdienst', *WFR* 2013/1156, afl. 7018, p. 1156-1164

Hilverda 2012/3

C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,* (Onderneming en recht nr.73), Deventer: Kluwer 2012.

Keijzer 2015

F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen', *OR* 2015/30, afl. 5, p. 173-179.

Keijzer 2013

F.E. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *OR* 2013/115, p. 587-591.

Kemp 2014/1

F. Kemp, 'Gevraagd: radicale herziening aanpak faillissementsfraude', *FIP* 2014/312, afl. 7, p. 250-255.

Kemp 2014/2

F. Kemp, 'Faillissementsfraude: een hardnekkig fenomeen. Pleidooi voor een preventieve aanpak', *JV* (40) 2014/3, p. 56-72

Keulen en Knigge 2016

B.F. Keulen en G. Knigge, *Ons Strafrecht deel 2: Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

Van Leeuwen en Bras 2013

G.J.A. van Leeuwen en A.D.M. Bras, 'Het conceptwetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, een uitzonderlijke situatie', *TvOB* 2013, afl. 6, p. 204-210.

Moerman 2017

E.M. Moerman, 'De nieuwe rol van de curator in de fraudebestrijding: knelpunt in de aanloop naar een eventueel strafproces?', *TBS&H* 2017, afl. 3, p. 110-117.

Neijt 2015

P.J. Neijt, 'Het doel heiligt het verhoor', in: *INSOLAD jaarboek 2015: 'De gereedschapskist van de curator'*, Deventer: Kluwer 2015.

Van Nielen 2013

W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13, afl. 2.

Van Nielen 2016

W.J.B. van Nielen, 'Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!', *TBS&H* 2016, afl. 3, p. 125-127.

Van Nielen en Derijks 2014

W.J.B. van Nielen en C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder. Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude', *TBS&H* 2014, afl. 1, p. 25-36.

Peels 2015

M.C.E. Peels, 'Wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod en nemo tenetur: wikken en wegen', *TvI* 2015/4, afl. 1, p. 23-27.

Polak en Pannevis 2014

N.J. Polak en M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Polak en Pannevis 2017

N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Reker 2013

T. Reker, 'Unqualified Directors in Insolvency: A Comparative Study on the Desirability of Civil Law Directors' Disqualification in the Netherlands', *IIR* 2013, vol. 23, p. 144-169.

Renssen 2016/1

S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 131)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Renssen 2016/2

S. Renssen, 'Artikel 2:19 lid 4 BW: een maas in de wet?', *JBN (26)* 2016/13, afl. 3.

Renssen 2016/3

S. Renssen, 'Het verzet van een curator ingeval van een lege boedel', *MvO* 2016, afl. 1-2, p. 23-30.

Renssen 2017

S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht: De pijler fraudebestrijding* (Recht en Praktijk: Insolventierecht nr.8), Deventer: Kluwer 2017.

Renssen 2018

S. Renssen, 'De nieuwe wetgeving inzake fraudebestrijding in faillissement: een verrijking of een lege huls?', *TvOB* 2018, afl. 2, p. 40-47.

Van Toor 2016

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel: Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016, afl. 1, p. 28-43.

Verrest en Heukels 2017

P.A.M. Verrest en T. Heukels, 'Nieuwe wetgeving ter bestrijding van faillissementsfraude', *AA* 2017/51, afl. 1, p. 51-57.

Zeeman en Feenstra 2014

A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingenverplichting zonder waarborg fout? De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel en de (voorgenomen) faillissementswetgeving', *TBS&H* 2014, afl. 2, p. 47-58.

Lijst van geraadpleegde jurisprudentie

Hoge raad

HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 (Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V.).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (Sigmacon II).

HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4521, m.nt. B. Wachter (Peeters/Gatzen).

HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, m.nt. T.M. Schalken.

HR 19 September 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, m.nt. J.M. Reijntjes.

HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. J.M. Reijntjes.

HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 (Van Weerelt).

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161.

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1129.

HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, m.nt. Mr. dr. P. van der Wal.

Hof

Hof Den Haag 23 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2085 (Bowmer q.q./X).

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 5 november 2002, Allan tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 48539/99.

EHRM 10 september 2002, Allen tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 76574/01.

EHRM 24 februari 1994, Bendenoun tegen Frankrijk, nr. 12547/86.

EHRM 10 maart 2009, Bykov tegen Rusland, nr. 4378/02.

EHRM 28 juni 1984, Campbell en Fell tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 7819/77 en 7878/77.

EHRM 5 april 2012, Chambaz tegen Zwitserland, nr. 11663/04.

EHRM 16 juli 2002, Davies tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 42007/98.

EHRM 14 september 1999, D.C., H.S. en A.D. tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 39031/97 (ongepubliceerd).

EHRM 27 augustus 1991, Demicoli tegen Malta, nr. 13057/87.

EHRM 23 november 1976, Engel e.a. tegen Nederland, nrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72.

EHRM 25 februari 1993, Funke tegen Frankrijk, nr. 10828/84.

EHRM 1 juni 2010, Gäfgen tegen Duitsland, nr. 22978/05.

EHRM 21 december 2000, Heaney & McGuinness tegen Ierland, nr. 34720/97.

EHRM 13 september 2016, Ibrahim e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09.

EHRM 11 juli 2006, Jalloh tegen Duitsland, nr. 54810/00.

EHRM 3 mei 2001, J.B. tegen Zwitserland, nr. 31827/96.

EHRM 8 februari 1996, John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 18731/91.

EHRM 25 augustus 1987, Lutz tegen Duitsland, nr. 9912/82.

EHRM 10 januari 2008, Lückhof & Spanner t. Oostenrijk, nrs. 58452/00 en 61920/00.

EHRM 21 april 2009, Marttinen tegen Finland, nr. 19235/03.

EHRM 1 februari 2007, Mjelde tegen Noorwegen, nr. 11143/04.

EHRM 21 april 2011, Nechiporuk & Yonkalo tegen Oekraïne, nr. 42310/04.

EHRM 25 juni 2013, Niculescu tegen Roemenië, nr. 25333/03.

EHRM 5 februari 2015, Ogorodnik tegen Oekraïne, nr. 29644/10

EHRM 29 juni 2007, O'Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk, nrs. 15809/02 en 25624/02.

EHRM 28 november 2017, Özmurat İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik San. ve Tic. Ltd. Şti. tegen Turkije, nr. 48657/06.

EHRM 21 februari 1984, Öztürk tegen Duitsland, nr. 8544/79.

EHRM 21 december 2000, Quinn tegen Ierland, nr. 36887/97.

EHRM 27 november 2008, Salduz tegen Turkije, nr. 36391/02.

EHRM 17 december 1996, Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19187/91.

EHRM 4 oktober 2005, Shannon tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 6563/03.

EHRM 1 februari 2007, Størbraten tegen Noorwegen, nr. 12277/04.

EHRM 23 juni 2016, Truten tegen Oekraïne, nr. 18041/08.

EHRM 22 mei 1990, Weber tegen Zwitserland, nr. 11034/84.

EHRM 16 juni 2015, Van Weerelt tegen Nederland, nr. 784/14.

EHRM 19 februari 2015, Zhyzitskyy tegen Oekraïne, nr. 57980/11.

Elektronische bronnen

Centraal Bureau voor de Statistiek

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Bedrijven; opheffingen, bedrijfsgrootte, rechtsvorm, bedrijfstak*, 30 april 2018, te raadplegen via: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83149NED/table?ts=1529312415056> (Laatst bezocht op 18-06-2018).

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Consultatie Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod*, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod (laatst bezocht op 18-06-2018).

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Consultatie Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude (laatst bezocht op 18-06-2018).

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Consultatie Voorontwerp Wet versterking positie curator*, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/02/21/voorontwerp-wet-versterking-positie-curator (laatst bezocht op 18-06-2018).

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp voor de Wet Herziening Strafbarestelling Faillissementsfraude*, te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/08/05/memorie-van->

[toelichting-versie-rvs-herziening-straftbaarstelling-faillissementsfraude](#) (laatst bezocht op 18-06-2018).

Mr. Online

Mr. Online, *Hilverda lanceert instrument tegen faillissementsfraude*, 1 juni 2017, te raadplegen via: <http://www.mr-online.nl/hilverda-lanceert-instrument-faillissementsfraude/> (laatst bezocht op 18-06-2018)

Rapporten

Berghuis en Paulides 1983

A.C. Berghuis en G. Paulides, *Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid – een studie naar misbruik van rechtspersonen-*, Den Haag: WODC 1983.

Van Elswijk e.a. 2016

D.A. van Elswijk e.a., *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015 (rapport in opdracht van WODC)*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2016.

Knegt e.a. 2005

R. Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement. Een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*. Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005.

Loyens & Loeff 2013

Loyens & Loeff, *Reactie op het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod*, Rotterdam: Loyens & Loeff 2013.

Openbaar Ministerie 2016

Openbaar Ministerie, *Fraudemonitor 2016*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2017.

VNO-NCW en MKB-Nederland 2014

Commentaar VNO-NCW en MKB-Nederland op het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, Den Haag: VNO-NCW en MKB-Nederland 2014.

Krantenartikelen

Eikelenboom en Van der Boon 2016

S. Eikelenboom en V. van der Boon, 'Actie tegen nieuwe fraudevorm met 'plof-bv's', *FD* 5 september 2016.

Wetgeving en kamerstukken

Kamerstukken II 2003/04, 27 244, nr. 22.

Kamerstukken II 2008/09, 31 948, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2010/11, 29 911, 52.

Kamerstukken II 2011/12, 29 911, 67.

Stb. 2012, 3973.

Kamerstukken II 2012/13, 29 911, 74.

Kamerstukken II 2013/14, 33 994, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2013/14, 33 994, 6.

Kamerstukken II 2013/14, 34 011, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 6.

Handelingen II 2014/15, nr. 97, item 6.

Kamerstukken I 2015/16, 33 994, C.

Stb. 2016, 205.

Stb. 2017, 176.

Kamerstukken I 2016/17, 34 253, C.

Kamerstukken II 2016/17, 34 253, 13.

Kamerstukken II 2016/17, 33 695, nr. 13.

Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 20 december 2013.

Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude 2009, registratienummer 2009A001 (vervallen per 01-09-2015).

Overige bronnen

Praktijkregels Insolad 2011.

Leidraad eenvoudige faillissementsfraude. Politie Brabant-Zuidoost 2012.

Garantstellingsregeling curatoren 2012.