

# Discovery in het Nederlands burgerlijk procesrecht

‘Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken’ van de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht becommentarieerd

*Mr. dr. P.J. van der Korst\**

## 1 Inleiding

De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht bracht op 14 juli 2008 aan de minister van Justitie advies uit over ‘discovery’, dat wil zeggen gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken.<sup>1</sup> De Adviescommissie heeft zich gebogen over de uitgangspunten die bij de gedachtevorming over ‘discovery’ in acht moeten worden genomen. Daarbij heeft zij tevens gezien of de huidige afbakening tussen bewijslevering voorafgaand aan een procedure en hangende een procedure gehandhaafd moet blijven. Het advies is afgesloten met een schets voor een wettelijke regeling van de besproken materie.

Deze bijdrage bevat een samenvatting van en een commentaar op dit advies. De hoofdlijn in dit commentaar is dat de door de Adviescommissie geformuleerde uitgangspunten processueel georiënteerd zijn, maar dat de commissie deze – zonder nadere onderbouwing of argumentatie – vertaalt in de aanpassing van een preprocessuele wetsbepaling (art. 843a Rv). Daardoor vormt deze voorgestelde wetsbepaling geen oplossing voor de belangrijkste complicatie in de huidige regeling van feiten- en bewijsvergaring, te weten de spanning tussen de actieve, ‘waarheid zoekende’ rechter enerzijds en partijautonomie anderzijds. Deze bijdrage sluit daarom af met een alternatieve (dan wel aanvullende) schets voor een wettelijke regeling die daar aan tegemoetkomt.

## 2 Samenvatting advies

### 2.1 Vraagstelling

Het rapport van de Adviescommissie stelt als centrale vraag of de huidige regeling van de exhibitieplicht van art. 843a Rv aanpassing behoeft en zo ja, op welke wijze. Het rapport bevat geen expliciet antwoord op deze centrale vraag, maar het impliciete antwoord is dat dit wetsartikel aanpassing behoeft. De Adviescommissie benoemt een zeven uitgangspunten ter bepaling van het kader waarbinnen bewijsgaring en bewijslevering door middel van documenten moet (kunnen) plaatsvinden. De Advies-

commissie komt op basis van die zeven uitgangspunten tot een herformulering van art. 843a en 843b Rv.<sup>2</sup>

### 2.2 Commentaar

De Adviescommissie richt zich in haar rapport vrijwel uitsluitend op de exhibitieplicht van art. 843a Rv.<sup>3</sup> De Adviescommissie gaat niet in op wettelijke informatie- en mededelingsplichten in het kader van benoemde civielrechtelijke rechtsbetrekkingen, zoals bijvoorbeeld de rekening en verantwoording van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever,<sup>4</sup> de verslagleggingsplicht van de principaal jegens de handelsagent,<sup>5</sup> de mededelingsplicht van de verzekeringnemer jegens de verzekeringgever,<sup>6</sup> de mededelingsplicht van een (derde-)beslagene,<sup>7</sup> rekening en verantwoording bij gemeenschap,<sup>8</sup> de informatieplicht van de ondernemer jegens de ondernemingsraad,<sup>9</sup> de informatieaanspraak van de aandeelhouders(vergadering) en van de curator tegenover bestuur en raad van commissarissen,<sup>10</sup> de informatieaanspraak van erfgenamen ten aanzien van de boekhouding van de erflater en van schuldeisers ten aanzien van de boekhouding van de failliet,<sup>11</sup> enzovoort. Het impliciete uitgangspunt van de Adviescommissie lijkt te zijn dat zulke benoemde exhibitieplichten een uitwerking blijven vormen van een algemene exhibitiebepaling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

### 2.3 De uitgangspunten van de Adviescommissie

De Adviescommissie noemt de volgende uitgangspunten als kader voor bewijsgaring en bewijslevering door middel van

\* Mr. dr. P.J. van der Korst is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam en is als docent verbonden aan het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Gepubliceerd in TCR 2008, p. 123, tevens te vinden op <www.justitie.nl>.

2. Met de aanbeveling om deze te hernummeren tot art. 155a-155d Rv, dat wil zeggen in de negende afdeling van het eerste boek, titel 2, inzake civielrechtelijke bewijslevering, dan wel direct aansluitend op de huidige algemene bepalingen art. 21 en 22 Rv.

3. Behoudens uitstapjes naar art. 22 en 1019a Rv.

4. Art. 7:403 BW.

5. Art. 7:433 BW.

6. Art. 7:928 BW.

7. Art. 475g en 476a Rv.

8. Art. 3:173 BW.

9. Art. 31 lid 1 WOR.

10. Art. 2:141/251 BW en art. 104/106 Fw.

11. Art. 3:15j BW.

documenten en andere gegevensdragers, zowel preprocesueel als in de loop van een burgerrechtelijke procedure:

- Er rust een verplichting op partijen en op derden om mee te werken aan de opheldering van het voor een burgerrechtelijk geschil relevante feitencomplex.
- Deze op partijen en derden rustende medewerkingsplicht ziet niet alleen op het meedelen van informatie waarover dezen beschikken, maar ook op het zich binnen redelijke grenzen inspannen om informatie te achterhalen waarover zij niet onmiddellijk beschikken, maar waartoe zij wel toegang kunnen krijgen.
- Elke medewerkingsplicht in deze context veronderstelt dat er een goed omschreven burgerrechtelijke aanspraak kan worden aangewezen en dat de inzet van het geschil daaromtrent voldoende nauwkeurig kan worden omschreven.
- Een verzoek om zulke medewerking moet worden afgewezen als een afweging van belangen op basis van proportionaliteit dat bepaaldelijk vergt.
- De rechter beoordeelt naar gelang het geschil zich ontwikkelt op welke punten opheldering en bewijs nodig is, aan welke vormen van opheldering werkelijk behoefte bestaat en welke modaliteiten voor de opheldering het meest in aanmerking komen.
- Er moet sprake zijn van een adequaat en evenwichtig sanctiestelsel, zowel ten opzichte van degene die zijn medewerkingsplicht verzaakt als ten opzichte van degene die naar achteraf blijkt een ander ten onrechte tot medewerking heeft gedwongen.
- De medewerkingsplicht moet ertoe bijdragen dat voor een geschil relevante feiten volledig beschikbaar komen en dat ongelijkheid, in die vorm dat de ene partij toegang heeft tot gegevens die de ander niet kent of niet kan onderbouwen, wordt opgeheven.

#### 2.4 Commentaar

De Adviescommissie onderkent dat sprake is van een onderscheid tussen preprocesuele informatierechten – zoals in algemene zin vastgelegd in art. 843a Rv – enerzijds en processuele transparantieplichten anderzijds, maar maakt inhoudelijk geen onderscheid tussen deze twee. De uitgangspunten die zij formuleert, hebben met name betrekking op processuele transparantieplichten.

In theorie bestaat er een helder onderscheid tussen preprocesuele informatierechten en processuele transparantieplichten. De preprocesuele informatierechten komen de betrokken partij buiten enige rechterlijke procedure toe; processuele transparantieplichten worden door de rechter ten processe bepaald. In de praktijk kan dit onderscheid vervagen. Tegenover een preprocesueel informatierecht staat een preprocesuele bekendmakingsplicht. Als deze niet vrijwillig wordt nageleefd, kan nakoming in een civiele procedure worden afdgedwongen en daarmee wordt deze bekendmakingsplicht alsnog een regel van procesrecht.

Het blijft echter zaak om deze preprocesuele informatierechten tegenover de wederpartij en de processuele transparantieplichten tegenover de rechter en de andere procespartijen te

onderscheiden. De transparantieplicht in een burgerrechtelijke procedure kan aanzienlijk verder strekken dan in de preprocesuele rechtsrelatie het geval was. Het Nederlandse civiele procesrecht gaat er sinds 2002 van uit dat de rechter zijn oordeel grondt op de ‘voor de beslissing van belang zijnde feiten’ en partijen moeten die feiten naar waarheid en volledig aanvoeren.<sup>12</sup> Dit betekent dat de rechter in een gegeven geval meer informatie kan eisen dan de processuele wederpartij op grond van de preprocesuele rechtsrelatie, namelijk al die gegevens die de rechter nodig acht om de voorliggende rechtsvraag te kunnen beantwoorden.<sup>13</sup>

Art. 843a Rv is als grondslag voor een algemeen informatierecht binnen een rechtsbetrekking geen regel van procesrecht; het bevat niet de voorwaarde dat het moet worden ingeroepen in het kader van een burgerrechtelijke procedure tussen procespartijen. De voorlopers van deze wetsbepaling hebben gezworen tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.<sup>14</sup> Het is daarom, zonder nadere onderbouwing of argumentatie, niet helder waarom de Adviescommissie haar processueel georiënteerde uitgangspunten vertaalt in de aanpassing van een preprocesueel geldende wetsbepaling.

### 3 Schets voor een wettelijke regeling

Op basis van de hiervoor weergegeven uitgangspunten komt de Adviescommissie tot een schets voor een wettelijke regeling. Deze schets komt neer op een aanpassing en aanvulling van de huidige art. 843a en 843b Rv (na vernummering). Enkele belangrijke passages uit deze schets luiden als volgt:<sup>15</sup>

‘Art. 155a:

1. Een ieder die de beschikking heeft over gegevens als in het tweede lid bedoeld of die over dergelijke gegevens rechtmatig de beschikking kan krijgen is verplicht om die gegevens, na die zo nodig te hebben opgespoord, op de voet van het hierna bepaalde te verstrekken. Eventueel met deze verstrekking gemoeide kosten komen voor rekening van de persoon die aanspraak maakt op verstrekking.
2. De in het eerste lid bedoelde gegevens zijn alle gegevens die van belang zijn voor de beoordeling van het wel of niet bestaan, de inhoud of de omvang van een burgerrechtelijke rechtsbetrekking. Verstrekking kan worden verlangd door elke persoon die partij is bij de bedoelde rechtsbetrekking, dan wel een zodanig belang bij die rechtsbetrekking heeft, dat deze persoon met een partij op één lijn te stellen is. (...)

12. Art. 21 Rv.

13. Ik verwijs naar mijn dissertatie *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten, vertrouwelijke bedrijfsgegevens in het vermogensrecht, burgerlijk procesrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 92, Deventer: Kluwer 2007, p. 87 e.v.

14. Zie P.J. von Schmidt auf Altenstadt, *Opening van zaken*, TCR 2002, p. 10 e.v.

15. Zie noot 1 voor de vindplaats van de gehele tekst.

‘Art. 155c:

1. In een aanhangig geding betreffende de burgerrechtelijke rechtsbetrekking waaromtrent gegevens worden verzocht dan wel gevorderd, wordt de aanspraak op verstreking overeenkomstig de regels voor het desbetreffende geding aan de rechter voorgelegd.
2. Indien geen geding als in het eerste lid bedoeld aanhangig is kan aan de rechter een verzoek tot het gelasten van gegevensverstrekking worden gedaan.’

De Adviescommissie geeft als omschrijving van de globale inhoud van deze bepaling:

‘Als aannemelijk is dat een partij informatie behoeft ter opheldering van feiten die van betekenis zijn voor de beoordeling van een specifiek aan te duiden burgerrechtelijke aanspraak van of tegen de betrokkene, zijn allen die over desbetreffende informatie beschikken of die daartoe geoorloofd toegang hebben, verplicht de door de rechter bevolen medewerking te verlenen aan het beschikbaar komen van die informatie voor de partijen bij de burgerrechtelijke rechtsverhouding waarover het gaat. Deze verplichting geldt niet voor zover die met het oog op de belangen van de verschillende betrokkenen en/of het algemeen belang als kennelijk disproportioneel moet worden aangemerkt.’

### 3.1 Commentaar

Deze schets voor een nieuwe wettelijke regeling bevat een aantal verhelderingen en verbeteringen ten opzichte van de huidige tekst van art. 843a Rv. De schets onderkent mijns inziens echter niet voldoende dat de vragen en onduidelijkheden over feiten- en bewijsvergaring naar Nederlands burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht zich op twee gebieden afspelen:

- preprocesueel: een belanghebbende bij een eventueel naderhand bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding – dat wil zeggen degene die het aanspannen daarvan overweegt, degene die verwacht dat het tegen hem zal worden aangespannen, dan wel een derde die anderszins bij dat geding belang heeft – moet de gelegenheid worden geboden vooraf opheldering te krijgen omtrent de (hem wellicht nog niet precies bekende) feiten, om hem in staat te stellen zijn positie beter te beoordelen;<sup>16</sup>
- procesueel: het uitgangspunt in het huidige burgerlijk procesrecht is dat de rechter zijn oordeel grondt op de ‘voor de beslissing van belang zijnde feiten’ en dat partijen die feiten naar waarheid en volledigheid moeten aanvoeren.<sup>17</sup> Maar de rechterlijke bevoegdheid tot waarheidsvinding is ingebed in een stelsel waarbij nog steeds de procespartijen, niet de rechter, de grenzen van het rechtsgeschil bepalen.<sup>18</sup> Deze combinatie van de ‘waarheid zoekende’ rechter enerzijds en

partijautonomie anderzijds komt erop neer dat procespartijen op eigen initiatief louter die bewijsmiddelen hoeven te noemen die hun stellingen onderbouwen<sup>19</sup> en pas op bevel van de rechter andere ‘bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden’ moeten overleggen. Daar staat tegenover dat het bewust achterhouden door een procespartij van stukken ‘van beslissende aard’ kan neerkomen op een ‘oneerlijke proceshouding’,<sup>20</sup> maar het is onduidelijk waar de grenzen van deze spontane mededelingsplicht ten opzichte van de beperkte bekendmakingsplicht in dagvaarding en conclusie van antwoord liggen.

Terzijde: deze schets voor een nieuwe wettelijke regeling is niet duidelijk over de wijze waarop een partij gegevensverstrekking kan eisen, bij verzoekschrift of bij dagvaarding. De tekst indiceert dat in geval van een aanhangig geding de vorm van dat aanhangig geding – dagvaardingsprocedure of rekestprocedure – bepalend zal zijn, gezien de bewoordingen ‘verzocht dan wel gevorderd’ in art. 155c lid 1 Rv. Als geen geding aanhangig is, zal volgens deze schets sprake zijn van een verzoekschrift, gezien lid 2 van art. 155c Rv. Dit is een belangrijke wijziging ten opzichte van de huidige regeling in art. 843a Rv, waar sprake is van een dagvaardingsprocedure. De Adviescommissie verklaart deze conversie niet. De terminologie in het advies verschiet in de punten 8/9 – zonder toelichting – van ‘vordering’ naar ‘verzoek’.

### 4 Alternatieve (of aanvullende) schets voor een wettelijke regeling

Het Eindrapport fundamentele herbezinning van de commissie-Asser/Groen/Vranken maakt wel het hiervoor aangeduide onderscheid tussen preprocesuele informatierechten en procesuele mededelingsplichten en verbindt daaraan onderscheiden aanbevelingen:

‘De uitwerking kan bestaan in een uitbreiding van de bijzondere exhibitieplicht van art. 843a Rv tot een algemene die tevens een exhibitieplicht van derden bevat. Beter echter lijkt het een nieuwe regeling te scheppen die bijvoorbeeld zou kunnen aansluiten bij het Europese ontwerp van de werkgroep-Storme uit 1994. In de voorfase zou elke partij dan de rechter kunnen verzoeken de wederpartij of een derde te bevelen een lijst van documenten over te leggen waartoe die wederpartij of derde toegang heeft, en zo nodig inzage te verlenen in of afschrift te verstrekken van de documenten ten aanzien waarvan dat wordt verlangd. Het betreft hier een preliminair verzoek, zoals wij dat thans kennen ten aanzien van de voorlopige bewijsverrichtingen. Bij de aanvang van een procedure zou voor de aanlegger en vervolgens voor de verweerder de verplichting moeten worden opgenomen om zulke lijsten over te leggen bij het stuk dat de procedure inleidt respectievelijk het eerste stuk waarin het verweer is

16. Zie bijv. HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414. Dit staat als sturende overweging voor de aanbeveling over uitbreiding van de *discovery* in: W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, Uitgebalanceerd, het eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 71 e.v.

17. Art. 21 Rv.

18. Art. 24 Rv.

19. Art. 111 Rv inzake de dagvaarding en art. 128 lid 5 Rv inzake de conclusie van antwoord.

20. Bijvoorbeeld HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 m.nt. HJS (Goosen/Goosen) en HR 19 december 2003, JAR 2004, 15 (Gruythuyzen/Rabobank) waarover Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10.

opgenomen. Het tegengaan van “fishing expeditions” zou kunnen worden bewerkstelligd door, in het geval van een verzoek voorafgaande aan een procedure (de “pre-action disclosure”), de eis te stellen dat aannemelijk is dat de verzoekende partij een bepaalde vordering zal kunnen instellen tegen de partij van wie disclosure wordt verlangd of tegen een ander, dat disclosure nodig is om te kunnen vaststellen of zo’n procedure zin heeft of om de grondslag voor een schikking te scheppen en een procedure te voorkomen.<sup>21</sup>

De schets voor een wettelijke regeling van de Adviescommissie voorziet niet in een spontane mededelingsplicht van een procespartij, zoals omschreven door de commissie-Asser/Groen/Vranken. Het voorziet daarmee niet in een oplossing van een wezenlijk probleem van de ‘waarheid zoekende’ rechter en processuele tegenpartij, te weten gebrek aan inzicht in de relevante gegevens waarover de (andere) procespartij beschikt.

Een schets voor een alternatieve of aanvullende wettelijke regeling naast of in plaats van de schets van de Adviescommissie – ter oplossing van deze processuele complicatie – zou kunnen zijn de volgende aanpassing van art. 111, 128 en 278 Rv (de wijzigingen ten opzichte van de huidige wetsteksten zijn onderstreept):

Art. 111 lid 3 tweede volzin Rv (inzake de dagvaarding):

‘Verder vermeldt het exploit (a) de bescheiden waarop eiser een beroep doet ter ondersteuning van zijn stellingen, (b) de bescheiden waarmee eiser beschikt of heeft beschikt en die zijn stellingen weerspreken of anderszins daaraan afbreuk doen en (c) de bescheiden die de stellingen van gedaagde onderbouwen of bevestigen, en de getuigen die eiser in dat kader kan doen horen.’

Art. 128 lid 5 eerste volzin Rv (inzake de conclusie van antwoord):

‘De conclusie van antwoord vermeldt (a) de bescheiden waarop gedaagde een beroep doet ter ondersteuning van zijn verweer, (b) de bescheiden waarmee gedaagde beschikt of heeft beschikt en die zijn stellingen weerspreken of anderszins daaraan afbreuk doen en (c) de bescheiden waarover gedaagde beschikt of heeft beschikt die de stellingen van eiser onderbouwen of bevestigen, alsmede de getuigen die gedaagde in dat kader kan doen horen.’

Art. 278 lid 1 eerste volzin Rv (inzake verzoekschriften):

‘Het verzoekschrift vermeldt de voornamen, naam en woonplaats in Nederland, het werkelijk verblijf van de verzoeker, alsmede een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust alsmede (a) de bescheiden waarop verzoeker een beroep doet ter ondersteuning van zijn verzoek en (b) de bescheiden waarover verzoeker beschikt of heeft

*beschikt en die de stellingen in het verzoekschrift weerspreken of anderszins daaraan afbreuk doen.’*

NB: Deze bepaling is op grond van art. 282 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing voor verweerschriften.

Deze bepalingen zouden een concrete weerslag vormen van de verplichting van partijen om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) en de rechter kan naar bevind van zaken overlegging van de relevante bescheiden vorderen (art. 22 Rv).

Een dergelijke regeling van *disclosure* en *inspection*, op Angelsaksische grondslag,<sup>22</sup> vormt onderdeel van de ontwerp-Europese richtlijn van de commissie-Storme 1994, waarnaar de commissie-Asser/Groen/Vranken verwijst.<sup>23</sup> Deze regeling kan worden uitgebreid, bijvoorbeeld met de mogelijkheid voor een partij om aan te geven of – en zo ja: op welke grond – een document vertrouwelijk is en om die reden niet of in beperkte mate ter inzage mag komen.

Preprocessuele en processuele *discovery*-regels zouden een definitief afscheid van het uitgangspunt van partijautonomie betekenen, maar het lot daarvan was al bezegeld door de wijzigingen in het burgerlijk procesrecht sinds 1 januari 2002. De consequentie van deze ‘waarheidsbepalingen’ is openheid ten aanzien van feiten zoals die van oudsher een uitgangspunt is in het Engelse burgerlijke procesrecht.<sup>24</sup>

‘In plain language, litigation in this country is conducted “cards face up on the table”. Some people from other lands regard this as incomprehensible. “Why”, they ask, “should I be expected to provide my opponent with the means of defeating me?” The answer, of course, is that litigation is not a war or even a game. It is designed to do real justice between opposing parties and, if the court does not have all the relevant information, it cannot achieve this object.’<sup>25</sup>

22. Ik verwijs voor een beschrijving van *disclosure* en *inspection* naar Engels recht, als vastgelegd in de Civil Procedure Act, naar par. 7.3 van mijn dissertatie. De bewoordingen van deze schets zijn ontleend aan Part 31.6 van de *Civil Procedure Rules*. Ik verwijs in dit verband ook naar de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (1 juni 1999), met name art. 3 (*Documents*).

23. Marcel Storme (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l’Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1994.

24. Met de kanttekening dat het Haags Bewijsverdrag 1970 en de Europese Bewijsverordening als resultaat hebben dat het Angelsaksische systeem van *discovery* al in toenemende mate doorwerkt in het Nederlandse procesrecht. Ik verwijs naar hoofdstuk 8 van mijn dissertatie.

25. Sir John Donaldson M.R. in *Davies v Eli Lilly & Co.* [1987] 1 W.L.R. 428, aangehaald in *Civil Litigation (11<sup>th</sup> edition)* van John O’Hare LL.B. en Kevin Browne LL.B., Sweet & Maxwell 2003, 30.001. Mogelijk is de vaststelling ‘*Der Prozess ist kein Sport und keine Spiegelfechtere*’, in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München 2002, p. 130 e.v., daaraan ontleend.

21. Asser, Groen & Vranken 2006, p. 74.