

MEMO

Aan: Mr. C.B. van der Net, Ministerie van Justitie
Van: Wetenschappelijk Bureau, Deterink Advocaten en Notarissen
Datum: 30 november 2010
Betreft: **Consultatie Wetsvoorstel informatieverstopping in civiele zaken**

1. Algemeen

- 1.1 Het wetsvoorstel informatieverstopping in civiele zaken strekt ertoe het bestaande recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden aangaande een rechtsbetrekking te verruimen. Dit doel wordt door Deterink Advocaten en Notarissen (hierna: "Deterink") toegejuicht. De ervaring leert dat het geldende recht zoals neergelegd in artikel 843a Rv niet in alle gewenste gevallen kon worden toegepast. Bovendien had de regeling voor sommige rechters te gelden als een ultimatum remedium, hetgeen er in de praktijk toe leidde dat te veel gerechtvaardigde "artikel 843a-verzoeken" werden afgewezen.
- 1.2. Met de regering verwachten wij dat de nieuwe regeling inderdaad de mogelijkheden om inzage, afschrift en uittreksel van bepaalde bescheiden te verlangen zal verruimen. Enerzijds zal het afwijzen van een inzageverzoek onder de nieuwe regeling niet snel meer voorkomen nu het onder de wettige bewijsmiddelen zal worden geschaard. Alleen als toewijzing in strijd met de goede procesorde is of als daartegen andere zwaarwichtige redenen bestaan, dan wel misbruik van recht behelst, kan de rechter het verzoek om inzage op grond van artikel 162a Rv afwijzen. Hierdoor wordt het werkelijk een reëel alternatief voor kostbare en tijdrovende (voorlopige) getuigenverhoren.
- 1.3 Verder maken de verruiming die in de nieuwe regeling zijn voorgesteld naar onze mening de inzageregeling beter in de praktijk toepasbaar. In de lagere rechtspraak werden derden niet altijd gehouden om inzage te verschaffen in bepaalde relevante bescheiden aangaande een rechtsbetrekking. Die onduidelijkheid wordt nu gelukkig met de nieuwe regeling weggenomen.
- 1.4 Ook het "stroomlijnen" van de redactie van artikel 843a Rv zal naar onze mening ertoe bijdragen dat de regeling eenvoudiger en eenduidiger zal kunnen worden toegepast. In de Memorie van Toelichting bij de nieuwe regeling wordt thans benadrukt dat de zinsnede "rechtmatig belang" geen verhoogde drempel vormde, maar gelijkgesteld moest worden met de algemene regeling van artikel 3:303 BW waarin is bepaald dat iemand zonder voldoende belang geen rechtsvordering toekomt en dat het voor zich spreekt dat het daarbij gaat om een rechtmatig belang.

1.5 De zinsnede "rechtmatig belang" bleek echter in de praktijk toch regelmatig tot een verhoogde drempel voor de toewijzing van een inzageverzoek te leiden.¹ In de lagere rechtspraak werd veelvuldig een afweging gemaakt tussen het "rechtmatig belang" van de verzoeker en het belang van de wederpartij om niet nodeloos te worden lastiggevallen. Kortom, de lagere rechtspraak liet verdeeldheid zien op het punt of er bij een "artikel 843a-verzoek" een zwaardere maatstaf moest worden aangelegd dan bij (bijvoorbeeld) een verzoek om een voorlopige getuigenverhoor (artikel 186 Rv) waar het verzoek slechts kan worden afgewezen bij gebrek aan belang als bedoeld in artikel 3:303 BW.² De schrapping van de zinsnede "rechtmatig belang" en de uitleg daarbij in de MvT maken aan de onduidelijkheid op dit punt een einde.

2. Beslag tot afgifte

- 2.1 In de MvT wordt "volledigheidshalve" opgemerkt dat het voorgestelde recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden de in de praktijk ontwikkelde mogelijkheid conservatoir beslag tot afgifte van bescheiden te leggen ex artikel 730 Rv onverlet laat. Deze opmerking is volgens Deterink om meerdere redenen interessant.
- 2.2 De praktijk leert namelijk dat lang niet alle voorzieningenrechtshouders in den lande de mogelijkheid erkennen om op grond van artikel 730 jo. artikel 843a Rv beslag te leggen op bepaalde bescheiden ter bescherming van bewijs. Ook op dit punt was de lagere rechtspraak dus verdeeld.³ Met dit wetsvoorstel wordt gelukkig de principiële vraag of artikel 843a Rv een deugdelijke wettelijke basis vormt voor een dergelijk bewijsbeslag, zoals ook artikel 1019b Rv die biedt, voor eens en altijd bevestigend beantwoord. Dat juichen wij toe.
- 2.3 Hierdoor komt echter wel een volgende interessante vraag op. In hoeverre verhoudt zich het conservatoir beslag tot afgifte van bescheiden ex artikel 730 jo. artikel 162a (nieuw) Rv met het bewijsbeslag van artikel 1019b Rv? In ieder geval is sinds de implementatie van de Handhavingsrichtlijn duidelijk dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in artikel 843a Rv. Deze bepaling is expliciet opgenomen in artikel 1019a Rv. Dit heeft als gevolg dat de houder van een intellectueel eigendomsrecht zowel via artikel 1019b Rv als via artikel 730 jo. artikel 162a (nieuw) Rv bewijsbeschermende maatregelen kan treffen, indien hij voldoende aannemelijk maakt dat er inbreuk op zijn IE-recht is gemaakt of dreigt te worden gemaakt.
- 2.4 Wij vragen ons af of het wenselijk is dat de houder van een IE-recht twee bewijsbeschermende beslagmaatregelen tot zijn beschikking heeft met ieder een eigen begrippenkader. Zo komt ons voor dat de tekst artikel 1019b Rv sowieso een ruimere toepassing van het bewijsbeslag op bescheiden toelaat dan de nieuwe regeling. Immers, artikel 1019b Rv laat toe dat beslag wordt gelegd op de "op de inbreuk betrekking hebbende documenten". Met artikel 1019b Rv kan de houder van een IE-recht derhalve zonder nadere concretisering alle bescheiden die betrekking hebben op een beweerde inbreuk in beslag nemen.

¹ 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 (Israelis/Staat).

² HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442.

³ Rechtbank Haarlem 27 juni 2008 146481 / KG ZA 08-294, LJN: BD6672.

- 2.5 Artikel 162a Rv spreekt daarentegen van “bepaalde bescheiden”. Vervolgens wordt in de MvT toegelicht dat hetgeen met “bepaalde bescheiden” wordt bedoeld afhangt van de concrete omstandigheden van het geval en dat in zijn algemeenheid geldt dat duidelijk moet worden aangegeven ten aanzien van welke bescheiden inzage wordt verlangd. Ook moet worden aangegeven waarom verwacht wordt dat de betreffende bescheiden relevant zijn voor het gerezen of toekomstige geschil. De praktijk leert dat deze eisen ertoe leiden dat vaker verzoeken worden afgewezen met als argument dat het gaat om een zogenaamde *fishing expedition*, terwijl voorzieningenrechters dat verweer bij artikel 1019b Rv verzoeken zelden honoreren.
- 2.6 Voorts bepaalt artikel 1019b Rv dat verlop tot het treffen van de gevraagde maatregel niet wordt gegeven voor zover de bescherming van vertrouwelijke informatie niet is gewaarborgd. In de regeling van artikel 162a Rv worden volgens de MvT vertrouwelijke gegevens beschermd doordat in lid 2 sub b een uitzondering op de exhibitieplicht is opgenomen op grond van “gewichtige redenen”. Voorshands is onduidelijk of beide genoemde uitzonderingen hetzelfde moeten worden uitgelegd. Een gelijklopende uitleg zou in ieder geval in het belang van de rechtszekerheid zijn.
- 2.7 Ook indien artikel 1019b Rv, zoals wij menen, moet worden aangemerkt als een (ruimere) *lex specialis* van artikel 730 jo. artikel 162a Rv, verdient het de voorkeur om hieromtrent in de redactie van de nieuwe regeling of MvT duidelijkheid te verschaffen.
- 2.8 Een andere vraag die rijst is waarom de wetgever niet de gelegenheid te baat heeft genomen om de nieuwe regeling tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden verder te verruimen naar het voorbeeld van artikel 1019b Rv. Het zou de *equality of arms* en de waarheidsvinding naar onze stellige overtuiging ten goede komen. Het is een gemiste kans, indien alleen de IE-praktijk zou kunnen profiteren van de verruimde mogelijkheden tot inzage die artikel 1019b Rv biedt. Dit systeem moet ook mogelijk zijn voor andere partijen bij een rechtsbetrekking waarin een geschil is gerezen of dreigt te rijzen. Er zijn ook geen overtuigende argumenten denkbaar waarom een onrechtmatige daad ontstaan door inbreuk op een IE-recht meer vergaande maatregelen rechtvaardigt dan (bijvoorbeeld) een onrechtmatige door ongeoorloofde concurrentie.
- 2.9 Wij pleiten niet voor het invoeren van het kostbare en tijdrovende Angelsaksische systeem van *discovery*. Ook zijn wij van mening dat *fishing expeditions* zoveel moeten worden tegengegaan. Derhalve willen wij voorstellen om de nieuwe regeling zodanig aan te passen dat deze in overeenstemming te brengen met de redactie van titel 15 van Boek 3 Rv. Hierdoor zou in beginsel inzage, afschrift of uittreksel kunnen worden verkregen van alle documenten aangaande de rechtsbetrekking van de betrokken partijen. Echter, net als bij artikel 1019b Rv dient de keuze van de maatregel geleid te worden door proportionaliteit en subsidiariteit en zal zulks door de aangezochte voorzieningenrechter dienen te worden getoetst. Voorts kan pas daadwerkelijk inzage worden verkregen in de beslagen documenten nadat er op een daartoe strekkend verzoek een inhoudelijk rechterlijk oordeel op tegenspraak is geveld. De beoordeling van de vordering tot inzage en kennisneming vergt als regel een voorlopig oordeel omtrent de uitkomst van de (komende) hoofdzaak. Dit scheidt de noodzakelijke balans in de

regeling en voorkomt *fishing expeditions en discovery*-achtige taferelen.⁴ Ten slotte is de verzoeker uiteraard ook schadeplichtig jegens gerekestreerde indien achteraf blijkt dat het beslag ten onrechte is gelegd.

- 2.10 Indien de wetgever niets zou zien in de door ons voorgestelde verruiming van de bestaande regeling door aansluiting bij Titel 15 van Boek 3 Rv en daarbij behorende jurisprudentie, hetgeen wij zouden betreuren, menen wij dat het in ieder geval in de rede zou liggen om hierover in de MvT nadere uitleg te geven.

3. Verschoningsrecht

- 3.1 Wij zien niet in om welke reden de voorgestelde wettelijke regeling zou moeten worden aangevuld met het familiale verschoningsrecht gebaseerd op artikel 165 lid 2 onderdeel a Rv. Het gaat hier om inzage in bestaande bescheiden die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil. Dat is wezenlijk anders dan van familieleden (tot in de tweede graad) te vragen tegen elkaar te getuigen. Het moeten getuigen tegen familieleden heeft verdergaande consequenties voor de bestaande familiebanden dan het moeten voldoen aan een verzoek tot inzage in bepaalde bescheiden.

- 3.2 Het familiale verschoningsrecht biedt naar onze mening een te eenvoudige *escape* voor partijen die te kwader trouw zijn. Indien een bepaalde overeenkomst of document buiten het geding moet blijven, lijkt het thans mogelijk om dit te bewerkstelligen door het stuk aan een echtgenoot of ander familielid "in bewaring" te geven. Dit is naar onze mening een onwenselijk gevolg van het toekennen van een verschoningsrecht aan familieleden tot in de tweede graad.

4. Dwangsom

- 4.1 Hoewel artikel 611a lid 1 Rv spreekt van "op vordering van een der partijen" is het heersende leer dat iedere feitelijke rechter de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen. Er dient derhalve geen onderscheid te worden gemaakt tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures.⁵ Dat betekent dat ook de inzagevordering op grond van artikel 162a (nieuw) Rv kan worden versterkt met een dwangsom. Wij achten het raadzaam om deze mogelijkheid in de MvT te benoemen. Ook zou kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid om de naleving van de vordering ambtshalve te verzwaren met een dwangsom, zoals in artikel 162 lid 3 Rv.

5. Procedureel

- 5.1 Indien reeds een procedure aanhangig is kan de rechter op "verlangen" van een partij die daartoe ingevolge artikel 162 a lid 1 Rv gerechtigd is de wederpartij veroordelen tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel. De MvT legt uit dat als deze route van artikel

⁴ Rb 's-Gravenhage 26 november 2008, 316487 / HA ZA 08-2507, B9 7332.

⁵ T&C RV artikel 611a, aant. 3.

162c Rv wordt gekozen er geen afzonderlijke verzoekschriftprocedure hoeft te worden aangespannen, maar kan worden volstaan met een verzoek in de dagvaarding of in enige conclusie of akte. De vraag rijst of dit dan ook bij wege van incident kan geschieden, en zo ja, of hierop dan eerst en vooraf dient te worden beslist overeenkomstig artikel 209 Rv. Dit was immers de oude praktijk onder artikel 843 a Rv, hetgeen vaak totodeloze vertraging van de bodemprocedure leidde. Ook werd hiervan "gebruik" gemaakt door advocaten wanneer zij (bijvoorbeeld) voorzagen dat zij niet genoeg tijd hadden om een conclusie in te dienen. In de geest van het wetsvoorstel waarbij efficiency een grote rol speelt, zou deze praktijk tot het verleden moeten behoren. Dat kan worden bereikt door de vordering ex artikel 162a Rv niet bij wege van incident toe te laten, zodat de termijnen in een procedure in beginsel blijven gehandhaafd en gewaarborgd.

6. Ambtshalve

- 6.1 Voorts willen wij in overweging geven om naar het voorbeeld van artikel 162 lid 1 Rv de rechter ook ambtshalve de mogelijkheid te geven bepaalde bescheiden op te vragen. Hierdoor ontstaat een gedeeltelijke overlap met artikel 22 Rv, maar deze overlap bestond in feite al doordat ook artikel 162 Rv de mogelijkheid aan de rechter bood openlegging te vorderen van boeken, bescheiden en geschriften die ingevolgde wet door een partij moeten worden gehouden, gemaakt of bewaard. Door ook aan artikel 162a Rv toe te voegen dat de rechter ambtshalve bepaalde bescheiden kan opvragen, wordt de regeling naar onze mening consistenter, effectiever en nog meer gericht op waarheidsvinding. De regeling van artikel 162, artikel 162a (nieuw) e.v. wordt daarmee in feite een *lex specialis* van artikel 22 Rv.

7. Omkering bewijslast

- 7.1 Het thans meest effectieve verweer van een gerekestreerde tegen een artikel 843a Rv-verzoek is te ontkennen dat de opgevraagde documenten in zijn bezit zijn en/of door te stellen dat hij niet weet waar de betreffende bescheiden zich bevinden. In veel gevallen is een dergelijk verweer uitsluitend bedoeld om de rechtsgang te frustreren en om de waarheidsvinding te blokkeren. In het nieuwe wetsvoorstel zou op die situaties geanticipeerd moeten worden. Wij menen dan ook dat in een dergelijk geval de rechter daaraan de gevolgen zou mogen verbinden die hij wenselijk acht. Uit artikel 162 lid 2 Rv is deze bepaling reeds bekend. Naar onze mening zou onder omstandigheden ook een omkering van de bewijslast tot de mogelijkheden moeten behoren, alsmede toewijzing van de vordering van de wederpartij. Dit zou reeds mogelijk moeten zijn indien het "kwijtraken" van documenten tot de risicosfeer van de partij behoort die stelt de opgevraagde documenten niet (langer) in zijn bezit te hebben en niet meer te weten waar ze zich bevinden.

8. Conclusie

- 8.1 Het wetsvoorstel is volgens Deterink een absolute verbetering van de rechtspositie van de rechtzoekende. Het systeem is consistent en effectiever. Desalniettemin zouden wij graag zien dat de verhouding tussen titel 15 van boek 3 Rv en deze nieuwe regeling nog eens kritisch onder de loep wordt genomen. Voorts zien wij geen heil in het familiale verschoningsrecht. Bovendien zou de regeling ten aanzien van de dwangsom en de procedurele duiding van het verzoek kunnen worden verduidelijkt. Ten slotte menen wij dat ook ambtshalve toepassing van de inzagevordering en een bepaling gelijklopend aan artikel 162 lid 2 Rv in lijn zou zijn met het doel en de strekking van het wetsvoorstel.