# ECLI:NL:GHDHA:2013:3391

| | |
|---|---|
| Instantie | Gerechtshof Den Haag |
| Datum uitspraak | 09-07-2013 |
| Datum publicatie | 09-09-2013 |
| Zaaknummer | 200.129.063/01 |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | Hoger beroep tegen inbewaringstelling. |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

# Uitspraak

**GERECHTSHOF DEN HAAG**

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.129.063/01

Insolventienummer rechtbank : C09/13/441 F

**Beschikking van 9 juli 2013**

inzake

**[],**

wonende te [], thans verblijvende in het huis van bewaring in [],

appellant,

hierna ook te noemen: [appellant],

advocaat: mr. M.J. Hoogendoorn te Utrecht.

tegen

**Mr. H.F.C. Hoogendoorn,** in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Foodmix International B.V.,

kantoorhoudende te Den Haag,

geïntimeerde,

hierna te noemen: de curator.

**Het geding**

1. Bij vonnis van 21 mei 2013 en herstelbeschikking van 3 juni 2013 heeft de Rechtbank Den Haag, Foodmix International B.V. (hierna: Foodmix) in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. C.M. Derijks tot rechter-commissaris en met aanstelling van

   mr. H.F.C. Hoogendoorn, advocaat te Den Haag, als curator.

2. Op 7 juni 2013 heeft de rechter-commissaris een voordracht gedaan tot het in een huis van bewaring in verzekerde bewaring stellen van [appellant], als feitelijk bestuurder van Foodmix.

   Bij beschikking van 7 juni 2013 heeft de rechtbank de inbewaringstelling van [appellant] bevolen. Op 18 juni 2013 is [appellant] in het kader van de uitoefening van dat bevel door de politie aangehouden en in bewaring gesteld. Ter zitting van 21 juni 2013 is [appellant] door de rechtbank gehoord in het kader van het bevel tot inbewaringstelling, bij gelegenheid waarvan mr. R.D.A. van Boom, als advocaat van [appellant], de rechtbank heeft verzocht het bevel op te heffen. Bij beschikking van 21 juni 2013 heeft de rechtbank dat verzoek afgewezen.

3. Tegen laatstgenoemde beschikking heeft [appellant] hoger beroep ingesteld bij het op 25 juni 2013 ter griffie van het hof ingekomen verzoekschrift (met productie). De curator heeft bij brief van 28 juni 2013 een verweerschrift aan het hof toegezonden.

4. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 2 juli 2013, waarbij zijn verschenen: [appellant], bijgestaan door mr. M. Berndsen, advocaat te Utrecht, alsmede de curator vergezeld door zijn kantoorgenote mr. M.M.E. van Veen-Oudenaarden.

**Beoordeling van het hoger beroep**

*Ontvankelijkheid*

5. Ingevolge artikel 85 Fw is hoger beroep van beschikkingen, het beheer of de vereffening van de failliete boedel betreffende, niet toegestaan behalve in die gevallen waarin het tegendeel is bepaald. Beschikkingen die berusten op artikel 87 Fw, zoals de thans bestreden beschikking, hebben tot onderwerp de vraag of de vrijheid van de persoon van de gefailleerde of diens bestuurder op grond van de bepalingen van de Fw kan worden aangetast en betreffen niet het beheer of de vereffening van de failliete boedel (HR 25 juni 1976, NJ 1977, 495). De bestreden beschikking is derhalve vatbaar voor hoger beroep.

6. Uit de Faillissementswet blijkt niet wat de beroepstermijn voor beschikkingen als de thans bestreden beschikking is. Naar het oordeel van het hof dient daarom te worden aangesloten bij de in artikel 358 lid 2 Rv genoemde termijn van drie maanden, zodat het hoger beroep tijdig is ingediend (vgl. conclusie van A-G Vranken (onder 13) voor HR 20 januari 1995, LJN: ZC1620, NJ 1995, 273).

7. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [appellant] ontvankelijk is in het hoger beroep.

   *Inhoudelijke beoordeling*

8. Artikel 87 lid 1 Fw geeft de rechtbank de (discretionaire) bevoegdheid de inbewaringstelling van de gefailleerde te bevelen wegens het niet nakomen van verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, dan wel wegens gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige

verplichtingen. Een van die in de wet genoemde op de gefailleerde rustende verplichtingen is de in artikel 105 Fw neergelegde verplichting van de gefailleerde om zo dikwijls als hij daartoe wordt opgeroepen voor (onder andere) de curator te verschijnen en hem alle inlichtingen te verschaffen. Deze verplichting geldt ingevolge artikel 106 Fw bij het faillissement van een rechtspersoon voor de bestuurders en commissarissen.

9. In de bestreden beslissing heeft de rechtbank, tot uitgangspunt nemend dat de inlichtingenplicht van artikel 105 en 106 Fw ook rust op de feitelijke bestuurder van de gefailleerde vennootschap en ook kan rusten op personen die in een wat verder verleden bestuurder waren of de feitelijke leiding hadden, op grond van in de beslissing genoemde feiten en omstandigheden de conclusie gerechtvaardigd geacht dat [appellant] (ten tijde van het uitspreken van het faillissement en in de daaraan voorafgaande periode) als feitelijke leidinggevende over Foodmix kan worden aangemerkt. Er bestaat gegronde vrees dat [appellant] niet aan zijn inlichtingenplicht jegens de curator zal voldoen, aldus de rechtbank. Ten aanzien van het beroep van [appellant] op artikel 6 EVRM/het nemo tenetur-beginsel overwoog de rechtbank dat de inlichtingenplichtige bestuurder zich niet in de positie van verdachte in de zin van artikel 27 Sv bevindt en de gevraagde inlichtingen niet gericht zijn op determination of any criminal charge. Voor zover deze informatie belastend voor [appellant] is zal deze verklaring niet mogen worden gebruikt als bewijs in een eventuele strafzaak.

10. [appellant] kan zich niet met dit oordeel van de rechtbank verenigen. Zijn grieven en argumenten kunnen als volgt worden samengevat.

    [appellant] voert aan dat de rechtbank ten onrechte is voorbijgegaan aan het argument dat de faillissementsbewaring geen doel meer dient, nu hij zich beroept op het hem toekomende zwijgrecht. [appellant] beroept zich op voornoemd recht omdat hij niet kan uitsluiten dat zijn medewerking zal worden gebruikt voor strafvervolging. Hij stelt zich op het standpunt dat inbewaringstelling om nakoming van enige inlichtingenplicht uit de Fw na te komen, strijdig is met het beginsel van nemo tenetur. Nu er geen wettelijke waarborg is tegen gebruik van op basis van de Fw afgedwongen informatie in een strafzaak, dient de inlichtingenplicht ex artikel 105 lid 1 juncto 106 Fw te wijken.

    Dat de rechtbank in onderhavige zaak in de beschikking van 21 juni 2013 heeft bepaald dat de verklaring van [appellant] niet zal mogen worden gebruikt als bewijs in een eventuele strafzaak, biedt onvoldoende garanties tegen schending van het nemo tenetur-beginsel, nu noch de curator, noch de officier die op diens aangifte vervolging zal instellen, noch de strafrechter aan voornoemde beschikking is gebonden. Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst [appellant] onder meer naar de conclusies van de Advocaat-Generaal mr. P.J. Wattel van 1 maart en 24 mei 2013, LJN BZ3640 en CA1396. In de zaken waarin die conclusies zijn genomen heeft de Hoge Raad nog geen uitspraak gedaan.

11. Op grond van de overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting overweegt het hof als volgt.

12. Tegen het onder 9 vermelde uitgangspunt van de rechtbank en de conclusie dat [appellant] als feitelijk bestuurder van Foodmix heeft gefungeerd, heeft [appellant] geen grief gericht. Ter zitting van het hof heeft [appellant], bij monde van zijn advocaat, slechts de betrokkenheid van [appellant] betwist, zonder deze betwisting nader toe te lichten. Tegen de achtergrond van de door de rechtbank aan haar conclusie ten grondslag gelegde, onder A. Feitelijk bestuurder? met aandachtstreepjes gereleveerde feiten en omstandigheden, is deze blote betwisting onvoldoende gemotiveerd. In dit hoger beroep staat aldus vast dat [appellant] als feitelijke bestuurder van Foodmix heeft gehandeld.

13. Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat [appellant] dient te worden aangemerkt als bestuurder in de zin van artikel 106 Fw. Op hem rust derhalve de verplichting om alle inlichtingen te verschaffen die voor de afwikkeling van het faillissement van belang zijn. Dit heeft hij, ondanks de herhaalde verzoeken van de curator, tot op heden nagelaten en daarom heeft de rechtbank de inbewaringstelling van [appellant] bevolen.

14.

Ten aanzien van het standpunt van [appellant] dat de inlichtingenplicht in het kader van de Fw dient te wijken voor het nemo tenetur-beginsel, overweegt het hof als volgt.

Dat de Nederlandse wet thans niet voorziet in een waarborg tegen het gebruik in een (eventuele) strafzaak van informatie die in het kader van de inlichtingenplicht op grond van artikel 105 lid 1 Fw wordt verstrekt, staat vast. Het antwoord op de vraag of het nemo tenetur-beginsel niet slechts geldt vanaf het moment dat sprake is van een criminal charge, maar ook als dat nog niet het geval is maar de betrokkene niet kan uitsluiten dat de van hem in een niet-punitieve procedure onder dwang gevorderde informatie ook strafvorderlijk tegen hem gebruikt zal worden, is nog niet volledig uitgekristalliseerd. De doctrine na het, als laatste in de reeks EHRM-arresten na Saunders (LJN ZB6862) gewezen, Chambaz-arrest, EHRM 5 april 2012, LJN BW5997, is niet eenduidig, zie bijv. de annotaties in EHRC 2012/135 (Niessen) en AB2012/323 (Barkhuysen/Van Emmerik). Dit hof heeft in zijn arrest van 24 april 2012, LJN BW4595, geoordeeld dat (...) De mogelijkheid van toekomstig gebruik van de langs de weg van de onderhavige vordering verkregen gegevens ten dienste van strafvervolging of bestuurlijke boete-oplegging, staat niet eraan in de weg dat door middel van een dwangsom nakoming van de verplichting van [appellanten] tot het verstrekken van de onderhavige informatie wordt afgedwongen. De vraag of, en zo ja in hoeverre, van de aldus verkregen gegevens later gebruik mag worden gemaakt in een strafzaak of bij het opleggen van een bestuurlijke boete, is in de onderhavige civiele kort-geding-procedure niet aan de orde. Die vraag komt pas aan de orde in een strafrechtelijke of fiscale procedure waarin de determination of a criminal charge in de zin van art. 6 EVRM tegen [appellanten] moet worden beoordeeld. () De A-G heeft in LJN BZ3640, een kort geding waarin het gaat om samenloop van strafvorderlijk zwijgrecht en door een civielrechtelijke dwangsom te effectueren fiscaalrechtelijke meewerkplicht, te kennen gegeven dat er naar zijn opvatting geen grondrechtelijk bezwaar bestaat tegen plichten tot medewerking aan verkrijging van bewijsmateriaal. Voor wat betreft de hiervoor opgeworpen vraag is de A-G evenwel van oordeel dat de betrokkene niet zonder schending van artikel 6 EVRM met de toepassing van dwangmiddelen bestraft of bedreigd kan worden voor niet-verklaren of niet-overhandigen van testimonial or communicative evidence. Het hof rekent de inbewaringstelling van [appellant] tot een dergelijk dwangmiddel. De A-G concludeert dat zolang de Nederlandse wetgeving niet voorziet in de procedurele waarborgen waartoe de Straatsburgse rechtspraak lijkt te nopen, die waarborgen van de rechter dienen te komen (punt 10.7, LJN BZ3640). Het hof deelt die conclusie nu de Staat voor de nakoming van de verplichtingen uit het EVRM dient te zorgen en de rechter als zodanig dient te voorzien in een tekortschieten van de Staat (als wetgever) ter zake. De Advocaat-Generaal concludeert tot verwerping van het cassatieberoep, maar geeft de Hoge Raad in overweging uitdrukkelijk te verstaan dat door de eiser tot cassatie aan de Staat (als gedaagde in cassatie) onder dwangsomdreiging te verstrekken gegevens, inlichtingen of documenten rechtens niet kunnen dienen tot onderbouwing van bestuurlijke boete-oplegging of strafvervolging (punt 12.1, LJN BZ3640).

Het hof is (thans) van oordeel dat wat voor de fiscaalrechtelijke inlichtingenplicht geldt, ook geldt voor een door de rechter-commissaris op voordracht van de curator gevorderde en door de rechter bevolen inbewaringstelling ter effectuering van de inlichtingenplicht in het kader van de Fw. Bij deze stand van zaken acht het hof de bepaling van de rechtbank in de beschikking van 21 juni 2013 dat de verklaring van [appellant] niet zal mogen worden gebruikt als bewijs in een eventuele strafzaak, indien deze informatie voor hem belastend is, een voldoende waarborg tegen eventuele schending van het nemo tenetur-beginsel. Een verderstrekkende waarborg kan de rechter niet geven.

Bovendien leidt het uitgangspunt van [appellant], dat bij gebreke van een wettelijke waarborg de inlichtingenplicht dient te wijken voor het nemo tenetur-beginsel, ertoe dat de uitoefening van de aan de curator opgedragen (wettelijke) taak om te zorgen voor een goede afwikkeling van het faillissement, ernstig zou kunnen worden belemmerd. Voor een dermate verstrekkende werking van het nemo tenetur-beginsel ziet het hof, gelet op de geformuleerde waarborg, geen aanleiding.

15. Gelet op het voorgaande acht het hof de inbewaringstelling van [appellant] passend en geboden en de door de rechtbank gegeven waarborg voldoende. De beschikking van de rechtbank zal daarom worden bekrachtigd.

**Beslissing**

Het hof bekrachtigt de beschikking van de Rechtbank Den Haag van 21 juni 2013.

Deze beschikking is gegeven door mrs. J.W. van Rijkom, J.J. Roos en W.E. Merens en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 juli 2013 in aanwezigheid van de griffier.