

Discovery in de VS voor procedures in Nederland

Tom Claassens
advocaat te New York¹

Menig advocaat zal met enige jaloezie kijken naar de middelen waarmee Amerikaanse advocaten bewijs kunnen vergaren dat in het bezit is van de tegenpartij. Vooral voor degene die optreedt als eisende partij en niet beschikt over veel bewijs, is deze discovery buitengewoon nuttig. Wat echter weinigen weten, is dat het Amerikaanse recht ook de mogelijkheid biedt om een discovery-procedure in de Verenigde Staten te beginnen met het oog op het vergaren van stukken en getuigenverklaringen ten behoeve van een Amerikaanse procedure. Tom Claassens toont de interessante mogelijkheden. 'Het gebruik van discovery-materiaal kan de proceskansen in een zaak doorslaggevend beïnvloeden.'

Foto:

Foto: Inge Apon



Het Appellate Court in New York

Anders dan in *civil law countries*, waar de bewijsvergaring in beginsel geschiedt via de rechter, wordt die taak in het Amerikaanse systeem in beginsel overgelaten aan de procespartijen. Het Amerikaanse recht biedt hen daartoe een aantal instrumenten. De belangrijkste daarvan zijn *interrogatories*, *depositions* en *requests for documents*, die samen vaak worden aangeduid met de term 'discovery'.

- *Interrogatories* zijn lijsten met vragen die aan de andere partij (of partijen) worden toegezonden. Vervolgens heeft deze partij een bepaalde periode (meestal is dat 30 dagen) om te reageren door middel van een lijst met schriftelijke antwoorden, die onder ede moet worden getekend.
- Met *deposition* duidt men aan het middel waarbij de te horen partijen – en daarbij kan het ook om derden gaan, die géén partij zijn bij de procedure – worden verplicht om, al dan niet vergezeld van een advocaat, te verschijnen op het kantoor van – in de meeste gevallen – de advocaat van de wederpartij. Tijdens de *deposition* stelt de advocaat van de wederpartij de 'gedeposeerde' de vragen die hij wil stellen en de 'gedeposeerde' wordt geacht daarop onder ede antwoord te geven. Deze vragen en antwoorden worden vervolgens vastgelegd door een stenograaf, dit met het oog op het maken van een woordelijk verslag. Let wel: de rechter komt aan een dergelijke *deposition* niet te pas.
- Een *request for documents* is het instrument waarmee een partij gedwongen kan worden om kopieën af te geven van alle voor het geschil relevante stukken die zich in zijn bezit bevinden of waarover hij de controle uitoefent. Het begrip 'stukken' moet in dit verband overigens ruim worden uitgelegd: daaronder vallen bijvoorbeeld ook e-mails. Verder moet worden bedacht dat, zodra een partij redelijkerwijs kan voorzien dat een procedure op handen is, het verboden – en

duis te laat – is om 'onhandige' stukken te vernietigen.

De invloed van het middel van *discovery* kan nog het best worden duidelijk gemaakt aan de hand van een voorbeeld uit de praktijk. Zie daarvoor het kader op de volgende pagina.

KERNBEPALINGEN VAN ARTIKEL 1782

De bepaling waar het allemaal om draait, is Section 1782 van Title 28 van de United States Code (hierna kortweg: 'art. 1782'). Art. 1782 is ingevoerd met 'the twin aims of providing (...) assistance to participants in international litigation in our federal courts and encouraging foreign countries by example to provide similar means of assistance to our courts'.² Art. 1782 bepaalt letterlijk het volgende: 'The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court.' [cursivering TC]

Hoe dient men een verzoek in?

Wil men een partij onderwerpen aan een *discovery*, dan moet men beschikken over een daartoe strekkende *court order*. Art. 1782 bepaalt dat een verzoek daartoe gedaan kan worden (a) 'by letter rogatory'³ dan wel (b) 'by any interested person'. De laatste vier woorden doelen op een partij die betrokken is bij een buitenlandse of internationale rechtszaak.⁴ Dit betekent dat een partij die betrokken is bij een rechtszaak voor een



vreemd gerecht (bijvoorbeeld de Nederlandse rechter) een verzoek om een *court order* strekkende tot *discovery* rechtstreeks bij de Amerikaanse rechter kan indienen, zonder dat hij eerst de rechter voor wie de zaak aanhangig is hoeft te vragen om *rogatory letters* te verzenden.⁵

Ten aanzien van de vraag wat precies moet worden verstaan onder de woorden 'interested person' is de uitspraak van belang die het *U.S. Supreme Court* op 21 juni jl. wees in de zaak *Intel Corporation (Intel) v. Advanced Micro Devices, Inc. (AMD)*. Deze zaak vloeide voort uit een door AMD bij het Directoraat-Generaal voor de Mededinging van de Europese Commissie ingediende klacht, inhoudende dat concurrent Intel zich had schuldig gemaakt aan mededingingsbeperkend gedrag. Een van de vragen was, of AMD wel kon worden aangemerkt als een 'interested person' in de zin van art. 1782, omdat zij strikt genomen geen partij was bij een rechtszaak. Het *Supreme Court* oordeelde dat, hoewel een partij bij een rechtszaak 'may be the most common example of an interested person', de term 'interested person' mede omvat een klager als ADM, omdat zij in die zaak 'a reasonable interest' had 'in obtaining [judicial] evidence'. Verder overwoog het *Supreme Court* dat een klager 'who triggers a European Commission investigation has a significant role in the process. (...) In addition to prompting an investigation, the complainant has the right to submit information for the DG-Competition's consideration, and may proceed to

Uit de discovery bleek dat Ford had afgewogen dat verbetering van het model meer zou kosten dan aanvaarding van de kans op honderd doden

FORD PINTO-DRAMA

In 1970 introduceerde Ford Motor Company de Pinto, een kleine auto die in recordtempo was ontworpen op basis van een aantal 'limits of 2000'-bepalingen: Lee Iacocca, de toenmalige *executive vice president* van Ford, had verordonneerd dat de Pinto niet meer dan \$ 2.000 mocht kosten en niet meer mocht wegen dan 2.000 *pounds* (ruim 900 kilo).

Kort na de introductie gebeurde er een ongeluk. Een Pinto met daarin de 13 jaar oude Richard Grimshaw en een aantal andere kinderen explodeerde toen deze van achteren werd aangereden door een andere auto. Richard verbrandde daarbij zo zwaar dat hij de daaropvolgende twintig jaar vele operaties en huidtransplantaties moest ondergaan.

Hij begon een procedure tegen Ford. Tijdens de *discovery* werd Ford gedwongen om stukken af te geven waaruit bleek dat uit diverse botsproeven, die Ford met Pinto-prototypes had uitgevoerd, naar voren was gekomen dat de brandstoftank bij achterop-botsingen met snelheden van niet meer dan 35 kilometer per uur de neiging had om open te scheuren en benzine te lekken in het passagierscompartiment. Ter oplossing van dit probleem hadden de Ford-ingenieurs diverse oplossingen aangedragen, waarvan er één niet meer kostte dan circa 11 dollar per auto. Omdat echter zelfs een zo kleine en goedkope aanpassing als deze het 'limits of 2000'-decreet van Iacocca in gevaar bracht, wees het Ford-management alle aangedragen oploss-

ingen van de hand.

Nog veel schadelijker voor de proceskanalen van Ford was het feit dat de advocaten van Richard Grimshaw met andere door middel van *discovery* verkregen stukken konden aantonen dat Ford het door de National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) berekende cijfer van de kosten voor de samenleving per dodelijk verkeersongeluk (te weten \$ 200.000) had gebruikt om een kosten-batenanalyse te maken, waaruit bleek dat het Ford méér zou kosten om het gebrek aan de Pinto te herstellen dan om te kans te aanvaarden dat meer dan honderd doden zouden vallen als gevolg van dit gebrek. De jury was uiteraard ontzet over deze handelwijze van Ford en zij wees Richard Grimshaw een bedrag van \$ 2.5 miljoen toe ter zake van geleden schade en een bedrag van \$125 miljoen aan zogenaamde *punitive damages* (een soort boete bedoeld om de veroordeel-



de te straffen en om een signaal aan 'de markt' af te geven). Om het drama voor Ford compleet te maken, dwong de NHTSA Ford kort daarna om een zogenaamde *recall*-actie te beginnen met betrekking tot de circa 1.5 miljoen Pintos die zich inmiddels op de weg bevonden.

Indien de advocaten van Richard Grimshaw niet hadden beschikt over de mogelijkheid om een *discovery*-actie in te stellen, hadden zij de desbetreffende stukken zeer waarschijnlijk niet boven tafel kunnen krijgen en was Ford waarschijnlijk vrijuit gegaan.

court if the Commission discontinues the investigation or dismisses the complaint'.

Van wie kan afgifte worden verlangd?

Art. 1782 bepaalt dat een verzoek strekkende tot *discovery* moet worden ingediend bij 'the district court of the district in which a person resides or is found.' Aldus rijzen twee vragen: (i) wat is 'a person' en (ii) wanneer kan men stellen dat een dergelijk persoon wordt aangetroffen ('is found') in het gebied van een district court?

De zogenaamde *Dictionary Act*, waarin men de betekenis van woorden kan vinden die worden gebruikt in door het Amerikaanse Congres uitgevaardigde wetten, bepaalt dat 'unless the context indicates otherwise,' het woord 'person' mede omvat 'corporations,

companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals'.

In de zaak *Al Fayed v. CIA*⁶ speelde de vraag of het woord 'person' mede omvatte de Amerikaanse overheid. In de betreffende zaak diende Mohammed Al Fayed, de vader van Dodi Fayed, die samen met Prinses Diana was omgekomen bij een auto-ongeluk in Parijs, een op art. 1782 gebaseerd verzoek in met het oog op het verkrijgen van bepaalde

stukken die betrekking hadden op het auto-ongeluk en die afkomstig waren van de CIA. Het betreffende *district court* wees het verzoek af, waarna Al Fayed in beroep ging. De appèlrechter (het *D.C. Circuit*) bevestigde de uitspraak van het *district court* echter en oordeelde dat het begrip 'person' niet tevens omvat de Amerikaanse overheid.

De vraag wanneer een persoon wordt aangetroffen in het gebied van een district court

*Een discovery werd toegewezen
in verband met een Italiaanse
faillissementsprocedure*

werd beantwoord in twee zaken die speelden voor het *Second Circuit* (dat is de appèlrechter), te weten de zaak Sarrio⁷ en de zaak Edelman.⁸ Het *Second Circuit* maakte daarbij een onderscheid tussen een art. 1782-verzoeken die zijn gericht op het verkrijgen van stukken enerzijds en verzoeken die strekken tot het horen van getuigen (via *depositions*) anderzijds.

Stukken

De Sarrio-zaak had betrekking op een art. 1782-verzoek dat was gericht op het verkrijgen van een bevel aan de Chase Manhattan Bank (gevestigd in het Southern District van New York) en haar directe en indirecte groepsvennootschappen, om stukken af te geven die zich in Spanje bevonden, een en ander met het oog op het gebruik van die stukken in een Spaanse procedure. Het *district court* weigerde dit verzoek in te willigen. Hoewel het *Second Circuit* in appèl helaas niet direct inging op de 'resides or is found'-bewoording van art. 1782, analyseerde het wel de extraterritoriale reikwijdte van art. 1782: in het geval haar ooit zou worden verzocht om deze vraag te beantwoorden, zou het oordeel luiden dat art. 1782 niet van toepassing is op stukken die zich buiten de Verenigde Staten bevinden. Het college oordeelde dat art. 1782 naar haar bewoordingen op het eerste gezicht 'does not limit its discovery power to documents located inside of the United States'. Maar vervolgens wees het ook op de wetsgeschiedenis van art. 1782 en op een artikel van professor Hans Smit,⁹ die beide suggereren dat art. 1782 niet van toepassing is op stukken die zich buiten de Verenigde Staten bevinden. Letterlijk stelde het *Second Circuit* dat 'despite the statute's unrestricted language, there is reason to think that Congress intended to reach only evidence located within the United States'.

Getuigenverhoren

In de Edelman-kwestie kwam het onderwerp van *depositions* aan de orde. De zaak had betrekking op een geschil tussen twee minderheidsaandeelhouders in een Franse onderneming, te weten Asher Edelman en Société du Louvre ('Société'). Edelman had Société verschillende malen een bod gedaan om haar uit te kopen, maar Société had steeds afwijzend gereageerd. Claude Taittinger, lid van de raad van bestuur van Société en tevens bestuursvoorzitter van Taittinger S.A. (de meerderheidsaandeelhouder van Société), was degene geweest die Edelman telkens schriftelijk had geïnformeerd over het van de hand wijzen van diens aanbiedingen tot uitkoop.

Société dagvaardde vervolgens Edelman in Frankrijk, stellende dat hij de koers van de aandelen Société op onrechtmatige wijze had gemanipuleerd. In reactie daarop stelde Edelman een vordering in tegen Taittinger S.A.,



op grond van de stelling dat het wanbestuur had gepleegd ten aanzien van Société. Daarnaast verzocht én verkreeg Edelman van het *Southern District of New York* op basis van art. 1782 toestemming voor het uitbrengen van zogenaamde *subpoenas*. Hoewel iedere met naam genoemde persoon en rechtspersoon die onderwerp was van de desbetreffende art. 1782-order woonde c.q. was gevestigd binnen

het district van het *Southern District of New York*, bevatte de order ook een bepaling op grond waarvan *subpoenas* konden worden uitgebracht aan 'any additional individuals and entities with knowledge and information'.

Ten tijde van het uitvaardigen van de art. 1782-order bevond Taittinger, een Franse onderdaan, zich niet in het gebied van het *Southern District*. Maar toen hij drie dagen later in Manhattan arriveerde, kreeg hij meteen een *subpoena* uitgereikt met als doel het horen van hem als getuige tijdens een *deposition* en het afgeven van stukken.

Taittinger keerde vervolgens terug naar Frankrijk en instrueerde zijn New Yorkse advocaten om een verzoek tot ongedaanmaking van de aan hem uitgereikte *subpoena* in te dienen. Het *district court* honoreerde dit verzoek op basis van het argument dat art. 1782 niet ziet op het vergaren van bewijs in Frankrijk. Het *district court* baseerde zich daarbij op de zaak Sarrio waarin was bepaald dat art. 1782 beoogde 'to reach only evidence located in the United States'.

Edelman ging vervolgens in hoger beroep bij het *Second Circuit* dat het vonnis van het *district court* vernietigde op basis van de volgende argumenten:

'(...) notwithstanding the seemingly broad rule announced in [Sarrio] that § 1782(a) only applies to evidence located in the United States, there may be reason to treat documentary evidence, which was at issue in that case different from testimonial evidence, which is at issue in the case now before us. Common sense makes us think that documents are maintained in a particular place, but the same is not true for individuals. What a person will testify to is located wherever that person is found.'

En:

'(...) if a person is served with a subpoena while physically present in the district of the district court that issued the discovery order, then for the purposes of § 1782(a), he is 'found' in that district. As a matter of law, a person who lives and works in a foreign country is not necessarily beyond the rules of § 1782(a) simply because the district judge signed the discovery order at a time when the prospective deponent was not physically present in the district.'

*Bij de discovery heeft de rechter een grote
vrijheid om naar eigen goeddunken het
verzoek te beperken of er voorwaarden
aan te verbinden*

Tegelijkertijd gaf het *Second Circuit* echter ook aan dat het (enkele) feit dat art. 1782 van toepassing is op iemand die zich, zoals Taittinger, fysiek bevond in het desbetreffende rechtsgebied ten tijde van uitreiking van de *subpoena*, niet zonder meer met zich bracht 'that Taittinger must be deposed'.

Het *district court* moest dus nog twee vragen beantwoorden, te weten:

- (i) of Taittinger kon worden gedwongen om naar de Verenigde Staten te reizen voor zijn *deposition*, en
- (ii) zo ja, of dat inderdaad met zich bracht dat het *district court* gebruik zou moeten maken van haar discretionaire bevoegdheid krachtens art. 1782 (waarover meer hierna) om de *deposition* doorgang te laten vinden.

Met betrekking tot deze tweede vraag overwoog het *Second Circuit* dat het *district court* de 'twin aims' van art. 1782 en 'the effect of its decision on the 'procedural parity' of 'the parties to the French litigation' in ogenschouw moest nemen alsmede het feit dat 'Société has already obtained discovery in the United States' ingevolge art. 1782.

SOORTEN EN REIKWIJDTE

De letterlijke tekst beperkt art. 1782 tot een bevel gericht tot een persoon '[to] give his testimony or a statement' en/of '[to] produce a document or other thing'. Op basis daarvan kwam de rechter in de al eerder aangehaalde zaak *Ishihara Chemical Co* – dit vonnis sneuvelde overigens op andere gronden in hoger beroep – tot het oordeel dat art. 1782 niet ziet op *interrogatories*.

Art. 1782 zelf bevat ook een aantal richtlijnen voor haar reikwijdte. Het bepaalt onder meer:

'The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his



testimony or statement, or to produce a document or other thing, in violation of any legally applicable privilege.'

In de zaak *Bayer AG v. BetaChem Inc.*¹⁰ werd overwogen dat de doelstellingen van art. 1782 'do not in turn mean that a party in foreign litigation is entitled to unbridled and unlimited discovery under the statute. To the contrary, under the terms of the statute, the discovery process is generally guided by the Federal Rules of Civil Procedure'.

Deze zaak had betrekking op een geschil dat ontstond nadat een art. 1782-order was afgegeven op grond waarvan BetaChem bepaalde stukken moest afgeven aan Bayer. De stukken die BetaChem overhandigde waren echter op diverse plaatsen bewerkt (stukken tekst waren witgekalkt en dergelijke), wat volgens BetaChem noodzakelijk was met het oog op het bewaren van de vertrouwelijkheid van die stukken. Bayer accepteerde dit echter niet en verzocht de rechter om BetaChem te dwingen de desbetreffende stukken in onbewerkte vorm af te geven.

Het *Third Circuit* oordeelde vervolgens in hoger beroep dat het *district court* geen mis-

bruik had gemaakt van haar bevoegdheid om dit verzoek van Bayer af te wijzen, stellende dat de relevante regel in de *Federal Rules of Civil Procedure* 'expressly grants a district judge the authority to deny discovery when the information sought is unreasonably cumulative'. Het *Third Circuit* voegde daaraan toe: 'Although the information already obtained may not be in the form most desired by Bayer, we cannot say that the District Court abused its discretion by denying Bayer's request for certain unredacted documents'.

Met andere woorden: bij het beoordelen van een op art. 1782 gebaseerd verzoek komt de rechter een grote mate van vrijheid toe om naar eigen goeddunken het verzoek te beperken of daaraan bepaalde voorwaarden te verbinden. Dat werd ook nog eens met zoveel woorden bevestigd door het *Second Circuit* in de zaak *Metallgesellschaft v. Hudapp*¹¹: '[t]he permissive language of section 1782 vests district courts with discretion to grant, limit or deny discovery'.

FOREIGN TRIBUNAL

Art. 1782 bepaalt dat de stukken en/of getuigenverklaringen waar om wordt verzocht nodig zijn 'for use in a proceeding in a foreign or international tribunal'. Bij de in 1964 doorgevoerde wijzigingen aan art. 1782 werd het woord 'court' vervangen door het woord 'tribunal', om duidelijk te maken 'that assistance is not confined to proceedings before conventional courts'.¹² En dat is ook precies waar het *Supreme Court* naar verwees in de al eerder besproken zaak *Intel v. AMD* ter onderbouwing van haar oordeel dat de Europese Commissie moet worden beschouwd als een 'tribunal' in de zin van art. 1782. Het *Supreme Court* leidde daaruit af dat het kennelijk de bedoeling was van het Amerikaanse Congres om Amerikaanse rechters juridische assistentie te laten verlenen met betrekking

*Het is niet vereist dat het land waarin het
materiaal gebruikt zal worden, een
soortgelijke mogelijkheid voor discovery
biedt voor Amerikaanse procespartijen*

tot 'administrative and quasi-judicial proceedings abroad'.

Ondanks de hiervoor besproken vervanging van het woord 'court' door de term 'tribunal' heeft zowel het *Second Circuit* als het *Fifth Circuit* geoordeeld dat een scheidsrecht géén 'tribunal' is in de zin van art. 1782. In de zaak *NBC v. Bear Stearns & Co.*¹³ werd geoordeeld dat een scheidsrecht van de International Chamber of Commerce geen 'tribunal' is in de zin van art. 1782 en in de zaak *Republic of Kazakhstan v. Biedermann International*¹⁴ werd tot dezelfde conclusie gekomen ten aanzien van een door de Stockholm Chamber of Commerce ingesteld scheidsrecht.

De vraag is echter of deze twee vonnissen inmiddels niet zijn achterhaald door *Intel v. AMD*. Ter onderbouwing van de stelling dat de Europese Commissie een 'tribunal' is in de zin van art. 1782 verwees het *Supreme Court* namelijk onder meer naar de eerdergenoemde beschouwing van Hans Smits (zie noot 9), die stelt dat de term 'tribunal' mede omvat 'investigating magistrates, administrative and arbitral tribunals, and quasi-judicial agencies'. Op zijn minst genomen biedt dit goede gronden om in een eventuele volgende procedure te betogen dat de term 'tribunal' wel degelijk (mede) omvat een scheidsrecht.

Wat betreft het gebruik van art. 1782 in strafzaken is het nog interessant om te vermelden dat het Amerikaanse Congres in 1996 de woorden 'including criminal investigations conducted before formal accusation' heeft toegevoegd aan art. 1782.

Zoals blijkt uit de volgende opsomming vindt art. 1782 een vrij wijde toepassing:

- In de zaak *Letter of Request from the Amtsgericht Ingolstadt*¹⁵ werd een art.

1782-verzoek strekkende tot verkrijging van een bloedmonster ten behoeve van een Duitse vaderschapsactie gehonoreerd.

- In de zaak *Lancaster Factoring Co.*¹⁶ werd een art. 1782-verzoek gehonoreerd met het oog op een Italiaanse faillissementsprocedure.
- In de al eerder aangehaalde zaak *Esses* werd een op art. 1782 gebaseerd verzoek toegewezen dat was gedaan in verband met een in Hongkong aanhangige procedure die betrekking had op de aanstelling van een executeur-testamentair.
- In de zaak *Application of Ishihara Chemical Co.*¹⁷ werd geoordeeld dat het Japanse octrooibureau een 'tribunal' is in de zin van art. 1782.

Uit de rechtspraak blijkt echter ook dat in het algemeen terughoudendheid wordt betracht ten aanzien van de vraag of art. 1782 ook kan worden gebruikt met betrekking tot procedures voor niet-officiële, niet-overheidsinstellingen. In dit verband noem ik ter illustratie de zaak *Wilander*,¹⁸ waarin de vraag aan de orde kwam of de internationale tennisfederatie, voor welke tennisser Mats Wilander een procedure aanhangig had gemaakt, heeft te gelden als een 'tribunal' voor de toepasselijkheid van art. 1782. De rechter beantwoordde die vraag ontkennend.

RUIME DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID

Art. 1782 'leaves the issuance of an appropriate order to the discretion of the court'.¹⁹ In het algemeen staan de meeste *district courts* nogal afwijzend tegenover de stelling – die wel eens door tegenstanders van art. 1782 wordt aangevoerd – dat art. 1782 allerlei beperkingen bevat ten aanzien van de discretionaire bevoegdheid van rechters. In de zaak *Malev*²⁰ werd bijvoorbeeld het argument verworpen dat een buitenlandse procespartij



Mats Wilander

eerst de gewenste *discovery order* moet vragen van haar 'eigen' rechter alvorens zij een beroep mag doen op art. 1782. En in de zaak *Intel v. ADM* verwierp het *Supreme Court* expliciet als onjuist de stelling dat de buitenlandse procedure al 'pending or imminent' moet zijn op het moment van indiening van een art. 1782-verzoek.²¹ Het *Supreme Court* oordeelde dat het voldoende was voor toewijzing van een art. 1982-verzoek dat de buitenlandse procedure 'within reasonable contemplation' is. In de zaak *John Deere*²² werd tot de slotsom gekomen dat het voor een toewijzing van een art. 1782-verzoek niet vereist is dat het land waarin het *discovery material* gebruikt zal worden, een soortgelijke mogelijkheid voor *discovery* biedt voor Amerikaanse procespartijen. Dat is uiteraard belangrijk, want als dat anders was geweest, zou art. 1782 van weinig betekenis zijn voor partijen die betrokken zijn in een procedure voor de Nederlandse rechter.

In de zaak *Trinidad*²³ oordeelde de rechter dat de stelling onjuist was dat voor toewijzing van een art. 1782-verzoek is vereist dat de stukken waarvan afgifte/inzage wordt verzocht, vervolgens ook door de rechter in de buitenlandse procedure worden toegelaten.

In de meergenoemde zaak *Ishihara Chemical Co.* ging het echter de andere kant op: daarin wees de Amerikaanse rechter een art. 1782-verzoek af, omdat vast was komen te staan dat de stukken terzake waarvan afgifte/inzage werd verzocht niet meer door het Japanse octrooibureau zouden worden beoordeeld, aangezien het ging om 'nieuw' bewijs. De Amerikaanse rechter vond daarom dat de betreffende stukken niet (meer) konden dienen 'for use' in een procedure als bedoeld in art. 1782.

GEEN DISCOVERABILITY VEREISTE

De verschillen op het gebied van bewijsvergaring tussen het Amerikaanse systeem enerzijds en dat van de *civil law*-landen zijn niet

Amerikaanse rechtbanken wordt vaak gevraagd om afgifte te bevelen van stukken die in de betrokken buitenlandse jurisdicties niet voor afgifte in aanmerking komen



De voormalige Fiatfabriek in Turijn, met op het dak de testbaan voor auto's

onopgemerkt gebleven in de diverse Amerikaanse rechtbanken. In de zaak *Borneri v. Fiat S.p.A.*²⁴ oordeelde het *First Circuit* bijvoorbeeld:

‘In the United States (...) civil pretrial discovery is not only extensive, but is in the first instance conducted by the parties themselves. Such a concept is alien to the ways of most civil law countries, where the taking of all evidence is exclusively a function of the court. In those countries, discovery American-style is often considered an affront to the nation’s judicial sovereignty.’

Omdat de Amerikaanse regels betreffende bewijsvergaring zoveel ruimer zijn dan in de meeste andere landen, worden Amerikaanse rechtbanken vaak geconfronteerd met op art. 1782 gebaseerde verzoeken tot afgifte van stukken die in de betrokken buitenlandse jurisdicties niet voor afgifte in aanmerking komen. Ondanks het feit dat art. 1782 niet met zoveel woorden de afgifte van dergelijke stukken verbiedt, waren Amerikaanse rechtbanken nogal verdeeld over de vraag of art. 1782 misschien een impliciet *discoverability*-

vereiste in zich bergt – het vereiste dat geen art. 1782-verzoek kan worden toegewezen, tenzij de stukken waarvan afgifte wordt verzocht óók in het land waarin ze uiteindelijk gebruikt zullen worden, in aanmerking komen voor afgifte op bevel van de rechter.

De zaak *Intel v. ADM* maakte echter ook aan deze controverser een einde. Het *Supreme Court* oordeelde dat niets in de tekst van art. 1782 erop wijst dat een *discoverability*-vereiste moet worden aangenomen en verder dat het wél aannemen van een dergelijk vereiste alleen maar zou leiden tot het compliceren van een procedure die nu juist simpel en eenvoudig behoort te zijn. Het *Supreme Court* ging daarbij ook in op de eerder door het *First Circuit* en het *Eleventh Circuit* aangevoerde gronden voor het aannemen van een *discoverability*-vereiste. Een daarvan komt erop neer dat het buitenlandse gerecht het uitvaardigen van een bevel tot *discovery* op basis van een art. 1782-verzoek mogelijk als een affront zou kunnen beschouwen (‘foreign countries may be offended by the use of United States procedures to circumvent their own procedu-

res and laws’). Het *Supreme Court* betwijfelde of dit zo was en verwees bij wijze van voorbeeld naar de Engelse zaak *South Carolina Ins. Co. v. Assurantie Maatschappij ‘de Zeven Provinciën’ N.V.*, waarin de *House of Lords* een gedaagde gewoon toestond om een art. 1782-procedure voort te zetten, ondanks het feit dat het iedereen duidelijk was dat die procedure was ingesteld met het oog op het verkrijgen van bewijs dat niet zou kunnen worden verkregen via de Engelse rechter. Ten aanzien van het argument dat zonder het aannemen van een *discoverability*-vereiste Amerikaanse partijen in het nadeel zijn ten opzichte van hun buitenlandse wederpartij(en) oordeelde het *Supreme Court* dat de Amerikaanse rechter hier iets aan kan doen, bijvoorbeeld door ‘condition[ing] relief upon that person’s reciprocal exchange of information’. Verder oordeelde het *Supreme Court* dat ‘the foreign tribunal can place conditions on its acceptance of the information to maintain whatever measure of parity it concludes is appropriate’.

DOORSLAGGEVEND

De Amerikaanse Section 1782 van Title 28 van de United States Code biedt grote mogelijkheden op het gebied van bewijsvergaring aan advocaten die een procespartij vertegenwoordigen in een niet-Amerikaanse (en dus ook: Nederlandse) procedure, waarbij ook een of meer Amerikaanse partijen betrokken zijn. Het gebruik van stukken en getuigenverklaringen die op deze manier zijn verkregen, kan de proceskansen in een zaak doorslaggevend beïnvloeden. ●

NOTEN

- 1 Tom Claassens werkt als Nederlandse advocaat bij Loyens & Loeff te New York.
- 2 Aldus werd bepaald in de zaak *Esses* (101 F.3d 873, 876 (2d Cir. 1996)).
- 3 Een ‘letter rogatory’ (rogatoire commissie) is het middel waarmee het ene land, communicerend via haar gerechten, een verzoek tot rechtshulp indient bij een ander land.
- 4 S. Rep. 88-1580, 1964 USCCAN 3782, 3789.
- 5 Zie de zaken *Malev* (964 F.2d at 101 (2d Cir. 1992)) en *John Deere Ltd. v. Sperry Corp* (754 F.2d 132, 136 (3d Cir. 1985)).

- 6 229 F.3d 272 (D.C. Cir. 2000).
- 7 S.A., 119 F.3d 143 (2d Cir. 1997).
- 8 295 F.3d 171 (2d Cir. 2002).
- 9 Smits is een Nederlander, die als hoogleraar is verbonden aan Columbia University en die het meest recente wetsontwerp voor art. 1782 heeft opgesteld.
- 10 173 F.3d 188, 191 (3d Cir. 1999).
- 11 121 F.3d 77, 79 (2d Cir. 1997).
- 12 S. Rep. 88-1580, 1964 USCCAN at 3788.
- 13 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999).
- 14 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999).
- 15 82 F.3d 590 (4th Cir. 1996).

- 16 90 F.3d 38 (2d Cir. 1996).
- 17 251 F.3d 120, 123 (2d Cir. 2001).
- 18 No. Civ. A.96 Mise 98, 1996 WL 421938, at *2.
- 19 S. Rep. 881580, 1964 USCCAN at 3788.
- 20 964 F.2d at 100.
- 21 Aldus was geoordeeld in de zaken *Application for International Judicial Assistance for the Federative Republic of Brazil* (936 F.2d 702, 706 (2d Cir. 1991)) en in *Application of Ishihara Chemical Co.*
- 22 754 F.2d at 137.
- 23 848 F.2d at 1156.
- 24 763 F.2d 17, 19.