

Artikel

Fraude & asset recovery: een routekaart voor het terughalen van vermogensbestanddelen langs civielrechtelijke weg

Mr. dr. C.G. van der Plas en mr. C.L. van Tilburg*

1. Inleiding en casus

Bij het opmaken van de jaarstukken van de in Nederland gevestigde onderneming Silvio B.V. blijken de cijfers niet aan te sluiten. De Italiaanse moedermaatschappij Renzi SA, tevens statutair bestuurder van Silvio B.V., is hier niet gerust op en laat onderzoek doen. Uit dit onderzoek volgt dat voor een enorm bedrag gelden zijn overgeboekt naar een tiental rekeningnummers waarbij steeds de Belastingdienst of een pensioenfonds als begunstigde is vermeld. Geen van deze rekeningnummers blijkt echter toe te behoren aan de Belastingdienst of het pensioenfonds. Het is onbekend op wiens naam die rekeningen wel staan. Wel blijkt dat een van de werknemers die bij Silvio B.V. de financiële administratie deed, vlak na de laatste verdachte transactie ontslag heeft genomen. In diezelfde periode blijken ook een boekhouder van Renzi SA en een boekhouder van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij Trumpit Ltd ontslag te hebben genomen.

In deze bijdrage zal stapsgewijs aan de hand van bovenstaande casus uiteen worden gezet hoe via civielrechtelijke weg kan worden achterhaald waar weggesluisde vermogensbestanddelen zijn gebleven en hoe deze kunnen worden teruggehaald. Daarbij zal niet alleen aandacht worden besteed aan de mogelijkheden die het

Nederlandse recht daarvoor biedt, maar zullen ook enkele *discovery tools* uit *common law* jurisdicties de revue passeren.

Het kan raadzaam zijn om parallel aan de civielrechtelijke route ook de strafrechtelijke route te bewandelen. Een combinatie van deze twee routes kan leiden tot een wederzijdse kruisbestuiving.¹ In deze bijdrage zal daar echter niet verder op in worden gegaan.

2. Timing

Het is van belang dat zo lang mogelijk onderzoek kan worden gedaan naar de mogelijke fraude bij Silvio B.V. zonder dat de vermoedelijke fraudeur daarvan op de hoogte raakt en kans ziet de onttrokken gelden (verder) weg te sluisen. De groep van mensen die op de hoogte is van het vermoeden van fraude en het onderzoek dient derhalve zo klein mogelijk te worden gehouden. Het is immers nog niet duidelijk wie binnen het concern bij de fraude betrokken is.

Tegelijkertijd is snelheid geboden. Het geld staat vandaag misschien nog op de rekeningen waarnaar het vanaf de rekening van Silvio B.V. is overgeboekt, morgen wellicht niet meer. Hetzelfde geldt voor de beschikbaarheid van informatie om de fraude in kaart te kunnen brengen

1. Naast het doen van aangifte kan een fraudeslachtoffer zich met een vordering voegen als benadeelde partij in het strafproces en gebruikmaken van zijn informatie- en spreekrecht. De informatie die het fraudeslachtoffer via het strafproces verkrijgt, komt hem mogelijk weer van pas in het civiele traject. Ook kan de strafrechtelijke route behulpzaam zijn bij het treffen van bewarende maatregelen.

* Mr. dr. C.G. van der Plas is advocaat bij Florent te Amsterdam en universitair docent Internationaal privaatrecht aan de UvA. Mr. C.L. van Tilburg is advocaat bij Florent te Amsterdam.

en de vermogensbestanddelen te kunnen traceren. Wat vandaag nog beschikbaar is, kan morgen weg zijn. Toch kan het soms raadzaam zijn niet direct maatregelen te treffen. Zo dient bijvoorbeeld een conservatoir derdenbeslag onder een bank binnen acht dagen te worden overbetekend aan de betreffende rekeninghouder(s).² Vanaf dat moment weet de vermoedelijke fraudeur dat de benadeelde achter hem aan zit. Het is derhalve van essentieel belang het verrichten van het onderzoek en het nemen van juridische maatregelen goed te coördineren. Dit geldt eens te meer wanneer meerdere jurisdicties betrokken (blijken te) zijn.

3. Mareva by Letter

Een van de eerste kwesties waarover Renzi SA opheldering zou willen krijgen, is de identiteit van de houders van de rekeningen waarnaar de gelden vanaf de rekening van Silvio B.V. zijn overgeboekt. Niet alleen lijkt het waarschijnlijk dat deze rekeninghouders betrokken zijn bij de fraude, maar zonder identiteit van de rekeninghouder kunnen ook geen beslagmaatregelen worden genomen. Het kan daarom behulpzaam zijn de betreffende banken een zogenaamde *Mareva by Letter* te zenden.

3.1. Herkomst en betekenis

De *Mareva by Letter* is een buitengerechtelijk instrument dat tot ontwikkeling is gekomen in *common law* jurisdicties als het Verenigd Koninkrijk, Canada en de Verenigde Staten. In deze jurisdicties geldt als uitgangspunt dat er geen algemene zorgplicht rust op banken jegens derden met wie zij geen (contractuele) relatie hebben.³ In toenemende mate oordelen de rechters van deze jurisdicties echter dat een bank aansprakelijk kan zijn voor schade die een derde heeft geleden als gevolg van fraude door cliënten van de bank.⁴ Hierbij speelt een bepaalde mate⁵ van wetenschap aan de zijde van de bank een grote rol. Zo oordeelde de *Ontario Supreme Court* in een zaak dat de bank aansprakelijk is voor schade jegens benadeelden wanneer de bank op de hoogte is van de fraude, de bank redelijke gronden heeft te veronderstellen dat sprake is van fraude of de bank nalaat toe-

reikend onderzoek te doen indien zij gewezen wordt op de mogelijke fraude.⁶

Deze wetenschap van de bankinstelling waar de bij de fraude gebruikte bankrekening(en) wordt aangehouden, kan door de benadeelde partij worden bewerkstelligd door deze bank een brief te zenden waarin (de toedracht van) de fraude zo gedetailleerd mogelijk uiteen wordt gezet. De gedachte achter het versturen van zo'n *Mareva by Letter* is dat de ontvangst van een dergelijke brief ertoe leidt dat de betreffende bankinstelling vanaf dat moment niet meer kan volhouden dat zij niet bekend was met de gepleegde fraude en gedwongen wordt in actie te komen om verdere schade van de benadeelde te voorkomen. Indien de betreffende bankrekening nog een positief saldo heeft, zou de bank dit dienen te bevriezen⁷ om te voorkomen dat de gelden naar andere rekeningen worden overgeboekt. De benadeelde partij heeft dan tijd om civielrechtelijke maatregelen te treffen, zoals het leggen van (conservatoir) beslag. In het geval de bank ervoor kiest de *Mareva by Letter* te negeren, loopt zij het risico aansprakelijk te worden gehouden voor de schade van de benadeelde partij voor zover die is ontstaan nadat de bank ermee bekend is geraakt dat de bij haar aangehouden bankrekening voor frauduleuze activiteiten wordt gebruikt. Uit Canadese rechtspraak volgt dat de zorgplicht die jegens de benadeelde partij is ontstaan, vervalt op het moment dat de bank melding maakt van de fraude bij de bevoegde autoriteiten en de tegoeden befrist.⁸

3.2. Opkomst in *civil law* jurisdicties

Ook in Zwitserland, een *civil law* jurisdictie, wordt gebruikgemaakt van de zogenaamde *Mareva by Letter*. Indien een bankinstelling aldaar een serieuze melding van fraude ontvangt, dient zij de centrale toezichthouder, *The Money Laundering Reporting Office Switzerland*, daarover te informeren. Daarnaast is de betreffende bankinstelling verplicht het banksaldo van de vermoedelijke fraudeur gedurende een periode van vijf dagen bevroren te houden. Deze rekeninghouder mag in de tussentijd niet door de bank worden geïnformeerd over de *Mareva by Letter* en de melding daarvan bij de toezichthouder. Vervolgens kan, in combinatie met het doen van aangifte en direct handelen door het Zwitserse Openbaar Ministerie, strafrechtelijk beslag worden bewerkstelligd en heeft de benadeelde partij de tijd om ook civielrechtelijk actie te ondernemen.⁹

Hoewel de *Mareva by Letter* in de Nederlandse rechtspraak (nog) niet tot ontwikkeling is gekomen, volgt uit de rechtspraak dat banken, onder omstandigheden, ook

2. Zie art. 720 Rv jo. art. 475i Rv.

3. Zie o.a. *Customs and Excise Commissioners v Barclays Bank* [2004] 2 AL ER 789; *Lerner v Fleet Bank*, NA 459 F 3d 273, 286 (2d Cir 2006).

4. Zie L. Caylor, M.S. Kenney, Y. Klein & K. Phelps, 'Emergence of the Mareva by Letter: Banks' Liability to Non-Customer Victims of Fraud', *Business Law International*, Vol 12, No 2, May 2011, p. 197 e.v.

5. Zo wordt in de Amerikaanse rechtspraak onderscheid gemaakt tussen *Actual knowledge*, *Constructive knowledge following red flags warnings of Deliberate ignorance*. Van het eerste geval is sprake wanneer de bank actief betrokken is bij de gepleegde fraude; van *Constructive knowledge* is sprake wanneer de bank de fraude zou hebben ontdekt indien zij degelijk onderzoek had gedaan; van *Deliberate ignorance* kan worden gesproken wanneer de bank bewust signalen die duiden op fraude negeert. Zie bijv. *Fine v Sovereign Bank*, 634 F Supp 2d 126, 137 (D Mass 2008).

6. *Semac Industries Ltd v 1131426 Ontario Ltd*, 2001 CanLII 28375 (ON SC).

7. De *Mareva by Letter* dankt zijn naam aan de – daarvan te onderscheiden – *Mareva Injunction*, zijnde een gerechtelijk bevestigingsbevel.

8. *Dynasty Furniture v Manufacturing Ltd v Toronto Dominion Bank*, 2010 ONSC 436.

9. Zie L. Caylor, M.S. Kenney, Y. Klein & K. Phelps, 'Emergence of the Mareva by Letter: Banks' Liability to Non-Customer Victims of Fraud', *Business Law International*, Vol 12, No 2, May 2011, p. 209 e.v.

een bijzondere zorgplicht hebben jegens derden. Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak over een Ponzi-zwandel waarbij er sprake was van ongebruikelijk betalingsverkeer op twee bankrekeningen die bij de ABN AMRO werden aangehouden, dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.¹⁰

Door de bank met een *Mareva by Letter* te wijzen op (de toedracht van) de fraude kan de bank gehouden zijn actie te ondernemen om verdere schade voor Silvio B.V. als benadeelde partij te beperken. Het is goed daarbij voor ogen te houden dat de bank zich door de ontvangst van een *Mareva by Letter* in een lastige situatie bevindt. Enerzijds loopt de bank het risico aansprakelijk te worden gehouden door de benadeelde derde als de bank de bankrekening(en) niet bevriest dan wel de verzochte informatie niet verstrekt, anderzijds loopt de bank het risico door de rekeninghouder(s) te worden aangesproken indien deze schade lijdt door de maatregelen die de bank naar aanleiding van de *Mareva by Letter* treft. De bank zal dus zelf onderzoek gaan doen en op basis daarvan een risico-inschatting maken. Daarbij is het voor de benadeelde derde van groot belang dat de rekeninghouder(s) (nog) niet door de bank wordt geïnformeerd.

In het geval kennisname van de *Mareva by Letter* de bank niet tot (de verzochte) actie beweegt, is een logische vervolgstap het doen van een inzageverzoek ex artikel 843a Rv. Zolang de identiteit van de rekeninghouder(s) niet bekend is, kunnen immers ook geen beslagmaatregelen worden getroffen. Voor zover de gelden niet meer op de bankrekening(en) staan waarnaar zij vanaf de bankrekening van Silvio B.V. zijn overgeboekt, wil Silvio B.V. bovendien weten naar welke rekeningen de gelden zijn overgeboekt. Dat kan het alleen maar te weten komen als het inzage wordt verstrekt in de afschriften van de betreffende bankrekening(en).

10. Zie HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, JOR 2016/34 m.nt. F.M.A. 't Hart (*ABN AMRO/Stichting belangenbehartiging gedupeerde beleggers VDB*). Zie voorts HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 (*Safe Haven*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat gelet op de bijzonder zorgplicht die de maatschappelijke functie van een bank met zich meebrengt, de bank jegens derden onzorgvuldig had gehandeld door onvoldoende onderzoek te doen naar een rekeninghouder die, mogelijk in strijd met de Wet toezicht effectenbeheer, beleggingsactiviteiten verrichtte.

11. De inhoud van deze paragraaf vormt een bewerking van hoofdstuk 2 van C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014.

4. Het Nederlandse inzagerecht¹¹

Van het inzagerecht als neergelegd in artikel 843a Rv wordt in toenemende mate gebruikgemaakt.¹² Ondanks de stijging in populariteit van het inzagerecht in Nederland, blijven de mogelijkheden tot *discovery* beperkt en is de reikwijdte van artikel 843a Rv niet altijd voldoende duidelijk.

4.1. Wettekst en status wetsvoorstel

Artikel 843a Rv bepaalt als volgt:

1. 'Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Onder bescheiden worden mede verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens.
2. De rechter bepaalt zo nodig de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft.
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.
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.'

De kern van artikel 843a Rv staat in het eerste lid. Om voor toewijzing in aanmerking te kunnen komen moet een vordering tot inzage¹³ van bepaalde bescheiden aan vier voorwaarden voldoen: (1) de eisende partij dient een rechtmatig belang te hebben; (2) de bescheiden dienen voldoende bepaald te zijn; (3) de bescheiden moeten zien op een rechtsbetrekking waarin de eiser of zijn rechtsvoorganger partij is; en (4) degene van wie inzage wordt verlangd dient (feitelijk) te kunnen beschikken over de bescheiden.

Een deel van de onduidelijkheid over de reikwijdte van artikel 843a Rv betreft de invulling van deze vier voorwaarden. Deze voorwaarden kristalliseren zich in de

12. J. Ekelmans, 'Efficiënt gebruik en beoordeling inzagevorderingen na HR 13 november 2015', *NTBR* 2016/7.

13. In deze publicatie zal steeds van 'inzage' worden gesproken als verzamelnaam voor 'inzage, afschrift of uittreksel'.

jurisprudentie steeds meer uit.¹⁴ Daarnaast is er een wetsvoorstel aanhangig in de Tweede Kamer waarmee wordt beoogd (een deel van) de bestaande onduidelijkheid over de reikwijdte van artikel 843a Rv uit de weg te ruimen.¹⁵ De behandeling van het wetsvoorstel is echter op de lange baan geschoven, vanwege de nauwe verbanden van het inzage-recht met het bewijsrecht dat eveneens wordt herzien. Door de wetswijzigingen te laten samenvallen, kunnen de onderwerpen beter op elkaar worden afgestemd.¹⁶

Het voert binnen het bestek van dit artikel te ver om uitvoerig in te gaan op de ontwikkeling van het inzage-recht in de jurisprudentie en het aanhangige wetsvoorstel. Aan de hand van de geschetste casus zullen in de volgende paragraaf de belangrijkste elementen van het Nederlandse inzage-recht worden besproken.

4.2. Voorwaarden voor toewijzing

• *Rechtsbetrekking*

Het eerste vereiste is dat degene die inzage vraagt partij dient te zijn bij een rechtsbetrekking. Dat wordt ruim verstaan. Onder het begrip ‘rechtsbetrekking’ in artikel 843a Rv vallen alle rechtsverhoudingen waarover partijen een geschil kunnen hebben; het ziet dus niet alleen op overeenkomsten tussen partijen maar ook op verbanden uit onrechtmatige daad,¹⁷ ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling.¹⁸ Bovendien hoeft het bestaan van de rechtsbetrekking nog niet vast te staan; het al dan niet bestaan kan immers juist de inzet van het geding zijn.¹⁹

Voorwaarde is voorts dat de bescheiden die worden opgevraagd zien op de rechtsbetrekking waarbij de eiser partij is. Dat zal niet snel een probleem zijn, nu deze voorwaarde in de jurisprudentie doorgaans zo wordt uitgelegd dat de bescheiden relevant moeten kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil met het oog waarop

verstrekking wordt gevraagd.²⁰ De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel – waarmee geen inhoudelijke wijziging van artikel 843a lid 1 Rv is beoogd²¹ – ondersteunt deze ruime opvatting door expliciet te vermelden dat het eveneens kan gaan om bescheiden waarbij degene die inzage verlangt, niet als partij betrokken is.

Een fraudeslachtoffer zoals Silvio B.V.²² zou dus inzage kunnen verzoeken in de bankafschriften van de bankrekeningen via welke de frauduleuze betalingen zijn gelopen om bewijsmateriaal te verzamelen voor een aansprakelijkheidsprocedure tegen de fraudeur alsook om te achterhalen waar het geld gebleven is.

Daarmee is echter nog niet gezegd of het verzoek tot inzage ook kan worden gericht tot de bank in plaats van aan de rekeninghouder zelf (waarvan in het geval van Silvio B.V. de identiteit nog niet bekend is). Uit de huidige wettekst wordt niet duidelijk of bescheiden al dan niet bij derden kunnen worden opgevraagd. In 2000 heeft de Hoge Raad die mogelijkheid nog expliciet afgewezen in een zaak waarin een fraudeslachtoffer de bank had verzocht inzage te verlenen in de bankafschriften van de bankrekening via welke was gefraudeerd.²³ In 2015 is de Hoge Raad echter omgegaan,²⁴ met verwijzing naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel waarin uitdrukkelijk is vermeld dat een inzageverzoek ook aan een derde kan worden gericht.²⁵ Silvio B.V. kan zich dus rechtstreeks tot de bank wenden waar de rekeningen worden aangehouden waarnaar de gelden vanaf de bankrekening van Silvio B.V. zijn overgeboekt.

• *Rechtmatig belang*

Silvio B.V. dient voorts een rechtmatig belang te hebben bij het inzageverzoek. Die voorwaarde brengt mee dat het belang van de eiser steeds moet worden afgewogen tegen de andere betrokken belangen.²⁶ De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel verduidelijkt dat het daarbij niet alleen om het belang van de wederpartij²⁷ gaat, maar ook kan zien op het belang van degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft of degene op wie de informatie in de bescheiden mede betrekking heeft. De voorwaarde van het rechtmatig belang zou daarmee een kapstok bieden aan de rechtspraak om ‘de proportionaliteit en subsidiariteit van de aanspraak of afschrift van bescheiden’ te kunnen beoordelen.²⁸ Daarin kan de

14. Zie over de ontwikkeling van het inzage-recht in de jurisprudentie o.a. twee dissertaties uit 2010: J.R. Sijmonsma, *Het inzage-recht (Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering)*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deel IX, Deventer: Kluwer 2010 en J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deel X, Deventer: Kluwer 2010. Zie voorts voor verwijzingen naar meer recente literatuur en jurisprudentie: J. Ekelmans, ‘Efficiënt gebruik en beoordeling inzagevorderingen na HR 13 november 2015’, *NTBR* 2016/7.

15. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 2 (Voorstel van wet; Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden). Zie voor een bespreking van dit wetsvoorstel: J. Ekelmans, ‘Het inzage-recht verbeterd?’, *NTBR* 2012/10, p. 49-58.

16. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 079, nr. 6, p. 3.

17. Dit volgt reeds uit de memorie van toelichting met betrekking tot de wetswijziging van 2002: A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 554.

18. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 3 (Memorie van toelichting; Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden), p. 9.

19. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 9.

20. GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 843a Rv, aant. 3.4 (J. Ekelmans) met verwijzing naar diverse uitspraken.

21. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 3.

22. Het ligt het meest voor de hand Silvio B.V. (en niet Renzi SA) op te laten treden als eisende partij in de art. 843a-procedure (daarin vertegenwoordigd door Renzi SA als statutair bestuurder), nu Silvio B.V. de partij is die rechtstreeks is benadeeld door de fraude.

23. HR 18 februari 2000, LJN AA4877, NJ 2001, 259 m.nt. PV (*News c.s./ABN Amro*), r.o. 4.1.4.

24. Hoge Raad 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, RBP 2015, 70.

25. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 11.

26. *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart*, p. 553.

27. Met ‘wederpartij’ wordt de uiteindelijke wederpartij bedoeld, zijnde de partij op wie eiser een aanspraak meent te hebben (hier: de rekeninghouder/vermoedelijke fraudeur).

28. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 11.

omstandigheid dat het verzoek tot een derde wordt gericht worden meegenomen:

‘Daarbij kan dan bijvoorbeeld ook worden gedifferentieerd tussen de situatie waarbij de bescheiden zich bij de wederpartij of een derde bevinden. In het laatste geval ligt voor de hand dat strengere eisen aan de motivering van het beroep op het recht op afschrift van bescheiden mogen worden gesteld.’²⁹ Silvio B.V. zal dus extra aandacht moeten besteden aan de motivering van het inzageverzoek nu dit tegen de bank als derde partij is gericht.

- *Bepaalde bescheiden*

De bescheiden waarvan inzage wordt verzocht dienen voldoende bepaald te zijn. Met dit vereiste wordt beoogd *fishing expeditions* te voorkomen. Daarnaast kan, aan de hand van de gespecificeerde bescheiden, worden vastgesteld of de verzoeker een rechtmatig belang heeft bij het inzien van die bescheiden. Uit de wet volgt niet wanneer de verzochte bescheiden voldoende zijn bepaald, noch wordt deze vraag in de rechtspraak eenduidig beantwoord. Of een verzoek tot inzage van bepaalde bescheiden voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval.³⁰

In casu zal Silvio B.V. geen moeite hebben aan dit bepaaldheidsvereiste te voldoen. Silvio wenst naast de naw-gegevens van de houder(s) van de rekeningnummers waarnaar de gelden vanaf zijn rekening zijn overgeboekt, inzage in de bankafschriften van die betreffende bankrekeningen. Daarbij kan het aan de hand van zijn eigen rekeningafschriften specificeren in welke periode de overboekingen plaats hebben gevonden.

- *Tot zijn beschikking hebben*

Het inzageverzoek is beperkt tot bescheiden die degene tot wie het inzageverzoek is gericht tot zijn beschikking of onder zijn berusting heeft. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel³¹ valt daaronder ook de situatie dat degene van wie inzage wordt verzocht de bescheiden niet fysiek onder zich heeft omdat deze zich bij een derde bevinden, maar daarover wel de beschikking kan krijgen.³² De rechtspraak laat voorbeelden zien waarin degene tot wie het inzageverzoek is gericht wordt geacht deze bescheiden op te kunnen vragen bij een gelieerde rechtspersoon of een rechtsvoorganger, of een machtiging moet geven aan de eiser om de bescheiden op te vragen.³³

Bij een inzageverzoek gericht tegen een bank zal dit vereiste niet snel een obstakel vormen. Ook wanneer het

inzageverzoek van Silvio B.V. betrekking zou hebben op een rekening die wordt aangehouden bij een buitenlandse vestiging van een Nederlandse bank, zal die bank in principe worden geacht de bankafschriften tot haar beschikking te hebben. Daarmee is overigens niet gezegd dat een dergelijk grensoverschrijdend inzageverzoek voor de bank niet problematisch kan zijn.³⁴

4.3. Uitzonderingen op en methoden van inzageverlening

Als het inzageverzoek van Silvio B.V. voldoet aan de voorwaarden van het eerste lid van artikel 843a Rv is daarmee niet gezegd dat inzage ook daadwerkelijk wordt verleend. Het recht op inzage is niet absoluut.

- *Verschoningsrecht en wettelijke geheimhoudingsplicht*

Op grond van artikel 843a lid 3 Rv hoeft geen inzage hoeft te worden verstrekt door degene die een verschoningsrecht heeft. In het aanhangige wetsvoorstel is verduidelijkt dat ook een wettelijke geheimhoudingsplicht aan informatieverschaffing in de weg staat.³⁵ De gedachte is dan dat het verschoningsrecht besloten ligt in de wettelijke geheimhoudingsplicht. Bij de wettelijke geheimhoudingsplicht is blijkens de memorie van toelichting vooral gedacht aan toezichthouders voor wie kan gelden dat zij hun taak zonder inmenging van buitenaf kunnen uitvoeren. Irrelevant is dan bij wie de bescheiden zich bevinden.

Deze uitzondering zal niet in de weg staan aan het inzageverzoek van Silvio B.V., aangezien Nederlandse banken geen wettelijke geheimhoudingsplicht hebben met betrekking tot de gegevens van hun cliënten.³⁶ Verder is het aannemelijk dat de wetgever met het opnemen van de wettelijke geheimhoudingsplicht als *species* van het verschoningsrecht niet het oog heeft gehad op een geheimhoudingsplicht naar buitenlands recht.

- *Gewichtige redenen*

Daarnaast kunnen op grond van artikel 843a lid 4 Rv ook gewichtige redenen zich tegen inzage verzetten. Met deze uitzondering heeft de rechter voldoende mogelijkheid om andere belangen dan het rechtmatige belang van de verzoeker te laten prevaleren indien hij dat gerdacht acht. Uit de memorie van toelichting bij het aanhangige wetsvoorstel volgt dat de invulling van wat als gewichtige redenen moet worden beschouwd die aan de waarheidsvinding in de weg staan, bewust aan de rechtspraktijk wordt overgelaten. De variatieruimte is te onbegrensd om daar algemene uitspraken over te doen. De belangen die in ogenschouw moeten worden genomen

29. Kamerstukken II 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 11.

30. Zie bijv. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244 (X/Theodoor Gilissen), JOR 2013/30, m.nt. T.S. Jansen.

31. In het wetsvoorstel is de zinsnede ‘bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting hebben’ vervangen door ‘bescheiden tot hun beschikking hebben’, maar daarmee is geen inhoudelijke wijziging beoogd: zie Kamerstukken II 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 3.

32. Kamerstukken II 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 10.

33. GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 843a Rv, aant. 3.5 (J. Ekemans) met verwijzing naar diverse uitspraken.

34. Zie hierover uitvoerig: C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

35. Onduidelijk is in hoeverre de rechter op grond van het wetsvoorstel nog ruimte zal hebben voor een belangenafweging indien er sprake is van een wettelijke geheimhoudingsplicht. Zie hierover in meer detail: C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 16.

36. Zie in deze zin G.H. Sjobbema, *Informatieverplichtingen van banken ten dienste van belastingheffing*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2007, p. 123 e.v.

en het gewicht dat daaraan moet worden toegekend zijn afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Zo moet het mogelijk zijn een met een derde partij overeengekomen geheimhoudingsverklaring (geheel of gedeeltelijk) juist wel of juist niet onder ‘gewichtige redenen’ te scharen.³⁷

Uit de jurisprudentie blijkt dat banken nogal eens een beroep doen op hun contractuele geheimhoudingsplicht en privacyregelgeving als gewichtige redenen die zich tegen toewijzing van de vordering ex artikel 843a Rv zouden verzetten. In de regel lijkt de belangenafweging die vervolgens wordt gemaakt echter in het nadeel van de bank uit te vallen,³⁸ tenzij voor de eiser een alternatieve route voorhanden is waarmee hij inzage in de betreffende informatie kan verkrijgen.³⁹ Naar onze mening kan zo’n alternatieve route niet inhouden dat Silvio B.V. wordt geacht eerst de rekeninghouder zelf om de betreffende informatie te verzoeken. Nog daargelaten dat Silvio B.V. de identiteit van de rekeninghouders niet kent, kan in deze fase van het onderzoek niet van het bedrijf worden verwacht dat het de vermoedelijke fraudeur(s) met het inzageverzoek op de hoogte stelt van zijn ontdekking. Als Silvio B.V. de fraude voldoende aannemelijk weet te maken, zou een beroep van de bank op haar contractuele geheimhoudingsplicht en privacyregelgeving geen gewichtige reden moeten vormen die aan inzage in de weg staat.

Daarentegen zal de belangenafweging waarschijnlijk eerder in het voordeel van de bank uitvallen, indien het inzageverzoek van Silvio B.V. betrekking zou hebben op een bankrekening die wordt aangehouden in een jurisdictie die een bankgeheim kent en de betreffende bank⁴⁰ het risico loopt in die jurisdictie aan sancties te worden onderworpen wanneer zij Silvio B.V. in strijd met die wettelijke geheimhoudingsplicht inzage verleent.

- *Methoden van inzageverlening*

De beoordeling door de rechter van het beroep op de uitzondering van gewichtige redenen gaat in de regel hand in hand met de methoden waarop inzage kan worden verleend. Indien de rechter van oordeel is dat het belang van de aangezochte partij bij geheimhouding in het concrete geval beschermenswaardig is, hoeft dat niet steeds te leiden tot een afwijzing van het inzageverzoek. Artikel 843a lid 2 Rv maakt het mogelijk voor de rechter om de wijze waarop en de voorwaarden waaronder inzage wordt verschaft vast te stellen.⁴¹ Zo kan de rechter bevelen dat de bescheiden waarvan inzage is verzocht, geheim moeten worden gehouden, of beslissen dat de betreffende bescheiden alleen in geschoonde vorm ter

beschikking hoeven te worden gesteld dan wel dat alleen de rechter kennis neemt van de bescheiden in het kader van de beoordeling van het geschil in de bodemprocedure. Met dergelijke methoden van inzageverlening kan vaak het belang bij geheimhouding al worden ondervangen.⁴²

4.4. Mogelijk in kort geding, maar niet *ex parte*

Silvio B.V. heeft geen tijd te verliezen. Het zal derhalve gebruikmaken van de mogelijkheid een inzageverzoek te doen in kort geding. Een groot nadeel is echter dat de procedure van artikel 843a Rv geen *ex parte* procedure is. Niet alleen kost een procedure op tegenspraak meer tijd dan een *ex parte* procedure, ook bestaat het risico dat de betrokken derde, *in casu* de bank, de vermoedelijke fraudeur van het inzageverzoek op de hoogte stelt. Weliswaar kan dit risico worden verkleind door de derde geheimhouding te verzoeken en de derde te wijzen op het risico van aansprakelijkheid indien het inzageverzoek en de inhoud daarvan niet vertrouwelijk wordt behandeld, maar daarmee is het risico niet geëlimineerd.

5. Third party disclosure orders in het Engelse recht

Uit het voorgaande volgt dat het Nederlandse inzage-recht zeker mogelijkheden biedt voor een door fraude benadeelde partij. Het kent echter ook beperkingen die juist in fraudezaken – waar snelheid en vertrouwelijkheid van essentieel belang zijn – nadelig kunnen zijn. Wanneer een vergelijking wordt getrokken met de mogelijkheden in het Verenigd Koninkrijk valt op dat *discovery* in deze jurisdictie verder ontwikkeld is.

5.1. Norwich Pharmacal en Bankers’ Trust orders

De *Norwich Pharmacal order* heeft zijn naam te danken aan de fameuze beslissing van de *House of Lords* in de procedure tussen het farmaceutisch bedrijf *Norwich Pharmacal* en de Engelse douaneautoriteit.⁴³ Deze zaak betrof een intellectuele eigendomszaak waarbij inbreuk werd gemaakt op een octrooi van het bedrijf *Norwich Pharmacal* dat daardoor was benadeeld. *Norwich Pharmacal* kon echter niet optreden tegen de inbreukmaker omdat het bedrijf niet bekend was met de identiteit van de inbreukmaker. De enige manier om aan deze gegevens te komen was via een derde partij, de *Commissioners of Customs & Excise*. Deze Engelse douaneautoriteit weigerde echter de informatie te delen omdat de gevraagde informatie als vertrouwelijk werd aangemerkt. *Norwich Pharmacal* heeft vervolgens de douaneautoriteit in rechte betrokken en inzage gevorderd. In de procedure die volgde, oordeelde de *House of Lords* uiteindelijk dat het belang van de benadeelde partij preva-

37. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 12-13.

38. Zie bijv. Rb. Amsterdam 11 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF0587, r.o. 4.12.

39. Zie bijv. Rb. Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0350.

40. Bijvoorbeeld een Nederlandse bank met een filiaal in het buitenland.

41. De huidige wettekst spreekt alleen over de ‘wijze waarop’; in de tekst van het wetsvoorstel zijn daaraan de ‘voorwaarden waaronder’ toegevoegd zonder dat daarmee een inhoudelijke wijziging lijkt te zijn beoogd ten aanzien van de bestaande praktijk.

42. Ook kunnen er zogenaamde *fishing expeditions* mee worden tegengegaan. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 079, nr. 3, p. 6.

43. *Norwich Pharmacal v Commissioners of Customs & Excise* [1974] AC 133.

leert boven het belang van de inbreukmaker en de benadeelde partij diende te informeren over de identiteit van de inbreukmaker:

‘ (...) if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortuous acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he becomes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and identifying the identity of the wrongdoers.’

De toewijzing van de vordering van *Norwich Pharmacal* door de Engelse rechter leidde tot schending van de zogenaamde ‘*mere witness*’-regel. Deze regel omvat(te)⁴⁴ het verbod voorafgaand aan een procedure een derde te verzoeken een getuigenis af te leggen of documenten te overleggen indien deze getuige kan worden opgeroepen op het moment dat een procedure aanhangig wordt gemaakt.⁴⁵ De schending van de ‘*mere witness*’-regel werd door de *House of Lords* echter aanvaardbaar geacht omdat de derde in deze zaak de enige houder van de informatie was en het gevolg van geheimhouding van die informatie zou betekenen dat de benadeelde geen zaak zou kunnen starten tegen de inbreukmaker. Daarmee was de *Norwich Pharmacal Order* een feit.

Dat een *Norwich Pharmacal order* verder strekt dan de situatie die zich in de gelijknamige zaak voordeed, volgt uit de *Bankers’ Trust*-zaak.⁴⁶ In deze zaak ging het om twee cheques die waren verzilverd door de Amerikaanse bank *Bankers’ Trust Co.* De bank had het bedrag vervolgens op verzoek van de heer Shapiro overgemaakt naar een bankrekening die door hem werd aangehouden bij de Engelse bank *Discount Bank (Overseas) Limited*. Toen *Bankers’ Trust Co* ermee bekend raakte dat de cheques waren vervalst, heeft zij *Discount Bank (Overseas) Limited* om informatie verzocht teneinde te achterhalen waar het geld was gebleven. Het verzoek om informatie werd door *Discount Bank (Overseas) Limited* afgewezen met een beroep op de geheimhoudingsplicht van die bank.

In de daaropvolgende procedure oordeelde de Engelse rechter dat een *disclosure order* ook kan worden verzocht in het geval de benadeelde informatie van een derde nodig heeft om vermogensbestanddelen van de vermoedelijke fraudeur te traceren. De benadeelde dient daarbij aan te tonen dat de gevraagde informatie ook daadwerkelijk leidt tot het traceren en veiligstellen van vermogensbestanddelen.⁴⁷ Het is vervolgens aan de rechter om een afweging te maken tussen een eventuele schending van privacy of geheimhouding en het belang van de

benadeelde bij het verkrijgen van de informatie.⁴⁸ Deze toepassing van de *Norwich Pharmacal order* wordt ook wel aangeduid als de *Bankers’ Trust order*. In latere rechtspraak is het toepassingsbereik van de *Norwich Pharmacal order* verder uitgebreid, waarbij de voorwaarden voor toewijzing van het verzoek ruim worden uitgelegd.⁴⁹

De procedure waarin om een *Norwich Pharmacal order* wordt verzocht zal veelal een *ex parte*-karakter hebben. Weliswaar geldt als uitgangspunt dat de betrokken derde een afschrift van het verzoek dient te ontvangen, maar daarvan wordt in fraudezaken in de regel afgezien vanwege het spoedeisende en vertrouwelijke karakter.⁵⁰ Zo mag het verzoek worden ingesteld zonder berichtgeving aan de bank waarvan informatie wordt verzocht met betrekking tot een rekening die bij die bank door de vermoedelijke fraudeur wordt aangehouden, teneinde te voorkomen dat de bank haar rekeninghouder op de hoogte stelt van het verzoek.⁵¹ Een mogelijkheid die de procedure ex artikel 843a Rv niet kent.

5.2. Gagging order

De *Norwich Pharmacal* of *Bankers’ Trust order* zal meestal worden voorzien van, of voorafgegaan door, een zogenaamde *gagging order*. Een *gagging order* richt zich ofwel tot eenieder die bepaalde kennis heeft van een vertrouwelijke procedure (*sealed proceedings*) ofwel specifiek tot de derde die op grond van de *disclosure order* de benadeelde van informatie dient te voorzien. In dat laatste geval omvat de *gagging order* de verplichting niemand van het betreffende verzoek op de hoogte te stellen. Een *gagging order* wordt opgelegd op straffe van *contempt of court*, gevangenisstraf en beslaglegging van vermogensbestanddelen.

Met name in gevallen waarin een contractuele rechtsverhouding bestaat tussen de derde en de vermoedelijke fraudeur kan een *gagging order* van groot belang zijn. Zo zou in onze casus de bank zonder *gagging order* zich mogelijk gehouden achten de betreffende rekeninghouders te informeren over de ontvangen *disclosure order* met alle gevolgen van dien. Het Nederlandse recht kent niet zoiets. Wel denkbaar zou zijn om tegelijkertijd met het inzageverzoek ex artikel 843a Rv een verzoek te doen aan de rechter om de bank te verbieden om met derden, onder wie de rekeninghouder, te communiceren over het inzageverzoek onder verbeurte van een dwangsom.

44. Inmiddels lijkt de *mere witness*-regel, voor het eerst aangenomen rond 1750, te zijn verlaten. In deze zin Ch. Hollander, ‘*Norwich Pharmacal takes wings*’, *C.J.Q.* 2009, 28(4), alsook S. Bushell & G. Milner-Moore, *Disclosure of Information: Norwich Pharmacal and Related Principles*, United Kingdom: Tottel Publishing 2013.

45. *Plummer v May* [1750].

46. *Bankers’ Trust v Shapira* [1980] 1 WLR 1274.

47. *Arab Monetary Fund v Hashim* (No 5) [1992] 2 ALL ER 911.

48. *Arab Monetary Fund v Hashim* (No 5) [1992] 2 ALL ER 911.

49. Zie voor een uitgebreide bespreking: S. Bushell & G. Milner-Moore, *Disclosure of Information: Norwich Pharmacal and Related Principles*, United Kingdom: Tottel Publishing 2013.

50. Zie L. Graham, in: *Asset Tracing & Recovery, The FraudNet World Compendium*, Berlijn: Erich Schmidt Verlag 2009, p. 494.

51. Zie V.C.J. Brugge en H.J.Th. Biemond, ‘*Asset tracing*’, *MvV* 2010/ 12, p. 313.

6. Bewijsbeslag

Het kan raadzaam zijn een inzageverzoek ex artikel 843a Rv vooraf te laten gaan door een bewijsbeslag. Dat zal niet nodig zijn wanneer het inzageverzoek is gericht tegen een bank, maar stel dat in de geschetste casus duidelijk is geworden dat een deel van het geld is overgeboekt naar in Nederland gevestigde partijen. Deze partijen beschikken mogelijk over bescheiden waaruit kan worden opgemaakt wat er met het geld is gebeurd. Het gevaar bestaat echter dat deze partijen het bewijs verduisteren zodra zij op de hoogte raken van het inzageverzoek. Om dat te voorkomen kan bewijsbeslag worden gelegd onder deze partijen.

Het bewijsbeslag vindt zijn oorsprong in het intellectueel eigendomsrecht.⁵² In de lagere rechtspraak werd bewijsbeslag ook in andere civiele zaken toegestaan. Die praktijk is in 2013 door de Hoge Raad bevestigd.⁵³ In dat arrest – waarin het ging om bewijsbeslag op digitale bestanden in het woonhuis van de beslagene – heeft de Hoge Raad een aantal uitgangspunten geformuleerd voor bewijsbeslag in niet-IE-zaken. Zo kan bewijsbeslag slechts plaatsvinden onder de in artikel 843a Rv gestelde voorwaarden. Het bewijsbeslag is daarmee beperkt tot ‘bescheiden’, daaronder ook begrepen digitale bestanden en de gegevensdragers waarop deze bestanden te vinden zijn. Belangrijk is voorts dat het verlov *ex parte* kan worden gegeven, met name indien uitstel van het verlenen van verlov de verzoeker onherstelbare schade zal berokkenen of indien er een aantoonbaar gevaar voor verduistering of verlies van het bewijs bestaat. Doorgaans zal er voldoende grond zijn om het verlov *ex parte* te verlenen. Zo zal het Silvio B.V. weinig moeite kosten de rechter ervan te overtuigen dat het belang heeft bij een *ex parte* behandeling van zijn verzoek tot verlenen van verlov van bewijsbeslag onder de vermoedelijke fraudeurs.⁵⁴

Vaak zal het bewijsbeslag betrekking hebben op digitale gegevens, waardoor het nodig zal zijn naast een deurwaarder ook een IT-specialist in de arm te nemen.⁵⁵ Voor zover de digitale gegevens zich in de *cloud* bevinden zal de beslagene deze bestanden toegankelijk dienen te maken voor de deurwaarder, bijvoorbeeld door het verschaffen van het wachtwoord. Deze plicht heeft de beslagene niet als de digitale bestanden op een gegevensdrager staan, ook al zijn de betreffende bestanden versleuteld of met een toegangscode beschermd. De deurwaarder kan op dat moment immers volstaan met het in beslag nemen van de gegevensdrager zelf.⁵⁶

52. Zie art. 1019b Rv.

53. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455 m.nt. H.B. Krans, JOR 2013/330 m.nt. E. Loesberg.

54. Het verlov zal zich wel beperken tot het Nederlands territorium. Zie hierna par. 7.1.

55. Het is aan te bevelen gebruik te maken van een deurwaarder die heeft zich gespecialiseerd in het leggen van bewijsbeslag. Deze deurwaarders schakelen ook op dit terrein deskundige IT-specialisten in. Zie bijv. <http://www.equilibristen.nl/>.

56. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, r.o. 3.9.8 en 3.9.9.

Het beslaan van bescheiden betekent nog niet dat deze bescheiden mogen worden ingezien door de beslaglegger. Het rechterlijk verlov voor bewijsbeslag geeft geen verdergaande aanspraken dan bewaring van de in beslag genomen bescheiden.⁵⁷ Daarom dient, nadat door middel van bewijsbeslag de bescheiden veilig zijn gesteld, alsnog een artikel 843a-procedure te worden gestart.

Het verlov voor bewijsbeslag wordt verleend onder voorwaarde dat het instellen van de eis in de hoofdzaak geschiedt binnen de door de voorzieningenrechter bepaalde termijn van ten minste acht dagen na het beslag (artikel 700 lid 3 Rv). Doorgaans wordt deze termijn op twee weken gesteld; alleen in uitzonderlijke gevallen wordt een langere termijn gegeven.⁵⁸ Een inzagevordering ex artikel 843a Rv kan in dat verband worden aangemerkt als een ‘eis in de hoofdzaak’.⁵⁹

Als Silvio B.V. verlov heeft gekregen voor het leggen van bewijsbeslag onder de vermoedelijke fraudeurs op bepaalde bescheiden, is daarmee nog niet gegeven dat ook de inzagevordering van Silvio B.V. met betrekking tot diezelfde bescheiden zal worden toegewezen. Weliswaar dient de rechter bij het verlenen van verlov voor bewijsbeslag de vereisten van artikel 843a Rv in acht te nemen, de toets voor het aannemelijk maken van de fraude bij een inzagevordering ex artikel 843a Rv is echter strenger dan bij een verzoek tot verlov voor bewijsbeslag (maar weer minder streng dan bij de vordering in de bodemprocedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd van de fraudeur(s)).⁶⁰

7. We weten waar de vermogensbestanddelen zijn en dan?

Uit de informatie die vergaard is met behulp van de verschillende *discovery tools* volgt dat de fraude een opzette is geweest tussen de drie werknemers die werkzaam waren op de financiële afdeling van respectievelijk Renzi SA, Silvio B.V. en Trumpit Ltd en in dezelfde periode het bedrijf hebben verlaten. Zij hebben daarbij gebruikgemaakt van verschillende entiteiten waarvan een aantal in het Verenigd Koninkrijk, de Britse Maagdeneilanden en Italië is gevestigd en een aantal in Nederland. Deze entiteiten blijken de rekeninghouders te zijn van de Nederlandse bankrekeningen waarnaar de gelden vanaf de rekening van Silvio B.V. zijn overgeboekt. De gelden blijken vervolgens deels te zijn overgeboekt naar andere

57. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, r.o. 3.6.2.

58. De Beslagsyllabus, versie augustus 2016, p. 15.

59. Zie Hof Amsterdam 24 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:BW4100, r.o. 3.63 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 november 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:8685), r.o. 4.4.

60. Zie hierover HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, NJ 2016/491 m.nt. C. Gielen en J. Ekkelmans, ‘Efficiënt gebruik en beoordeling inzagevorderingen na HR 13 november 2015’, NTBR 2016/7. Zie voorts HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2643.

bankrekeningen van die entiteiten, aangehouden bij een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde bank en bij filialen in Italië en op de Britse Maagdeneilanden van een in Nederland gevestigde bank. Voorts is uit het onderzoek naar voren gekomen dat een van de fraudeurs een riante villa heeft op de Britse Maagdeneilanden.

7.1. Beslaglegging in Nederland en over de grens

Het ligt voor de hand voor zover mogelijk conservatoire beslagen te leggen op de getraceerde vermogensbestanddelen. Ervan uitgaande dat Silvio B.V. aannemelijk kan maken dat het het slachtoffer is geworden van een fraude waarbij de hierboven genoemde werknemers en entiteiten betrokken zijn, zal het vrij makkelijk en snel verlot kunnen krijgen van een Nederlandse rechter tot het leggen van conservatoir (derden)beslag ten laste van deze partijen.

• Territorialiteitsbeginsel

Een aandachtspunt daarbij is wel dat de Nederlandse rechter krachtens het territorialiteitsbeginsel alleen een beslagverlof kan geven voor zaken die zich op Nederlands territorium bevinden.⁶¹ De Nederlandse rechter zal derhalve geen verlot verlenen voor het leggen van conservatoir beslag op het onroerend goed dat gelegen is op de Britse Maagdeneilanden. Daarvoor dient de rechter aldaar te worden geadieerd.

Ingewikkelder ligt het ten aanzien van conservatoir derdenbeslag op vorderingen. Dit beslag kan namelijk wel een bepaalde mate van extraterritoriale werking hebben. Op grond van het befaamde Lindeteves-arrest⁶² valt een in het buitenland te lokaliseren⁶³ vordering onder een Nederlands beslag indien de (mede) in Nederland gevestigde derdebeslagene niet het risico loopt voor een tweede maal te moeten betalen. Wat betreft de bankrekening die wordt aangehouden bij het filiaal op de Britse Maagdeneilanden van een in Nederland gevestigde bank, dient de Nederlandse beslagrechter derhalve na te gaan of het Nederlandse derdenbeslag aldaar in aanmerking zal worden genomen als bevrijdend verweer van de betreffende Nederlandse bank. Indien sprake is van een

reëel risico voor de bank op dubbele betaling, zou dat in de weg moeten staan aan verlening of instandhouding van het beslagverlof. In dat geval is er geen ruimte voor extraterritoriale werking van het Nederlandse derdenbeslag en zal moeten worden bekeken of een rechter op de Britse Maagdeneilanden een *freezing injunction* kan geven.⁶⁴ Er kan uiteraard ook voor worden gekozen de Lindeteves-problematiek te omzeilen en meteen een lokale advocaat in te schakelen om in de betreffende jurisdictie bewarende maatregelen te treffen.

• Europees bankbeslag

Wat de bankrekeningen betreft die worden aangehouden bij de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde bank en het Italiaanse filiaal van de in Nederland gevestigde bank, is binnen de EU grensoverschrijdende beslaglegging sinds de inwerkingtreding van de EAPO⁶⁵-verordening⁶⁶ per 18 januari 2017 een stuk makkelijker geworden.⁶⁷ Voorheen kon – in ieder geval in theorie – weliswaar van de Nederlandse rechter een grensoverschrijdend beslagverlof worden gevraagd dat dan op grond van de Brussel Ibis-verordening⁶⁸ in de andere EU-lidstaten onder bepaalde voorwaarden zou moeten worden erkend en tenuitvoergelegd, maar dat bracht in de praktijk veel complicaties met zich mee.⁶⁹ Sinds de inwerkingtreding van de EAPO-verordening kan bij één bevoegde⁷⁰ rechter in de EU verlot worden gevraagd voor beslag op meerdere rekeningen die worden aangehouden in andere EU-lidstaten. Als de schuldeiser nog geen bodemprocedure tegen de schuldenaar is gestart, zal hij niet alleen voldoende bewijsmateriaal moeten verstrekken waaruit volgt dat dringend behoefte bestaat aan het Europees bevel tot conservatoir beslag, maar ook dat zijn vordering tegen de schuldenaar waarschijnlijk gegrond wordt verklaard.⁷¹ Dat zal dus ook gelden voor Silvio B.V. dat vanwege het maximale verrassingseffect

61. J.P. Verheul, *Aspekten van Nederlands Internationaal Beslagrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1968, p. 27.

62. HR 26 november 1954, *NJ* 1955, 698 m.nt. DJV. Dit arrest is nog steeds leidend. Zie hierover uitgebreid: C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 21-27.

63. Vorderingen zijn niet zo makkelijk te lokaliseren, aangezien zij onlichamelijk zijn en dus geen fysieke plaats hebben. Er worden drie mogelijkheden onderscheiden: de vordering wordt in Nederland gelokaliseerd indien de debiteur (de derdebeslagene) in Nederland woonplaats heeft, de crediteur (de beslagdebiteur) in Nederland woonplaats heeft, dan wel de vordering in Nederland betaalbaar is. In dat laatste geval wordt aan de hand van het recht dat van toepassing is op de aan de vordering ten grondslag liggende rechtsverhouding bepaald waar de vordering – die men wil beslaan – juridisch gezien betaald dient te worden. Er bestaat in de doctrine en jurisprudentie geen overeenstemming over welke van deze drie mogelijkheden gehanteerd dient te worden als criterium voor lokalisering, waarbij overigens wel moet worden opgemerkt dat de woonplaats van de crediteur bij gebreke van voorstanders lijkt af te vallen. Zie C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 21 met verwijzing naar de relevante literatuur en jurisprudentie.

64. Zie M. Kenney, in: *Asset Tracing & Recovery, The FraudNet World Compendium*, Berlijn: Erich Schmidt Verlag 2009, p. 350-351.

65. EAPO staat voor *European Account Preservation Order*.

66. Verordening (EU) Nr. 655/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken, PbEU L 189/59. Zie hierover o.a.: S.W. van Kasbergen, 'Het Europees bankbeslag: de voor- en nadelen ten opzichte van een Nederlands conservatoir derdenbeslag onder een bank', *WPNR* 2016(7128); B.J. van het Kaar, 'Het Europees bankbeslag en het Nederlands conservatoir derdenbeslag in Europees verband', *NIPR* 2011, p. 642-651.

67. Hoe lang nog kan worden geprofiteerd van het Europees bankbeslag in relatie tot het Verenigd Koninkrijk hangt af van hoe en per wanneer de Brexit geëffectueerd zal worden.

68. 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, L351/1.

69. Zie hierover: S.H. Barten en B.J. van het Kaar, "'Grensverleggend' derdenbeslag: over de reikwijdte van een Nederlands beslagverlof onder de Herschikking Brussel I', *NIPR* 2015, p. 197-204; C. van Rest, 'Erkenning en tenuitvoerlegging van (ex parte) voorlopige en bewarende maatregelen op grond van de EEX-Verordening en de Herschikking van de EEX-Verordening. Een analyse aan de hand van de Engelse *Freezing Order*', *NIPR* 2014, p. 351-356.

70. Zie art. 6 EAPO-verordening.

71. Zie art. 7 EAPO-verordening.

pas een bodemprocedure tegen de vermoedelijke fraudeurs zal willen starten nadat zoveel mogelijk beslagmaatregelen zijn getroffen.

Interessant is dat de verordening ook voorziet in een mogelijkheid om rekeninginformatie op te vragen. Als de schuldeiser redenen heeft om aan te nemen dat de schuldenaar één of meer rekeningen heeft bij een bank waarvan hij niet de naam of het adres kent en ook het bankrekeningnummer niet kent, kan de rechter aan wie een Europees bevel tot conservatoir beslag is gevraagd de informatie-instantie van de lidsta(a)t(en) van uitvoering⁷² de gegevens laten inwinnen die nodig zijn om de betreffende bankrekeningen te kunnen identificeren.⁷³ Deze mogelijkheid bestaat niet alleen voor de situatie dat de schuldeiser al een executoriale titel heeft, maar onder voorwaarden ook als de rechterlijke beslissing in de bodemprocedure nog niet uitvoerbaar is. Hieruit lijkt overigens te volgen dat de informatievoorziening niet openstaat in de gevallen waarin een bodemprocedure nog niet aanhangig is gemaakt. Dat is een gemiste kans voor partijen als Silvio B.V. die belang hebben bij een maximaal verrassingseffect. Zodra de fraudeurs door Silvio B.V. in rechte worden aangesproken zullen zij er immers rekening mee houden dat beslagmaatregelen zullen worden getroffen en alles in het werk stellen om hun vermogensbestanddelen te verhullen. Of de bepaling inderdaad zo strikt wordt uitgelegd, zal de praktijk moeten uitwijzen.

7.2. Titel halen in een bodemprocedure

Net als bij het bewijsbeslag, zal in beginsel binnen twee weken na de beslaglegging de 'eis in de hoofdzaak' moeten worden ingesteld.⁷⁴ Dat betekent in het geval van Silvio B.V. dat het een vordering zal moeten instellen tegen de vermoedelijke fraudeurs onder of ten laste van wie Silvio B.V. conservatoire beslagen heeft gelegd. Daarbij rijst de vraag in welke jurisdictie(s) Silvio B.V. dat kan doen. Naast de drie werknemers, die in verschillende jurisdicties zijn gevestigd, zal Silvio B.V. ook de betrokken entiteiten dagvaarden. Het makkelijkste zou

natuurlijk zijn als Silvio B.V. alle bij de fraude betrokken partijen in één procedure kan dagvaarden.⁷⁵

Ten aanzien van de in de EU gevestigde partijen, zal de Nederlandse rechter (of iedere andere rechter van een EU-lidstaat waarin een van de partijen woonplaats heeft) waarschijnlijk bevoegdheid kunnen aannemen op grond van artikel 8 lid 1 Brussel Ibis. Op grond van deze bepaling kunnen de partijen die woonplaats binnen de EU hebben, worden opgeroepen 'voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven'. *In casu* lijkt van een 'zo nauwe band' sprake te zijn. Allereerst zal ten aanzien van alle partijen het feitencomplex in hoge mate overeenkomen. Daarnaast staat de omstandigheid dat de vorderingen tegen deze partijen mogelijk deels verschillende rechtsgrondslagen⁷⁶ hebben niet aan toepassing van artikel 8 lid 1 Brussel Ibis in de weg, omdat kan worden betoogd dat het voor alle bij de fraude betrokken partijen voorzienbaar was dat zij bij de woonplaats van één hunner konden worden gedagvaard.⁷⁷ De Brussel Ibis-verordening is formeel niet van toepassing op de partij die op de Britse Maagdeneilanden is gevestigd. Het Wetboek van Rechtsvordering kent echter eenzelfde bepaling.⁷⁸ De Nederlandse rechter is dus naar het zich laat aanzien ook bevoegd om kennis te nemen van de vordering tegen de op de Britse Maagdeneilanden gevestigde entiteit.⁷⁹

72. In Nederland is de deurwaarder aangewezen als informatie-instantie. Zie art. 5 van de Uitvoeringswet verordening Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen, *Stb.* 2016, nr. 440.

73. Zie art. 14 EAPO-verordening. Ter bescherming van de persoonsgegevens van de schuldenaar mag deze informatie niet aan de schuldeiser zelf worden verstrekt (par. 21 considerans).

74. Zie reeds par. 6. Deze voorwaarde ziet op conservatoire beslagen waarvoor de Nederlandse rechter verlof heeft verleend. Voor zover een buitenlandse rechter verlof heeft verleend voor het treffen van voorlopige en bewarende maatregelen, zullen uiteraard de in die betreffende jurisdictie geldende regels in acht moeten worden genomen. Is er een Europees verlof tot conservatoir beslag ('EAPO') uitgevaardigd, dan moet de beslaglegger uiterlijk 30 dagen na de datum waarop hij het verzoek om de EAPO is ingediend (of indien dit later is, binnen 14 dagen na de datum waarop de EAPO is uitgevaardigd) het gerecht waar het verzoek voor een EAPO is ingediend bewijs leveren waaruit volgt dat de bodemprocedure inmiddels is ingesteld (art. 10 EAPO-verordening).

75. Wanneer men te maken heeft met partijen in verschillende jurisdicties moet men erop bedacht zijn dat mogelijk verschillende betekeningstermijnen en voorschriften in acht moeten worden genomen. Zo is de betekening van de dagvaarding aan de partijen in Italië en (vooralsnog) in het Verenigd Koninkrijk onderworpen aan de Betekeningverordening, terwijl de betekening aan de partij op de Britse Maagdeneilanden valt onder het regime van het Haags Betekeningsovereenkomstverdrag.

76. Zo zullen de vorderingen tegen de entiteiten op onrechtmatige daad zijn gebaseerd en de vorderingen tegen de werknemers waarschijnlijk (ook) op hun arbeidsovereenkomst. Daarnaast zijn mogelijk verschillende rechtsstelsels van toepassing op de verschillende vorderingen.

77. Zie onder meer: HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda (CDC) en HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, (*Painer*).

78. Zie art. 7 lid 1 Rv dat conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie over art. 8 lid 1 Brussel Ibis wordt uitgelegd.

79. Indien tussen de vorderingen tegen de verschillende partijen geen 'zo nauwe band' bestaat, zal gekeken moeten worden naar een alternatieve grondslag op grond waarvan de Nederlandse rechter bevoegdheid jegens alle partijen kan aannemen. Betwijfeld kan worden of die er is. De bevoegdheidsbepaling over onrechtmatige daad in Brussel Ibis (art. 7 lid 2) en haar evenknie in Rechtsvordering (art. 6 sub e) creëert bevoegdheid voor de rechter van de plaats waar onrechtmatig is gehandeld (*Handlungsort*) en de rechter van de plaats waar de directe schade is opgetreden (*Erfolgsort*). Het is echter maar de vraag of ook de onrechtmatige handelingen van de buitenlandse entiteiten in Nederland kunnen worden gelokaliseerd. Voorts kan op basis van recente jurisprudentie van het Hof van Justitie de plaats waar het slachtoffer directe vermogensschade heeft geleden niet te snel als *Erfolgsort* worden aangemerkt. HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, *JOR* 2016/276 m.nt. T.M.C. Arons (*Universal Music*).

Voor de instandhouding van de door Silvio B.V. in Nederland gelede conservatoire beslagen, is het overigens niet nodig dat de bodemprocedure in Nederland aanhangig wordt gemaakt.⁸⁰ Ook wanneer (een deel van) de bodemprocedure(s) in een andere jurisdictie zou worden gevoerd, blijven de conservatoire beslagen hangende de bodemprocedure(s) liggen. Zodra Silvio B.V. een executoriale titel heeft verkregen die voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden,⁸¹ gaan de conservatoire beslagen – na betekening⁸² van de verkregen titel(s) aan de beslagdebiteuren en de derdebeslagenen – over in executoriale beslagen.⁸³

Dat brengt ons dan bij de laatste stap die gezet moet worden om ervoor te zorgen dat Silvio B.V. zich kan verhalen op de vermogensbestanddelen die zijn opgespoord en veiliggesteld: de fase van tenuitvoerlegging.

7.3. Tenuitvoerlegging

Ervan uitgaande dat Silvio B.V. met succes voor de Nederlandse rechter een bodemprocedure heeft gevoerd tegen alle bij de fraude betrokken partijen en deze beslissing van de Nederlandse rechter in kracht van gewijsde is gegaan, kan Silvio B.V. ten aanzien van de in Nederland gelegen vermogensbestanddelen volstaan met het instrueren van een deurwaarder om de beslissing te executeren.

Voorts kan de Nederlandse beslissing in Italië en (vooralsnog)⁸⁴ in het Verenigd Koninkrijk worden geëxecuteerd zonder gang naar de rechter aldaar. Sinds de inwerkingtreding van de Brussel Ibis-verordening hoeft in de lidstaat van tenuitvoerlegging geen exequaturprocedure meer te worden gevoerd.⁸⁵ De Nederlandse beslissing wordt dus niet alleen automatisch erkend in de andere EU-lidstaten, maar is daar ook automatisch uitvoerbaar. Silvio B.V. kan zich direct wenden tot de autoriteit die in de betreffende lidstaat is aangewezen voor de tenuitvoerlegging. Zodra Silvio B.V. deze autoriteit heeft voorzien van een afschrift van de Nederlandse beslissing en het in overeenstemming met artikel 53 Brussel Ibis door de Nederlandse rechter afgegeven certificaat, zal die autoriteit het certificaat (en indien nodig ook de beslissing) betekenen aan de partijen jegens wie aldaar tenuitvoerlegging wordt verzocht en vervolgens uitvoeringsmaatregelen treffen.⁸⁶

80. Beslagsyllabus, versie augustus 2016, p. 15.

81. Dat wil zeggen dat de beslissing uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, dan wel in kracht van gewijsde is gegaan.

82. Zie in dit verband reeds vn. 74.

83. Art. 704 Rv.

84. Het is onwaarschijnlijk dat na de Brexit in relatie tot het Verenigd Koninkrijk nog gebruik kan worden gemaakt van het versoepelde tenuitvoerleggingsregime van Brussel Ibis. Mogelijk komt er een oplossing in lijn met het Verdrag van Lugano, dan wel moet worden teruggevalen op bilaterale verdragen zoals het executieverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk van 17 november 1967.

85. Het moet daarbij wel gaan om een beslissing van een rechter van een EU-lidstaat die is gewezen in een procedure ingesteld op of na 10 januari 2015. Zie art. 66 Brussel Ibis.

86. Zie art. 42 en 43 Brussel Ibis.

Wil de Nederlandse beslissing ook kunnen worden tenuitvoergelegd op de Britse Maagdeneilanden, dan zal bij gebreke van een executieverdrag tussen Nederland en de Britse Maagdeneilanden de aldaar geldende erkennings- en executieregeling in acht moeten worden genomen.⁸⁷ Omgekeerd zal een beslissing van een niet-EU-rechter, zoals bijvoorbeeld de rechter van de Britse Maagdeneilanden, in Nederland te gelde kunnen worden gemaakt via de route van de artikelen 985-994 Rv (in de gevallen dat Nederland een executieverdrag heeft met het land van herkomst en dat verdrag van toepassing is) of de route van artikel 431 lid 2 Rv (in de gevallen dat er geen executieverdrag bestaat tussen Nederland en het land van herkomst). In beide gevallen vereist dit een gang naar de Nederlandse rechter voor het verkrijgen van een (in het geval van artikel 431 lid 2 Rv 'verkap')⁸⁸ exequatur of in het slechtste geval een behandeling ten gronde waarbij de rechter bewijskracht kan toekennen aan de buitenlandse beslissing.

8. Conclusie

Silvio B.V. kan opgelucht ademhalen. Nadat uit het onderzoek is gebleken dat vanaf de rekening van Silvio B.V. gelden zijn overgeboekt naar tien rekeningnummers die niet toebehoorden aan de in de overboeking vermelde begunstigde, kon de identiteit van de rekeninghouders worden achterhaald met behulp van de betrokken banken. In een aantal gevallen was het sturen van een goed gedocumenteerde *Mareva by Letter* voldoende om met de bank in gesprek te raken en de benodigde informatie te verkrijgen. Een aantal andere banken was pas bereid inzage te verlenen nadat zij daartoe in kort geding veroordeeld waren op grond van artikel 843a Rv. Voor zover op die bankrekeningen nog een positief saldo stond, kon dat worden beslagen. Voor zover de gelden vanaf die bankrekeningen waren overgeboekt naar andere bankrekeningen, konden de rekeningnummers en de rekeninghouders worden achterhaald. Een van die rekeningen werd aangehouden bij een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde bank. Uit de creditcardinformatie die via een *Bankers' Trust order* werd verkregen van die bank kon worden afgeleid dat een van de fraudeurs onroerend goed bezit op de Britse Maagdeneilanden. Dit onroerend goed alsook de nog aanwezige tegoeden op de buitenlandse bankrekeningen konden eveneens worden beslagen. Een en ander gebeurde zoveel mogelijk tegelijkertijd, om op die manier de fraudeurs zo min mogelijk de tijd te geven om het vermogen verder weg te sluisen. Vervolgens heeft de Nederlandse rechter de drie oud-werknemers van het concern en de

87. Zie M. Kenney, in: *Asset Tracing & Recovery, The FraudNet World Compendium*, Berlijn: Erich Schmidt Verlag 2009, p. 371-372.

88. 'Verkap' omdat het formeel juridisch gezien een nieuwe bodemprocedure betreft, maar de rechter zal volstaan met het overnemen van het dictum van de buitenlandse beslissing als die beslissing voldoet aan de vier erkenningsvereisten zoals geformuleerd in HR 26 september 2014, NJ 2015/478 m.nt. Th.M. de Boer, JOR 2014/350 m.nt. C.G. van der Plas (*Gazprom*).

bij de fraude betrokken entiteiten in een beslissing – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding ter hoogte van het weggesluisde bedrag, vermeerderd met rente en kosten waaronder ook zijn begrepen de kosten van het fraudeonderzoek. Met de executie van deze beslissing in de betrokken jurisdicties is Silvio B.V. erin geslaagd het grootste deel van zijn schade te verhalen op de fraudeurs.

Vaak is de werkelijkheid weerbarstiger. In veel gevallen bevindt de (uiteindelijke) fraudeur en zijn vermogen zich achter een sluier van entiteiten en stromannen. Hoe meer schakels, des te lastiger het is om bij de fraudeur en zijn vermogen te komen. In dit artikel is getracht een routekaart te geven aan de hand waarvan het spoor van de fraudeur via civielrechtelijke weg kan worden gevolgd teneinde de weggesluisde vermogensbestanddelen terug te halen.