Advocaten
Notarissen
Belastingadviseurs

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Aan de Algemene Raad van de
Nederlandse Orde van Advocaten
Postbus 30851
2500 GW DEN HAAG

Claude Debussylaan 80
Postbus 75084
1070 AB Amsterdam

T +31 20 577 1771
F +31 20 577 1775

Datum 3 december 2010

Betreft: Advies wetsvoorstel houdende aanpassing van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden

Geachte collegae en confrères,

Hierbij brengt de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht haar advies uit over het wetsvoorstel houdende aanpassing van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden.

Het consultatiedocument geeft de commissie aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

De mate waarin artikel 843a Rv wordt gebruikt

In de concept-MvT (p. 5) wordt opgemerkt dat er in de praktijk maar beperkt gebruik wordt gemaakt van artikel 843a Rv en dat een belangrijke reden daarvoor is dat er onduidelijkheid is over de reikwijdte van artikel 843a Rv. Waar deze observaties op zijn gebaseerd, blijkt niet uit de toelichting. Naar de mening van de commissie zijn beide observaties onjuist. In de praktijk is het aantal verzoeken gebaseerd op artikel 843a Rv sinds 2002 juist zeer sterk toegenomen.[1] Op rechtspraak.nl zijn meer dan 120 uitspraken gepubliceerd, hetgeen slechts het topje van de ijsberg is. Opmerking verdient dat veel artikel 843a-verzoeken in der minne tussen partijen worden geregeld,

[1] Vergelijk J. Ekelmans, De exhibitieplicht (2010), p. 3

De Brauw Blackstone Westbroek N.V. is gevestigd in Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 27171912

Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Op de overeenkomst zijn de Algemene Voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank in Amsterdam en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Kwaliteitsrekening notarissen ING Bank nr. 69.32.13.876

waardoor de rechter er niet meer aan te pas komt. De toepassing is dan ook veel ruimer dan uit de (gepubliceerde) jurisprudentie blijkt. Ook uit de inmiddels overvloedige literatuur blijkt dat dit artikel 843a Rv zeer in de belangstelling staat. Door de praktijk zijn de grenzen van de reikwijdte van artikel 843a Rv in de afgelopen jaren afgetast. Zoals Ekelmans in zijn proefschrift aantoont, zijn de meeste geschilpunten hierover inmiddels opgelost.[2]

Noodzaak wetswijziging niet aangetoond

Aangezien deze twee observaties de ratio voor het wetsvoorstel vormen, en deze observaties onjuist blijken te zijn, rijst de vraag of het wel nodig of wenselijk is de wet te wijzigen en de ontwikkeling van de exhibitieplicht aan de praktijk over te laten. In dit verband merkt de commissie op dat het nieuwe artikel 843a Rv nog niet tot veel jurisprudentie van de Hoge Raad heeft geleid. Ook in de literatuur, te wijzen valt op de proefschriften van Sijmonsma en Ekelmans, worden bij nut en noodzaak van een wijziging van de wettelijke regeling op dit moment vraagtekens geplaatst.

Als de Regering meent dat er redenen zijn de wettelijke regeling voor de exhibitieplicht te wijzigen, dan zou daarin ten minste aandacht moeten zijn voor het navolgende.

Beperkingen op het recht tot inzage

In het huidige artikel 843a Rv is het recht op inzage op vier wijzen beperkt:

a. Er moet sprake zijn van een rechtmatig belang bij exhibitie.
b. Het verzoek moet betrekking hebben op bepaalde bescheiden.
c. Er moeten geen gewichtige redenen zijn het verzoek af te wijzen.
d. Het verzoek is onnodig voor een behoorlijke rechtspleging.

Daarnaast kan de rechter het verzoek op grond van een belangenafweging afwijzen. De commissie begrijpt dat met het conceptwetsvoorstel ondanks de ingrijpende tekstuele wijzigingen geen inhoudelijke wijziging wordt beoogd. Dat zo zijnde plaatst de commissie vraagtekens bij het schrappen van het vereiste "rechtmatig belang" in het voorgestelde artikel 162a Rv. Naar het oordeel van de commissie is het criterium "rechtmatig belang" van een andere orde en in beginsel ruimer dan het algemene-belangcriterium in artikel 3:303 BW. Bovendien acht de commissie het niet wenselijk dat een belangrijke toepassingsvoorwaarde voor het uitoefenen van het recht op exhibitie niet in het wetsartikel zelf is te vinden.

Een bezwaar van de huidige beperkingen aan het recht op exhibitie is dat de opgenomen normen open zijn en de praktijk weinig aanknopingspunten bieden hoe deze in een concreet geval moeten worden ingevuld. De commissie geeft voorts in

---

[2] Ekelmans, a.w., hoofdstuk 5.

overweging om te bezien of de huidige open normen niet zouden kunnen worden geconcretiseerd. In de literatuur, onder meer het proefschrift van Ekelmans, zijn hiervoor meerdere suggesties gedaan waardoor de wetgever zich kan laten inspireren.

Verschoningsrecht

Het wetsvoorstel regelt de situatie dat degene tot wie zich het verzoek tot exhibitie richt een beroep kan doen op een verschoningsrecht. Wat niet wordt geregeld is de in de praktijk veel vaker voorkomende situatie dat een niet-verschoningsgerechtigde documenten onder zich heeft afkomstig van een verschoningsgerechtigde, zoals adviezen, correspondentie, e-mails, notulen van een vergadering waar een verschoningsgerechtigde mondeling advies heeft gegeven, en dergelijke. In de praktijk wordt aangenomen dat degene die deze stukken onder zich heeft een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Het afgeleide verschoningsrecht is echter niet wettelijk geregeld. Omdat bij de toepassing van de exhibitieplicht het afgeleide verschoningsrecht veel belangrijker is dan het verschoningsrecht zelf, verdient het aanbeveling om dit afgeleide verschoningsrecht zelf wettelijk te erkennen en de gevolgen daarvan te regelen. Bij het regelen van de gevolgen zou aandacht dienen te worden gegeven aan de vraag wie een beroep op het afgeleide verschoningsrecht toekomt; de verschoningsgerechtigde (bijvoorbeeld de advocaat die het advies heeft gegeven), degene aan wie het advies is uitgebracht, of beiden. Een bijzonder punt van aandacht betreft de vraag wie het afgeleide verschoningsrecht kan uitoefenen in de situatie dat degene die documenten onder zich heeft in staat van faillissement verkeert.

Wet bescherming persoonsgegevens

Bescheiden die onder de exhibitieplicht vallen kunnen persoonsgegevens zijn als bedoeld in de Wet bescherming persoonsgegevens ("**Wbp**"). De Wbp speelt in de praktijk een belangrijke rol indien Nederlandse ondernemingen mee moeten werken aan een *discovery* ten behoeve van een Amerikaanse procedure. Onder meer e-mailboxen van individuele werknemers zijn persoonsgegevens als bedoeld in de Wbp. Deze mogen alleen met inachtneming van de waarborgen voorzien in de Wbp ter beschikking worden gesteld. Ofschoon het exhibitieverzoek slechts betrekking kan hebben op bepaalde bescheiden kan niet worden uitgesloten dat deze bescheiden een bestand van persoonsgegevens vormen als bedoeld in de Wbp, en het voldoen aan de exhibitieplicht impliceert het bewerken van persoonsgegevens, dat in de Wbp aan waarborgen is verbonden. Om deze reden dient zo, niet in het wetsvoorstel zelf, dan toch in ieder geval in de memorie van toelichting, aandacht te worden besteed aan de afbakening tussen enerzijds de exhibitieplicht en anderzijds de Wbp.

Kosten exhibitie

Het eerste lid van het voorgestelde artikel 162a lid 1 Rv bepaalt dat degene die gerechtigd is tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden de met het

daarvan verschaffen samenhangende kosten draagt. Deze kosten kunnen worden onderverdeeld in de volgende categorieën:

a. de kosten voor het zoeken en selecteren van de bescheiden waarop de exhibitieplicht betrekking heeft;
b. het beoordelen of er een wettelijke uitzonderingsgrond is om de bescheiden niet te verstrekken, zoals een beroep op een verschoningsrecht;
c. het beoordelen of de bescheiden persoonsgegevens bevatten als bedoeld in de Wbp;
d. de kosten van het ter beschikking stellen van de geselecteerde bescheiden zelf, zoals kopieerkosten en dergelijke.

Uit de toelichting blijkt niet of degene die exhibitie van bescheiden verlangt al deze kosten aan degene die tot exhibitie verplicht is moet vergoeden. Opmerking verdient dat de sub a-c bedoelde kosten aanzienlijk hoger zijn dan de sub d bedoelde kosten. De vraag of ook de sub a-c genoemde kosten voor vergoeding in aanmerking komen, is van rechtspolitieke aard, waarover verschillend kan worden gedacht. Het antwoord op die vraag kan een aanzienlijke invloed hebben op het feitelijk gebruik van de exhibitieplicht. De commissie wijst er verder op dat als de regels voor de kostenvergoeding niet duidelijk zijn en niet gelden ongeacht of de exhibitieplicht in of buiten rechte wordt afgedwongen, het risico bestaat dat alleen al vanwege de onduidelijkheid over de kosten partijen een beroep op de rechter zullen doen. Om dat te voorkomen, moeten de materiële regels over de kostenvergoeding zo worden vastgesteld dat het geen verschil maakt of het verzoek in of buiten rechte wordt gedaan.

Procedure

Het verzoek tot exhibitie kan worden gedaan tijdens een aanhangige procedure of voorafgaand aan een procedure. De commissie stemt in met de in het voorgestelde artikel 162b Rv uitgewerkte verzoekschriftprocedure voor exhibitieverzoek, welke procedure kan worden gevolgd vóórdat een procedure aanhangig is.

De commissie meent evenwel dat het voorgestelde artikel 162c Rv voor het doen van een verzoek tijdens een procedure heroverweging verdient. In de praktijk wordt een verzoek tot exhibitie in een procedure thans veelal bij incidentele conclusie gedaan, waarop doorgaans wordt beslist bij een afzonderlijk tussenvonnis. Hangende de beslissing op de incidentele vordering ligt het hoofdgeschil stil, hetgeen tot een aanzienlijke vertraging van de procedure kan leiden. Dit geldt temeer omdat een incidentele vordering tot exhibitie in elk stadium van het geding kan worden gedaan. De commissie stelt voor om te bepalen dat een incidentele conclusie tot exhibitie uitsluitend kan worden ingesteld bij dagvaarding of tegelijk met – niet voorafgaand aan – de conclusie van antwoord (in geval van een reconventionele vordering eventueel ook gelijktijdig met de conclusie van antwoord in reconventie). Gezien de verplichting voor

partijen om in de dagvaarding respectievelijk de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen waarover zij kunnen beschikken en de getuigen die zij wensen te horen te vermelden (artikel 111 lid 3 en 128 lid 5 Rv) is het niet onredelijk om van partijen te verlangen dat zij, indien gewenst, tegelijk met hun eerste proceshandeling een vordering tot exhibitie indienen. De rechtbank kan vervolgens in één vonnis beslissen op de incidentele vordering tot exhibitie en in de hoofdzaak het comparitievonnis wijzen (artikel 131 Rv).

Indien een partij in een later stadium van de procedure een exhibitieverzoek wil doen, zou dat verzoek niet meer moeten kunnen worden ingesteld bij incidentele vordering, maar uitsluitend door daartoe het verlangen te uiten in de procedure. De rechter kan dan bij vonnis tegelijk een beslissing nemen in de hoofdzaak en beslissen op het verzoek tot exhibitie. Dit biedt de rechter de mogelijkheid om te beoordelen of het verzoek tot exhibitie van belang is voor de beslissing in de hoofdzaak. Is dat niet het geval, dan kan de rechter direct (eind)vonnis wijzen in de hoofdzaak en het verzoek tot exhibitie afwijzen. Uiteraard kan de rechter ook in een tussenvonnis het verzoek tot exhibitie toewijzen, waarna partijen na de overlegging van de bescheiden verder kunnen procederen. Een dergelijke oplossing past in het wettelijk systeem. De rechter heeft ook de bevoegdheid een bewijsaanbod te passeren als het niet ter zake dienend is en zelfs een discretionaire bevoegdheid een verzoek om een deskundigenbericht al dan niet toe te wijzen. Voor een verzoek tot exhibitie gedaan na de eerste proceshandeling zou hetzelfde behoren te gelden. Invoering van deze regels kan de doorlooptijd van procedures sterk bekorten.

Hoger beroep

De commissie is geen voorstander van het uitsluiten van het instellen van hoger beroep tegen een beschikking of vonnis waarbij een exhibitieverzoek is toegewezen. De reden hiervoor is dat een beslissing een exhibitieverzoek toe te wijzen voor degene die gehouden is tot exhibitie hoogst bezwaarlijk kan zijn, omdat op deze wijze vertrouwelijke (bedrijfs)gegevens kunnen worden geopenbaard. Er kunnen goede redenen zijn om tegen een bevel tot exhibitie beroep in te stellen om het oordeel van de appel- of cassatierechter te verkrijgen, ook al zal de rechter het bevel tot exhibitie vrijwel altijd uitvoerbaar bij voorraad verklaren. In dit opzicht is het verzoek tot exhibitie niet vergelijkbaar met het verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht. Toewijzing van een dergelijk verzoek leidt niet tot onherstelbaar nadeel voor de wederpartij van degene die het verzoek heeft gedaan.

Vertrouwelijkheid

In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk geldt de regel dat een partij die bescheiden heeft gekregen in het kader van *discovery* deze uitsluitend mag gebruiken in de procedure. Een dergelijke waarborg ontbreekt in het Nederlandse systeem. De commissie meent dat het aanbeveling verdient artikel 29 Rv aan te vullen met een

bepaling dat het een partij verboden is aan derden mededelingen te doen omtrent bescheiden in het kader van de exhibitieplicht verkregen, onverminderd de bevoegdheid van de rechter dat verbod geheel of gedeeltelijk op te heffen.

Slotopmerking

De commissie meent dat het wetsvoorstel in zijn huidige vorm nog onvoldoende voldragen is en grondig moet worden heroverwogen.

Met vriendelijke groet,

Ruud Hermans
voorzitter adviescommissie BPR