

# Fishing expeditions versus exhibitieplicht

**Simone Hoogeveen**  
advocaat te Amsterdam

**Nederlandse rechtspersonen en natuurlijke personen worden steeds vaker gedaagd in Amerikaanse procedures. Daarom is het van belang te weten welke methoden van bewijs- en feitenverzameling er bestaan. De mogelijkheden om in de Verenigde Staten stukken te verkrijgen van een Nederlandse gedaagde zijn vele malen ruimer dan in Nederland. Een schets van de mogelijkheden en de grenzen van de 'pre-trial-discovery'-procedure en het Haags Bewijsverdrag.**

De Amerikaanse civiele rechtsgang kent twee procedurele fasen die worden beheerst door de Federal Rules of Civil Procedure: de 'pre-trial-discovery' en het 'trial'.<sup>1</sup> De 'pre-trial-discovery'-fase is bedoeld om partijen in de gelegenheid te stellen zelfstandig het benodigde bewijs te verzamelen. Zij hebben in een 'pre-trial-discovery' de mogelijkheid om gedurende een bepaalde periode van de wederpartij te verlangen dat stukken worden geopenbaard die van belang zijn voor de procedure en die in de 'possession, custody or control' zijn van de wederpartij.<sup>2</sup> De eiser dient weliswaar aan te geven welke documenten hij wenst in te zien, maar daaraan is meestal al voldaan met een verzoek als: 'alle documenten die zien op X in de periode tussen Y en Z'.

Als de Amerikaanse rechter jurisdictie heeft over een Nederlandse gedaagde, kan ook een Nederlandse gedaagde worden verplicht zich te onderwerpen aan de pre-trial-discovery, en dus worden verplicht documenten over te leggen waarover hij 'control' heeft. Het is niet vereist dat de documenten zich bevinden binnen de territoriale jurisdictie van de Amerikaanse rechter. Er is (al) 'control' over documenten wanneer een partij juridisch gezien de macht over de documenten heeft of het recht heeft de documenten op verzoek te verkrijgen.<sup>3</sup> Dat een Nederlandse gedaagde door documenten over te leggen in strijd zou handelen met Nederlandse regelgeving of relevante niet-Nederlandse regelgeving, wil niet zeggen dat hij géén 'control' heeft over die documenten.<sup>4</sup>

Documenten die naar Amerikaans recht niet behoeven te worden overgelegd, zijn documenten die volledig irrelevant zijn voor de procedure of documenten die onder de kwalificatie 'privileged' vallen. Bij deze laatste categorie moet gedacht worden aan documenten die de communicatie tussen advocaat en cliënt betreffen ('attorney-client-privilege') alsmede aan documenten die zijn opgesteld ter voorbereiding op of ten behoeve van een procedure ('work-product-doctrine').

## HAAGS BEWIJSVERDRAG

De Verenigde Staten zijn partij bij het Haags Bewijsverdrag.<sup>5</sup> Dit brengt echter niet met zich dat de Federal Rules of Civil Procedure daarvoor moeten wijken. Het Haags Bewijsverdrag hoeft niet exclusief te worden toegepast wanneer in een Amerikaanse procedure documenten worden (opgevraagd die zich bevinden in een van de landen aangesloten bij het Haags Bewijsverdrag. Het is en blijft aan de Amerikaanse rechter om te bepalen of een buitenlandse gedaagde zich dient te onderwerpen aan de 'pre-trial-discovery'-procedure. Bij een dergelijke beslissing zal de Amerikaanse rechter rekening

houden met de behoefte van de eiser aan de informatie, de soevereine belangen van de buitenlandse staat en de effectiviteit van de voorgestelde discovery-procedure.<sup>6</sup>

Verplicht de Amerikaanse rechter de buitenlandse gedaagde zich te onderwerpen aan de 'pre-trial-discovery'-procedure, dan hoeft de Amerikaanse eiser de weg van het Haags Bewijsverdrag niet meer te volgen – de mogelijkheden schriftelijk bewijs te vergaren zijn in de Verenigde Staten groter dan op grond van het Haags Bewijsverdrag. Dat is anders als een dergelijke verplichting door de Amerikaanse rechter niet wordt aangewend.

Er zijn ook andere situaties denkbaar waarin een eiser in een Amerikaanse procedure naar Nederland zal uitwijken om documenten van de Nederlandse gedaagde te verkrijgen. Als een Nederlandse vennootschap in een Amerikaanse procedure wordt gedaagd, zal meestal worden begonnen met het betwisten van de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter, door middel van een zogenoemde 'motion to dismiss'. Als een 'motion to dismiss' is ingediend, kan een gedaagde – behoudens zeer specifieke

*Zolang de Amerikaanse rechter niet heeft beslist over een 'motion to dismiss', probeert de eiser soms via het Haags Bewijsverdrag documenten in Nederland te verkrijgen*



omstandigheden – niet worden onderworpen aan een ‘pre-trial-discovery’ totdat door de Amerikaanse rechter op die ‘motion to dismiss’ is beslist.<sup>7</sup> In de praktijk blijkt dat deze schorsing de eiser ertoe kan bewegen te proberen om via het Haags Bewijsverdrag documenten in Nederland te verkrijgen.

Ook wanneer de eiser in Amerika wordt geconfronteerd met het einde van de Amerikaanse ‘pre-trial-discovery’-periode zonder dat hij de benodigde documenten heeft verkregen, kan hij het Haags Bewijsverdrag aangrijpen. Door dezelfde do-

cumenten via het Haags Bewijsverdrag op te vragen, kan de ‘pre-trial-discovery’-periode wellicht worden verlengd.<sup>8</sup>

#### VOORWAARDEN EXHIBITIEPLICHT

Een eiser in een Amerikaanse procedure kan dus met een beroep op het Haags Bewijsverdrag trachten via Nederland de beschikking te krijgen over documenten. Dit verzoek om assistentie bij de bewijsgaring wordt ook het verzoek tot een rogatoire commissie genoemd. Hierbij richt de rechter waar de zaak dient het verzoek tot de bevoeg-

de rechterlijke autoriteit van de staat waar het bewijsmiddel zich bevindt.<sup>9</sup> Rogatoire commissies die betrekking hebben op het overleggen van schriftelijke bewijsstukken reiken niet verder dan hetgeen met toepassing van de regels van het nationale recht van de aangezochte staat voor verwezenlijking vatbaar is.<sup>10</sup> De Nederlandse rechter zal een verzoek tot het overleggen van bepaalde documenten moeten beoordelen aan de hand van de bijzondere exhibitieplicht van art. 843a Rv. Op grond van dit artikel kan degene die daarbij een rechtmatig belang heeft

1 De Federal Rules of Civil Procedure zijn raadpleegbaar via <http://classaction.findlaw.com/research/frcp.pdf>.

2 Vergelijk *International Civil Procedures*, D. Campbell and C. Campbell, Lloyd’s of London Press Ltd., 1995, p. 745.

3 Zie bijvoorbeeld *Cochran Consulting v. Uwatec USA*, 102 F.3d 1224, 1230 (FED.Cir., 1996).

4 Er werd in een dergelijke situatie bijvoorbeeld ‘control’ aangenomen in *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958) en in *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court*, 482 U.S. 522 (1987). Geen verplichting tot het overleggen van documenten werd bijvoorbeeld aangenomen in *Cochran Consulting v. Uwatec USA*, 102 F.3d 1224, 1230 (Fed.

Cir., 1996). Ook is het mogelijk dat wordt gezocht naar een (tussen)oplossing door de gedaagde een verzoek te laten indienen bij de bevoegde buitenlandse instantie om de documenten over te (mogen) leggen, vergelijk bijvoorbeeld, *Laker Airways Ltd. v. Pan Am World Airways*, 103 F.R.D. 42, 47-48 (D.D.C. 1984).

5 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken van 18 maart 1970.

6 *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

7 Private Securities Litigation Reform Act, 15 U.S.C.A Sect 78u-4(b)(3)(1997) belet de ‘pre-trial-discovery’ totdat op die ‘motion to dismiss’ is beslist, tenzij een partij zich met succes beroept

op het feit dat specifieke ‘pre-trial’ noodzakelijk is om bewijs te behouden of schade te voorkomen.

8 Op papier althans. Of en tot welk moment de Amerikaanse rechter het toelaat dat deze documenten in het geding worden gebracht, is een vraag van Amerikaans recht die ik hier buiten beschouwing zal laten.

9 Vergelijk J.M. Hebly, *Internationale bewijsgaring in burgerlijke zaken; een tussenstand*, Trema 1993 p. 578. Voor een uitgebreidere bespreking van de verdragsregeling zie het commentaar van P. Vlas op het Bewijsverdrag in de *losbladige Burgerlijke Rechtsvordering*, Verdragen deel 2.

10 Vergelijk HR 11 maart 1994, NJ 1995/3, r.o. 3-4 waarin wordt verwezen naar de artikelen 9-11 en 12 lid 1 sub a van het Haags Bewijsverdrag.

## De eiser in een Amerikaanse procedure die in Nederland een kortgeding start, doet er goed aan die vordering mede te baseren op art. 843a Rv

inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande de rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorganger partij zijn. Dit artikel geeft de bijzondere exhibitieplicht weer en past bij de verruiming van de processuele mededelingsplichten die de afgelopen jaren in het burgerlijk procesrecht zijn beslag heeft gekregen.<sup>11</sup>

Voor een succesvol beroep op art. 843a Rv moet aan drie cumulatieve vereisten zijn voldaan. De eiser of verzoeker moet in de eerste plaats een rechtmatig belang hebben bij de inzage, het uittreksel of het afschrift. Dat rechtmatig belang kan bijvoorbeeld voortvloeien uit de rechtsverhouding tussen partijen. Voorts is het recht op inzage, uittreksel of afschrift slechts toegekend aan degene die partij was bij de rechtsbetrekking (waaronder ook de rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad valt) of zijn rechtsvoorganger, en dus niet aan derden.<sup>12</sup> Ten slotte moet het verzoek van eiser gericht zijn op met name genoemde documenten. Er is dus géén sprake van een algemeen inzage-recht.<sup>13</sup> Anders gezegd: de bijzondere exhibitieplicht van art. 843a Rv ziet op de situatie dat de inhoud van een schriftelijk bewijsmiddel aan een partij in beginsel wel min of meer bekend is, maar dat zij dat niet in haar bezit heeft.<sup>14</sup>

Degene die de beschikking heeft over de gevraagde documenten kan de gevorderde inzage, afschriften of uittreksels op grond van art. 843a lid 4 Rv weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn, zoals vertrouwelijke persoonlijke of bedrijfsmatige gegevens, of indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde documenten is gewaarborgd, bijvoorbeeld als bewijs via een getuigenverhoor kan worden verkregen.<sup>15</sup>

De rechter zal moeten afwegen of een partij een onredelijk voordeel geniet of de wederpartij een onredelijk nadeel lijdt doordat dat bepaalde stuk in de procedure niet als bewijsmiddel beschikbaar komt.<sup>16</sup>

### GEEN FISHING EXPEDITION

Welke documenten kunnen nu in Nederland worden (op)gevraagd op grond van het Haags Bewijsverdrag? Hiervoor is het voorbehoud dat Nederland heeft gemaakt bij het

Haags Bewijsverdrag van belang. Op grond van art. 23 van het Haags Bewijsverdrag kunnen verdragsluitende staten verklaren geen uitvoering te geven aan rogatoire commissies 'tot het houden van een procedure welke in de Staten waar de Common Law geldt bekend is als "pre-trial discovery of documents"'. Nederland heeft een dergelijke verklaring gedaan en heeft daaraan toegevoegd dat onder *pre-trial-discovery of documents* wordt verstaan elk verzoek dat van een persoon verlangt: (i) aan te geven welke voor de procedure relevante documenten hij in zijn bezit, onder zijn hoede of tot zijn beschikking heeft dan wel (ii) andere documenten over te leggen dan die welke nauwkeurig zijn benoemd en die hij naar het oordeel van de rechter in zijn bezit, onder zijn hoede of tot zijn beschikking heeft.<sup>17</sup>

Met deze verklaring wordt beoogd 'fishing expeditions' te voorkomen. Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de invoering van art. 843a Rv heeft ook de wetgever expliciet beoogd 'fishing expeditions' te voorkomen,<sup>18</sup> onder andere door het vereiste van 'rechtmatig belang' te koppelen aan 'bepaalde bescheiden'. Ook de voorwaarde dat de eiser partij moet zijn in de rechtsbetrekking waarop de opgevraagde documenten betrekking hebben, heeft de strekking 'fishing expeditions' de pas af te snijden.<sup>19</sup>

Overigens is er niet alleen sprake van een 'fishing expedition' als documenten worden opgevraagd alleen om te bezien of er voldoende gronden aanwezig zijn om een vordering in te stellen, maar ook in het geval documenten gedurende een lopende procedure worden opgevraagd. Het gaat er niet om bij welke stánd van de (Amerikaanse) procedure een dergelijk verzoek wordt ingediend, maar óf een verzoek wordt gekwalificeerd als een 'fishing expedition'.

### 26 RESPECTIEVELIJK 50 VERZOEKEN

De rechter zal van geval tot geval moeten beoordelen of sprake is van 'bepaalde bescheiden' als bedoeld in art. 843a Rv. Een praktijkvoorbeeld moge dit verduidelijken. In een tweetal rogatoire commissies van

de Rechtbanken te Zutphen (sector kanton Harderwijk) en Amsterdam (sector kanton) werd door Amerikaanse eisers een verzoek ingediend tot het overleggen van documenten door Nederlandse gedaagden in een Amerikaanse procedure.<sup>20</sup> In de procedure voor de sector kanton Harderwijk ging het, geheel volgens Amerikaanse traditie, om 26 verzoeken tot het overleggen van documenten betrekking hebbend op een tijdsperiode van drie jaar. De omschrijving van de documenten was in de trant van: 'alle documenten betreffende de kredietvoorwaarden en -overeenkomsten', 'alle documenten betreffende de communicatie met accountants', et cetera. De kantonrechter overwoog dat een dergelijk verzoek op gespannen voet staat met de eis dat alleen overlegging van 'bepaalde bescheiden' kan worden gevraagd en dat de verlangde bescheiden een aanzienlijk nauwkeuriger beschrijving vergden.

Het verzoek moet, aldus de kantonrechter, 'zo duidelijk zijn dat de partij die stukken moet overleggen, op eenvoudige wijze kan weten om welke stukken het gaat. Het kan niet zo zijn dat die partij of de rechter zich telkens moet afvragen of een bepaald stuk nu wel of niet gevraagd wordt. De formulering van het verzoek met de lijst van definities en opdrachten is zo ruim geformuleerd dat het uit proceseconomisch oogpunt wellicht simpeler was geweest aan te geven welke documentatie uit genoemde periode niet hoefde te worden overgelegd (...) Het gaat er niet om dat het verzoek in kwantitatieve zin beperkt zou moeten worden, maar om een gebrek aan precisering in de vraagstelling'.

Eenzelfde soort beslissing werd gegeven door de kantonrechter te Amsterdam. Hier ging het om een vijftigtal verzoeken tot het overleggen van documenten betrekking hebbend op een periode van drie jaar, waarbij de documenten ongeveer als volgt werden aangeduid: 'alle management letters en concepten daarvan', 'alle notulen van de vergaderingen van de raad van bestuur en aandeelhoudersvergaderingen', et cetera. De kantonrechter overwoog hier dat in geen van

de verzoeken sprake is van enig met name genoemd document nu telkens gevraagd werd om generiek omschreven aantallen (meestal: alle) documenten met betrekking tot (aspecten van) een rechtsverhouding. Het enkele uitsplitsen van die aspecten is, aldus de kantonrechter, bepaald onvoldoende, om te concluderen dat in de rogatoire commissie wordt gevraagd om gespecificeerd omschreven individuele documenten.

#### SCHORSENDE WERKING

Wat de uitvoerbaarheid bij voorraad van een eventuele eindbeschikking van een rogatoire commissie betreft: de verweerder in een rogatoire commissie zal belang kunnen hebben bij de schorsende werking van een in eerste aanleg gegeven toewijzende beschikking. In het geval de verweerder na een toewijzende beschikking (en hangende een hogerberoepsprocedure) zou kunnen worden gedwongen om de gevraagde documenten aan verzoekers te verschaffen, zullen immers zowel verzoekers als de buitenlandse rechter kennisnemen van (de inhoud van) die documenten. Hiermee is hoger beroep zinloos geworden, waardoor de verweerder feitelijk een instantie mist. Waar in andere gevallen zekerheidstelling nog uitkomst zou kunnen bieden, biedt dat in gevallen als deze geen soelaas. Meer dan zekerheidstelling voor de feitelijke teruggave van de fysieke documenten is immers niet mogelijk. Het is dan ook raadzaam als verweerder in een rogatoire commissie de kantonrechter te verzoeken uitvoerbaarheid bij voorraad aan de eindbeschikking te onthouden.

#### PRIKKEL

Welke (andere) mogelijkheden heeft een Amerikaanse eiser in Nederland als de Amerikaanse rechter de Nederlandse gedaagde heeft onderworpen aan de discovery-procedure en de Nederlandse gedaagde weigert daaraan te voldoen?<sup>21</sup> Hij kan de weg van het Nederlandse kort geding bewandelen, als de eiser bijvoorbeeld met een dwangsom een prikkel wil verbinden aan de nakoming van de verplichting tot het overleggen van documenten.

Ik kan mij voorstellen dat de Nederlandse kortgedingrechter dan in de afweging zal betrekken of een rechtskeuze of forumkeuze door partijen is gemaakt. Is gekozen voor Amerikaans recht en/of de Amerikaanse rechter dan zal de Nederlandse kortgedingrechter zich wellicht, voorzover al niet onbevoegd op grond van het forumkeuze-beding, terughoudend opstellen, zeker bij het opleggen van een dwangsom. Is Nederlands recht van toepassing en/of verklaart de Nederlandse rechter zich bevoegd, dan kan het zijn dat deze zich enigszins vrijer kan en wil bewegen.

Wellicht biedt ook in deze gevallen een rechtstreeks beroep op art. 843a Rv enig houvast voor de kortgedingrechter: een vordering tot het opvragen van documenten op grond van art. 843a Rv behoort in alle gevallen tot de mogelijkheden. De eiser zou er mijns inziens dan ook goed aan doen zijn vordering (mede) te baseren op dit artikel. Al was het alleen maar om de Nederlandse kortgedingrechter in elk geval de mogelijkheid

te geven de 'Amerikaanse rechtsgang' en de 'Nederlandse rechtsgang' zoveel mogelijk naast elkaar te laten bestaan.<sup>22</sup>

#### ONBEVREDIGEND

De mogelijkheden om in de Verenigde Staten stukken te verkrijgen van een Nederlandse gedaagde zijn vele malen ruimer dan in Nederland. Dit blijft ook zo, nu het verzoek om een rogatoire commissie op grond van het Haags Bewijsverdrag dient te worden beoordeeld naar Nederlands recht. Dit kan, zeker in een steeds internationaler wordende samenleving, onbevredigend zijn.

In de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging van Procesrecht in 2003, betreurde R.M.M. Hermans het al dat het *Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* weinig aandacht besteedt aan de mogelijkheden om, ook in de voorfase, documenten van de wederpartij boven tafel te krijgen.<sup>23</sup> Het definitieve rapport wordt overigens in het voorjaar van 2006 verwacht.

In Nederland is de discussie over de begrenzing en verruiming van het verzamelen van feiten en bewijs nog zeker niet ten einde.<sup>24</sup> En in oktober nog was dit hét onderwerp van de gecombineerde vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht en de Vereniging Corporate Litigation. ●

11 MvT Herziening van het Procesrecht voor burgerlijke zaken, 26 855, nr. 3, p. 188.

12 Vergelijk bijvoorbeeld HR 18 februari 2000, NJ 2001/259; News c.s./ABN-AMRO.

13 T&C Rechtsvordering art. 843a, aant. 3c.

14 Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, 1988, mr. G.R. Rutgers, mr. R.J.C. Flach en mr. G.J. Boon, p. 417.

15 MvT Herziening van het Procesrecht voor burgerlijke zaken, 26 855, nr. 3, p. 188.

16 T&C Rechtsvordering artikel 843a, aant. 3e en 3f.

17 Vergelijk Bijlage I bij het Haags Bewijsverdrag.

18 MvT Herziening van het Procesrecht voor burgerlijke zaken, 26 855, nr. 3, p. 188.

19 Vergelijk Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 februari 2000, NJ 2001/259 ABN AMRO/New International c.s.

20 Ongepubliceerde uitspraken van Rechtbank Zutphen, sector kanton Harderwijk, 10 maart 2003 kenmerk 168830 AZ 02-14 alsmede Rechtbank Amsterdam, sector kanton, 24 april 2003, kenmerk 486628 EA VERZ 02-6280.

21 Welke (juridische) gevolgen dit in de Verenigde Staten heeft, laat ik buiten beschouwing.

22 In dit kader wijs ik op HR 6 februari 1998, NJ 1999/479 en Pres. Rb. Utrecht 9 april 1996, KG 1996/158 in welke gevallen de rechter mijns inziens heeft getracht de Amerikaanse rechtsgang

en de Nederlandse rechtsgang zoveel mogelijk naast elkaar te laten bestaan.

23 Vergelijk TCR 2003, nummer 3 p. 57.

24 In oktober nog was dit hét onderwerp van de gecombineerde vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht en de Vereniging Corporate Litigation, met het thema 'Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht'.