

Van exhibitie naar *discovery*

MR. DRS. T.S. JANSEN

Tijden veranderen. In 1981 maakte Nederland nog een voorbehoud bij art. 23 Haags Bewijsverdrag. Medewerking aan rogatoire commissies die strekken tot wat in de *common law* traditie bekend staat als 'pre-trial discovery of documents' wordt in de Nederlandse rechtsorde niet verleend.¹ In 1988 werd art. 843a Rv ingevoerd, waarmee een geclausuleerd recht op inzage, afschrift of uittreksel van onderhandse akten werd geïntroduceerd. In 2002, bij gelegenheid van de herziening van het burgerlijk procesrecht, werd de reikwijdte van art. 843a Rv aanzienlijk verruimd, onder andere doordat het vervolgens op inzage van 'bepaalde bescheiden' en op de rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad zag. Sindsdien heeft zich een stroom van lagere rechtspraak en literatuur ontwikkeld, met als voorlopig hoogtepunt de promoties van Sijmonsma en Ekkelmans in de 2e helft van 2010. Deze rechtspraak en literatuur kenmerken zich door een steeds welwillender houding ten aanzien van exhibitie. In oktober 2010 werd het concept *Wetsvoorstel houdende aanpassing van het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden* (hierna: Concept) ter consultatie gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl. Dit Concept is het sluitstuk van een herbezinning van de bestaande regeling die resulteert in een verdere verruiming. Indien het Concept wet wordt, heeft de exhibitieplicht zich ontpopt tot een systeem van 'discovery' dat naar verwachting door veel potentiële eisders zal worden ingezet.

Rechtsontwikkeling art. 843a Rv

Met de inwerkingtreding van het herziene wetboek van burgerlijke rechtsvordering per 1 januari 2002, staat waarheidsvinding op de agenda in ons civiele procesrecht. Bij die gelegenheid werden procespartijen, al dan niet op last van de rechter, voortaan verplicht de voor een beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 en 22 Rv), specifieke opgave te doen van hun bewijsmiddelen (art. 111 en 128 Rv) en werd de reikwijdte van art. 843a Rv verruimd. Waar art. 843a (oud) Rv slechts zag op onderhandse akten, werd het toepassingsgebied van art. 843a Rv belangrijk uitgebreid tot 'bepaalde bescheiden', waaronder de wetgever onderhandse akten en op gegevensdragers (papier, cd-rom, diskette, videoband, geluidsband et cetera) aangebrachte gegevens, zoals foto, film, geluid en computerbestanden verstaat.² Tevens expliciteerde de wetgever dat de voorwaarde dat de opgevraag-

de bescheiden "een rechtsbetrekking waarin verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is" moeten aangaan, ook de rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad kan betreffen.³ Sinds 2002 is voor toewijzing van een vordering tot inzage, afschrift of uittreksel ex art. 843a Rv voldoening aan drie cumulatieve voorwaarden vereist: (i) de verzoeker dient hier een rechtmatig belang bij te hebben en het moet gaan om (ii) bepaalde bescheiden (iii) aangaande een rechtsbetrekking waarin de verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is. Indien de wederpartij zich er op beroept⁴ dat gewichtige redenen zich tegen exhibitie verzetten of dat redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd,⁵ hoeft niet aan de exhibitievordering te worden voldaan (art. 843a lid 4 Rv).

De herziening van 2002 heeft een stroom van vooral

1 *Trb.* 1981, 70.

2 Zie de MvT bij wetsvoorstel 26 855, zoals weergegeven in: A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 553.

3 Van Mierlo en Bart t.a.p., p. 554.

4 In HR 6 oktober 2006, «JBPr» 2007/6 werd geoordeeld dat art. 843a lid 4 Rv niet ambtshalve mag worden toegepast.

5 Uit de MvT bij art. 843a Rv blijkt dat een behoorlijke rechtspleging o.a. is gewaarborgd "indien bewijs van de onderwerpelijke feiten redelijkerwijs ook langs andere weg, bijvoorbeeld door het horen van getuigen, kan worden verkregen", vgl. Van Mierlo en Bart t.a.p., p. 553.

lagere rechtspraak en literatuur op gang gebracht over de reikwijdte en toepassing van voormelde voorwaarden en uitzonderingen. De ontwikkeling en stand van het recht is beschreven in de recente proefschriften van Sijmonsma⁶ en Ekemans.⁷ Ondertussen is wel gegeven dat aanspraak op bescheiden bestaat bij elke rechtsbetrekking, bij elke gegevensdrager, mits voldoende gespecificeerd. De discussie gaat vooral nog over de vraag in hoeverre van een derde exhibitie kan worden verlangd waarmee de verzoeker niet in een rechtsverhouding staat⁸ en over de afbakening van het begrip ‘rechtmatig belang’. Uit HR 6 oktober 2006, NJ 2006, 547 (Meijer/Cornelis) en HR 29 januari 2010, RvdW 2010/214 (X/Knowsly) volgt dat dit rechtmatig belang gegeven is wanneer een materieelrechtelijke (in de door de HR berechte gevallen op de art. 7:619 respectievelijk 7:403 BW gebaseerde) aanspraak op exhibitie jegens de wederpartij bestaat.⁹ Wanneer een dergelijke materiële aanspraak niet bestaat is de vraag of het rechtmatig belang bij exhibitie kan worden gevonden in een bewijs- of ander processueel belang. De rechtspraak laat een in toenemende mate welwillend, maar diffuus, beeld zien.¹⁰ Sijmonsma en Ekemans bepleiten een ruimhartiger toepassing van art. 843a Rv door aansluiting te zoeken bij de overige bepalingen in Rv omtrent waarheidsvinding en in het bijzonder bij de eisen die gelden voor toewijzing van een voorlopig getuigenverhoor en voorlopig deskundigenbericht.¹¹

Herbezinning

De gedachte om inzage in documentatie gelijk(er) te stellen met andere bewijsmiddelen is voor het eerst in 2006 door de Commissie Asser/Vranken/Groen geuit in *Uitgebalanceerd. Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. In dit Eindrapport zag de Commissie aanleiding om de invoering van een regeling aan te bevelen die tot doel heeft partijen of een derde te dwingen tot ‘disclosure of documents’, welke desgewenst en waar nodig, op verzoek en onder rechterlijk toezicht, kan worden toegepast.¹² Boven uitbreiding van de mogelijkheden onder het

huidige art. 843a Rv verdient een nieuwe ruimere regeling die zou kunnen aansluiten bij de voorstellen van de Commissie-Storme uit 1994¹³ de voorkeur van de Commissie. De reden voor deze aanbeveling vond de Commissie onder meer in de ratio voor het voorlopig getuigenverhoor. Getuige HR 24 maart 1995, NJ 1998/414 beoogt dit rechtsmiddel niet alleen mogelijk te maken dat spoedig na het plaatsvinden van de feiten daaromtrent getuigenverklaringen kunnen worden verkregen en te voorkomen dat bewijs verloren gaat. Het strekt er ook en vooral toe

Bij de uitleg van art. 843a Rv gaat de discussie nog over de vraag of exhibitie van derden kan worden verlangd en over de afbakening van het begrip ‘rechtmatig belang’.

om belanghebbenden bij een eventueel naderhand bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding de gelegenheid te bieden vóóraf opheldering te verkrijgen omtrent de feiten. Dit om hen in staat te stellen hun positie beter te beoordelen, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen. Nu de HR het deskundigenbericht op een vergelijkbare wijze heeft gekarakteriseerd¹⁴ is volgens de Commissie sprake van “algemeen geldige ratio”. Die algemene ratio voor voorlopige bewijsverrichtingen geldt dus ook voor *document disclosure*, terwijl de Commissie overwoog dat er in de praktijk weinig mogelijkheden zijn om een wederpartij tot overlegging van relevante gegevens te dwingen. Daarom is een nieuwe ruimere regeling aangewezen.

Dit geldt te meer gelet op de in de consultatieronde door de advocatuur jegens de Commissieleden geuite wens daartoe en de tijdens de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 13 oktober 2005 door P.J. van der Korst, J.W. Westenberg, R.M. Hermans en E.M. Wesseling-van Gent bepleite alternatieven voor bewijsvergaring.¹⁵ Ten slotte, maar zeker niet ten minste, vloeit uit de gezamenlijke verantwoordelijkheid en medewerkingsplicht van procespartijen volgens de Commissie voort dat zij informatieplichten jegens elkaar hebben die verder gaan dan het onderbouwen en bewijzen van hun eigen stellingen.

In haar oordeel en advies aan de minister van Justitie van

6 J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht, Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk IX, Deventer: Kluwer 2010.

7 J. Ekemans, *De exhibitieplicht*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk Deel X, Deventer: Kluwer 2010.

8 Hoewel de rechtspraak een verdeeld beeld laat zien, wordt die mogelijkheid wel, in navolging van vooral Hof Amsterdam 25 november 2008, NJF 2009/31 (Net2Phone/eBay e.a.), aangenomen onder de voorwaarde dat de wederpartij van de verzoeker het in haar macht zou hebben om op grond van de rechtsverhouding met de derde, afgifte van een afschrift door die derde te bewerkstelligen. Vgl. Ekemans t.a.p., p. 80, Sijmonsma t.a.p., p. 169-172 en T.S. Jansen, ‘Art. 843a Rv in de ondernemingsrecht-praktijk, Verboden te vissen, maar vragen mag’, «TOP» 2009/3, p. 92-93.

9 In het verlengde daarvan kan een dergelijke aanspraak ook worden gevonden in bijvoorbeeld art. 4:78 BW (legitimaris t.a.v. nalatenschap bescheiden) en art. 7:433 lid 2 BW (agent t.a.v. provisiebescheiden), vgl. Ekemans t.a.p., p. 88-89.

10 Vgl. Sijmonsma t.a.p., p. 117-140 en Ekemans t.a.p., p. 87-95.

11 Vgl. Ekemans t.a.p., p. 90 en Sijmonsma t.a.p., p. 162.

12 Vgl. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, p. 76.

13 Vgl. M.M.V. Storme, *Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht 1994. Zie voor een beschrijving van het rapport: Sijmonsma t.a.p., hoofdstuk 4. Kort gezegd heeft de Commissie-Storme in haar rapport een gemene deler verwoord van het in de lidstaten geldende civiele procesrecht. De door deze commissie in verband met document *discovery* voorgestelde regeling komt er op neer dat een lijst van relevante documenten wordt ‘disclosed’, waaruit de wederpartij vervolgens documenten mag selecteren waarvan inzage of kopie wordt verzocht.

14 Vgl. HR 13 sept. 2002, NJ 2004/18.

15 P.J. van der Korst, J.W. Westenberg, R.M. Hermans en E.M. Wesseling-van Gent, *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht*, Den Haag: Boom 2006.

12 mei 2006 over het Eindrapport gaf de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht aan dat het voorstel op het gebied van *discovery* zorgvuldige afweging vergt. Niet in de laatste plaats omdat een niet te verwaarlozen rechtspolitieke component in het geding is: procedures in Angelsaksische landen zijn verhoudingsgewijs kostbaar en belastend vanwege de *discovery* faciliteit. De commissie hield zich gaarne bereid tot nadere advisering over dit onderwerp.

In zijn reactie op het Eindrapport¹⁶ gaf de minister aan de met de herziening van 2002 ingezette lijn, die heeft geleid tot efficiëntere en snellere procedures, te willen doortrekken. Hij zag de voorgestelde uitwerking van de mogelijkheden voor *disclosure* in het civiele proces als een vervolg op de aanpassing van art. 843a Rv in 2002 die moet bijdragen aan een tijdige en efficiënte informatie-uitwisseling, en aan een verder informatie- en daarmee machtsevenwicht tussen partijen. Hij ging dus graag op het aanbod van de Adviescommissie in.

Die gaf vervolgens op 14 juli 2008 het gevraagde advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken.¹⁷ Het advies bevat een uitgebreide schets voor een nieuwe regeling voor '*disclosure of documents*', waarvan een beschrijving het bestek van deze bijdrage te buiten gaat. Ook de Adviescommissie heeft hierbij de op partijen (en derden) rustende verplichting om mee te werken aan opheldering van het voor een burgerrechtelijk geschil relevante feitencomplex als vertrekpunt genomen. In haar verslag constateerde de Adviescommissie dat er ruime mogelijkheden bestaan voor bewijsvergaring en -levering door getuigen en deskundigen, zowel preprocesueel als in de loop van een procedure, terwijl bewijsvergaring van documenten aan meer restricties onderworpen is. Dit acht de Adviescommissie opmerkelijk, te meer nu getuigenbewijs intussen in de praktijk vaak minder duidelijkheid blijkt te scheppen en als minder betrouwbaar wordt ervaren dan, bijvoorbeeld, schriftelijk bewijs.

Bespreking Concept

Uit de in 2002 gemaakte principiële keuze om waarheidsvinding boven partijautonomie te stellen, de daaropvolgende rechtsontwikkeling van art. 843a Rv en de herbezinning op de wettelijke regeling volgt dat de vraag niet is óf de mogelijkheden van procespartijen om inzage van documenten af te dwingen worden vergroot, maar veeleer wanneer en hoe.

Overigens vertoont het Europees recht eenzelfde bewegingsrichting. Zo verplichtte de Handhavingsrichtlijn¹⁸ lidstaten in het kader van de effectieve handhaving van intellectuele eigendomsrechten op de interne markt voor

disclosure van bewijsmateriaal zorg te dragen. Dit heeft in Nederland geresulteerd in de invoering van de art. 1019-1019i Rv. In het *Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels* stelt de Europese Commissie dat rechters onder omstandigheden de bevoegdheid zouden moeten hebben om procespartijen of derden te bevelen categorieën van relevant bewijsmateriaal openbaar te maken.¹⁹ Me dunkt dat wanneer de Europese wetgever *disclosure* dienstig acht aan de effectieve handhaving van I.E. rechten en, wat de commissie betreft, mededingingsregels, dit ook voor andere rechtsgebieden opgaat.

Het op 1 oktober 2010 door het Ministerie van Justitie ter consultatie gepubliceerde concept *Wetsvoorstel houdende aanpassing van het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden* is een eerste aanzet voor een dergelijke verruiming. De consultatiefase is op 1 december 2010 afgesloten. Thans worden de op het Concept ontvangen reacties verwerkt. Het aangepaste Concept zal naar verwachting in de eerste helft van 2011 aan de Ministerraad en Raad van State worden aangeboden. Een definitief wetsvoorstel zal dus op zijn vroegst in de tweede helft van 2011 aan de Staten-Generaal kunnen worden aangeboden.

De kern van het concept is dat de huidige art. 843a en 843b Rv komen te vervallen. In plaats daarvan wordt het inzagerecht geregeld in de nieuwe artikelen 162a, 162b en 162c, die in Boek 1, Titel 2, Afd. 9 (Bewijs) Rv worden opgenomen. De tekst van de nieuwe artikelen is in het kader hieronder opgenomen.

Art. 162a

1. Degene die partij is bij een rechtsbetrekking, is gerechtigd tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aangaande die rechtsbetrekking jegens degene die deze bescheiden tot zijn beschikking heeft. Degene die gerechtigd is tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden, draagt de met het verschaffen samenhangende kosten.
2. Degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft, is verplicht daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verschaffen, tenzij:
 - a. diegene een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 165, tweede of derde lid, toekomt; of
 - b. daarvoor gewichtige redenen zijn.

Art. 162b

1. De rechter kan, op verzoek van de daartoe ingevolge artikel 162a, eerste lid, gerechtigde, degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel daarvan veroordelen.
2. Het verzoek wordt gedaan aan de rechter die vermoedelijk bevoegd zal zijn van de zaak over de rechtsbetrekking, indien deze aanhangig wordt gemaakt,

16 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 951, Herbezinning burgerlijk procesrecht, nr. 1, Brief van de minister van Justitie van 5 februari 2007, p. 2.

17 Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken ('discovery'), gepubliceerd in *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2008, nr. 4, p. 123-130.

18 Richtlijn nr. 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *Pb EU* 2004, L 157/45.

19 COM (2008) 165, 2 april 2008, p. 125.

kennis te nemen of aan de rechter tot wiens absolute bevoegdheid de zaak behoort en binnen wiens rechtsgebied degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft, woonachtig is of verblijft. Indien de zaak door de kantonrechter moet worden behandeld en beslist, wordt het verzoek gedaan aan de kantonrechter. De rechter beoordeelt summierlijk of hij absoluut bevoegd is en of de zaak door de kantonrechter moet worden behandeld en beslist.

3. Indien over de rechtsbetrekking reeds een geding aanhangig is, wordt het verzoek gedaan aan de rechter waar het geding aanhangig is.
4. Het verzoekschrift houdt in:
 - a. de aard en het beloop van de vordering;
 - b. de gronden van het verzoek;
 - c. de aanduiding van de bescheiden waarvan inzage, afschrift of uittreksel wordt verzocht;
 - d. de naam en woonplaats van degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft; en
 - e. de naam en de woonplaats van de wederpartij bij de rechtsbetrekking of de redenen waarom die wederpartij onbekend is.
5. Op het verzoekschrift wordt niet eerder beschikt dan nadat een behandeling heeft plaatsgevonden, waartoe de verzoeker, degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft en de wederpartij, mits de wederpartij bekend is, worden opgeroepen.
6. De rechter kan de voorwaarden waaronder en de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel wordt verschaft, bepalen. De artikelen 195 en 196 zijn van overeenkomstige toepassing.
7. Voor zover het verzoek wordt toegewezen, is geen hogere voorziening toegelaten.

Art. 162c

1. In een reeds aanhangig geding over de rechtsbetrekking kan de rechter, op verlangen van een partij die daartoe ingevolge artikel 162a, eerste lid, gerechtigd is, de wederpartij die de bescheiden tot zijn beschikking heeft, tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel daarvan veroordelen. Artikel 162b, zesde lid, is van toepassing.
2. Is degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft, geen partij in een reeds aanhangig geding over de rechtsbetrekking, dan kan de rechter diegene, op verlangen van de daartoe ingevolge artikel 162a, eerste lid, gerechtigde, tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel daarvan veroordelen. Artikel 162b, vierde tot en met zevende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Getuige de voorgestelde memorie van toelichting en tekst van art. 162a Rv strekt het Concept ertoe het recht op inzage van bescheiden aanzienlijk te verruimen. Zo wordt in het voorgestelde art. 162a Rv niet meer gesproken van 'rechtmatig belang' bij inzage, maar is een partij bij een rechtsbetrekking in beginsel, jegens degene die deze bescheiden tot zijn beschikking heeft, gerechtigd tot inzage

van bepaalde bescheiden. De twee in de rechtsontwikkeling van art. 843a Rv overgebleven discussiepunten – de vraag in hoeverre van een derde exhibitie kan worden verlangd en de afbakening van het begrip rechtmatig belang – zijn daarmee beslecht. Bovendien wordt de bij verschillende gelegenheden bepleite gelijkschakeling van het inzage-recht met andere bewijsmiddelen in het Concept gevolgd. Naar analogie van het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht wordt het dus mogelijk om voorafgaand aan of gedurende een lopende procedure in een separate verzoekschriftprocedure inzage, afschrift of uittreksel te verzoeken. De voorgestelde artikelen 162b en 162c Rv zijn ook letterlijk op de artikelen 186, 187, 188 lid 2, 202, 203 en 204 Rv gebaseerd.²⁰

De door de Commissie Asser/Vranken/Groen geïdentificeerde algemene ratio voor voorlopige bewijsverrichtingen geldt dan dus ook voor het inzage-recht. Oftewel: inzage is in de preprocesuele fase mede bedoeld om partijen in staat te stellen voorafgaand aan een civiel geding opheldering te

Uit de beslissing om waarheidsvinding boven partijautonomie te stellen, de rechtsontwikkeling van en herbezinning op art. 843a Rv volgt dat de vraag niet is óf de inzage mogelijkheid wordt vergroot, maar wanneer en hoe.

krijgen over de feiten, om hen in staat te stellen hun positie beter te beoordelen, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen. In het algemeen deel van de memorie van toelichting bij het Concept wordt deze bedoeling expliciet vermeld.²¹ Met de inwerkingtreding van het Concept zou dus een systeem van *document discovery* in de Nederlandse rechtspraktijk zijn geïntroduceerd die naar verwachting de wijze van procederen in civiele zaken wezenlijk zal veranderen.

Naar verwachting zal deze 'polder *discovery*' namelijk grote aantrekkingskracht hebben op potentiële eisers. Immers, dit middel stelt hen in staat te verkennen in hoeverre zij hun rechtspositie met van de wederpartij afkomstige

²⁰ Overigens blijft onduidelijk waarom de aanhef van de art. 187 lid 4 jo. 203 lid 3 Rv, waaruit volgt dat op een verzoek niet dan na een mondelinge behandeling wordt beschikt, "tenzij de wederpartij onbekend is en behoudens gevallen van onverwijlde spoed" niet in het voorgestelde art. 162b lid 5 Rv is overgenomen. Mede gelet op het feit dat inzage ook van derden gevraagd kan worden, valt niet in te zien waarom daar wél behoefte aan zou bestaan bij het voorlopig getuigenverhoor en deskundigenbericht, maar niet in de uit de voorgestelde regeling voortvloeiende rechtspraktijk.

²¹ Deze bedoeling kleurt dus ook het belang bij inzage in. Om die reden is de opmerking in de memorie van toelichting bij het Concept (5e alinea onder kopje 'Algemeen'), dat met het niet opnemen van het onder art. 843a Rv vereiste 'rechtmatig belang' in het voorgestelde art. 162a Rv geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van art. 843a Rv is beoogd, niet te rijmen met de doelstelling van verruiming van het recht op inzage. Vgl. ook: J.R. Sijmonsma, 'Het inzage-recht vernieuwd?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2010-6, p. 179-185. Hij bepleit juist de opname van het begrip 'rechtmatig belang' in het voorgestelde art. 162a Rv.

documentatie kunnen verbeteren en te verkennen hoe sterk de (gedocumenteerde) rechtspositie van de wederpartij is. Waar het starten van een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht steeds het risico van een ongunstig proces verbaal of deskundigenbericht – dat dus afbreuk aan de rechtspositie van de eiser in spé zou doen – met zich brengt, kent preprocessuele inzage in documenten alleen maar voordelen voor de potentiële eiser. Het risico dat in de voorfase documentatie bekend wordt die afbreuk aan de positie van de verzoeker doet – die deze dan vervolgens

Met inwerkingtreding van het Concept wordt een systeem van 'polder discovery' in de Nederlandse rechtspraak geïntroduceerd dat naar verwachting grote aantrekkingskracht heeft op potentiële eisers.

in het licht van de waarheidsplicht ex art. 21 Rv in de hoofdprocedure moet betrekken – zie ik overigens niet als nadeel. Integendeel. De eiser zou immers sowieso met deze documentatie worden geconfronteerd en kan deze nu zelf bij dagvaarding of verzoekschrift in perspectief plaatsen, als hij daarin al geen aanleiding heeft gezien om überhaupt van de rechtsgang af te zien.

Gelet op de aantrekkingskracht van het voorgestelde rechtsmiddel uit oogpunt van processtrategie, zal de concrete beslissing om dit in te zetten sterk afhangen van de daarmee gemoeide kosten. Los van de eigen (advocaat)kosten, bepaalt het voorgestelde art. 162a Rv in dit verband dat de verzoeker de met inzage samenhangende kosten draagt. Ondanks het feit dat in de memorie van toelichting wordt gesteld dat deze kostenregel niet geldt indien het recht op afgifte in rechte wordt afgedwongen,²² neem ik aan dat de met inzage gemoeide kosten dan in beginsel steeds via de schijf van de art. 195 en 196 Rv ten laste van de verzoeker worden gebracht. Het ligt in de rede te verwachten dat het hierbij gaat om daadwerkelijk en in redelijkheid gemaakte (interne bedrijfs)kosten in de vorm van aan de terbeschikkingstelling van bescheiden bestede tijd.²³ De kosten van inzage zouden, indien het tot een vonnis komt, in de kostenveroordeling ex art. 337 Rv moeten worden opgenomen.²⁴

Gelet op de gelijkschakeling van het inzagerecht met het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht, zijn de mogelijkheden voor de rechter om toepassing van de voorgestelde regeling te weigeren eveneens beperkt tot gebrek aan belang bij de rechtsvordering, misbruik van bevoegdheid, strijd met de goede procesorde of een ander door de rechter zwaarwegend geoordeeld bezwaar.²⁵ In verband met de voor inzage vereiste rechtsbetrekking is te ver-

wachten dat in dit verband (ook) gedebatteerd zal worden over de vraag of de door de verzoeker gestelde rechtspositie te zwak is om inzage te rechtvaardigen.²⁶ Gelet op de in de toelichting op art. 162a Rv opgenomen opmerking dat het bestaan van een rechtsbetrekking nog niet in rechte behoeft vast te staan²⁷ en de hiervoor besproken ratio van de regeling, zal een dusdanig zwakke rechtspositie dat die tot afwijzing noopt niet snel worden aangenomen.

Naast deze aan de bestaande voorlopige bewijsmiddelen ontleende weigeringsgronden, bepaalt het voorgestelde art. 162a lid 2 Rv dat geen verplichting tot inzage bestaat voor zover sprake is van een familiaal of functioneel verschoningsrecht (art. 165 leden 2 en 3 Rv) of van gewichtige redenen. Dat het familiale verschoningsrecht als uitzondering geldt is onlogisch. Immers, waar het de getuigplicht betreft is te begrijpen dat een persoon die in een nauwe persoonlijke relatie met één der partijen staat daarvan ontheven is. Bij de verplichting tot inzage gaat die redenering echter niet op. Sterker, dit zou in de hand werken dat litigieuze bescheiden bij dergelijke personen worden ondergebracht. Dat op personen die zich vanwege hun functie van de getuigplicht kunnen verschonen ook geen verplichting tot inzage, afschrift of uittreksel rust lijkt mij essentieel. Immers, ook (of juist) in dat verband gaat het in Nederland geldende algemene rechtsbeginsel op dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.²⁸ Uit dit rechtsbeginsel volgt ook dat wanneer inzage van een bescheid wordt gevraagd dat afkomstig is van een vertrouwenspersoon, bijvoorbeeld een door, of in opdracht van, een advocaat opgesteld advies of onderzoeksrapport, zich een gewichtige reden in de zin van art. 162a lid 2 Rv voordoet die zich tegen inzage verzet.²⁹ Al met al biedt het Concept dus een verruiming van de mogelijkheden om inzage in bescheiden af te dwingen, tegen naar verwachting redelijke kosten met beperkte mogelijkheden voor afwijzing. Mede gelet op de voordelen voor potentiële eisers uit oogpunt van processtrategie is te verwachten dat van de voorgestelde regeling veel gebruik zal worden gemaakt. In de memorie van toelichting bij het Concept wordt dat niet onderkend waar het ervan uitgaat dat het rechterlijk apparaat per saldo (meer *discovery*, maar minder getuigenverhoren, deskundigenberichten en plaatsopnemingen) minder zwaar zal worden belast omdat efficiëntere bewijsvergaring zou plaatsvinden. Ook wordt gesteld dat van een *administratieve* lastenverzwaring geen sprake zal zijn omdat de regeling geen nieuwe informatieverplichtingen jegens de overheid zou introduceren. Dat

22 Vgl. memorie van toelichting bij het Concept, p. 8, onder kopje 'kosten'.

23 Vgl. HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 150 (Staat/Stichting NCB).

24 Gelet op art. 241 Rv is de verwijzing in de memorie van toelichting op het Concept naar art. 6:96 BW overbodig.

25 Vgl. memorie van toelichting bij het Concept, p. 8, 1e alinea en HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442 (Frog People Mover/Floriade).

26 Vgl. HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont).

27 Vgl. memorie van toelichting bij het Concept, p. 11, onder kopje 'artikel 162a Rv'.

28 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 47 (Herengrachtparkeerders).

29 Overigens zou de tekst van het voorgestelde art. 162a lid 2 sub b Rv als volgt kunnen worden aangescherpt: "b. gewichtige redenen zich daartegen verzetten."

mag zo zijn, maar omdat de regeling beoogt een nieuwe informatieverplichting jegens *wederpartijen* te introduceren is wel degelijk sprake van een lastenverzwaring voor – veelvuldig – gerekwestreerde partijen.

Overigens zou de effectiviteit van de met het Concept beoogde regeling op twee wijzen aanzienlijk kunnen worden vergoot. In de eerste plaats zou de verplichting tot het verschaffen van inzage moeten kunnen worden verzaamd met een op te leggen dwangsom. Art. 162 lid 3 Rv biedt de rechter de bevoegdheid daartoe in geval van een bevel tot openlegging van boeken, bescheiden en geschriften in een jaarrekeningprocedure. Er is geen reden om die bevoegdheid niet in het Concept op te nemen. Sterker, er is juist aanleiding voor oplegging van aanzienlijke dwangsommen om te voorkomen dat partijen de waarheidsvinding frustreren, bijvoorbeeld door zich er ten onrechte op te beroepen niet over bepaalde bescheiden meer te (kunnen) beschikken of door bescheiden in het licht van een procedure te vernietigen. In het verlengde hiervan kan de wetgever overwegen in verband met de in het voorgestelde art. 162a lid 2 Rv opgenomen verplichting tot inzage, afschrift en uittreksel te bepalen dat, voor zover aan deze verplichting niet wordt voldaan, de rechter daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.³⁰

Ten tweede kan de effectiviteit van het Concept worden vergroot door een sluitende wettelijke regeling voor bewijsbeslag te introduceren.³¹ In de memorie van toelichting bij het Concept wordt nu enkel gesteld dat de regeling de in de praktijk ontwikkelde mogelijkheid conservatoir beslag tot afgifte op bescheiden te leggen, om daarvan een afschrift ter bescherming van bewijs ex art. 730 Rv te verkrijgen, onverlet laat.³² De huidige tekstuele mismatch tussen art. 843a Rv (recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden) en art. 730 Rv (beslagbevoegdheid ter zake vermeend recht op afgifte of levering) zal echter ook bestaan bij invoering van het thans voorgestelde art. 162a Rv. Ook dan zal derhalve onzekerheid bestaan over de vraag of een voldoende wettelijke grondslag bestaat voor bewijsbeslag.³³ Naar mijn idee zou dit eenvoudig te onderwerpen zijn door art. 730 Rv in het Concept aldus aan te passen, dat het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aan de daarin opgenomen opsomming wordt toegevoegd.³⁴

30 Vgl. o.a. art. 21 en 198 lid 3 Rv.

31 Vgl. in gelijke zin: J.R. Sijmonsma, 'Het inzagerecht vernieuwd?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2010-6, p. 179-185.

32 7e Alinea onder kopje 'Uitoefening van het recht op afschrift van bescheiden'.

33 Vgl. Hof Leeuwarden 4 augustus 2009, «JBPr» 2009/59, m.nt. T.S. Jansen. Zie ook p. 23 van de Beslagsyllabus (versie februari 2011) waarin het LOVC n.a.v. voormelde uitspraak aangeeft terug te zijn gekomen op het standpunt dat bewijsbeslag in niet-IE zaken niet onmogelijk is en het oordeel over de onderhavige vraag thans aan de rechtspraak overlaat, in de hoop dat de Hoge Raad daarover op korte termijn uitsluitsel geeft. Overigens wordt in de Beslagsyllabus ook naar de aangehaalde overweging over bewijsbeslag uit de memorie van toelichting bij het Concept verwezen.

34 De tekst zou kunnen luiden: "**Artikel 730.** Ieder die recht heeft op inzage, afschrift of uittreksel van een bepaald bescheid, afgifte van een roerende

Afsluiting

Uit de besproken ontwikkelingen volgt dat *document discovery* realiteit wordt in de Nederlandse rechtsorde. Dit betekent dat daar in de rechtspraktijk al op kan of moet worden geanticipeerd. Immers, documentatie die vandaag ontstaat is in de toekomst wellicht onderwerp van geschil. Anticipatie kan door "vertrouwelijke advocaat/cliënt correspondentie" expliciet als zodanig aan te (blijven) duiden en te bewaren. Door het beleid ten aanzien van (de wijze van opslag van) archiefbescheiden in dit licht te heroverwegen. Of door op voorhand over het recht op inzage te contracteren, bijvoorbeeld in transactiedocumentatie of algemene voorwaarden.

Over de auteur

Mr. drs. Timo S. Jansen is advocaat bij Lexence.

zaak, levering van een goed of die zodanig recht door een rechterlijke uitspraak tot vernietiging, ontbinding of anderszins kan verkrijgen, kan deze zaak of dit bescheid of goed ter bewaring van dit recht in beslag nemen."