

VERBODEN TE VISSSEN, MAAR VRAGEN MAG

Art. 843a Rv in de ondernemingsrechtpraktijk

MR. DRS. T.S. JANSEN

Sinds de herziening van het burgerlijk procesrecht 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, waarmee de mogelijkheden om een partij tot afgifte van bepaalde bescheiden te bewegen aanzienlijk zijn vergroot. Nu *fact finding* en bewijslevering het verschil tussen winst en verlies in civiele procedures kunnen maken, mag artikel 843a Rv zich sinds 2002 in een tot dan ongekennde populariteit verheugen, met een stroom van, vooral lagere, rechtspraak tot gevolg. Deze rechtspraak kenmerkt zich door een welwillende houding van rechters ten aanzien van het verstrekken van afschrift en inzage, voor zover zij van het rechtmatig belang van de verzoeker zijn overtuigd. In dit artikel bespreek ik de voorwaarden waaronder op grond van art. 843a Rv inzage of afschrift van bepaalde bescheiden kan worden afgedwongen, waarbij ik mij vooral concentreer op de ondernemingsrechtpraktijk.

Uit de tekst van art. 843a lid 1 Rv blijkt dat voor toewijzing van een vordering tot inzage, afschrift of uittreksel aan drie cumulatieve voorwaarden voldaan moet zijn: (i) de verzoeker¹ 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. Deze voorwaarden worden hierna afzonderlijk besproken. Ten slotte zal ik ingaan op de in art. 843a lid 4 Rv opgenomen uitzonderingen op de exhibitieplicht.

Rechtmatig belang

De eerste, en mijns inziens meest relevante, vraag is welk belang een verzoeker moet hebben wil sprake zijn van een 'rechtmatig belang'. Het stellen van een enkel 'rechtens relevant belang' is in elk geval onvoldoende, wat dat ook moge zijn.² Uit HR 6 oktober 2006, *JBPr* 2007/6 volgt, dat

voor zover een materieelrechtelijke aanspraak op overlegging van bepaalde bewijsstukken bestaat, zoals in het door de Hoge Raad berechte geval art. 7:619 BW, het rechtmatig belang in de zin van art. 843a Rv gegeven is. Op gelijke wijze heeft het gerechtshof Amsterdam rechtmatig belang bij afschrift van aantekeningen van een secretaris van een scheidsgerecht op grond van art. 7:403 BW aangenomen.³ Buiten de gevallen waarin een materieelrechtelijke aanspraak bestaat gaat het bij het voor de toepassing van art. 843a Rv vereiste rechtmatig belang in de eerste plaats om een bewijsbelang.⁴ Dit volgt uit de *MvT* bij het wetsvoorstel voor het huidige art. 843a Rv, waarin de wetgever aan de casus van HR 30 januari 1998, *NJ* 1998/459 (*Interforce/Rosier*) refereert. In deze zaak weigerde een procespartij een met een derde gesloten koopovereenkomst in het geding te brengen. De wetgever stelde: "*op grond van de thans voorgestelde aanvulling van artikel 843a zal de wederpartij, met een beroep op haar belang om (tegen)bewijs*

¹ Degene die toepassing van art. 843a Rv eist, duid ik in dit artikel aan als verzoeker.

² HR 18 februari 2000, *NJ* 2001/259 (*News International e.a./ABN AMRO Bank*).

³ Hof Amsterdam 2 december 2008, *NJF* 2009/39 (*Knowsley/X*).

⁴ Zie in gelijke zin: J.M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek, 'Exhibitieplicht en bewijsbeslag', *WPNR* 1994/6155, p. 741, en A.A.M. Menken, 'Exhibitieplicht ex artikel 843a Rv', *V&O*, mei 1998, nr. 5, p. 55.

te kunnen leveren, kunnen vorderen dat de koopovereenkomst in het geding wordt gebracht (...)”.⁵

Een door een verzoeker gesteld bewijsbelang moet wel corresponderen met de op hem rustende bewijslast wil een beroep op art. 843a Rv slagen. Het moet dan dus gaan om bescheiden die tot bewijs van feiten of rechten dienen

Rechtmatig belang is ook het onderbouwen van een niet op voorhand kansloze vordering of kansloos verweer.

waar de verzoeker rechtsgevolgen aan verbindt. Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv zal de verzoeker de bewijslast terzake van deze feiten en rechten dragen, zodat hij in beginsel een rechtmatig belang bij inzage, afschrift of uittreksel van de bescheiden waaruit deze feiten en rechten blijken heeft.

‘In beginsel’ omdat dit bewijsbelang in het licht van het processuele debat tussen partijen ook relevant moet zijn. In de situatie bijvoorbeeld dat een gedaagde verzoeker een meer subsidiair verweer wil bewijzen met een door de eiser op de grondslag van art. 843a Rv over te leggen bescheid, is wel aangenomen dat de verzoeker vooralsnog geen rechtmatig belang bij inzage, afschrift of uittreksel heeft. Het is nog maar de vraag of het processuele debat zó verloopt dat de verzoeker zijn meer subsidiaire verweer überhaupt zal moeten bewijzen. Wellicht wordt de vordering direct afgewezen. Pas als duidelijk is dat de verzoeker zijn meer subsidiaire verweer moet bewijzen, ontstaat zijn rechtmatig belang. Voordien weegt het belang van de wederpartij dat hij niet “*modeloos wordt lastiggevalen*”⁶ zwaarder. Op dit punt sneuvelde exhibitievorderingen nogal eens.⁷ Uit de hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis volgt dat ook de noodzaak tot het leveren van tegenbewijs, tot levering waarvan men in de regel pas tegen het einde van het processuele debat toekomt, een rechtmatig belang oplevert.

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 843a (oud) Rv blijkt echter dat ook het bepalen van iemands rechtspositie een rechtmatig belang bij exhibitie kan opleveren. Bij de inwerkingtreding verving art. 843a (oud) Rv art. 1922 BW (oud), dat de exhibitieplicht buiten geding regelde. Volgens de wetgever kon een beroep op art. 1922 BW (oud) “*worden uitgeoefend b.v. als een akte in één exemplaar is vervaardigd en de partij die het niet bezit er belang bij heeft haar rechtspositie eruit te leren kennen.*” Een dergelijk beroep kon volgens de wetgever in het vervolg op art. 843a

(oud) Rv worden gegrond.⁸ Het huidige art. 843a Rv is op dit punt niet veranderd. In het verlengde hiervan is in lagere rechtspraak wel aangenomen dat sprake is van een rechtmatig belang wanneer een procespartij de betreffende stukken nodig heeft ter bepaling van feiten op grond waarvan een rechtsbetrekking kan worden vastgesteld⁹, althans indien de bescheiden van belang zijn voor het onderbouwen van een niet op voorhand kansloze vordering of kansloos verweer.¹⁰ Deze ruime invulling van het begrip rechtmatig belang in processuele verhoudingen lijkt mij juist, gelet op het doel van de bepaling. Dit doel blijkt tevens uit de algemene beraadslagingen in de Eerste Kamer over art. 843a (oud) Rv in 1987. De toenmalige minister stelde al: “*die zogeheten exhibitieplicht slaat op de situatie, dat de inhoud van een schriftelijk bewijsmiddel aan een partij in beginsel wel bekend is, maar dat zij het niet in haar bezit heeft*”, terwijl zij het desbetreffende stuk bijvoorbeeld in een procedure zou willen overleggen. “*Zij kan dan vorderen, dat haar dat stuk of een afschrift daarvan wordt afgegeven of haar daarvan inzage wordt verschaft*”.¹¹ Los van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever volgt de rechtmatigheid van dit belang tevens uit de waarheidsplicht ex art. 21 Rv en het beginsel van *equality of arms*, zoals neergelegd in het EVRM.

In het vonnis van Rb. Breda 15 februari 2006, *NJF* 2006/217 (*Hands for Hair/United Hair Company*) werd een verzoek om inzage in de volledige namen en adresgegevens van met name genoemde werknemers van een concurrent toegewezen, vanwege het door de verzoeker gestelde belang om deze werknemers als getuigen te kunnen horen. De rechtbank Breda achtte dit belang rechtmatig in de zin van art. 843a Rv. Overigens kan een rechtmatig belang in de zin van art. 843a Rv zich ook na het wijzen van vonnis voordoen. Rechtmatig belang bij exhibitie bestaat mijns inziens immers ook om aan te tonen dat een vonnis berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd of om stukken van beslissende aard in handen te krijgen en op die grond(en) herroeping van het vonnis te vorderen. Echter ook buiten de civiele procedure kan een rechtmatig belang bij exhibitie worden gevonden, bijvoorbeeld om onder een bankgarantie te trekken of om aan de administratieplicht ex art. 2:10 BW te voldoen.

Art. 843a Rv kan niet in stelling worden gebracht voor *fishing expeditions*.¹² Een verzoeker kan derhalve geen ongespecificeerde bescheiden opvragen om vervolgens te bezien of deze aanknopingspunten biedt voor een nadere onderbouwing van zijn stellingen of voor nadere bewijsvoering. Ook de enkele interesse van een partij is in geen geval voldoende.¹³

5 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. 554.

6 Vgl. zoals weergegeven in de wetgeschiedenis van art. 843a (oud) Rv, Rutgers en Flach, t.a.p., p. 416.

7 President Rb. Amsterdam 15 mei 1997, *KG* 1997/212 (BAM Bredero Bouw B.V./B.V. Amstel Hotel Maatschappij); Rb. Amsterdam 3 november 2004, «JOR» 2004/326 (AEGON/Dexia); Hof 's-Gravenhage 11 april 2008, LJN BD0694, *NJF* 2008/245 (Israëls/Staat).

8 Rutgers en Flach, t.a.p., p. 415.

9 Rb. 's-Hertogenbosch 16 april 2008, *NJF* 2008/228 (Allianz/DLV).

10 In gelijke zin: Rb. Utrecht 12 september 2007, «JOR» 2007/265 (OPG/MMG).

11 G.R. Rutgers, R.J.C. Flach (red.), *Parlementaire Geschiedenis, nieuw bewijsrecht*, Deventer: Kluwer 1988, p. 417.

12 Van Mierlo en Bart, t.a.p., p. 553 en 154.

13 Van Mierlo en Bart, t.a.p., p. 553.

Hieruit volgt mijns inziens dat een verzoeker per afzonderlijk opgevraagd bescheid moet aangeven welk rechtmatig belang hij bij inzage, afschrift of uittreksel daarvan heeft. Afhankelijk van het gestelde belang zal dan ook in dit verband tevens per bescheid moeten worden aangegeven welke feiten en/of rechten verzoeker hiermee denkt te bewijzen, althans welke feiten en/of rechten verzoeker hiermee gemotiveerd denkt te betwisten en of de verzoeker (naar redelijkerwijs valt te voorzien) de bewijslast van deze feiten en/of rechten draagt.

Om zó gespecificeerd het belang bij afschrift van ieder afzonderlijk bescheid aan te kunnen tonen, is de nodige kennis van de inhoud van het opgevraagde bescheid vereist. Dit betekent echter niet dat de verzoeker alleen maar bescheiden mag opvragen waar hij eerder al kennis van heeft genomen. Bescheiden waarvan de inhoud op een andere wijze aan de verzoeker bekend is geworden, bijvoorbeeld door een getuigenverklaring¹⁴ of door een bepaalde feitenconstellatie (indien de *data room* bepaalde bescheiden bevatte, mag worden aangenomen dat de koper hier in het *due diligence*-rapport op is gewezen zodat met dit rapport wetenschap van de koper kan worden bewezen), vallen ook binnen de reikwijdte van art. 843a lid 1 Rv, zolang de verzoeker een rechtmatig belang bij exhibitie heeft.

Bepaalde bescheiden

Waar art. 843a (oud) Rv slechts zag op onderhandse akten, is het toepassingsgebied van de huidige regeling belangrijk uitgebreid tot "*bepaalde bescheiden*". Onder bescheiden verstaat de wetgever onderhandse akten en op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, zoals foto, film, geluid en computerbestanden.¹⁵ Gegevensdrager is een ruim begrip waaronder in elk geval papier, cd-rom, diskette, video-band en geluidsband vallen.

Een vraag die opkomt, is of een verzoeker zijn wederpartij ook kan verplichten gegevens op een gegevensdrager aan te brengen om deze vervolgens aan de verzoeker te verschaffen. Dit lijkt mij het geval. In feite gebeurt er dan niets anders dan dat verzoeker een afschrift wordt verschaft.

Het bepaaldheidsvereiste is opgenomen om *fishing expeditions* te voorkomen. Hieruit volgt dat pas van bepaalde bescheiden kan worden gesproken indien deze voldoende gespecificeerd zijn.¹⁶ De vereiste mate van specificiteit zal van geval tot geval verschillen en afhangen van het gestelde rechtmatig belang. Gesteld zou kunnen worden dat nu de eis van bepaaldheid is bedoeld ter voorkoming van *fishing*

expeditions, voldoende zou zijn om de eis te stellen dat het gaat om bescheiden waarvan het bestaan in voldoende mate vaststaat, en die – afhankelijk van de concrete omstandigheden – voldoende concreet worden aangeduid.¹⁷ De rechtspraak laat een grote mate van welwillendheid zien ten aanzien van de bepaaldheidseis. Zo werd voldoende bepaald geacht: "*de notulen van bestuursvergaderingen (...) in de periode 1-1-2001 (...) tot en met 16 april 2003*", "*winst- en verliesrekeningen (...) over de periode 1-1-2001 (...) tot en met 16 april 2003*", "*alle correspondentie tussen alle gedaagden, betrekking hebbend op de herstructurerings/sanering (...)*",¹⁸ complete klantendossiers, inclusief offertes, overeenkomsten en facturen,¹⁹ volledige namen en adresgegevens van met name genoemde werknemers,²⁰ "*alle processtukken van de procedure tegen hun octrooige-*

De rechtspraak toont een grote mate van welwillendheid bij de toepassing van het vereiste dat exhibitie op bepaalde bescheiden moet zien.

machtigde welke heeft geleid tot het vonnis (...), inclusief die betreffende het hoger beroep, en inclusief bijbehorende bijlagen en producties",²¹ "*het advies dat (...) genoemd in het verslag [van een bespreking tussen gemeente en projectontwikkelaar] van 13 juli 2005*",²² en "*de dossiers, stukken en overige gegevens die de agent (...) en de leden van het Syndicaat hebben geproduceerd en/of verzameld (...), voorafgaand aan of tijdens de onderhandelingen over de Facilities Agreement*".²³

Aangaande een rechtsbetrekking waarbij verzoeker partij is

De derde voorwaarde voor toepassing van art. 843a Rv is dat de opgevraagde bescheiden "*een rechtsbetrekking waarin verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is*" moet aangaan.

Deze rechtsbetrekking, wat niets anders betekent dan rechtsverhouding, kan er in elk geval een uit overeenkomst zijn en, zoals de wetgever bij gelegenheid van de laatste wetwijziging aangaf, een uit onrechtmatige daad.²⁴ In het verlengde van de rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad ligt het voor de hand ook die uit onbehoorlijk bestuur, on-

14 Vgl. HR 30 januari 1998, NJ 1998/459 (Interforce/Rosier), hierna besproken.

15 Art. 843a lid 1 en Van Mierlo en Bart, t.a.p., p. 553. Overigens spreekt de wetgever van geluidsbanden en niet van geluidsopnamen.

16 Zie: Rb. Zutphen 7 mei 2003, NJ 2003/480 (Rabobank Harderwijk/F&B Leisure), Rb. Amsterdam sector kanton, 24 april 2003, NJF 2003/20. P.J.M. von Schmidt Auf Altenstadt, Opening van zaken, in: TCR 2002/1, p. 13. J.E. Bosch-Boesjes spreekt van "*met name genoemde stukken*", hetgeen mijns inziens praktisch gezien op het zelfde neerkomt. Zie aantekening 3 bij art. 843a Rv in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1142.

17 Rb. Utrecht 12 september 2007, «JOR» 2007/265 (OPG/MMG).

18 Rb. Alkmaar 19 mei 2004, kenbaar uit Rb. Alkmaar 18 maart 2009, LJN: BH5897 (Levi Strauss Nederland B.V./X c.s.).

19 Rb. Utrecht 18 maart 2009, LJN: BH6128.

20 Rb. Breda 15 februari 2006, NJF 2006/217 (Hands for Hair/United Hair Company).

21 Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 21 september 2005, JBPR 2006/25 (Wijbenga/Eisenkolb).

22 Rb. Amsterdam 31 december 2008, NJF 2009/85 (RVP/Gem. Amsterdam).

23 Rechtbank Amsterdam, LJN BC9315, NJF 2008/237 (Cargill en Citibank/KPN B.V.), waarbij de rechtbank vaststelde dat nu Cargill en Citibank hebben aangegeven wel over die stukken te beschikken, zij kennelijk zelf weten om welke concrete stukken het gaat, zodat deze in zoverre voldoende bepaalbaar zijn.

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

verschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking als rechtsbetrekkingen in de zin van art. 843a Rv aan te merken.²⁵ Ook de door goede trouw beheerste rechtsverhouding waarin partijen komen te staan wanneer zij met elkaar in onderhandeling treden over een te sluiten overeenkomst,²⁶ is een rechtsbetrekking in voornoemde zin.

De rechtsverhouding tussen een rechtspersoon en degenen die krachtens wet en statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, of tussen deze betrokkenen onderling, ten slotte, is eveneens een rechtsbetrekking waarop art. 843a Rv kan

Exhibitievordering kan dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 2 BW betreffende informatie-verkrijging binnen de vennootschap doorkruisen.

zien. Men zou kunnen stellen dat een exhibitievordering niet toewijsbaar is voor zover deze ertoe leidt (of toe strekt) dat dwingendrechtelijk vennootschapsrecht, bijvoorbeeld het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders²⁷ of de situatie waarin een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen verschaffing van inlichtingen door bestuur en/of raad van commissarissen aan de algemene vergadering verzet²⁸, wordt doorkruist. In HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996/120 (Perrier/Marceau) oordeelde de Hoge Raad echter dat dergelijke bepalingen niet aan toewijzing van een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor in de weg stonden. “De bepalingen van Boek 2 BW betreffende het verkrijgen van informatie binnen de vennootschap (...) hebben niet de strekking de uit art. 214²⁹ voortvloeiende bevoegdheid aan aandeelhouders te ontnemen of die bevoegdheid te beperken, waardoor in dit opzicht een niet te rechtvaardigen verschil tussen aandeelhouders en anderen dan aandeelhouders zou worden gemaakt”, aldus de Hoge Raad.³⁰ Dezelfde redenering geldt voor art. 843a Rv. Ook in dit verband geldt dat vennootschapsrechtelijke regels niet aan toewijzing van een 843a-vordering in de weg staan. Wél is denkbaar dat het vennootschappelijke karakter van de verhouding tussen partijen een rol speelt bij de beoordeling of gewichtige redenen in de zin van art. 843a lid 4 Rv zich tegen exhibitie verzetten. Het zwaarwichtige belang op grond waarvan de vennootschap weigert inlichtingen aan een aandeelhouder te verschaffen kan onder omstandigheden evengoed een gewichtige reden opleveren op grond waarvan de vennootschap gerechtigd is exhibitie van een bescheid te weigeren.

Het antwoord op de vraag of het vereiste “bescheiden aangaande een rechtsbetrekking” ruim (een verzekeraar kan

inzage vorderen in een in opdracht van verzekerde opgesteld expertiserapport) dan wel eng (het expertiserapport gaat slechts de rechtsbetrekking tussen verzekerde en expert aan) moet worden opgevat, zoals door Barendrecht en Van den Reek opgeworpen³¹, volgt uit de reeds aangehaalde verwijzing in de MvT naar de casus die is berecht in HR 30 januari 1998, *NJ* 1998/459 (Interforce/Rosier). Nu de wetgever stelde dat de verzoeker op grond van de toen voorgestelde aanvulling van art. 843a met een beroep op haar belang om (tegen)bewijs te kunnen leveren exhibitie van de koopovereenkomst, waar zij geen partij bij was, zou kunnen afdwingen³², volgt dat het vereiste “aangaande een rechtsbetrekking waarbij de verzoeker partij is” in ruime zin moet worden opgevat. Dat de wetgever een ruime opvatting van het rechtsbetrekkingvereiste beoogde, volgt niet alleen uit de verwijzing naar het besproken arrest maar ook uit het feit dat de wetgever de wenselijkheid van een verruimde toepassing onderschreef met de stelling dat deze aansluit bij de verruiming van de processuele mededelingsplichten die ook in het wetsvoorstel hun beslag kregen.³³ In de praktijk wordt dit vereiste al veelvuldig in ruime zin toegepast.³⁴

In veel gevallen doet zich de *Catch 22*-situatie voor dat exhibitie juist gevraagd wordt om een gestelde rechtsbetrekking te bewijzen, terwijl art. 843a Rv vereist dat de gevraagde bescheiden diezelfde rechtsbetrekking aangaan en dus het bestaan van die rechtsbetrekking veronderstelt. In de lagere rechtspraak wordt hier praktisch mee omgegaan. Bijvoorbeeld door te oordelen dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de gestelde vordering uit onrechtmatige daad is gebleken.³⁵ Door te oordelen dat het erom gaat of een partij de gevraagde bescheiden nodig heeft ter bepaling van feiten op grond waarvan een rechtsbetrekking kan worden vastgesteld.³⁶ Of door te stellen dat geen sprake is van een op voorhand kansloze vordering of kansloos verweer.³⁷

Uit de tekst van art. 843a Rv volgt dat het vereiste “aangaande een rechtsbetrekking waarbij de verzoeker partij is” de opgevraagde bescheiden aangaat. Degene van wie inzage, afschrift of uittreksel wordt gevraagd zal veelal ook partij bij die rechtsbetrekking zijn maar dat hoeft niet. Art.

25 Vgl. J.G.A. Linssen in zijn noot onder Rb. Zutphen 7 mei 2003, *JBPr* 2003/66 en de daarin vermelde publicatie van zijn hand, met betrekking tot de rechtsbetrekking uit onverschuldigde betaling.

26 Vgl. Rb. Amsterdam 31 december 2008, *NJF* 2009/85 (RVP/Gem. Amsterdam).

27 Art. 2:92 lid 2 BW en art. 2:201 lid 2 BW.

28 Art. 2:107 lid 2 BW en art. 2:217 lid 2 BW.

29 Lees: art. 214 (oud) Rv, thans art. 186 Rv.

30 Zie: r.o. 3.5.

31 Barendrecht van Van den Reek, t.a.p., p. 739.

32 Van Mierlo en Bart, *Parlementaire geschiedenis, herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, p. 554.

33 Vgl. Van Mierlo en Bart, t.a.p., p. 553.

34 Vgl. Rb. Breda 14 januari 2004, «JOR» 2004/70 (BVR/Ho-Cla), m.b.t. een due diligence-rapport opgesteld in opdracht van wederpartij, Rb. Rotterdam 3 oktober 1996, «JOR» 1996/122, m.b.t. notulen van vergaderingen van de raad van bestuur opgevraagd door een aandeelhouder, Rb. Zutphen 7 mei 2003, *JBPr* 2003/66, m.b.t. een nota waarin afspraken waren opgenomen tussen de wederpartij en een derde, Hof Amsterdam 25 november 2008, *NJF* 2009/31 (Net2Phone/eBay e.a.), algemene rechts-overweging (r.o. 2.9) omtrent ruime opvatting, Rb. 's-Hertogenbosch 16 april 2008, *LJN* BC9695, *NJF* 2008/228 (Allianz/DLV), idem.

35 Rb. Utrecht 18 maart 2009, *LJN* BH6128.

36 Rb. Breda 15 februari 2006, *NJF* 2006/217 (Hands for Hair/United Hair Company).

37 Rb. Utrecht 12 september 2007, «JOR» 2007/265 (OPG/MMG).

843a Rv bepaalt expliciet dat de vordering ex art. 843a Rv kan worden ingesteld tegen “*degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft*”.³⁸ Voor toewijzing van een vordering tot afschrift van bepaalde bescheiden op een derde waartoe de verzoeker niet in een rechtsbetrekking staat, heeft het gerechtshof Amsterdam wel als voorwaarde gesteld 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.³⁹

Gewichtige redenen

Art. 843a lid 4 Rv bepaalt dat niet aan de exhibitievordering hoeft te worden voldaan indien de wederpartij zich er op beroept dat zich daar gewichtige redenen tegen verzetten.⁴⁰ De wetgever heeft met het criterium gewichtige redenen in de eerste plaats gedacht aan vertrouwelijke gegevens zoals gegevens betreffende seksuele gaardheid, medische status of financiële positie, en vertrouwelijke bedrijfsgegevens, maar heeft een nadere invulling van dit criterium aan de rechtspraak over willen laten.⁴¹

De rechtbank Rotterdam vulde dit criterium aldus in dat een weigering tot afgifte van een expertiserapport op de grondslag van art. 843a lid 4 Rv werd toegestaan omdat het maatschappelijk belang dat een partij-expert vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking zijn opdrachtgever van advies kan dienen deze weigering in haar visie rechtvaardigde.⁴² Deze overweging van de rechtbank lijkt geïnspireerd op de door de Hoge Raad geformuleerde grondslag voor het aan vertrouwenspersonen als advocaten en notarissen toekomende verschoningsrecht. Deze zoekt de Hoge Raad in “*een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel 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 van het besprokene om bijstand en advies tot hem moet kunnen wenden*”.⁴³ Uit dit rechtsbeginsel volgt mijns inziens ondubbelzinnig dat wanneer een bescheid wordt opgevraagd van de wederpartij dat afkomstig is van een vertrouwenspersoon van de wederpartij⁴⁴, zoals een door een advocaat opgesteld *due diligence*-rapport, er een gewichtige reden bestaat voor de wederpartij om niet aan

dit verzoek te voldoen.⁴⁵ Het is immers een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat het belang van de verzoeker bij openbaarheid moet wijken voor het maatschappelijk belang dat iedereen zich zonder vrees voor een openbaring tot zijn vertrouwenspersoon moet kunnen wenden. De vraag is nu of het belang van openbaarheid ook moet wijken in geval de wederpartij zich tot een adviseur heeft gewend die géén verschoningsrecht toekomt, zoals een registeraccountant of een belastingadviseur. Dit is niet het geval. De Hoge Raad heeft bepaald dat dergelijke adviseurs geen verschoningsrecht toekomt.⁴⁶ In deze gevallen oordeelde hij dus dat het belang van waarheidsvinding zwaar-

Catch 22-situatie in de lagere rechtspraak praktisch opgelost door voorlopig oordeel over de gestelde rechtsbetrekking.

der weegt dan het belang dat een ieder zich vrijelijk tot een dergelijk adviseur kan wenden. Deze belangenafweging in het kader van art. 843a Rv toegepast, betekent dit dat het belang om zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot een dergelijk adviseur te wenden géén gewichtige reden oplevert. Immers, het belang bij openbaarheid – en dus bij toepassing van art. 843a Rv – dient te prevaleren. Aangenomen dat een verzekeringsexpert evenmin een verschoningsrecht toekomt, meen ik dat in voormeld door de rechtbank Rotterdam berechte geval geen sprake was van gewichtige redenen.

Behoorlijke rechtsbedeling ook zonder exhibitie gewaarborgd

Art. 843a lid 4 Rv bepaalt dat een wederpartij ook niet gehouden is afschrift, inzage of uittreksel van een bescheid te verschaffen “*indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd*”. Uit de MvT bij art. 843a Rv blijkt dat een behoorlijke rechtspleging gewaarborgd is “*indien bewijs van de onderwerpelijke feiten redelijkerwijs ook langs andere weg, bijvoorbeeld door het horen van getuigen, kan worden verkregen*”.⁴⁷ Naar mijn mening moet een behoorlijke rechtsbedeling echter niet snel worden aangenomen indien het alternatief het horen van getuigen is. De resultaten en de betrouwbaarheid van een getuigenverhoor kunnen immers alleen al door het tijdsverloop aanzienlijk afwijken van schriftelijk bewijs.⁴⁸ In gevallen waarin afschrift van een door een (pseudo) vertrouwenspersoon opgesteld rapport wordt gevorderd, is wel voor een oplossing gekozen dat vertrouwelijke of adviserende delen door een onafhankelijke derde worden geschraapt voordat hier een afschrift van moet worden ver-

38 Zie in gelijke zin: A.A.M. Menken, ‘Exhibitieplicht ex art. 843a Rv’, in: V&O, mei 1998, nr. 5, p. 54, Rb. Amsterdam sector kanton, 24 april 2003, NJF 2003/20 en Vzng. Rb. Rotterdam 25 november 2004, NJF 2005/2, ruime opvatting van het begrip rechtsbetrekking zelf. In dit kort geding werd de staat veroordeeld afschriften te verstrekken uit een door haar in beslag genomen administratie.

39 Hof Amsterdam 25 november 2008, NJF 2009/31 (Net2Phone/eBay e.a.).

40 Vgl. HR 6 oktober 2006, JBP 2007/6 waarin werd geoordeeld dat de rechter buiten de rechtsstrijd tussen partijen treedt wanneer art. 843a lid 4 Rv ambtshalve wordt toegepast.

41 Van Mierlo en Bart, t.a.p., p. 157.

42 Rb. Rotterdam 19 mei 2004, JBP 2004/77, m.nt. J.G.A. Linssen.

43 HR 9 augustus 2002, NJ 2004/47 (Herengracht parkeerders).

44 NB: indien het bescheid bij de vertrouwenspersoon zelf wordt opgevraagd kan deze op de grondslag van art. 843a lid 3 Rv exhibitie weigeren.

45 Vgl. de overweging ten overvloede in Rb. Zutphen 7 mei 2003, JBP 2003/66 (Rabobank Harderwijk/F&B Leisure).

46 Vgl. HR 14 juni 1985, NJ 1986/175 (Douwes/Timmerman) en HR 6 mei 1986, NJ 1986/814-815 (De Boer en Van Keulen, resp. L&V).

47 Van Mierlo en Bart, t.a.p., p. 553.

48 Hof Amsterdam 2 december 2008, NJF 2009/39 (Knowsley/X).

schaft.⁴⁹ De gedachte is dan dat de rapportage uitsluitend nog feiten bevat. Los van het feit dat de selectie van feiten die in het rapport zijn opgenomen veelal van adviserende of vertrouwelijke aard is en exhibitie om die reden al niet aangewezen is (zie hiervoor), lijkt dit bij uitstek een situatie

Verschoningsrecht advocaat steeds gewichtige redenen om niet aan vordering tot exhibitie due diligence rapport te voldoen.

waarin een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder exhibitie kan worden gewaarborgd. Immers, deze feiten kunnen ook worden vastgesteld door inzage in de aan het opgevraagde document ten grondslag liggende stukken (die de verzoeker vaak al kent).

⁴⁹ Vgl. Rb. Rotterdam 3 oktober 1996, «JOR» 1996 (12) m.b.t. notulen van een vergadering van de raad van bestuur, en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004/47 (Herengracht parkeerders) m.b.t. een expertiserapport.

Tot slot

Voorgaande bespreking van de voorwaarden voor exhibitie op grond van art. 843a Rv overziend, ontstaat het beeld dat om *fishing expeditions* en ander oneigenlijk gebruik van art. 843a Rv te voorkomen het rechtmatig belang, dat zich in verscheidene gedaanten voor kan doen, moet komen vast te staan. Verboden te vissen dus. Wanneer deze drempel is genomen, is het toepassingsgebied van art. 843a Rv echter ruim. Onder het begrip rechtsbetrekking kunnen een groot aantal rechtsverhoudingen worden begrepen. Het vereiste dat bescheiden een rechtsbetrekking moeten aangaan waarin de verzoeker partij is moet bovendien ruim worden opgevat, terwijl de in art. 843a lid 4 Rv opgenomen uitzonderingen, afgezien van documenten afkomstig van verschoningsgerechtigden, zich niet snel voordoen. Voor de verzoeker met een rechtmatig belang geldt dus: vragen mag.

Over de auteur

Mr. drs. Timo S. Jansen is advocaat bij Eversheds Faasen te Amsterdam.