



**Workshop Jaarcongres Faillissementsfraude:
inlichtingenverplichting vs nemo tenetur**

14 december 2017
Willem van Nielen
Wiebe de Vries

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Agenda

- Nemo tenetur: hoe zat het ook al weer?
- Korte review EHRM-jurisprudentie
- Uitleg HR
- Faillissementspraktijk?

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN



Administratieplicht: artikel 344a Sv

art. 344a. lid 1/2/3 onder 1. Sr (afgifteplicht):

→ na faillissement verplichting verstrekken administratie aan curator;

art. 344a. lid 1/2/3 onder 2. Sr (administratie- en bewaarplicht):

→ voor/tijdens faillissement niet voeren administratie, *ten gevolge waarvan de afhandeling wordt bemoeilijkt.*

'administratieverplichting' artikel 344a Sv

Sleutelpositie (nieuwe) strafbaarstelling faillissementsfraude = niet-naleven adm. verplichtingen

→ Nadruk op omzeilen verwijt niet voldoen adm. verplichtingen

Want:

- zorgvuldige boekhouding helpt fraude en wanbeheer te voorkomen;
- ontbreken administratie bemoeilijk mogelijkheden herstel en vereffening ingeval van een faillissement

Administratieplicht vs vervalsen (bedrijfs-)administratie

344a Sr:

"een ingevolge de wettelijke verplichtingen gevoerde en bewaarde administratie"

art. 2:10 BW (o.a):

"dat te allen tijden kunnen de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon worden gekend"

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Administratieverplichtingplicht

- Begrenzing aan administratieverplichting/ inlichtingenverplichting uit faillissementswet (+ bestraffing bij niet-voldoen)?
- Begrenzing aan afgifteverplichting (nemo tenetur)?
- Voldoende dat a.h.v. administratie jaarrekening kan worden opgesteld/positie schuldeisers duidelijk wordt?
- Doel: uitsluitend 'faillissementsafwikkeling-aanknopingspunt'?
- Of (tevens) tot doel om te 'controleren' of geen sprake is van fraude? (Hilverda)

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Reikwijdte administratieverplichting

MvT bij art. 344a Sv (om de hete brij heen draaien):

"Dit wetsvoorstel wil (...) verandering brengen vanuit de gedachte dat een onvolledige administratie vrijwel altijd nadelige gevolgen voor de rechten van schuldeisers kan hebben. Belangrijk is voorts dat hierdoor vaak zowel in praktische als formele zin geen aanknopingspunten te vinden zijn om verder te **rechercheren**: door de lacuneuze boekhouding ontbreekt niet zelden cruciale informatie die bijvoorbeeld zou kunnen wijzen op strafbare onttrekking van goederen aan de boedel. Dit leidt in de praktijk tot het risico dat **fraudeurs** niet kunnen worden aangepakt."

Reikwijdte administratieverplichting

MvT bij art. 344a Sv:

→ Geen administratie (afgeven) duidt 'vrijwel altijd'/'niet zelden' op benadeling schuldeisers (zoals strafbaar gesteld in artt. 340 -344 Sr)?

Vraag:

- (redelijk?) vermoeden in de zin van art. 27 Sv?
- Zo (nog) niet, vanaf welk ogenblik dan wel?

Reikwijdte administratieverplichting

Niet-strafrechtelijke domein: 'toezicht'

→ Informatie verplichtingen

Bevordert uitvoerbaarheid regelgeving

→ Juist in kader prop./subs.

- Kan leiden tot (sfeer)overgang naar punitief domein → zelfincriminatie?

Reikwijdte administratieverplichting

Strijd met nemo tenetur?

Naast elkaar gebruik van controle- en opsporingsbevoegdheden is mogelijk (NJ 1989/390), mits waarborgen verdedigingsrechten (o.a (?) cautie): sfeerovergang

→ Zijn (met name) curatoren zich hiervan (voldoende) bewust?

Reikwijdte administratieverplichting

EHRM jurisprudentie nemo tenetur:

Onderscheid:

- **Afdwingen belastende informatie (*na verdenking/criminal charge*);**
- Gebruik belastende informatie 'voor punitieve doeleinden' na voldoen aan inlichtingen-verplichting
- **Moet worden afgegeven?**
- Mag het (vervolgens) worden gebruikt in Sr?

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

EHRM nemo tenetur

- **Funke** EHRM 25 februari 1993, LJN AW2060
- *Na* 'criminal charge' geen dwang tot inzage in *documenten* (ook **Serves** EHRM 20 oktober 1997)
- Niet toegestaan is '*the bringing of a prosecution with a view to obtaining incriminating documents from the accused himself*'.

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

EHRM nemo tenetur

- **Saunders** EHRM 17 december 1996, LJN ZB6862
 - Info uit controle gebruikt voor criminal charge.
 - Nemo tenetur ziet “*primarily*” (HR: uitsluitend?) op zwijgen.
 - Niet onttrekken aan info-verplichting bij wilsonafhankelijk materiaal.

EHRM nemo tenetur

- **J.B.** EHRM 3 mei 2001
 - Info voor naheffing én voor boeteoplegging. Niet verstrekken *bescheiden* leidde tot boete.
 - Bescheiden in bezit belastingplichtige: nemo tenetur van toepassing (i.t.t. Saunders?)
- **Weh** EHRM 8 april 2004 (overzichtsarrest)
 - Nemo tenetur ziet op zowel voor als na charge.
 - Boetedreiging bij niet-voldoen infoverplichting mag mits geen criminal charge.

EHRM nemo tenetur

- **Shannon** EHRM 4 oktober 2005
- Na criminal charge onderzoek ontneming (met spreekplicht).
- 'Very real likelihood' dat info voor strafzaak zou worden gebruikt: nemo tenetur.
- Uitsluiting bewijs in boete-/strafzaak ≠ rechtvaardiging spreekplicht

EHRM nemo tenetur

- **Jalloh** EHRM 11 juni 2006
- 'Real evidence' vs 'Saunders-materiaal': "The principle against self-incrimination (in its broader sense)" vs (in principe) alleen zwijgerecht.
- 'In its broader sense' wordt gebaseerd op de fiscale zaken Funke en J.B.!

EHRM nemo tenetur

- **Chambaz** EHRM 5 april 2012

→ Doorwerking nemo tenetur doorwerking in controle fase: de *kans* dat door dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal (later) wordt gebruikt voor punitief doel + dwang = strijd nemo tenetur.

Ook: **Marttinen** EHRM 21 april 2009: 'garantie'

("The Court also notes that the Government did not refer to any domestic case-law which would have authoritatively excluded the later admission in evidence against the applicant of any statements made by him in the enforcement inquiry.")

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Samenvatting EHRM

- **(Nog) geen 'criminal charge':**

→ burger moet meewerken aan toezicht, ook indien voor hem nadelig. Strikte Saunders-uitleg.

- **Na/zicht op criminal charge:**

→ aldus verkregen materiaal is uit den boze (infringement). Idem verplichting tot zelf-incriminatie. Tenzij verplichting materiaal betreft dat bestaat, onafhankelijk wil verdachte en waarvan handhavende overheid weet dat het bestaat. (DNA, adem, bloed, bekende documenten).

→ In its broader sense ('real evidence')?

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Samenvatting EHRM

vraag
om info

→ uitsluitend
controle

→ nakoming
verplicht

→ uitsl. bestuurl.
boete/Sr

→ nakoming
niet verplicht

→ controle +
boete/Sr

→ wilsafh.?
→ wilsonafh.?

nemo tenetur: EHRM afdwingen belastende informatie *na* 27 Sv

Vertaling nieuwe wetgeving:

- (zicht op) 'charge'? (MvT/Hilverda)
- afdwingen afgifte belastende informatie (art. 344a lid 1/2/3/
onderdeel 1, Sr is in strijd met nemo tenetur na 'charge'!
- verdediging moet omslagpunt benoemen!

**nemo tenetur: EHRM
afdwingen belastende informatie na 27 Sv**

Probleem: HR snapt het (nog) niet...

Gelijk hebben is (in NL nog) niet gelijk krijgen....

- HR maakt voornoemd onderscheid tussen afdwingen na 'charge' en gebruik in Sr-procedure niet;
- HR staart zich blind op 'Saunders-doctrine'

... hierna meer..

Nemo tenetur: interpretatie HR

HR 12 juli 2013:

"wilsafhankelijk materiaal dat door de belastingplichtige ingevolge het bevel van de voorzieningenrechter is verstrekt, mag niet worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolgning van de belastingplichtige.

Zou dit laatste toch gebeuren, dan dient de belastingrechter of de strafrechter te bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden."

Ook: ECLI:NL:HR:2015:1129

Nemo tenetur: interpretatie HR

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161 (inlichtingenplicht failliet)

"(...) die clausulering bestaat voor het onderhavige geval hierin dat aan de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit verzekerde bewaring de restrictie wordt verbonden dat door verzoeker te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement.

Indien die inlichtingen desondanks zouden worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning dan komt het oordeel welk gevolg moet worden verbonden aan schending van door de rechter gestelde restrictie toe aan de rechter die over de bestraffing beslist."

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

HR 12 juli 2013 (post Chambaz)

- Strijd met Marttinen ('garantie')?
- Strijd met Funke/Weh ('documenten')?
- Klacht EHRM (**Van de Weerelt**, EHRM 9 juli 2015, *NTFR* 2015/2927): zo lang geen (definitieve) charge (omdat de vergrijpboeten nog niet definitief vast stonden), geen schending nemo tenetur

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Nemo tenetur: interpretatie HR

Afgifteverplichting met mogelijkheid ook gebruik Sr:

HR: wils(on)afhankelijk?

EHRM: Nee (ook geen doc's: o.a. Funke, J.B.)

Geen garantie gebruik (ook) Sr:

HR: 359a Sv ($\neq$ bepaald een garantie...)

EHRM: Nee (o.a. Marttinen)

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN



jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

Praktijk: casus

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

jaeger ADVOCATEN
BELASTING
KUNDIGEN

W. de Vries
devries@jaeger.nl