



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Informatievergaring door buitenlandse curatoren in Nederland: heden en toekomst

Plas, C.G. van der

Citation

Plas, C. G. van der. (2022). Informatievergaring door buitenlandse curatoren in Nederland: heden en toekomst. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2022(2), 288-302. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514439>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514439>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Informatievergaring door buitenlandse curatoren in Nederland – heden en toekomst

Cathalijne van der Plas*

Abstract

It is not uncommon for foreign bankruptcy trustees to encounter Dutch entities or Dutch bank accounts when settling the bankruptcy. Think, for example, of a foreign bankruptcy in which the bankrupt entity has siphoned off assets through a web of entities in various jurisdictions. In order to be able to follow the bankrupt's trail across the border, the bankruptcy trustee needs information about those entities. This article examines the means of discovery available to a bankruptcy trustee in a foreign (non-EU) bankruptcy in the Netherlands. After identifying the problems that a foreign bankruptcy trustee may be confronted with under the current Dutch system, the possibilities offered by the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency will be examined. The article concludes with a recommendation for a future amendment to the Dutch Bankruptcy Act.

1. Inleiding

Niet zelden stuiten buitenlandse curatoren bij de afwikkeling van het faillissement op Nederlandse entiteiten of Nederlandse bankrekeningen. Denk bijvoorbeeld aan een buitenlands faillissement waarbij de gefailleerde (rechts)persoon vermogensbestanddelen heeft weggesluisd via een web van entiteiten in allerlei jurisdicties. De praktijk leert dat het daarbij zowel kan gaan om entiteiten waarvan een buitenlandse faillissementsrechter reeds heeft beslist dat de gevolgen van het faillissement zich ook tot hen uitstrekken (en hun vermogensbestanddelen daarmee tot de boedel behoren),¹ als om entiteiten waarvan het vermoeden bestaat dat ze gelieerd zijn aan de gefailleerde maar (vooralsnog) beschouwd moeten worden als derde partij. Om het spoor van de failliet over de grens te kunnen volgen, heeft de curator informatie nodig met betrekking tot die entiteiten. Soms wordt die informatie vrijwillig verstrekt aan de buitenlandse curator op vertoon van het buitenlandse faillissementsvonnis waaruit volgt dat de buitenlandse curator is benoemd en de betreffende entiteit onder de werking van het faillissement valt, maar

* Prof. Mr. C.G. van der Plas is hoogleraar Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

1 Zo kent bijvoorbeeld het Amerikaanse faillissementsrecht de doctrine van 'substantive consolidation'. Dit is een (equitable) doctrine die de faillissementsrechter in staat stelt de afzonderlijke juridische status van twee of meer entiteiten buiten beschouwing te laten om een vermeend onrechtvaardige situatie te voorkomen. Zie T.E. Graulich, 'Substantive consolidation – a post-modern trend', *ABI Law Review* (14) 2006, p. 527, p. 528: 'Substantive consolidation provides a vital remedy for creditors who were wrongfully misled into extending credit to a debtor (usually because the debtor engaged in fraudulent conduct or otherwise misused its corporate form) or to do "rough justice" when the debtors' financial affairs are so commingled that it is impossible to unravel them without inflicting yet further economic injury on creditors'. Zie voorts R.B. Hanna, 'Federalism in Bankruptcy: Relocating the Doctrine of Substantive Consolidation', *Minnesota Law Review* (96) 2011, p. 711.

dat is niet altijd zo en is al helemaal niet het geval waar het gaat om informatie over een derde partij. In dit artikel wordt onderzocht welke middelen tot informatievergaring een buitenlandse curator in Nederland ter beschikking staan wanneer de aangezochte partij de informatie niet vrijwillig verstrekt (par. 2). Daarbij beperk ik me tot faillissementen van buiten de EU.² Na in kaart te hebben gebracht tegen welke problemen een buitenlandse curator kan aanlopen in het huidige systeem zal vervolgens worden bekeken welke mogelijkheden de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Cross-Border Insolvency biedt (par. 3). Het artikel sluit af met een aanbeveling voor een toekomstige wijziging van de Faillissementswet (par. 4).

2. Heden

2.1 *Het Haags Bewijsverdrag*

Allereerst kan een buitenlandse curator³ voor informatievergaring in Nederland de wegen van het Haags Bewijsverdrag⁴ bewandelen. Op grond van dit Verdrag kan in burgerlijke en handelszaken de rechterlijke autoriteit van een Verdragsluitende Staat bij wege van rogatoire commissie aan de bevoegde autoriteit van een andere Verdragsluitende Staat verzoeken een handeling tot het verkrijgen van bewijs of andere gerechtelijke handelingen te verrichten (art. 1).

Het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ is in het Verdrag niet gedefinieerd, en wordt bij gebreke van een overkoepelend gerecht in de verschillende Verdragsstaten verschillend uitgelegd. De Hoge Raad heeft reeds in 1986 overwogen dat de aard en strekking van het Haags Bewijsverdrag ervoor pleiten artikel 1 ruim uit te leggen.⁵ In die zaak leidde dat tot het oordeel dat ‘het onder opzicht van een gerechtelijke autoriteit beheren en vereffenen van de boedel in het kader van een door die of een andere gerechtelijke autoriteit uitgesproken faillissement’ valt te beschouwen als een ‘procedure’ in de zin van artikel 1 lid 2.⁶ De Hoge Raad hechtte daarbij veel gewicht aan de opmerking van de *Special Commission* van het Haags Bewijsverdrag in één van haar rapporten over de werking van het Verdrag:

‘The question was raised as to whether a request for the taking of evidence emanating from a foreign bankruptcy court was within the scope of “civil or commercial matters”. In some States, for instance in the United States, special bankruptcy courts exist dealing with various aspects of bankruptcy. The experts agreed that a distinction must be made between, on the one hand, penal proceedings arising from fraud on the part of the bankrupt – or the officers of a bankrupt company –, which fall outside

2 De EU Insolventieverordening zal dus onbesproken blijven in dit artikel.

3 Daarmee bedoel ik steeds een curator in een faillissement uitgesproken in een jurisdictie buiten de EU.

4 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken, 's-Gravenhage 18 maart 1970, *Trb.* 1979, 38.

5 HR 21 februari 1986, *NIPR* 1986, 337, *NJ* 1987/149, m.nt. W.H. Heemskerk (*Arcalon*), r.o. 4.3.

6 Zie eveneens r.o. 4.3. Art. 1 lid 2 Haags Bewijsverdrag luidt als volgt: ‘Een onderzoekshandeling kan niet worden verzocht met het doel partijen in staat te stellen, zich bewijs te verschaffen dat niet bestemd is om te dienen tot gebruik in een reeds aanhangig of in een toekomstige procedure’.

the scope of the Convention, and, on the other hand, regular bankruptcy proceedings which are everywhere considered to be civil in nature, falling within the Convention's coverage.⁷

In latere rapporten geeft de *Special Commission* de Verdragsstaten bovendien als richtsnoer het begrip 'burgerlijke en handelszaken' autonoom en ruim uit te leggen, waarbij de 'substantive nature of the cause of action' bepalend moet zijn en niet de aard van het gevorderde, de identiteit van de partijen of van de rechterlijke instantie die de rogatoire commissie verzoekt.⁸ Uit een questionnaire uit 2008 volgt voorts dat onder de Verdragsluitende Staten brede steun bestaat voor het standpunt dat 'bankruptcy and insolvency matters' onder de materiële reikwijdte van het Verdrag vallen.⁹

Een buitenlandse curator kan via deze route dus bijvoorbeeld getuigen in Nederland (la-ten) horen of inzage verkrijgen in bepaalde documenten waarover in Nederland kan worden beschikt. Daarbij geldt dat de Nederlandse rechter conform artikel 9 Haags Bewijsverdrag bij de uitvoering van een rogatoire commissie het eigen recht toepast en geen gehoor hoeft te geven aan verzoeken die daarmee onverenigbaar zijn. Dat houdt voor inzageverzoeken in dat zij zullen moeten voldoen aan de vereisten van artikel 843a Rv.¹⁰ Voorts maakt artikel 10 Haags Bewijsverdrag het mogelijk bij de uitvoering van de rogatoire commissie dwangmiddelen toe te passen. Weigert een getuige (niet zijnde een partij-getuige) bijvoorbeeld een verklaring af te leggen, dan kan de Nederlandse rechter op grond van artikel 10 Haags Bewijsverdrag jo. artikel 173 Rv de gijzeling van deze weigerachtige getuige bevelen.

De route van het Haags Bewijsverdrag duurt doorgaans echter lang. Als die tijd niet voorhanden is, kan de buitenlandse curator ook rechtstreeks zijn toevlucht nemen tot het inzage-recht van artikel 843a Rv (par. 2.2) of het voorlopig getuigenverhoor van artikel 186 Rv (par. 2.3). Weliswaar heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de vraag of het Haags Bewijsverdrag exclusieve werking heeft en ontbreekt daarover een gezamenlijk standpunt van de Verdragsstaten, in de lagere rechtspraak is het niet ongebruikelijk dat grensoverschrijdende bewijsgaring geschiedt via het eigen procesrecht met voorbijgaan aan het Haags Bewijsverdrag.¹¹

7 *Report on the work of the Special Commission of May 1985 on the operation of the Hague Evidence Convention*, p. 3, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3433&dtid=2> (laatst geraadpleegd 21 april 2022). Zie voorts *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Haags Bewijsverdrag, aant. 2.

8 *Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention*, Hague Conference on Private International Law 2020, par. 51.

9 *Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention*, Hague Conference on Private International Law 2020, par. 56. Ook Nederland heeft in de questionnaire aangegeven dat de Nederlandse autoriteiten deze materie zien als vallende onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken', <https://assets.hcch.net/upload/wop/2008netherlands20.pdf> (laatst geraadpleegd 22 april 2022).

10 Zie HR 18 februari 2000, *NIPR* 2000, 128, *NJ* 2001/259 (*News International/ABN AMRO*) en Asser Procesrecht/Asser 3 2017/21.

11 Zie meer uitvoerig hierover: C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken* (Offerhaus-serie), Den Haag: Boom 2014, par. 5.1.

2.2 Het inzagerecht van artikel 843a Rv

Het inzagerecht zoals geregeld in artikel 843a Rv is inmiddels niet meer weg te denken uit het Nederlandse procesrecht. Het is vaste jurisprudentie dat een inzageverzoek ex artikel 843a Rv ook kan worden gedaan ten behoeve van een procedure in het buitenland.¹² Wanneer een buitenlandse curator in zijn hoedanigheid van curator het inzageverzoek instelt, rijst echter de vraag naar zijn bevoegdheid daartoe. Deze vraag wordt beheerst door de *lex concursus*. Naar (commuun) Nederlands IPR dient de vraag naar het bestaan en de inhoud van de bevoegdheden van de curator in internationaal privaatrechtelijke zin immers gekwalificeerd te worden als een vraag van faillissementsrecht, waarop de *lex concursus* van toepassing is.¹³ Vervolgens is van belang of het naar (commuun) Nederlands IPR geldende beginsel van de territoriale werking van het faillissement in de weg staat aan de uitoefening door de curator van zijn bevoegdheden. Uit de *Yukos*-arresten volgt dat het territorialiteitsbeginsel niet verhindert dat de buitenlandse curator de bevoegdheden die hij op grond van de *lex concursus* heeft, uitoefent ten aanzien van zich in Nederland bevindend vermogen dat tot de failliete boedel behoort.¹⁴ Deze (restrictieve) uitleg van het territorialiteitsbeginsel vooronderstelt wel dat de – aan de benoeming van de curator ten grondslag liggende – faillissementsuitspraak ‘niet tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met de Nederlandse openbare orde’, aldus de Hoge Raad in cassatie op een van de *Yukos*-kortgedingen.¹⁵ In *Yukos* is uiteindelijk in een bodemprocedure (na twaalf jaar) vast komen te staan dat het faillissementsvonnis van Yukos Oil wegens strijd met de openbare orde niet voor erkenning in aanmerking komt en de door de curator verrichtte rechtshandelingen die ter uitvoering van of op basis van dat vonnis in Nederland zijn verricht, ongeldig zijn.¹⁶ In de tussentijd heeft de curator echter zijn bevoegdheden in Nederland kunnen uitoefenen, bij gebreke van toetsing aan de poort.¹⁷

Wat betekent dat voor een inzageverzoek ex artikel 843a Rv? Duidelijk is in ieder geval dat het territorialiteitsbeginsel aan een inzageverzoek niet in de weg zal staan; het gaat niet eens om beheer of beschikking over in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen, en is in die

12 HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, *NIPR* 2012, 358, *NJ* 2013/286, m.nt. H.B. Krans, *JOR* 2013/60, m.nt. P.E. Ernste (*Abu Dhabi Islamic Bank/ABN Amro*).

13 Zie (voor het eerst) HR 24 oktober 1997, *NIPR* 1998, 114, *NJ* 1999/316, m.nt. ThMdB (*Gustafsen/Mosk*), r.o. 3.5.3.

14 Zie HR 19 december 2008, *NIPR* 2009, 17, *NJ* 2009/456, m.nt. Th.M. de Boer, *JOR* 2009/94, m.nt. P.M. Veder en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, *NIPR* 2013, 368, *NJ* 2014/454, m.nt. Th.M. de Boer, *JOR* 2014, m.nt. R.I.V.F. Bertrams, *JBPR* 2014/16, m.nt. T.M. Bos.

15 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, r.o. 3.2.2. In zijn noot onder HR 19 december 2008, *JOR* 2009/94 (par. 9) merkt Veder met verwijzing naar de Conclusie van A-G Strikwerda bij dat arrest (par. 24) op dat erkenning van de rechtsgevolgen van een buitenlands faillissement wel kan afstoten op een geslaagd beroep op de internationaal privaatrechtelijke openbare orde-exceptie.

16 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, *NIPR* 2019, 63, *NJ* 2019/364, m.nt. Th.M. de Boer, *JOR* 2019/165, m.nt. P.M. Veder. Het ging in die procedure overigens over veel verdergaande bevoegdheden van een buitenlandse curator, te weten besluiten van de curator van de Russische onderneming Yukos Oil ten aanzien van de Nederlandse dochter Yukos Finance B.V., waaronder het besluit om de bestuurders van de Nederlandse dochter te ontslaan en het besluit om de aandelen in de Nederlandse dochter te veilen in Moskou.

17 Zie Veder in zijn noot onder HR 19 december 2008, *JOR* 2009/94 (par. 9).

zin dus veel minder verstrekkend dan de bevoegdheidsuitoefening die ter discussie stond in de *Yukos*-arresten. Maar dan? Kan de rechter als uitgangspunt nemen dat het onderliggende faillissementsvonnis niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde, en hoeft de rechter pas te toetsen als de wederpartij in de procedure zich op het standpunt stelt dat er wel strijd is met de openbare orde?¹⁸ Of moet de rechter in iedere procedure waarin een curator in hoedanigheid een vordering instelt eerst vaststellen of het onderliggende faillissementsvonnis voor erkenning in aanmerking komt, en dus aan de *Gazprom*-criteria¹⁹ voldoet? Dat laatste lijkt wat bewerkelijk, vooral wanneer men bedenkt dat een inzageverzoek vaak in kort geding wordt ingesteld. Ten faveure van de eerste benadering zou kunnen worden betoogd dat de voorzieningenrechter een minder verstrekkende vaststellingsplicht heeft (zoals bij de vaststelling van buitenlands recht)²⁰ en minder gedetailleerd hoeft te zijn in zijn motivering dan de rechter in een bodemprocedure. Maar dat zegt dan nog niets over inzageverzoeken die bij verzoekschrift of als gewone dagvaardingsprocedure worden ingesteld. Nagedacht zou nog kunnen worden of het verschil maakt als de vraag naar de ‘bevoegdheid’ van de buitenlandse curator wordt ondergebracht bij het eerste vereiste van artikel 843a Rv, te weten of degene die inzage verzoekt een rechtmatig belang heeft bij dat verzoek. Dit vereiste impliceert een belangenafweging tussen het belang van de eiser en de andere betrokken belangen, en biedt daarmee mogelijk de rechter meer bewegingsruimte. Hoe dan ook, geconstateerd kan worden dat het antwoord op al deze vragen nog niet zo simpel is. De Hoge Raad heeft in zijn laatste *Yukos*-arrest een *Gazprom*-erkenningstoets geïntroduceerd voor niet-EU faillissementen, waarvan de procedurele inbedding onduidelijk is. Dit brengt onzekerheid met zich voor de buitenlandse curator die op basis van artikel 843a Rv een inzageverzoek zou willen doen.²¹

Nadat de hierboven besproken hobbel is genomen, zal de Nederlandse rechter nog moeten vaststellen of hij rechtsmacht heeft ten aanzien van het inzageverzoek van de buitenlandse curator. Doorgaans zal dat niet tot problemen leiden omdat degene van wie inzage wordt verzocht in de regel in Nederland zal zijn gevestigd. Dat is anders wanneer de Brussel Ibis-verordening²² van toepassing zou zijn, hetgeen niet geheel ondenkbeeldig is. Een inzageverzoek ex artikel 843a Rv vindt zijn grondslag immers in het algemene procesrecht en vloeit naar mijn mening dus niet rechtstreeks voort uit het faillissement. Daarmee zou een dergelijk inzageverzoek – ook wanneer dat door een curator wordt gedaan – binnen het materieel toepassingsgebied van Brussel Ibis vallen.²³ Aannemende dat de gedaagde partij, zijnde de partij tot wie het inzage-

18 In die zin R. van Galen, ‘Waarom de UNCITRAL-modelwet?’, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2020, p. 32.

19 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, *NIPR* 2014, 381, *NJ* 2015/478, m.nt. Th. M. de Boer, *JOR* 2014/350, m.nt. C.G. van der Plas (*Gazprombank*), r.o. 3.6.4.

20 Zie Asser/Vonken 10-I 2018/402.

21 Overigens kan nog de vraag worden gesteld in hoeverre deze problematiek eveneens zou spelen binnen de context van het Haags Bewijsverdrag.

22 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

23 Zie HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, *NIPR* 2018, 424, *NJ* 2019/444, m.nt. C.G. van der Plas (*Feniks/Azteca*), r.o. 31 met verwijzing naar HvJ EU 12 februari 2009, C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83, *NIPR* 2009, 282 (*Seagon*), r.o. 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

verzoek zich richt, binnen de EU is gevestigd, is de verordening ook formeel van toepassing. Wanneer kan in dat geval de Nederlandse rechter bevoegdheid aannemen ten aanzien van een inzageverzoek?

Een inzageverzoek ex artikel 843a Rv valt mijns inziens – anders dan een eventueel daaraan voorafgaand bewijsbeslag – niet onder het begrip ‘voorlopige of bewarende maatregelen’ als bedoeld in artikel 35 Brussel Ibis.²⁴ Het heeft immers geen bewarend karakter en kan ook moeilijk voorlopig worden genoemd nu eenmaal verleende inzage niet meer ongedaan kan worden gemaakt.²⁵ Dat zou dus betekenen dat de Nederlandse rechter alleen kennis kan nemen van het inzageverzoek als hij ook bevoegd zou kunnen zijn ten aanzien van het bodemgeschil. Maar hoe werkt dat als het inzageverzoek wordt gedaan in het kader van een buitenlands (niet-EU) faillissement? Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat het inzageverzoek gericht is op het verkrijgen van inzicht in de geldstromen tussen de verschillende onder het faillissement vallende entiteiten en derde entiteiten. In dat geval zou de informatie ertoe kunnen leiden dat de buitenlandse curator separate procedures tegen die derde entiteiten start, of de betreffende faillissementsrechter verzoekt ook die derde entiteiten onder de werking van het faillissement te brengen.

Wat heeft te gelden als bodemgeschil in dit verband? Er zijn verschillende mogelijkheden denkbaar: het faillissement zelf waarbinnen de curator in de uitoefening van zijn taak op zoek is naar informatie, de specifieke procedures (al dan niet reeds aanhangig) ten behoeve waarvan de informatie wordt gevraagd, of het inzageverzoek zelf kwalificeert als bodemgeschil. In het eerste geval speelt het bodemgeschil zich steeds buiten de EU af. In het tweede geval zal het bodemgeschil ook vaak buiten de EU zijn. Een bodemgeschil buiten de EU staat niet in de weg aan een bodemgeschil binnen de EU. Uit de litispendingie-regeling van artikel 33 Brussel Ibis op grond waarvan het gerecht van een lidstaat de procedure *kan* aanhouden als in een derde land tussen dezelfde partijen een procedure wordt gevoerd over hetzelfde onderwerp en berustend op dezelfde oorzaak. Vanuit die optiek zou mogelijk kunnen worden betoogd dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 4 Brussel Ibis bevoegdheid kan aannemen ten aanzien van een inzageverzoek dat is gericht aan een in Nederland gevestigde partij, ook al heeft het betrekking op een bodemgeschil in een derde staat.²⁶ Lastiger is het wanneer – in het tweede geval – het bodemgeschil binnen de EU maar buiten Nederland wordt gevoerd. De buitenlandse curator heeft bijvoorbeeld in Frankrijk een aansprakelijkheidsprocedure aanhangig gemaakt tegen een

24 Op grond van art. 35 Brussel Ibis (jo. een bevoegdheidsbepaling uit het commune bevoegdheidsrecht) kunnen bij de gerechten van een EU lidstaat voorlopige en bewarende maatregelen worden gevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.

25 Rechtspraak van het Hof van Justitie hierover ontbreekt en in de literatuur is er vooralsnog geen aandacht aan besteed. Een inzageverzoek wordt vaak in kort geding ingesteld. Het Nederlandse kort geding als zodanig valt wel onder art. 35 Brussel Ibis; daarmee is echter niet gezegd dat iedere in kort geding gelaste maatregel, een maatregel is als bedoeld in art. 35 Brussel Ibis. Zie Schaafsma, in: *T&C Rv* 2021, art. 35 Brussel Ibis, aant. 4b.

26 Zie echter Pertegás Sender & Garber, in: Magnus/Mankowski, *Brussels Ibis Regulation* (2016) Art. 35 note 39 waarin melding wordt gemaakt van de – volgens de auteurs te verwerpen – opvatting dat het gerecht van een lidstaat niet bevoegd is (via een bodembevoegdheidsbepaling, noch via art. 35) om voorlopige of bewarende maatregelen te gelasten ten behoeve van een bodemgeschil in een derde staat, omdat het verzekeren van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse bodemprocedure niet het doel van de verordening is.

Franse entiteit die samen zou hebben gespannen met de failliet, en wil in dat verband inzage in de bankrekening die de Franse entiteit aanhoudt bij een Nederlandse bank. Wat betekent dat dan voor de bevoegdheid ten aanzien van het inzageverzoek? Dient de Nederlandse rechter zich dan onbevoegd te verklaren ten aanzien van het inzageverzoek (ook al is dat gericht aan een in Nederland gevestigde partij)?²⁷ Dat brengt mij bij de derde mogelijkheid: het inzageverzoek zelf kwalificeert als bodemgeschied in dit verband. Steun daarvoor kan worden gevonden in het arrest *Abu Dhabi Islamic Bank/ABN AMRO*. Dat arrest ging weliswaar niet over rechtsmacht,²⁸ maar heeft wel duidelijk gemaakt dat voor een procedure ex artikel 843a Rv niet is vereist dat over de rechtsbetrekking waarop het inzageverzoek ziet een procedure aanhangig is of zal worden gemaakt, en evenmin of een dergelijke procedure in Nederland zal worden gevoerd. Het feit dat een procedure ex artikel 843a Rv binnen het Nederlandse procesrecht wordt gezien als een zelfstandige procedure zou dan betekenen dat zij ook binnen de context van Brussel Ibis als bodemprocedure kan worden aangemerkt (ook al wordt het inzageverzoek ingesteld ten behoeve van een buitenlands faillissement of daaruit volgende procedure). In de lagere rechtspraak is inderdaad het zelfstandige karakter van een artikel 843a Rv-procedure aangevoerd ter onderbouwing van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter terwijl tussen partijen vaststond dat de bodemprocedure waarvoor de informatie was bedoeld niet in Nederland kon worden gevoerd.²⁹ Die redenering is bezien vanuit het Nederlandse procesrecht het meest logisch,³⁰ maar of het Hof van Justitie deze redenering ook accordeert is onduidelijk. Het laat in ieder geval zien dat het nationale procesrecht en het internationale bevoegdheidsrecht niet altijd goed op elkaar aansluiten.

Toewijzing van het inzageverzoek kan vervolgens alleen plaatsvinden indien is voldaan aan de vereisten van artikel 843a Rv. Dat betekent dat degene die inzage verzoekt niet alleen een rechtmatig belang moet hebben bij zijn verzoek, maar ook dat de documenten waarin inzage wordt verzocht voldoende bepaald moeten zijn en moeten zien op een rechtsbetrekking waarin degene die inzage verzoekt (of zijn rechtsvoorganger) partij is.³¹ Bovendien moet degene van

27 In het geval van een reeds in een lidstaat aanhangig bodemgeschied wordt in de literatuur verschillend gedacht over de mogelijkheid om voorlopige en bewarende maatregelen te gelasten door een andere rechter dan de bodemrechter. Het meest waarschijnlijk lijkt mij dat dan alleen de route van art. 35 Brussel Ibis bewandeld kan worden. Zie in deze zin ook Schaafsma, in: *T&C Rv* 2021, art. 35 Brussel Ibis, aant. 2b. Zie echter Pertegás Sender & Garber, in: Magnus/Mankowski, *Brussels Ibis Regulation* (2016) Art. 35 note 37-38 waarin wordt betoogd dat een gerecht van een lidstaat dat bodembevoegdheid had kunnen hebben ook voorlopige en bewarende maatregelen mag gelasten zonder de beperkingen van art. 35, ondanks de aanhangigheid van het bodemgeschied in een andere lidstaat.

28 Zie ook de Conclusie van A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2012:BV8510, voetnoot 13.

29 Zie Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4391, *NIPR* 2020, 512 m.b.t. een bodemprocedure die alleen in België of Luxemburg kon worden gevoerd, r.o. 4.2 en 4.6.

30 Dat wordt goed duidelijk wanneer men bedenkt dat in het Nederlandse procesrecht bij bewijsbeslag binnen de door de verlofrecchter gegeven tijdslimiet de hoofdzaak moet worden ingesteld en dat een procedure ex art. 843a Rv in dat verband als hoofdzaak heeft te gelden. Op die manier kan namelijk (pas) inzage worden verkregen in de beslagen bescheiden.

31 Dit rechtsbetrekking-vereiste wordt ruim geïnterpreteerd. Het is voldoende als de bescheiden relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het geschied met het oog waarop verstrekking wordt gevraagd. Zie *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 843a Rv, aant. 3.4 met verwijzing naar diverse uitspraken. Zie voorts J.R. Sijmonsma, *Het inzageverzoek*, Deventer: Kluwer 2017, par. 8.4.

wie inzage wordt verlangd (feitelijk) kunnen beschikken over de bescheiden. Als aan die vereisten is voldaan, kan het verzoek niettemin alsnog worden geweigerd op basis van de in de leden 3 en 4 opgenomen weigeringsgronden.³²

2.3 *Het voorlopig getuigenverhoor*

Ook het voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Rv is een veelgebruikte mogelijkheid om informatie te vergaren. Wanneer een buitenlandse curator de Nederlandse rechter verzoekt om getuigen te mogen horen, rijst eveneens de hierboven besproken vraag naar zijn bevoegdheid om in hoedanigheid op te treden in Nederland. Daarnaast is hier nog een ander aandachtspunt, dat overigens geldt voor iedere partij die het voorlopig getuigenverhoor wil gebruiken voor een reeds in het buitenland aanhangige procedure.

Het voorlopig getuigenverhoor kan worden bevolen voordat een zaak aanhangig is (art. 186 lid 1), maar ook tijdens een reeds aanhangig geding (art. 186 lid 2). Uit artikel 186 lid 2 Rv volgt echter niet of onder 'een reeds aanhangig geding' ook een buitenlandse procedure mag worden begrepen. Het volgt evenmin uit de wetsgeschiedenis en de artikelsgewijze commentaren bij deze bepaling. Uit artikel 187 lid 2 Rv lijkt juist te volgen dat alleen een in Nederland aanhangig geding is bedoeld; daarin wordt namelijk bepaald dat indien het geding reeds aanhangig is, het verzoek moet worden gedaan aan de rechter waar het geding aanhangig is. In de rechtspraak heb ik geen voorbeelden kunnen vinden van een voorlopig getuigenverhoor ten behoeve van een in het buitenland aanhangige procedure. Daarentegen kwam ik wel een uitspraak tegen waarin het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor werd afgewezen juist omdat het werd verzocht ten behoeve van een aanhangige buitenlandse procedure.³³ Ook in de literatuur is wel verdedigd dat de Nederlandse rechter terughoudendheid moet betrachten als er al een buitenlandse procedure aanhangig is.³⁴ De logica daarvan ontgaat mij. Het voorlopig getuigenverhoor en het inzagerecht dienen beide hetzelfde doel, kunnen beide worden ingesteld hetzij in een lopend geding hetzij in een afzonderlijk geding³⁵ en kunnen (daarom) ook worden gecombineerd in één verzoekschrift. Ik zie derhalve niet in waarom de beslissing van de Hoge Raad in *Abu Dhabi Islamic Bank/ABN Amro* over artikel 843a Rv – onder meer inhoudende dat een inzageverzoek ook kan worden gedaan ten behoeve van een in het buitenland aanhangige procedure – niet ook zou (kunnen) gelden voor het voorlopig getuigenverhoor. Steun voor dat standpunt kan ook worden gevonden in artikel 1074 sub b Rv waarin is bepaald dat een overeenkomst tot arbitrage buiten Nederland, niet in de weg staat aan (onder andere) een voorlopig

32 Zie art. 843a Rv: lid 3 'Hij die uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding verplicht is, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien de bescheiden uitsluitend uit dien hoofde te zijner beschikking staan of onder zijn berusting zijn' en lid 4 'Degene die de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd'.

33 Zie Rb. Rotterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6085, *NIPR* 2017, 523.

34 B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging* (diss. 2008), Deventer: Kluwer, p. 110.

35 Met dien verstande dat in tegenstelling tot een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, een inzageverzoek ex art. 843a Rv ook kan worden ingesteld in kort geding, hetgeen in de praktijk ook veel gebeurt.

getuigenverhoor voor de Nederlandse rechter. Daarbij doet het er niet toe of de arbitragezaak al aanhangig is gemaakt.³⁶ Indien bij een verzoek door een buitenlandse curator onder ‘reeds aanhangig geding’ de faillissementsprocedure in zijn algemeenheid moet worden begrepen, zal bovenstaande vraag steeds moeten worden beantwoord. De vraag doet zich niet voor als het gaat om de uit het faillissement voortvloeiende procedure ten behoeve waarvan het voorlopig getuigenverhoor is verzocht en deze laatste procedure nog niet aanhangig is.

Het bovenstaande laat onverlet dat de Nederlandse rechter ook rechtsmacht moet hebben. Buiten de context van Brussel Ibis zal dat al snel het geval zijn. De rechter binnen wiens rechtsgebied de getuigen (of het grootste aantal van hen) woonachtig zijn of verblijven, kan zijn internationale bevoegdheid immers baseren op artikel 10 Rv jo. artikel 187 lid 1 Rv. Binnen de context van Brussel Ibis,³⁷ ligt het (wederom) ingewikkelder. In de situatie dat artikel 35 Brussel Ibis niet³⁸ van toepassing is, rijst – net als bij het inzageverzoek – de vraag wat als bodemgeschil heeft te gelden wanneer een buitenlandse curator in de afwikkeling van een niet-EU faillissement een verzoek doet tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor.³⁹ Die vraag is ook relevant als het voorlopig getuigenverhoor wel onder artikel 35 Brussel Ibis zou vallen.⁴⁰ In dat geval moet de Nederlandse rechter beoordelen of hij – bij gebreke van een bodemprocedure in Nederland – rechtsmacht aan kan nemen op grond van artikel 35 Brussel Ibis (jo. art. 10 Rv jo. art. 187 lid 1 Rv). De formulering van het tweede zinsdeel van artikel 35 (‘zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen’) lijkt te veronderstellen dat de maatregel bedoeld is ter ondersteuning van een (al dan niet nog aanhangig te maken) bodemprocedure in een andere lidstaat. Dat brengt ons terug bij de vraag wat als ‘bodemgeschil’ heeft te gelden wanneer het voorlopig getuigenverhoor wordt verzocht in het kader van een niet-EU faillissement.

Concluderend kan worden gesteld dat ook het middel van het voorlopig getuigenverhoor voor een buitenlandse curator tot hoofdbrekens kan leiden, zowel vanuit nationaal procesrechtelijk perspectief als vanuit internationaal bevoegdheidsrechtelijk perspectief.

36 Meijer, in: *T&C Rv* 2021, art. 1074b Rv, aant. 1.

37 Zie reeds par. 2.2, waarbij ten aanzien van het formeel toepassingsgebied het overigens nog de vraag is wie als ‘gedaagde’ zou moeten worden aangemerkt: de getuige of de wederpartij in de in het buitenland aanhangige procedure.

38 Uit de preambule lijkt te volgen dat het voorlopig getuigenverhoor in algemene zin is uitgesloten van het begrip ‘voorlopige of bewarende maatregel’ in art. 35 Brussel Ibis. In de literatuur wordt echter op basis van HvJ EG 28 april 2005, C-104/03, ECLI:EU:C:2005:255, *NIPR* 2005, 153 (*St. Paul Dairy/Unibel*) aangenomen dat het voorlopig getuigenverhoor (nog steeds) onder het begrip ‘voorlopige of bewarende maatregel’ valt indien het uitsluitend dient om getuigenbewijs veilig te stellen (en niet mede dient ter inschatting van de opportuniteit van de vordering, ter bepaling van de rechtsgrondslag en ter beoordeling van de relevantie van de middelen die in dat verband kunnen worden aangehaald); L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 62.

39 Waarbij niet uitgesloten kan worden dat de beantwoording verschilt. Vgl. Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4391, *NIPR* 2020, 512, r.o. 4.2 en 4.6 waarin het voorlopig getuigenverhoor anders wordt behandeld dan het inzageverzoek: daar waar het ontbreken van bodembevoegdheid en art. 35-bevoegdheid van de Nederlandse rechter in de weg staat aan rechtsmacht ten aanzien van het verzoek tot het voorlopig getuigenverhoor, staat het niet in de weg aan rechtsmacht ten aanzien van het inzageverzoek.

40 Zie hierover reeds noot 38.

2.4 Middelen voor informatievergaring in de Faillissementswet

Naast de hierboven besproken algemeen procesrechtelijke middelen voor informatievergaring zijn er ook specifiek faillissementsrechtelijke middelen die de informatievergaring kunnen vergemakkelijken.⁴¹ Zo heeft niet alleen de gefailleerde een inlichtingenplicht (art. 105 Fw) maar ook de (voormalig)⁴² bestuurders (inclusief de feitelijk beleidsbepalers) en commissarissen (art. 106 Fw). Bovendien is niet alleen de gefailleerde zelf verplicht de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers aan de curator over te dragen (art. 105a Fw). Die verplichting geldt ook voor de (voormalig) bestuurders (inclusief de feitelijk beleidsbepalers) en de commissarissen van de failliete rechtspersoon (art. 106 Fw). Bij niet-nakoming van deze verplichtingen (of wanneer daarvoor gegronde vrees bestaat) kan bijvoorbeeld de inbewaringstelling van de betreffende persoon worden bevolen (art. 87 Fw). Sinds 1 juli 2017 geldt de verplichting om de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers aan de curator over te dragen zelfs voor derden met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant die, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben (art. 105b Fw).⁴³ De gefailleerde kan zich dus niet onttrekken aan de plicht tot overhandiging van de administratie door deze extern onder te brengen. Tot slot noem ik hier nog artikel 93a Fw op grond waarvan de curator toegang tot elke plaats heeft, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. De rechter-commissaris kan een machtiging geven om binnen te treden, wanneer de curator de toegang wordt geweigerd.

Deze faillissementsrechtelijke middelen zouden ook interessant kunnen zijn voor een buitenlandse curator. Het is immers goed denkbaar dat een deel van de administratie van de buitenlandse gefailleerde zich bevindt bij een in Nederland gevestigde derde. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een buitenlandse gefailleerde een bankrekening aanhoudt bij een Nederlandse bank. Denkbaar is ook dat (een van) de bestuurder(s) in Nederland is gevestigd; zo komt het nog wel eens voor dat het beheer en bestuur van de buitenlandse gefailleerde is gevoerd door een Nederlands trustkantoor. Zou een buitenlandse curator in een dergelijk geval gebruik kunnen maken van deze bepalingen in de Nederlandse Faillissementswet? Niet zonder meer. Er zijn verschillende aspecten die in de weg kunnen staan aan een beroep op deze bepalingen door een buitenlandse curator. Allereerst bepaalt naar Nederlands IPR de *lex concursus* het bestaan en de inhoud van de bevoegdheden van de buitenlandse curator. Als deze bepalingen in de Faillissementswet geen evenknie hebben in de *lex concursus*, is dat dus problematisch.⁴⁴ Maar ook als zij dat wel hebben is onduidelijk of de buitenlandse curator die bevoegdheden steeds kan uitoefenen; denk bijvoorbeeld aan gijzeling of binnentreding waarvoor de machtiging van

41 De buitenlandse curator zou ook nog informatie kunnen vergaren door zich te voegen als benadeelde partij in een strafprocedure. Ik laat die mogelijkheid hier verder onbesproken.

42 Te weten: in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement.

43 Voorts strekt de expliciete verwijzing naar de accountant ertoe zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken. Verstijlen, in: *T&C Insolventierecht 2021*, art. 105b Fw; *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 253, nr. 10.

44 Ook kan zich de omgekeerde situatie voordoen dat de *lex concursus* de buitenlandse curator bevoegdheden toekent die geen evenknie hebben in het Nederlandse faillissementsrecht. Ik zou menen dat het ontbreken van een evenknie in het Nederlandse faillissementsrecht in beginsel een belemmering oplevert, maar zeker is dat niet.

de Nederlandse rechter-commissaris nodig is. Daarnaast speelt zoals bij de hierboven besproken algemeen procesrechtelijke middelen voor informatievergaring de vraag of de buitenlandse curator bevoegd is hier te lande in hoedanigheid op te treden, met in het verlengde daarvan de vraag wanneer en in welke mate dat moet worden getoetst. Die laatste vraag speelt eens te meer bij de bepalingen uit de Faillissementswet die een wettelijke verplichting bevatten, en dus in beginsel geen gang naar de rechter vereisen. Dat is anders bij het inzageverzoek ex artikel 843a Rv en het voorlopig getuigenverhoor.

2.5 Tussenconclusie

Naast de – vaak langdurige – route van het Haags Bewijsverdrag kent ook het Nederlandse recht middelen die een buitenlandse curator behulpzaam zouden kunnen zijn bij de informatievergaring hier te lande. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om informatie die nodig is om weggesluisde vermogensbestanddelen van de gefailleerde te traceren en de partijen te identificeren die daaraan hebben meegewerkt. Het is gebleken dat het op zijn minst onduidelijk is of de Nederlandse middelen een buitenlandse curator steeds ter beschikking staan, als ook wat er wanneer moet worden getoetst. Met het oog op toekomstige faillissementswetgeving loont het daarom de moeite te bekijken welke mogelijkheden de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency biedt op dit punt.⁴⁵

3. Inspiratie voor de toekomst?

De UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (hierna verkort aangeduid als: Model Law of MLCBI)⁴⁶ – tot stand gekomen in 1997 – heeft de status van een aanbeveling aan Staten om de tekst van de Model Law zo nauwgezet mogelijk over te nemen.⁴⁷ Daar is door veel landen gehoor aan gegeven. Inmiddels hebben vijftig landen wetgeving aangenomen die is gebaseerd is op de Model Law.⁴⁸ Dit instrument van *soft law* voorziet in een systeem waarin de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures afhankelijk is gemaakt van voorafgaande rechterlijke toetsing. Die erkenningsprocedure houdt kort gezegd in dat de *foreign representative* een verzoek doet voor erkenning onder overlegging van documenten op grond waarvan de aangezochte rechter kan vaststellen dat er een buitenlandse insolventieprocedure is waarin de *foreign representative* is benoemd, alsook een verklaring waarin alle buitenlandse procedures met betrekking tot de schuldenaar worden vermeld die de *foreign representative* bekend zijn

45 Het Voorontwerp Insolventiewet dat in 2011 definitief in de Haagse prullenbak is verdwenen, wordt in dit artikel buiten beschouwing gelaten.

46 De Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency Related Judgments uit 2018 blijft in dit artikel onbesproken. Zie daarover Van Galen 2020, p. 33-34 (zie noot 18).

47 Zie B. Wessels, 'Internationaal Insolventierecht als motor van grensoverschrijdende coördinatie en samenwerking tussen rechters en curatoren', *TvI* 2002, p. 21, par. 3. Zie voorts o.a. A.J. Berends, *Universele werking voor niet-EU-insolventies* (Preadvies 2016 Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht), Den Haag: Boom juridisch 2017, hfd. 3.2 en J.R. Berkenbosch & S.C. Pepels, 'Het internationaal insolventierecht in beweging', *TvI* 2018/51.

48 De statutabel is te raadplegen via de volgende link: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status (laatst geraadpleegd 22 april 2022).

(art. 15 MLCBI). Op basis van deze documenten stelt de aangezochte rechter vervolgens vast of de insolventieprocedure waarvan erkenning wordt verzocht een insolventieprocedure is in de zin van artikel 2(a) MLCBI⁴⁹ en dat de persoon die om erkenning verzoekt een *foreign representative* is in de zin van artikel 2(d) MLCBI⁵⁰ (art. 16 MLCBI). Als daarvan sprake is, wordt de buitenlandse insolventieprocedure erkend (art. 17 MLCBI) tenzij deze erkenning in strijd is met de openbare orde van de aangezochte Staat (art. 6 MLCBI). Afhankelijk van waar het centrum van voornaamste belangen (COMI) van de schuldenaar is gelegen, gaat het daarbij om een erkenning als hoofdprocedure of als territoriale procedure (art. 17 lid 2 MLCBI).

Nadat erkenning is verkregen kan de *foreign representative* de aangezochte rechter verzoeken om voorzieningen te treffen, waaronder voorzieningen die strekken tot het verkrijgen van informatie. Zo bepaalt artikel 21 lid 1 MLCBI dat:

‘1. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or nonmain, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including:

(...)

(d) Providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor’s assets, affairs, rights, obligations or liabilities;

(...)

(g) Granting any additional relief that may be available to [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] under the laws of this State.’

Bij de beoordeling of de voorziening kan worden getroffen dient derhalve te worden getoetst of de voorziening nodig is om de vermogensbestanddelen van de gefailleerde of de belangen van de schuldeisers te beschermen. Als het een territoriale procedure betreft, moet de rechter zich er ook van vergewissen dat de voorziening betrekking heeft op vermogensbestanddelen die volgens de *lex fori* moeten worden beheerd in de buitenlandse territoriale procedure of betrekking heeft op informatie die in die procedure is vereist (art. 21 lid 3).

Uit de buitenlandse rechtspraak die wordt gepubliceerd op de website van UNCITRAL volgt dat bovenstaande voorzieningen in beginsel worden verzocht in de erkenningsprocedure zelf. Zo omvatte de *Recognition Order* van een Amerikaanse rechter ten aanzien van het faillissement van een Braziliaanse onderneming ook de voorziening zoals omschreven in artikel 21 lid 1 sub d MLCBI. Daarbij strekten zowel de erkenning als de voorziening zich ook uit tot een aantal gelieerde (rechts)personen tot wie de Braziliaanse faillissementsrechter de gevolgen van het faillissement had uitgebreid.⁵¹ In een Australische erkenningsprocedure kregen de curato-

49 Art. 2(a) MLCBI: “Foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation’.

50 Art. 2(d) MLCBI: “Foreign representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor’s assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding’.

51 In opvolgende *discovery* procedures ontstond vervolgens discussie over de vraag of de *discovery* ook zag op financiële informatie van gelieerde derde partijen tot wie de gevolgen van het Braziliaanse faillissement zich

ren in het faillissement van een onderneming op de Britse Maagdeneilanden conform artikel 21 sub d MLCBI toestemming een voormalig bestuurder onder ede te horen en hem documenten te laten verstrekken. Daarnaast is hen op grond van artikel 21 sub g MLCBI alle bevoegdheden toegekend die ook een lokale curator zou hebben.⁵²

Wanneer de tijd ontbreekt om de uitkomst van de erkenningsprocedure af te wachten, kunnen bovendien op grond van artikel 19 MLCBI de hierboven genoemde artikel 21-voorzieningen ook worden verzocht hangende die procedure:

‘1. From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:

(...)

(c) Any relief mentioned in paragraph 1 (c), (d) and (g) of article 21.⁵³

Voorts voorziet artikel 22 MLCBI in drie veiligheidskleppen die hier relevant zijn. De rechter mag aanvullende voorwaarden verbinden aan de betreffende voorziening (lid 2) en mag deze ook aanpassen of beëindigen (lid 3). Bovendien moet de rechter bij het verlenen, weigeren, aanpassen of beëindigen van de voorziening ervan overtuigd zijn dat daarmee de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen waaronder de schuldenaar voldoende beschermd zijn (lid 1).

De Model Law lijkt met deze bepalingen in combinatie met de erkenningsprocedure te voorzien in een bruikbaar systeem waar het gaat om informatievergaring door buitenlandse curatoren.⁵⁴ Daar komt bij dat UNCITRAL bezig is met een aanpalend initiatief ten aanzien van ‘civil asset tracing and recovery in insolvency proceedings’ om het traceren en terughalen van vermogensbestanddelen behorend tot de failliete boedel in grensoverschrijdende gevallen te vergemakkelijken.⁵⁵ Ook al bevindt dit initiatief zich nog in een vroeg

niet hadden uitgebreid. De Amerikaanse rechter heeft dat alleen toegestaan voor zover de wel onder het Braziliaanse faillissement vallende partijen een meerderheidsbelang in die derde partijen hebben, omdat alleen dan de curator belang bij heeft bij een waardering van het betreffende eigendomsbelang. Zie US Bankruptcy Court S.D. Florida, Case No. 14-15408-RAM, 22 december 2015 (*Petroforte Brasileiro de Petroleo LTDA., Chapter 15, Debtors*).

52 *Crumpler (as liquidator and joint representative) of Global Tradewaves Ltd (a company register in the British Virgin Islands) v. Global Tradewaves (in liquidation)* [2013] FCA 1127.

53 Helaas heb ik hierover geen relevante rechtspraak gevonden in de UNCITRAL database. Overigens zijn er mijns inziens wel vraagtekens te plaatsen bij de ‘provisional nature’ van een informatieverzoek. Zie reeds par. 2.2.

54 In deze zin ook Van Galen 2020, p. 33 (zie noot 18).

55 Na de 56^{ste} sessie van Working Group V (Insolvency Law) heeft het secretariaat van de UNCITRAL in samenwerking met andere internationale organisaties in december 2019 een Colloquium on Civil Asset Tracing and Recovery georganiseerd. Het rapport daarover (*Report on the Colloquium on Civil Asset Tracing and Recovery* (Vienna, 6 December 2019), A/CN.9/1008) is vervolgens aangevuld door het secretariaat van de UNCITRAL in samenwerking met een (kleinere) groep experts (*Civil asset tracing and recovery in insolvency proceedings, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.V/WP.175*) ter voorbereiding van de 59^{ste} sessie van Working Group V (Insolvency Law) die plaats heeft gevonden in December 2021. Uit het rapport van die sessie (A/CN.9/1088) volgt dat ter voorbereiding op de volgende sessie van de Working Group waarschijnlijk een verzoek aan de staten uitgaat om informatie te verstrekken over aanvullende *asset tracing & recovery tools*

stadium, het ligt in de lijn der verwachting dat daarbij mede aansluiting zal worden gezocht bij de Model Law.⁵⁶

4. Conclusies en aanbevelingen

Wie weet komt het toch nog eens tot de introductie van een coherente set van bepalingen op het terrein van het IPR in de Nederlandse Faillissementswet.⁵⁷ Wanneer de Nederlandse wetgever als onderdeel daarvan de in dit artikel benoemde onderdelen van de Model Law zou implementeren, draagt dat mijns inziens bij aan de open economie die Nederland heeft. Voor een buitenlandse curator die in de uitoefening van zijn taak in Nederland op zoek is naar informatie heeft het bovendien een aantal voordelen. Veel van de in hoofdstuk 2 gesignaleerde problemen en vragen, zouden daarmee immers zijn opgelost. Inzageverzoeken en verzoeken tot het horen van getuigen (hierna gezamenlijk aangeduid als informatieverzoeken) kunnen immers worden gedaan in dezelfde procedure als die waarin erkenning van de buitenlandse insolventieprocedure wordt verzocht. De vereisten voor erkenning zijn helder omljnd. Schending van de openbare orde vormt een weigeringsgrond voor erkenning, en biedt daarmee bescherming tegen uitwassen à la Yukos. De maatstaf voor toewijzing van de informatieverzoeken lijkt werkbaar en biedt voldoende ruimte voor een belangenafweging zoals die ook bij artikel 843a Rv en het voorlopig getuigenverhoor plaatsvindt. Dat laatste is ook van belang om ervoor te zorgen dat de toetsingsmaatstaf bij een informatieverzoek door een buitenlandse curator niet ruimer (maar ook niet strikter) is dan wanneer een Nederlandse curator zo'n verzoek zou doen.

Waar het gaat om informatieverzoeken hangende de erkenningsprocedure is daarnaast een spoedeisend belang vereist. Het systeem van de Model Law staat er bovendien niet aan in de weg dat op het moment van indiening van het erkenningsverzoek, al dan niet in combinatie met informatieverzoeken, ook verlot wordt gevraagd voor het leggen van bewijsbeslag. Op die manier kan tegemoet worden gekomen aan het feit dat het Nederlandse recht niet voorziet in een *ex parte* inzageverzoek, hetgeen vooral door curatoren uit Common Law jurisdicties als een nadeel wordt gezien.⁵⁸

die in hun jurisdictie door de *insolvency practitioners* worden gebruikt. Het is nog onduidelijk tot wat voor soort instrument dit initiatief gaat leiden. Tijdens de 59^{ste} sessie liepen de meningen uiteen over de vraag of het project advies moest verstrekken aan *insolvency practitioners* (dus in de vorm van een praktijkgids) of aan beleidsmakers en wetgevers (dus in de vorm van een wetgevingsgids, een modelwet of model wettelijke bepalingen). Ook werd opgemerkt dat een instrument dat streeft naar eenmaking of harmonisering op dit terrein niet haalbaar zou zijn. Het werd wenselijk geacht om bij de opstelling van een tekst een 'toolbox'-benadering te volgen, die zou inhouden dat de verschillende bestaande instrumenten, waaronder die van de UNCITRAL insolventieteksten, in kaart worden gebracht en van een uitleg worden voorzien.

56 Zie bijvoorbeeld *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fifty-ninth session*, A/CN.9/1988, par. 40.

57 Zie de Kamerbrief over voortgang programma herijking faillissementsrecht, 27 augustus 2019, *Kamerstukken II* 2018-2019, 33 695, nr. 18 alsook het consultatiedocument betreffende insolventierecht, par. 5.7, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie> (laatst geraadpleegd 22 april 2022).

58 Zie hierover C.G. van der Plas & C.L. van Tilburg, 'Fraude & Asset recovery: een routekaart voor het terughalen van vermogensbestanddelen langs civielrechtelijke weg', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2017, nr. 3, p. 139 e.v.

Een ander voordeel is dat de buitenlandse curator na of hangende de erkenningsprocedure op grond van artikel 21 sub g of artikel 19 sub c MLCBI dezelfde – in paragraaf 2.3 genoemde – (faillissementsrechtelijke) bevoegdheden zou kunnen krijgen als een Nederlandse curator. Het zou daarbij behulpzaam zijn als de buitenlandse curator ook gebruik kan maken van de bijbehorende sanctiemiddelen. Dat laatste vereist echter wel een nadere regeling die voorziet in een substituut van de benodigde machtiging van de rechter-commissaris.

Ook niet onbelangrijk is dat de Model Law in een veelheid aan rechtssystemen is geïmplementeerd en daarmee voor veel buitenlandse curatoren bekende kost is. Voor hen betekent implementatie van de Model Law in het Nederlandse recht dus meer zekerheid: anders dan nu het geval is, weten ze dan tot op grote hoogte waar ze aan toe zijn. De omstandigheid dat op de website van UNCITRAL toelichtende documenten en een databank met relevante rechtspraak geraadpleegd kunnen worden draagt bovendien bij aan een eenvormige toepassing, en dient daarmee ook de rechtszekerheid. Vanuit dat perspectief zou het wenselijk zijn met de implementatie zo dicht mogelijk bij de tekst van de Model Law te blijven.⁵⁹ Verder noemde ik in paragraaf 3 al dat bij implementatie van de Model Law waarschijnlijk makkelijk(er) zal kunnen worden aangesloten bij toekomstige UNCITRAL-initiatieven op het terrein van *asset tracing* & *recovery* in insolventiezaken.

Bij een implementatie zou ik er wel voor willen pleiten alleen de *lex fori* maatgevend te laten zijn voor de mogelijkheden van informatievergaring, en dus niet te vereisen dat deze voorzieningen hun evenknie hebben in de *lex concursus*.⁶⁰ Dat voorkomt discussies in de rechtszaal over de vereiste mate van gelijkheid, hetgeen in de weg kan staan aan een effectieve toegang.

Het enige dat niet door een implementatie van de Model Law lijkt te worden ondervangen zijn de in paragraaf 2 gesignaleerde rechtsmacht-issues. Dit is alleen anders als betoogd zou kunnen worden – maar daar aarzel ik over – dat informatieverzoeken op grond van (de implementatie van) de Model Law buiten het materiële toepassingsgebied van Brussel Ibis vallen, omdat deze voorzieningen – anders dan een inzageverzoek ex artikel 843a Rv of een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor – dan zijn toegesneden op een faillissementssituatie en alleen verzocht kunnen worden door een curator. In dat geval zou immers de Brussel Ibis-verordening materieel niet van toepassing zijn. Voor faillissementen buiten de EU zou dat de situatie vereenvoudigen.

Daarmee kom ik tot de conclusie dat de buitenlandse (niet-EU) curator voor zijn mogelijkheden om in Nederland informatie te vergaren, gebaat is bij een (in ieder geval gedeeltelijke) implementatie van de Model Law. Ik sluit derhalve aan in de rij van auteurs die om diverse redenen al langer pleiten voor een gehele of gedeeltelijke implementatie van de Model Law.⁶¹

59 Vgl. bijv. 11 US Code Chapter 15 waarin art. 19, 20 en 21 van de Model Law bijna letterlijk zijn overgenomen in respectievelijk § 1519, §1521 en §1522.

60 De Model Law zelf bevat geen bepalingen over (de relevantie van) de *lex concursus*.

61 Zie onder andere: P.M.Veder, 'Bob's "Unvollendete"?', in: B. Santen & D. van Offeren (red.), *Perspectives on international insolvency law. A tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 139 e.v.; R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/81; M.L. Lennarts & P.M. Veder, 'The Dutch Domestic Cross-Border Insolvency Framework (and Why it is Badly in Need of Reform, Illustrated by the Yukos-Litigation)', *International Insolvency Law Review* 2012, p. 220; Berends in zijn Preadvies 2016 (zie noot 47); en B. Wessels recentelijk in zijn blog van 10 januari 2022: 'How are the Dutch doing with cross-border insolvency law', <https://bobwessels.nl/blog/2022-01-doc3-how-are-the-dutch-doing-with-cross-border-insolvency-law/> (laatst geraadpleegd 22 april 2022).