

MR. W.P. WIJERS EN MR. A.J. HAASJES

Exhibitie in het (ondernemings)recht*

Er wordt veel recht gesproken en gediscussieerd over de vraag in welke mate een partij haar wederpartij kan dwingen om inzage, afschrift of anderszins openheid van zaken te geven over wat samengevat 'informatie' zou kunnen worden genoemd die later in dezelfde procedure of in een naderhand aanhangig te maken procedure tegen de informatie verstreckende partij kan worden gebruikt. In deze bijdrage laten wij mede aan de hand van (recente) jurisprudentie ons licht schijnen over de diverse procedures die het boven tafel krijgen van de gewenste informatie – op eigenlijke of oneigenlijke wijze – faciliteren.

Inleiding

De wet kent geen algemene exhibitieplicht. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bevat een aantal bepalingen op grond waarvan een procespartij of de rechter informatie kan opvragen bij de andere procespartij. Wij bespreken de belangrijkste: de artikelen 21, 22, 162 en 843a Rv en 3:15j BW. Bij artikel 843a Rv zullen wij uitgebreider stilstaan omdat hierop in de praktijk relatief vaak een beroep wordt gedaan. Daarbij zal tevens aandacht worden besteed aan (gedwongen) inzage in due diligence rapporten. De beperkingen die de genoemde artikelen met zich meebrengen leiden er soms toe dat getracht wordt om de gewenste informatie via andere wegen boven tafel te krijgen. In dit verband besteden wij aandacht aan het enquêterecht en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) als bron van informatie voor een (nog aanhangig te maken) aansprakelijkheidsprocedure. De bepalingen omtrent het (voorlopig) getuigenverhoor laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing.

Artikel 21 en 22 Rv

In artikel 21 Rv is de zogenoemde waarheidsplicht neergelegd. Op grond van artikel 21 Rv zijn partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

De vraag is hoe ver de waarheidsplicht strekt.¹ Uit de Memorie van Toelichting bij het artikel blijkt dat de wetgever van mening is dat het in een civiele procedure niet aangaat dat partijen relevante feiten bewust achterhouden of onjuist weergeven. Het gaat erom de bewuste leugen uit te bannen, daar deze in een modern procesrecht niet aanvaardbaar is. Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag blijkt dat een partij die feiten kent die voor de beslissing van belang zijn, die volledig en naar waarheid moet vermelden. Of het weglaten van gegevens kan worden gekwalificeerd als een bewuste leugen is minder van belang.² Daarom bevat artikel 21 Rv twee vereisten wat het aanvoeren van feiten betreft: dit moet *volledig* en naar *waarheid* gebeuren.³ Artikel 21 Rv doet geen afbreuk aan het beginsel van autonomie van partijen zoals neergelegd in artikel 24 Rv. Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn het partijen die de aard en de omvang van het geschil bepalen waarover de rechter dient te beslissen. Omdat zij in dat kader ook de feitelijke begrenzing van het geschil aangeven, zijn zij in beginsel niet verplicht om feiten aan te voeren die buiten dat kader vallen, aldus de wetgever.⁴

De waarheidsplicht van artikel 21 Rv impliceert niet zonder meer een verplichting tot het in het

* De tekst van dit artikel is bijgewerkt tot 1 maart 2006.

¹ Deze vraag wordt uitgebreid behandeld door B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Kluwer: Deventer 2004, p. 15-39.

² *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 147.

³ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 146/147.

⁴ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 147.

geding brengen van de stukken die de door haar gegeven lezing van de feiten kunnen staven.⁵ Of een dergelijke verplichting bestaat zal onzes inziens onder meer afhangen van de stand, althans omvang, van het partijdebat en op welke partij de bewijslast rust van een bepaald feit.

De bepaling vormt voor partijen dan ook slechts een algemene handleiding in het processueel debat.⁶ Artikel 21 Rv strekt er uitdrukkelijk niet toe de eiser de mogelijkheid te geven om voorafgaand aan of tijdens de procedure alle voor hem relevante gegevens van de (potentiële) gedaagde te verzamelen. Dit blijkt ook uit de volgende passage uit de Memorie van Antwoord bij artikel 21 Rv⁷:

‘Artikel 21 (1.3.3) valt daarom niet te beschouwen als een uitvloeisel van het Anglo-Amerikaanse systeem, zoals de leden van de VVD-fractie vragen. Het daar bestaande “disclosure”-systeem, waar partijen over en weer verplicht kunnen worden elkaar op grote schaal inzage te verschaffen van allerlei stukken, is van een geheel andere orde dan de hierboven beschreven en ingekaderde waarheidsplicht in een procedure tegenover de rechter. Een risico dat ook hier dergelijke “Amerikaanse toestanden” zullen ontstaan, acht ik dan ook niet aanwezig.’

Door de Rechtbank Almelo is in een beschikking van 14 februari 2005⁸ met een beroep op artikel 21 Rv het betoog van Dexia verworpen dat toewijzing van een inzageverzoek ex artikel 35 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) het bepaalde in artikel 843a Rv (waarover hierna meer) zou doorkruisen. Daarbij overwoog de Rechtbank:

‘Tijdens een procedure geldt voor beide partijen een waarheidsplicht (artikel 21 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Beide partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. De van belang zijnde gegevens die alleen in het bezit zijn van Dexia, dienen in een procedure boven tafel te komen. De regelgeving met betrekking tot het burgerlijk proces strekt er juist toe om vooraf de feiten duidelijk te krijgen. De rechtbank ziet zoals hiervoor aangegeven derhalve niet in welk recht en/of

belang van Dexia wordt geschaad door Roozendaal inzage te geven in zijn persoonlijk dossier. Het beroep van Dexia op artikel 843a lid 4, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering faalt.’

De uitleg van artikel 21 Rv door de Rechtbank Almelo is onzes inziens onjuist. Artikel 21 Rv legt weliswaar de verplichting op een procespartij *de voor de beslissing van belang* zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, maar dit artikel roept geenszins de verplichting in het leven voor een procespartij om alle gegevens *die haar wederpartij relevant acht* aan deze wederpartij te verstrekken. De Rechtbank Almelo loopt ten onrechte vooruit op hetgeen in de bodemprocedure dient te worden gesteld en bewezen en gaat er voetstoots van uit dat de gegevens die zijn opgevraagd relevant zullen zijn voor een door hem te entameren bodemprocedure. Onjuist is naar onze mening ook het oordeel van de Rechtbank Almelo dat de inzage wordt gelegitimeerd doordat de regelgeving met betrekking tot het burgerlijk proces ertoe zou strekken ‘om vooraf de feiten duidelijk te krijgen’. Artikel 111 lid 3 Rv en artikel 128 lid 5 Rv, waar de Rechtbank Almelo kennelijk op doelt, strekken ertoe te bewerkstelligen dat in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure het geschil ‘uit de verf komt’.⁹ Deze bepalingen strekken er echter niet toe te bewerkstelligen dat de eisende partij voorafgaand aan de procedure alle voor hem relevante gegevens kan verkrijgen van de potentiële gedaagde.

Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis zijn onzes inziens de mogelijkheden zeer beperkt om op grond van artikel 21 Rv gegevens te verzamelen van de wederpartij. Een vordering tot het overleggen van bepaalde gegevens kan aan deze bepaling niet worden ontleend. Indien men kan aantonen dat de wederpartij bepaalde feiten bewust heeft achtergehouden of onvolledig heeft weergegeven kan men trachten de rechter te bewegen gebruik te maken van zijn bevoegdheid ex artikel 22 Rv om (een der) partijen te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. De waarheidsplicht die is neergelegd in artikel 21 Rv hangt dan ook samen met het bepaalde in artikel 22 Rv. De in artikel 22 Rv neergelegde (discretionaire) bevoegdheid wordt echter

⁵ Zie A-G Keus in zijn conclusie voor HR 2 september 2005, *JOL* 2005, 453, sub 2.27.

⁶ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 147.

⁷ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 153.

⁸ *JOR* 2005, 75.

⁹ Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 147.

eveneens begrensd door de partijautonomie. Het zijn partijen die de omvang van het geschil bepalen. De rechter kan niet ambtshalve een bevel als bedoeld in artikel 22 Rv geven om bepaalde stukken in het geding te brengen die geen betrekking hebben op het partijdebat.

Door toepassing van artikel 22 Rv kan de rechter enige sturing geven aan het partijdebat, nu partijen niet altijd weten welke stukken moeten worden overgelegd.¹⁰ Partijen kunnen de rechter ook verzoeken toepassing te geven aan artikel 22 Rv en daarbij verzoeken dat het bevel wordt versterkt met een dwangsom. Nu artikel 22 Rv, evenals artikel 21 Rv, een verplichting van procesrechtelijke aard behelst, heeft de wederpartij niet (zonder meer) een vorderingsrecht.¹¹ Dit spreekt ook vanzelf nu artikel 21 en 22 Rv procesrechtelijke verplichtingen bevatten en partijen, anders dan bijvoorbeeld het hierna te bespreken artikel 843a Rv, geen recht geven op inzage in en afschrift van bepaalde stukken. Artikel 843a Rv sluit uit dat de ene partij de andere partij kan dwingen mee te werken aan een 'fishing expedition'.¹² Dit betekent dat indien een vordering ex artikel 843a Rv niet toewijsbaar is, een procespartij niet op grond van artikel 21 en 22 Rv alsnog kan bewerkstelligen dat hij afschrift of inzage krijgt van bepaalde gegevens. Een procespartij kan overigens weigeren te voldoen aan een bevel op grond van artikel 22 Rv indien hij daarvoor 'gewichtige redenen' heeft. Een voorbeeld van een dergelijke gewichtige reden is het belang dat vertrouwelijke informatie niet in de openbaarheid komt, zoals vertrouwelijke bedrijfsgegevens (zie ook artikel 8:29 Awb).¹³ De partij die een gewichtige reden heeft om niet te voldoen aan een bevel ex artikel 22 Rv zal dit gemotiveerd aan de rechter kenbaar dienen te maken, waarna de rechter het belang bij de weigering moet afwegen tegen het belang dat recht kan worden gedaan (mede) op grond van de gevraagde gegevens.¹⁴

Gelet op het voorgaande zijn wij van mening dat de mogelijkheden beperkt zijn om op grond van

(artikel 21 Rv in verbinding met) artikel 22 Rv bepaalde informatie boven tafel te krijgen. Artikel 21 Rv heeft niet de strekking een procespartij de mogelijkheid te geven inzage te geven in gegevens, maar heeft de bedoeling de taak van de rechter niet te bemoeilijken doordat partijen onjuiste of onvolledige informatie verstrekken.¹⁵ Het is de rechter die bepaalt of hij artikel 22 Rv toepast en als hij besluit dat niet te doen kunnen partijen daarover niet klagen.¹⁶ Ten slotte geldt dat de mogelijkheden van artikel 21 en 22 Rv worden begrensd door de mogelijkheden die een partij heeft op grond van artikel 843a Rv inzage in en afschrift van gegevens te verkrijgen. Indien een partij die mogelijkheid niet heeft op grond van artikel 843a Rv, dan heeft hij evenmin die mogelijkheid op grond van artikel 21 of 22 Rv.

Art. 162 Rv en artikel 3:15j BW

Artikel 162 Rv en artikel 3:15j BW zijn verwante, maar toch ook verschillende bepalingen. Daar de overeenkomsten per saldo groter zijn dan de verschillen, zullen beide bepalingen hierna gezamenlijk worden besproken.

Op grond van artikel 162 Rv kan de rechter in de loop van het geding, op verzoek of ambtshalve, aan (een der) partijen de *openlegging* bevelen van de boeken en bescheiden en geschriften die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren.¹⁷ Ingevolge artikel 162 Rv kan een procespartij derhalve worden gedwongen inzage te geven in zijn administratie, maar niet om inlichtingen daarover te verschaffen.¹⁸ Openlegging op grond van artikel 162 Rv kan slechts in de 'loop van het geding' en derhalve niet voorafgaand aan een procedure worden gevorderd. Evenals bij artikel 22 Rv heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid of hij openlegging zal bevelen.¹⁹ Op welke wijze openlegging dient te geschieden zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Dit kan door het verlenen van inzage, door het verschaffen van een uittreksel of anders-zins.²⁰ De openleg-

¹⁰ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 154 en HR 18 maart 1994, NJ 1994, 407.

¹¹ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 154.

¹² *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 154.

¹³ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 54.

¹⁴ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 55. Zie over de toetsing die de rechter moet verrichten in het kader van een beroep op gewichtige redenen verder G.R. Rutgers en L.R. Wisse, 'Artikel 162 Rv: rara avis in exhibitieland', *Ondernemingsrecht* 2005 (3), p. 91-93, waarbij zij ingaan op het probleem hoe de rechter erachter kan komen of de weigering bepaalde gegevens te verstrekken terecht is.

¹⁵ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 152.

¹⁶ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 157.

¹⁷ G.R. Rutgers en L.R. Wisse, a.w. p. 91-93.

¹⁸ HR 26 juni 1985, NJ 1986, 243.

¹⁹ Vgl. HR 26 april 1929, NJ 1929, 1121.

²⁰ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 824, nr. 3, p. 8.

ging vindt op getrapte wijze plaats; eerst worden de stukken opengelegd aan de rechter, waarna deze beoordeelt in hoeverre de wederpartij inzage of afschrift van die stukken verkrijgt. Terecht merken Rutgers en Wisse op dat deze gang van zaken zich niet verdraagt met artikel 6 EVRM en het beginsel van hoor en wederhoor.²¹ De rechter dient immers te beslissen op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlating waarover beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven. Het gebrek aan hoor en wederhoor zou volgens hen evenwel onderwerpen kunnen worden door een andere rechter dan de rechter die de hoofdzaak behandelt te laten oordelen over de vraag in hoeverre bepaalde informatie geheim dient te blijven.²²

Weigert een partij te voldoen aan een bevel tot openlegging, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (vgl. art. 162 lid 2 Rv). Deze formulering biedt de rechter ruimte een weigering in het nadeel van de weigerende partij uit te leggen. Hij hoeft dat echter niet te doen. De vraag is op welke gronden een partij zou kunnen weigeren te voldoen aan een bevel op grond van artikel 162 Rv. In de eerste plaats moet worden geconstateerd dat artikel 162 Rv, anders dan bijvoorbeeld artikel 22 Rv en artikel 843a Rv, niet de mogelijkheid kent om op grond van gewichtige redenen niet mee te werken aan een bevel. Onzes inziens bestaat geen rechtvaardiging voor dit verschil. Ook bij artikel 162 Rv dient immers rekening te worden gehouden met het belang van een partij dat vertrouwelijke informatie niet in de openbaarheid komt. In de tweede plaats zou men kunnen betogen dat, zeker als het gaat om openlegging van de boekhouding, medewerking mag worden geweigerd indien het verzoek van de wederpartij tot openlegging neerkomt op een 'fishing expedition'. Dit betoog gaat echter maar ten dele op omdat uit de Memorie van Toelichting (op het oude artikel 8 K) pleegt te worden afgeleid dat geen verdere inzage of uittreksel moet worden verleend dan nodig is in verband met het proces²³: de boekhouding ligt aldus voor de rechter open en de wederpartij krijgt slechts de door de rechter aangewezen gedeelten van de boekhouding.²⁴

Op grond van artikel 3:15j BW kan men openlegging vorderen van tot een administratie behorende

boeken en bescheiden en andere gegevensdragers, voorzover men daarbij een rechtstreeks en voldoende belang heeft.²⁵ Hoewel de groep personen die worden opgesomd in artikel 3:15j BW op het eerste gezicht een limitatief karakter lijkt te hebben, blijkt uit de wetsgeschiedenis van de bepaling dat de wetgever het limitatieve karakter van de voorloper van artikel 3:15j BW, artikel 11 K, niet heeft willen handhaven.²⁶ Tot de groep personen die artikel 3:15j BW kan invoeren behoren onder meer de schuldeisers in een faillissement. Hoewel wij daarover geen jurisprudentie hebben kunnen vinden, lijkt het verdedigbaar dat gelet op het verlaten van dit limitatieve karakter ook aandeelhouders in een NV of BV een beroep kunnen doen op dit artikel, niet in de laatste plaats gelet op de overeenkomsten die dit artikel vertoont met artikel 162 Rv waarop (ook) iedere procespartij, ongeacht diens hoedanigheid, een beroep kan doen. Het verschil met artikel 162 Rv is dat artikel 3:15j BW vereist dat degene die openlegging vordert daarbij rechtstreeks en voldoende belang moet hebben. Bovendien kan artikel 162 Rv slechts worden ingeroepen tijdens een civiele procedure, terwijl een vordering ex artikel 3:15j BW ook voorafgaand aan een civiele procedure kan worden ingesteld. Ten slotte vindt inzage op grond van artikel 3:15j BW niet op getrapte wijze plaats. Indien men rechtstreeks en voldoende belang heeft, dient de administratie te worden opengelegd zonder dat de rechter daar eerst een blik op geworpen heeft.

De praktische betekenis van artikel 3:15j BW voor het ondernemingsrecht lijkt op het eerste gezicht vooral gelegen in de mogelijkheid voor schuldeisers de administratie van een failliete vennootschap in te zien. Een vordering tot inzage in de boekhouding van de failliet stuit evenwel af op gebrek aan belang indien de inzage gevorderd wordt om de wijze waarop de aanspraken van de betreffende crediteuren in het faillissement (door de curator) worden behartigd te kunnen beoordelen.²⁷ Daarnaast lijkt het nut van de bepaling te liggen bij die gevallen waarin een partij geen beroep toekomt op artikel 162 Rv bijvoorbeeld omdat er nog geen procedure aanhangig is of bij die gevallen waarbij de rechter geen gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid om openlegging te gelasten.

²¹ G.R. Rutgers en L.R. Wisse, a.w. p. 91-93.

²² Zie hierover HR 20 december 2002, NJ 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken.

²³ Memorie van toelichting artikel 8 K, bijlage Handelingen II 1920/501, nr. 3 p. 3.

²⁴ E.J. Morée, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, aant. 2h bij art. 162 Rv.

²⁵ Zie over artikel 3:15j BW ook J.A.C. van Veersen, 'Exhibitieplicht ex artikel 3:15j BW; een ondergeschoven kindje', *Vennootschap & Onderneming* 2006 (1), p. 6-10.

²⁶ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 824, nr. 3, p. 8/9.

²⁷ HR 21 januari 2005, JOR 2005, 104 en 105 m. nt. Abendroth en NJ 2005, 249 en 250 m. nt. P. van Schilfgaarde (*Jomed*).

Artikel 843a Rv²⁸

Artikel 843a, lid 1 Rv bepaalt:

‘Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. [...]’

Blijkens de wetsgeschiedenis ziet artikel 843a Rv op situaties waarbij de inhoud van een schriftelijk bewijsmiddel aan een wederpartij weliswaar bekend is, maar zij dit niet in haar bezit heeft.²⁹ Deze benadering van de wetgever is praktisch en voorkomt dat een partij kan worden veroordeeld afschrift of inzage te verschaffen van een niet-bestaand stuk. De wetgever heeft dan ook slechts een bijzondere, en dus geen algemene exhibitieplicht in het leven willen roepen. Juist om ongeclausuleerde, ongespecificeerde inzageverzoeken en ‘Amerikaanse toestanden’ te voorkomen, heeft de wetgever de in artikel 843a Rv neergelegde waarborgen en vereisten opgenomen. Op grond van artikel 843a Rv is het dus niet mogelijk om – zoals in de Verenigde Staten is toegestaan – van een partij afschrift te vorderen van alle stukken die deze eventueel onder zich zou kunnen hebben en die verband houden met een tussen partijen bestaande rechtsbetrekking. Om ‘fishing expeditions’ te voorkomen moet voor toewijzing worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:

- het moet gaan om bepaalde specifiek aangeduide bescheiden;
- de bescheiden moeten zien op een rechtsbetrekking waarbij eiser partij is;
- eiser moet een rechtmatig belang hebben bij zijn vordering.

Een vordering die voldoet aan deze criteria kan evenwel alsnog worden afgewezen indien artikel 843a lid 4 Rv van toepassing is:

‘Degene die de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, is niet gehouden aan deze

vordering te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.’

Hieruit volgt dat de rechter bij zijn belangenafweging moet nagaan of de gevraagde bescheiden ook langs andere weg verkregen kunnen worden, dan wel of die bescheiden überhaupt van belang zijn voor de te nemen beslissing.

Op grond van artikel 843a Rv kan men slechts inzage, afschrift of uittreksel verkrijgen van bepaalde bescheiden. Daaronder vallen ook gegevens die op een gegevensdrager zijn opgeslagen, zoals foto’s, films, bandopnamen en computerbestanden.³⁰ Zoals hiervoor reeds opgemerkt ziet artikel 843a Rv op de situatie dat de inhoud van een bepaald stuk de wederpartij bekend is, maar dat zij dat niet in haar bezit heeft. Hieruit moet worden afgeleid dat de partij die de bescheiden opvraagt ook bekend moet zijn met de inhoud van die bescheiden. Uit deze ‘bekendheidseis’ vloeit logischerwijs ook voort dat een partij het bestaan van een bepaald stuk aannemelijk zal moeten maken, zoals de rechtbank ’s-Gravenhage recentelijk oordeelde.³¹ Men kan immers niet bekend zijn met de inhoud van een stuk dat in het geheel niet bestaat. Daar staat weer tegenover dat het relatief eenvoudig moet zijn voor een partij die bekend is met een bepaald stuk om nauwkeurig te omschrijven om welk(e) stuk(ken) het gaat. Een beperkte uitleg van het begrip ‘bepaalde bescheiden’ voorkomt fishing expeditions en executiegeschillen.³² Wij hebben dan ook moeite met het voorbeeld van Sijmonsma³³ die verdedigt dat een franchisenemer tot het verlenen van inzage van de boekhouding verplicht is indien er voldoende omstandigheden zijn waaruit kan worden afgeleid dat omzetgegevens worden achtergehouden. Waarom zou niet kunnen worden volstaan met slechts de inzage in de omzetgegevens, in plaats van in de gehele boekhouding? Vorderingen die ertoe strekken inzage te verkrijgen in ‘alle correspondentie’ of het ‘volledige cliëntendossier’ dienen dan ook te stranden nu onvoldoende is bepaald welke gegevens

²⁸ Zie over artikel 843a Rv verder bijvoorbeeld J.F. Garvelink, P.F. Hopman, ‘Verboden te vissen: informatieplicht van banken en de afdwingbaarheid daarvan’, *TvE* 2004 (1/2), p. 11-15, J. Ekelmans, ‘De exhibitieplicht in de praktijk: de ruime mogelijkheid tot opvragen van bescheiden’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR)* 2005 (3), p. 59-68, P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, ‘Opening van zaken’, *TCR* 2002 (1), p. 8-14 en J.R. Sijmonsma ‘Enkele aspecten van de inzageplicht van artikel 843a Rv’, *Praktisch Procederen* 2005 (5), p. 145-152. De geschiedenis van artikel 843a Rv wordt beschreven door Van der Wiel, a.w., p. 47-49.

²⁹ *Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht*, p. 417.

³⁰ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 553.

³¹ Rb. ’s-Gravenhage 27 juli 2005, LJN:AU5178, 04/0555 (*Honeywell*).

³² Anders: Ekelmans, a.w., p. 63.

³³ T.a.p. p. 149.

daaronder vallen. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen, 7 mei 2003, *NJ* 2003, 480, r.o. 7.9:

'In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 1999-2000, 26 855 nr. 3, p. 188) wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat zogenaamde 'fishing expeditions' voorkomen dienen te worden. Met het oog daarop is in artikel 843a Rv de eis gesteld dat het moet gaan om 'bepaalde' bescheiden. Leisureplan vordert echter exhibitie van 'de volledige correspondentie ...' respectievelijk 'alle gespreksverslagen ...', waarbij slechts met betrekking tot een deel van die bescheiden een beperking in de tijd is aangegeven. Op deze wijze zijn de stukken echter te weinig gespecificeerd om als 'bepaalde' bescheiden in de zin van het nieuwe recht te kunnen worden gekwalificeerd.'

In gelijke zin oordeelde de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 2 februari 2005, *JOR* 2005, 71, waarin de gevorderde inzage in een volledig cliënten-dossier werd afgewezen nu deze vordering niet kon worden aangemerkt als een vordering tot inzage in of het verstrekken van een afschrift van bepaalde, met name genoemde, bescheiden. Dat het in de rechtspraak ook voorkomt dat het begrip 'bepaalde bescheiden' apert onjuist wordt uitgelegd blijkt uit een niet-gepubliceerde uitspraak van de rechtbank Maastricht d.d. 17 augustus 2005 waarin de gedaagde werd veroordeeld tot het verlenen van inzage in 'de gehele financiële gang van zaken in het project X onder beheer van A, daarbij inbegrepen de terbeschikkingstelling van bankafschriften (...) en ondersteunende documentatie zoals contracten, facturen, boekenonderzoek, voortgangsrapportages etc.'.³⁴ Een dergelijke inzage is wat ons betreft onaanvaardbaar gegeven de tekst en de strekking van artikel 843a Rv. Bovendien zal het gebruik van termen als 'etc.' onvermijdelijk tot executiegeschillen leiden.

Degene die bescheiden vordert op grond van artikel 843a Rv dient voorts partij te zijn bij een *rechtsbetrekking* waarop de bescheiden zien. Onder het begrip *rechtsbetrekking* valt ook de *rechtsbetrekking* uit onrechtmatige daad.³⁵ Voor de uitleg van het begrip *rechtsbetrekking* is onder andere relevant het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2000, *NJ* 2001,

259 (News International c.s./ ABN AMRO). In die zaak werden onder meer bankafschriften opgevraagd van cliënten van ABN AMRO door derden, News International c.s. De Hoge Raad oordeelde daarover:

'In het midden kan blijven of artikel 843a ook betrekking heeft op niet ondertekende geschriften, zoals bankafschriften.^[36] Ook indien aangenomen wordt dat de exhibitieplicht van artikel 843a betrekking heeft op bankafschriften en tevens dat rechtsbetrekkingen uit onrechtmatige daad gerekend kunnen worden tot de rechtsbetrekkingen, waarop artikel 843a het oog heeft, geeft het oordeel van de Rechtbank dat News International c.s. niet kunnen worden aangemerkt als partij in de rechtsbetrekking tussen de Bank en de in bijlage van de rogatoire commissie genoemde rekeninghouders, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Immers, de omstandigheid dat Clinger c.s. aanzienlijke geldbedragen van News International c.s. naar Clinger hebben doen vloeien en de omstandigheid dat er aanwijzingen zouden zijn dat een aantal van die betalingen is verricht op de rekeningen van evenvermelde rekeninghouders, brengen op zichzelf niet mee dat sprake is van een rechtsbetrekking tussen News International c.s. en de Bank. Voorts is niet gesteld dat anderszins sprake is van een rechtsbetrekking tussen News International c.s. en de Bank.'

Het enkele feit dat de wederpartij beschikt over gegevens die van belang zijn voor de eisende partij, levert dus nog geen *rechtsbetrekking* op. Tevens volgt uit dit arrest dat de gevorderde bescheiden de neerslag dienen te vormen van een *rechtsbetrekking* waarbij men partij is.³⁷ Bij bovengenoemd arrest dient ook te worden bedacht dat toewijzing van de vordering van News International c.s. een grote inbreuk zou vormen op de privacy van de betrokken rekeninghouders. In dat licht bezien valt de terughoudende opstelling van de Hoge Raad eveneens goed te begrijpen. Een ruime(re) interpretatie van het begrip *rechtsbetrekking* wordt gehanteerd door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam³⁸ die oordeelde dat als *rechtsbetrekking* niet alleen dient te worden aangemerkt een tussen P. en Ocean gesloten overeenkomst, maar tevens de rech-

³⁴ Het hoger beroep is nog aanhangig.

³⁵ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 554.

³⁶ Noot auteurs: deze zaak is aanhangig gemaakt vóór 1 januari 2002 waarbij de tekst van artikel 843a Rv is gewijzigd waardoor het hier door de Hoge Raad gesignaleerde punt thans niet langer relevant is, omdat de woorden 'onderhandse akte' en 'akte' zijn vervangen door 'bepaalde bescheiden' en 'bescheiden'.

³⁷ Van der Wiel, a.w., p. 50.

³⁸ Vzr. Rb. Rotterdam 25 november 2004, *NJF* 2005, 2.

ten en verplichtingen die als gevolg van de uit hoofde van die overeenkomst gedane betalingen zijn ontstaan tussen de betalende partij P., de uitgever van diens creditcard (i.c. Citibank) en de 'acquirer' (International Card Services), welke verplichtingen mede worden bepaald door de inhoud van de overeenkomst tussen partijen.

Anders dan Van der Wiel³⁹ zouden wij in het kader van het begrip rechtsbetrekking niet te veel conclusies willen verbinden aan de opmerkingen van de wetgever over het arrest Interforce/Rosier⁴⁰ waarin Interforce overlegging vorderde van een afschrift van de koopovereenkomst tussen Rosier en een derde. Volgens Van der Wiel meent de wetgever dat op grond van de per 1 januari 2002 gewijzigde tekst van artikel 843a Rv de rechter wel tot toewijzing van de vordering zou moeten komen. Echter, de wetgever merkt slechts op dat op grond van de aanvulling van artikel 843a Rv de wederpartij, met een beroep op haar belang om (tegen)bewijs te leveren, zal kunnen vorderen dat de koopovereenkomst in het geding kan worden gebracht, en dat de rechter op een daartoe strekkend verweer zal moeten beslissen of gewichtige redenen zich tegen overlegging verzetten en of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd zonder inzage of afschrift.⁴¹ Uit die opmerking kan onzes inziens niet worden afgeleid dat de woorden 'aangaande een rechtsbetrekking' zo moeten worden opgevat dat die zien op alle stukken die voor het bepalen van de inhoud van een rechtsbetrekking van betekenis zijn, zoals Van der Wiel meent, nu de hiervoor bedoelde opmerking van de wetgever niet ziet op het begrip 'rechtsbetrekking', maar ziet op het begrip 'gewichtige redenen' en 'behoorlijke rechtsbedeling'. Immers, de wetgever verwijst naar Interforce/Rosier in het kader van de 'thans voorgestelde aanvulling van artikel 843a Rv', te weten het vierde lid dat per 1 januari 2002 in werking is getreden en waarin de beperking is opgenomen dat inzage kan worden geweigerd vanwege gewichtige redenen of omdat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd zonder afschrift of inzage. Voor een verruiming van het begrip rechtsbetrekking is dan ook een wetswijziging noodzakelijk.⁴²

De vraag of er sprake is van een rechtsbetrekking speelt ook een rol bij de (gedwongen) overlegging van due-diligence-rapporten. Inzage in due-diligence-rapportages wordt doorgaans gevorderd in het kader van een claim die na een overname wordt ingesteld tegen de verkoper. De verkoper zal ter afwering van de vordering (voorzover mogelijk) het verweer willen voeren dat de koper op grond van het door of namens haar uitgevoerde due-diligence-onderzoek op de hoogte was of had moeten zijn met het door haar gestelde 'gebrek' en dat aldus aan de verkoper niet kan worden tegengeworpen dat de koper eerst na de overname met dit gebrek bekend is geraakt. In vrij recente uitspraken is door de betreffende kopers steeds het verweer gevoerd dat het due-diligence-rapport is opgesteld in opdracht van de koper en dat de verkoper geen partij is bij de rechtsbetrekking tussen de koper en de opsteller van het rapport. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde bij arrest van 28 september 2004 dat de rechtsbetrekking waarop het due-diligence-rapport betrekking had, primair de rechtsbetrekking tussen de koper en de verkoper betrof zoals die voortvloeide uit de intentieverklaring tussen partijen. In die intentieovereenkomst werd een boekenonderzoek overeengekomen welk onderzoek betrekking had op de over te nemen vennootschappen en de uitkomst van dat onderzoek was voor de koper van belang in verband met de voorgenomen overname; de overlegging van het rapport werd bevolen.⁴³ De Rechtbank Amsterdam gebruikte een halfjaar later in een vergelijkbare casus (vrijwel) identieke bewoordingen.⁴⁴ Een uitzondering lijkt evenwel mogelijk voorzover het due-diligence-onderzoek van adviserende aard is. In het zojuist genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch werd expliciet overwogen dat voorzover een due-diligence-rapport ook adviserende onderdelen bevat, er slechts sprake is van een rechtsbetrekking tussen de koper en de opsteller van het rapport. De koper dient in dat geval aan te kunnen tonen 'in welke mate adviserende passages in het rapport voorkomen en in hoeverre het mogelijk is om deze op controleerbare wijze onleesbaar te maken'. Ook in de zojuist genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam wordt die scheiding tussen het adviserende feitelijke deel aanvaardbaar geacht. In beide gevallen werd een dergelijke scheiding overigens niet

³⁹ Van der Wiel, a.w., p. 51.

⁴⁰ HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459, m.nt. J.B.M.Vranken.

⁴¹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 554.

⁴² Vgl. Asser/Vranken, nr. 24.

⁴³ Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2004, JOR 2005, 23 m. nt. P.J. van der Korst (Ho-Cla).

⁴⁴ Rb. Amsterdam 13 april 2005, JOR 2005, 142 (Verder Holding).

gemaakt omdat de partij tegen wie het verzoek zich richtte niet aan haar stelplicht had voldaan.

Degene die een vordering ex artikel 843a Rv instelt, dient daarbij een *rechtmatig belang* te hebben, opdat de wederpartij niet nodeloos wordt lastig gevallen.⁴⁵ Van een rechtmatig belang zal geen sprake zijn indien de gevorderde bescheiden niet relevant zijn voor een door de rechter te nemen beslissing. Alsdan bestaat immers geen processueel belang bij inzage. Dat kan wel het geval zijn indien de wederpartij een bepaald stuk dient in te zien teneinde (tegen)bewijs te kunnen leveren. In dit verband wijzen wij op een vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank te Amsterdam van 3 november 2004, JOR 2004, 326 m.nt. P.J. van der Korst waarin werd geoordeeld dat:

‘De vraag naar de omvang van de informatieplicht van Dexia als eisende partij in dit geding vergt dan ook een integrale beoordeling door de rechtbank, na een daarop toegespitst debat tussen partijen. Eerst wanneer de omvang van de informatieplicht van Dexia is vastgesteld, kan de rechtbank toekomen aan de vraag welke documenten Dexia dient over te leggen en overgaan tot toetsing per onderdeel van de opgevorderde documenten aan de vereisten en uitzonderingen van artikel 843a Rv. De conclusie moet luiden dat bij de huidige stand van het processuele debat nog niet gezegd kan worden dat de primaire vordering tot afgifte⁴⁶ van bescheiden geheel of op onderdelen op de grondslag van artikel 843a Rv toewijsbaar is.’ (r.o. 11)

en:

‘Gezien het voorgaande zijn bij de huidige stand van het processuele debat tussen partijen noch de subsidiaire vordering op grond van artikel 843a Rv noch de vorderingen op de grondslag van artikel 22 Rv toewijsbaar.’ (r.o. 13)

Terecht heeft de voorzieningenrechter de incidentele vordering afgewezen, nu zij niet in staat was vast te stellen of de opgevraagde bescheiden relevant waren voor enige door haar te nemen beslissing. In

zijn noot onder deze uitspraak noemt Van der Korst de argumentatie van de voorzieningenrechter niet overtuigend, nu de voorzieningenrechter haar oordeel laat afhangen van alle omstandigheden van het geval, terwijl ter vaststelling van die omstandigheden de gevraagde gegevens nu juist een rol kunnen spelen.⁴⁷ Hij verwijst daarbij naar een vonnis van de Rechtbank Breda waarbij een vergelijkbare vordering werd toegewezen met de overweging dat ‘niet uitgesloten is dat het rapport zelf ter zake van de in geschil zijnde feiten in verband met de verzwijging van relevante informatie nadere aanwijzingen bevat’.⁴⁸ Naar onze mening hanteert echter de Rechtbank Breda een onjuist criterium, omdat onzes inziens op voorhand moet vaststaan dat de opgevraagde bescheiden inderdaad kunnen bijdragen aan de onderbouwing van stellingen. Een andersluidende opvatting leidt immers tot fishing expeditions.

Wij zagen reeds dat, indien daarvoor gewichtige redenen bestaan, een partij niet aan de vordering ex artikel 843a lid 1 Rv hoeft te voldoen (843a lid 4 Rv). Wat de inhoud van het begrip ‘gewichtige redenen’ betreft verwijzen wij kortheidshalve naar hetgeen wij daarover hebben opgemerkt bij onze bespreking van artikel 22 Rv, nu dit begrip in artikel 843a Rv dezelfde betekenis heeft.⁴⁹ De vraag rijst of een verplichting tot geheimhouding van (bijvoorbeeld) een due-diligence-rapport (zoals dikwijls wordt overeengekomen tussen de koper en de opsteller van het rapport), kan worden aangemerkt als een gewichtige reden. In de al meer genoemde uitspraak Verder Holding⁵⁰ lijkt de rechtbank de relevantie van deze vraag (impliciet) te onderkennen door te oordelen dat ‘niet valt in te zien dat PricewaterhouseCoopers haar goedkeuring [aan inzage/afschrift, aut.] zou onthouden’. Wij menen dat een dergelijke geheimhoudingsverplichting niet steeds aan inzage/afschrift (op last van de rechter) in de weg hoeft te staan, nu in de meeste gevallen de opsteller van het rapport geen rechtens te respecteren belang zal hebben bij het strikt hanteren van deze geheimhoudingsbepaling. Bovendien kan de rechter de eiser ex artikel 29 Rv tot geheimhouding verplichten.

⁴⁵ *Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht*, p. 417.

⁴⁶ De keuze voor het woord ‘afgifte’ is ongelukkig, omdat Aegon (slechts) afschrift resp. inzage had gevorderd. Artikel 843a Rv laat ook geen ruimte voor het vorderen van ‘afgifte’ van bepaalde bescheiden.

⁴⁷ Zie zijn noot, sub 3.

⁴⁸ Rechtbank Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70, later bekrachtigd door het Hof ’s-Hertogenbosch, zie noot 42.

⁴⁹ Vgl. *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 553.

⁵⁰ Zie noot 43.

Evenmin behoeft te worden voldaan aan een vordering uit hoofde van artikel 843a Rv indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd (artikel 843a lid 4 Rv). Deze beperking kan met de beperking van een 'gewichtige reden' verweven raken en soms een onderlinge afweging vergen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat onder omstandigheden de redenen die zijn aangevoerd tegen een verplichting tot verstrekking van documenten minder zwaar wegen dan de eisen van een behoorlijke rechtsbedeling.⁵¹ De wetgever merkt op dat het er daarbij in beginsel op aankomt of een partij een onredelijk (of: 'unfair') voordeel geniet en of omgekeerd haar wederpartij eenzelfde nadeel lijdt doordat een bepaald bewijsstuk in de procedure niet (als bewijsmiddel) beschikbaar komt. De enkele interesse in een stuk is onvoldoende. Een behoorlijke rechtsbedeling zal zijn gewaarborgd indien het bewijs van de onderwerpen ook via andere weg, zoals het horen van getuigen, kan worden verkregen.⁵² Indien de getuigen in het buitenland wonen, kan dat anders zijn.⁵³ Wij kunnen ons ook voorstellen dat een behoorlijke rechtsbedeling evenmin gewaarborgd kan zijn indien de feiten waarover een getuige een verklaring moet afleggen in een ver verleden liggen en de verklaring daardoor minder betrouwbaar zal zijn.

Ten slotte wijzen wij er nog op dat voorzover een due-diligence-rapport door een advocaat (of notaris) is opgesteld, deze zich op zijn verschoningsrecht kan beroepen en aldus niet mee hoeft te werken aan de vordering ex 843a Rv.

Inzage op grond van het enquêterecht

Uit het voorgaande volgt dat het wettelijk verankerde inzagerecht van artikel 843a Rv duidelijke beperkingen kent en derhalve niet steeds de door een crediteur gewenste (hoeveelheid) informatie oplevert teneinde een aansprakelijkheidsprocedure tot een goed eind te brengen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat er geen andere mogelijkheden zijn om de gewenste informatie alsnog boven tafel te krijgen. Eén van die mogelijkheden is het entameren van een enquêterprocedure. Vooropgesteld wordt dat het verzoek tot het gelasten van een enquête niet aan eenieder toekomt, maar slechts aan (i) de Advocaat-Generaal bij het gerechtshof te Amsterdam (2:345 lid 2

BW), (ii) leden van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (2:346 lid 1 BW), (iii) aandeelhouders in een B.V. of N.V. (2:346 lid 2 BW), (iv) diegenen aan wie deze bevoegdheid krachtens statuten of overeenkomst is verleend en (v) vakorganisaties (2:347 BW); steeds voorzover deze (groepen van) personen aan de in het betreffende artikel voorgeschreven ontvankelijkheidseisen voldoen. Wij beperken ons in het navolgende tot enquêtes bij een B.V. of N.V.

De door de Ondernemingskamer (OK) benoemde onderzoekers kunnen inzage nemen in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon dan wel het bestuur of de raad van commissarissen om inlichtingen verzoeken, een en ander voorzover de onderzoekers dat in het kader van de uitoefening van hun taak noodzakelijk achten (2:351 BW). De onderzoekers komt aldus een schat aan informatie toe. Het verslag van de uitkomst van het onderzoek wordt – onder andere – aan de verzoekers toegezonden (2:353 BW). Aldus hebben verzoekers een afgeleide inzage. Afgeleid, omdat hun geen inzage toekomt in de door de onderzoekers zelf geraadpleegde bescheiden, maar in hun bevindingen. Deze informatie komt niet toe aan crediteuren die niet tevens aandeelhouder zijn.

De wetgever heeft met de doeleinden van de enquête zowel de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon op het oog gehad als de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. Van de mogelijkheid tot instelling van een enquête zou tevens een preventieve werking kunnen uitgaan, aldus de Hoge Raad in de OGEM-beschikking.⁵⁴ Bij dit oordeel dringt zich de vraag op of, nadat eenmaal de OK (en na eventueel cassatieberoep ook de Hoge Raad) de verantwoordelijkheid voor wanbeleid heeft vastgesteld, dit meebrengt dat daarmee ook de aansprakelijkheid van (bijvoorbeeld) de bestuurder vaststaat. Hoewel verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid ogenschijnlijk begrippen zijn die qua betekenis dicht bij elkaar liggen dient de hiervoor geformuleerde vraag ontkennend te worden beantwoord, gelet op de beschikking van de Hoge Raad in de Text Lite-enquête.⁵⁵ Dit oordeel vinden wij ook terug in

⁵¹ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 553.

⁵² *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 553.

⁵³ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 553.

⁵⁴ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 461 m.nt. Maeijer (OGEM).

⁵⁵ HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 m.nt. Maeijer, JOR 1997, 82 m.nt. Van den Ingh (Text Lite); Zie hierover uitgebreid G. van Solinge, Drie Nijmeegse Redes, *Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*, Kluwer, 1998, p. 48 e.v.

de Laurus-beschikking⁵⁶: 'De door de ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs.' Maar daarin wordt óók geoordeeld 'dat het oordeel van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, onder omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis kan hebben dat de rechter [mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat] voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen'. Uit de Skipper Club/Jaarsma-beschikking volgt voorts dat indien de OK in de verantwoordelijkheid voor het wanbeleid aanleiding heeft gezien om de bestuurder ex artikel 2:354 BW te veroordelen in de kosten van het onderzoek, dit nog niet betekent dat de aansprakelijkheid van de bestuurder een gegeven is.⁵⁷

Er bestaat weinig verdeeldheid over de vraag of een eenmaal gehouden enquête waarbij wanbeleid is geconstateerd een belangrijke bijdrage kan leveren aan de onderbouwing van het standpunt dat een bestuurder of commissaris (al dan niet naast de vennootschap) aansprakelijk is voor de door de eiser geleden schade. Ook een enquête waarbij de OK tot het oordeel is gekomen dat er géén sprake is van wanbeleid kan nog steeds voor een civiele aansprakelijkheidsprocedure bruikbare informatie opleveren. De normen voor aansprakelijkheid en wanbeleid zijn immers niet gelijk⁵⁸; indien de OK niet van oordeel is dat de vennootschap gehandeld heeft in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, betekent dat nog niet dat de uit het enquêterapport (wel) blijken fouten jegens een crediteur van de vennootschap geen wanprestatie kunnen opleveren of niet onrechtmatig kunnen zijn. Kortom, een enquêteprocedure kan een buitengewoon effectief middel zijn ter onderbouwing van vorderingen van

crediteuren die op grond van hun aandeelhouderschap tevens de bevoegdheid hebben tot het verzoeken van een enquête. Daarbij moet er gewaakt worden voor een denaturering van de enquêteprocedure, in die zin dat het belang van de enquête wordt ontleend aan een eventuele op de enquêteprocedure te volgen aansprakelijkheidsprocedure.⁵⁹

Het voorgaande doet de vraag rijzen of, en zo ja, wanneer, een 'crediteur-aandeelhouder' misbruik maakt van zijn (enquête)bevoegdheid ex artikel 3:13 lid 2 BW, althans onvoldoende belang bij een enquête heeft, indien deze – uitsluitend of mede – ten doel heeft het verzamelen van informatie ter voorbereiding op een aansprakelijkheidsprocedure. Deze kwestie was aan de orde in de recente beschikking van de Hoge Raad in de Unilever-zaak.⁶⁰ Het oordeel van de Hoge Raad in die zaak komt erop neer dat de OK – minstgenomen – veel vrijheid heeft om een enquête te gelasten in situaties waarin het twijfelachtig is of het (stellen van het) vennootschapsrechtelijke (onderzoeks)belang bij een enquête niet (uitsluitend) als middel wordt geheiligd om het werkelijke doel (aansprakelijkstelling van Unilever) te bereiken. In die casus waren de verzoekers (vertegenwoordigers van) houders van preferente aandelen Unilever die bezwaar maakten tegen het in maart 2004 kenbaar gemaakte voorgenomen besluit van Unilever om de preferente aandelen niet in te kopen, maar te converteren in gewone aandelen Unilever. Eerdere mededelingen gedaan door Unilever zouden bij de verzoekers de verwachting hebben gewekt dat de aandelen in 2004 wél ingekocht zouden worden. Deze conversie was financieel gezien een stuk minder aantrekkelijk dan de eerder aangekondigde inkoop. De VEB, een van de verzoekers, becijferde het nadeel voor preferente aandeelhouders eind november 2005 op € 422 miljoen.⁶¹ Voor de OK voerde Unilever het ontvankelijkheidsverweer dat er geen ruimte was voor een enquête, omdat het geschil tussen de verzoekers en Unilever in casu zuiver vermogensrechtelijk van aard was. A-G Timmerman wijst er in zijn conclusie op dat

⁵⁶ HR 8 april 2005, *JOR* 2005, 119 (Laurus), r.o. 3.8.

⁵⁷ HR 4 april 2003, *JOR* 2003/134; zie hierover ook G.H.J. van der Sangen, 'Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht?', *TvO*, 2004, p. 90. Een verzoek ex artikel 2:354 BW komt overigens uitsluitend de rechtspersoon zelf, en derhalve niet (ook) de verzoekers toe.

⁵⁸ Vgl. G. van Solinge, t.a.p. p. 62, die in dit verband wijst op Rb. Rotterdam 12 december 1996, *JOR* 1997 (*Verto*) met noot van zijn hand, waarin ten onrechte werd geoordeeld dat er geen aansprakelijkheid van commissarissen kon worden aangenomen, omdat geen wanbeleid was geconstateerd.

⁵⁹ Vgl. J.J.M. Maeijer in zijn noot onder HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 (*Text Lite*), M.G. Kuijpers 'Belangenafweging bij enquêteverzoeken', *WPNR* 04/6589, p. 679.

⁶⁰ HR 18 november 2005, *JOR* 2005, 295, m. nt. M. Brink.

⁶¹ Bron: www.veb.nl.

in de wetsgeschiedenis van het enquêterecht geen steun is te vinden voor de opvatting dat de wetgever de enquêteprocedure bedoeld heeft als een opstap naar een aansprakelijkheidprocedure, doch hij meent dat de bezwaren van een al te onbegrensde toepassing van een enquêteprocedure kunnen worden ondervangen door bij de beoordeling van het verzoek na te gaan of het onderzoek kan bijdragen aan het in acht nemen van de redelijkheid en billijkheid van 2:8 BW door degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken.⁶² Timmerman signaleert ook dat de enquêteprocedure een procedure in één feitelijke instantie betreft die met minder waarborgen is omkleed dan de gewone civiele rechtsgang en dat aldus de bestuurders en commissarissen en de wederpartij van de rechtspersoon bij een contract waarover een geschil bestaat veelal slechts als belanghebbende kunnen deelnemen aan een enquêteprocedure.⁶³ Nu de OK evenwel geoordeeld heeft dat het verzoek [weliswaar] een vermogensrechtelijk geschil betreft dat ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt, heeft de OK volgens hem voldoende inzichtelijk gemaakt waarom het verzoek betrekking heeft op de redelijkheid en billijkheid die uit artikel 2:8 BW voortvloeien.⁶⁴ De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep. Hij verwijst naar de doeleinden van de enquêteprocedure en oordeelt – wij parafaseren – dat er weliswaar geen ruimte is voor een enquêteverzoek indien het gaat om een geschil van zuiver vermogensrechtelijke aard waarbij de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden, maar dat de OK dat ook niet heeft miskend door te oordelen dat het vermogensrechtelijke conflict ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat het bezwaar dat het om een zuiver vermogensrechtelijk geschil gaat dat niet bij de OK thuishoort, niet in het algemeen noopt tot het stellen van bijzondere motiveringseisen aan het oordeel van de OK.⁶⁵

Deze beschikking heeft betekenis voor het in deze bijdrage besproken onderwerp. Wordt hiermee de deur niet nog verder opengezet voor crediteuren van een

vennootschap die bevoegd zijn om een enquête te verzoeken en die er slechts op uit zijn om bewijs te verzamelen ter onderbouwing van hun vordering? Nog verder, omdat in de Text Lite-beschikking door de Hoge Raad werd gesanctioneerd dat de OK op verzoek van de verzoekers de periode van onderzoek had gekoppeld aan (lees: in de tijd beperkt tot) de periode die ex art. 2:138 BW relevant is voor aansprakelijkstelling.⁶⁶ Meer recentelijk stak de VEB bij enquêteverzoeken met betrekking tot Ahold en KPNQwest niet onder stoelen of banken dat het haar (mede) te doen was om aansprakelijkstelling.⁶⁷ In zijn noot onder de Unilever-zaak schrijft Brink dat er weinig tot geen situaties denkbaar zijn waarin een geschil van zuiver vermogensrechtelijke aard niet (ook) de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt. Raakt een geschil over het terecht of onterecht onbetaald laten van een vordering niet per definitie de organen van de vennootschap? Dat standpunt lijkt ons juist. Betreft men daarbij het eerder door de voorzitter van de OK betrokken standpunt dat het nut van de enquête ook buiten het enquêterecht moet worden gezocht⁶⁸, waarmee onzes inziens in ieder geval bedoeld is: in het aansprakelijkheidsrecht, en dat niet goed valt in te zien waarom de enquête niet onbegrensde doeleinden zou kunnen dienen, dan ligt het in de lijn der verwachting dat (nog) meer enquêtes van zuiver vermogensrechtelijke aard zich zullen aandienen. Overigens moet gezegd dat de OK wel uitdrukkelijk de grens trekt bij een enquêteverzoek dat wordt gedaan terwijl reeds een procedure aanhangig is gemaakt strekkende tot het verkrijgen van schadevergoeding bij de gewone rechter.⁶⁹

Het toewijzen van een enquêteverzoek in een situatie waarbij het de crediteur/aandeelhouder die om een enquête kan verzoeken (uitsluitend) is te doen om het verzamelen van bewijsmateriaal voor een civiele aansprakelijkheidsprocedure leidt in tweerlei opzicht tot een ongerechtvaardigd bewijsvoordeel voor de verzoeker. In de eerste plaats komt de vennootschap, diens bestuurders en/of commissarissen, die lijdend voorwerp zullen zijn in de op de enquêteprocedure volgende civiele (aansprakelijkheids)procedure, geen enquêtebevoegdheid toe ten

⁶² Alinea 4.14 en 4.15 van zijn conclusie.

⁶³ Alinea 4.16 van zijn conclusie, onder verwijzing naar M.W. Josephus Jitta, *Het Enquêterecht, hoe verder?* in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2001-2002, p.104.

⁶⁴ Alinea 5.8 van zijn conclusie.

⁶⁵ R.o. 4.3 en 4.4.1 en 4.4.3.

⁶⁶ G. van Solinge, t.a.p. p. 61.

⁶⁷ Bron: www.veb.net.

⁶⁸ J.H.M. Willems, 'De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd', in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, 2000, p. 37.

⁶⁹ OK 30 december 1999, *JOR* 2000, 97 (*GST Vastgoed*); de OK oordeelde dat er onvoldoende belang was bij de enquête.

aanzien van hun processuele wederpartij.⁷⁰ In de tweede plaats komt de verzoeker informatie toe die andere crediteuren, die niet om een enquête kunnen verzoeken, niet toekomt. Dit onderscheid in bewijspositie wordt niet gelegitimeerd door het loutere aandeelhouderschap van de betreffende crediteur. Daaraan doet wat ons betreft niet af dat in een enquêteprocedure geen aansprakelijkheid voor het gevoerde beleid wordt vastgesteld. Waar het om gaat is dat met het rapport van de enquêteurs en het oordeel van de OK het pad wordt geplaveid voor een aansprakelijkheidsprocedure. Misbruik van het enquêterecht ligt dan op de loer. Net als bij de hierna te beschrijven problematiek omtrent het verlenen van inzage op grond van de Wbp zijn wij van mening dat een rechter terughoudend moet omgaan met het gelasten van een enquête in die gevallen waarin duidelijk is dat de verzoeker de enquête niet zozeer verzoekt om zijn belangen als aandeelhouder gewaarborgd te zien maar veeleer om zijn belangen als crediteur te dienen. De Unilever-beschikking draagt er evenwel aan bij dat het steeds lastiger wordt voor een verweerder om te betogen dat het enquêteverzoek uitsluitend ten doel heeft de verweerder of diens bestuurders of commissarissen (in een volgende civiele procedure) aansprakelijk te kunnen stellen.

Inzage op grond van de Wbp

In de praktijk trachten particulieren steeds vaker met een beroep op artikel 35 Wbp hun bewijspositie te versterken in een civiele procedure die zij hebben aangespannen of zullen aanspannen tegen een onderneming waarvan zij vinden dat deze jegens hen tekort is geschoten.⁷¹ Op grond van artikel 35 Wbp heeft een betrokkene recht op een volledig overzicht, in begrijpelijke vorm, van zijn persoonsgegevens, een omschrijving van het doel of de doeleinden van de verwerking, de categorieën van gegevens waarop de verwerking betrekking heeft en de ontvangers of categorieën van ontvangers, alsmede de beschikbare informatie over de herkomst van de gegevens. Procedures gebaseerd op artikel 35 Wbp hebben op grote schaal plaatsgevonden en zijn schering en inslag in de aandelenlease-problematiek rond Dexia Bank Nederland. Met de gegevens die niet in het overzicht wor-

den opgenomen trachten beleggers de door hen ingenomen of in te nemen stellingen van een onderbouwing te voorzien.⁷² Zo komt het voor dat beleggers, anticiperend op een bewijsopdracht, een inzageverzoek indienen⁷³ of, naast het instellen van een vordering ex artikel 843a Rv tot het verkrijgen van bepaalde bescheiden, zekerheidshalve ook een inzageverzoek op de voet van artikel 35 Wbp indienen waarmee dezelfde gegevens worden verzocht als op grond van de vordering uit hoofde van artikel 843a Rv.⁷⁴ Daarmee wordt de regeling van artikel 843a Rv doorkruist. Artikel 35 Wbp en artikel 843a Rv kennen ieder een eigen regeling die op belangrijke punten van elkaar verschillen. Degene die een beroep doet op artikel 843a Rv zal aan de al eerder besproken voorwaarden (bepaalde bescheiden, partij zijn bij een rechtsbetrekking, rechtmatig belang) moeten voldoen alvorens zijn vordering voor toewijzing in aanmerking komt. In vergelijking met artikel 843a Rv is artikel 35 Wbp een relatief laagdrempelige regeling voor het verkrijgen van inzicht in persoonsgegevens. Zo hoeft een partij op grond van artikel 35 Wbp geen (rechtmatig) belang bij zijn verzoek te stellen en bewijzen. Een verzoek ex artikel 35 Wbp behoeft ook niet te worden gespecificeerd tot bepaalde bescheiden. Daarnaast dienen artikel 35 Wbp en artikel 843a Rv een verschillend doel. Artikel 35 Wbp dient ertoe de betrokkene in staat te stellen de onrechtmatige verwerking van zijn persoonsgegevens in rechte aan te vechten,⁷⁵ terwijl artikel 843a Rv is bedoeld om een procespartij in staat te stellen een processtuk over te leggen waarvan zij de inhoud kent, maar dat zij niet in haar bezit heeft. Naar onze mening dient een vordering ex artikel 35 Wbp te worden afgewezen indien daarmee slechts wordt beoogd de processuele positie van de betrokkene te versterken. Artikel 35 Wbp is immers niet geschreven om de bewijsnood van een partij in een civiele procedure te lenigen, maar is bedoeld om de rechtmatigheid van een verwerking van persoonsgegevens te controleren. Een partij die heeft gepoogd op grond van 843a Rv inzage te verkrijgen en nul op het rekest heeft gekregen, zou dan ook niet alsnog inzage mogen krijgen in diezelfde stukken op grond van artikel 35 Wbp. Een andersluidende opvatting

⁷⁰ B. Winters en J. Vossenbergh, 'Vissen in het enquêterecht', *V&O* 4-2005, p. 65.

⁷¹ Zie daarover uitgebreid: W.A.K. Rank en A.J. Haasjes, 'Misbruik van de Wet bescherming persoonsgegevens in civiele procedures tegen financiële instellingen', *TvFR* 2005 (12), p. 370-379.

⁷² Zie A.J.E. van den Bergen, 'De Wet bescherming persoonsgegevens in de financiële procespraktijk', *TvFR* 2005 (10), p. 296-306, die de mogelijkheden voor beleggers bespreekt om op grond van artikel 35 Wbp hun bewijsrechtelijke positie te versterken.

⁷³ Zie bijvoorbeeld de casus die heeft geleid tot de beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 10 november 2005, *LJN*: AU6428, www.rechtspraak.nl.

⁷⁴ Zie als voorbeeld Rechtbank Rotterdam 7 oktober 2005, zaak/rekestnr. 236798/HA-RK 05-98 (niet gepubliceerd).

⁷⁵ Kamerstukken II, 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 157.

past onzes inziens niet in het voor civiele procedures in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorgeschreven, betrekkelijk fijnmazig systeem van stelplicht, bewijslastverdeling en exhibitieplicht dat in de jurisprudentie nader is uitgewerkt; daarmee verdraagt zich niet een verzoek bij toewijzing waarvan deze systematiek in het burgerlijk proces zonder goede grond wordt doorkruist.⁷⁶ Een – in de kern – vergelijkbare redenering werd vorig jaar nog door de Hoge Raad gehanteerd in de al meergenoemde Jomedzaken.⁷⁷ Daarin oordeelde hij dat gelet op het stelsel van de Faillissementswet geen plaats is voor vordering tot inzage op grond van artikel 3:15j BW naast de mogelijkheden die een schuldeiser heeft op grond van artikel 69 Fw. (NJ-) annotator Van Schilfgaarde noemt het beroep dat de Hoge Raad doet op het stelsel van de Faillissementswet overtuigend. Het zou volgens hem vreemd zijn indien op basis van de Faillissementswet een verzoek van een schuldeiser tot het verschaffen van informatie moet worden afgewezen, maar materieel datzelfde verzoek op grond van een andere regeling of op grond van het ongeschreven recht voor toewijzing vatbaar zou zijn (zie zijn noot sub 3). Bij een dergelijke redenering zou het eveneens vreemd zijn indien een betrokkene wiens verzoek op grond van artikel 843a Rv is afgewezen, wel inzage zou kunnen verkrijgen op grond van artikel 35 Wbp.

Een verzoek om inzage in persoonsgegevens ter verkrijging van gegevens in verband met een aanhangige of nog aan te spannen procedure kwalificeert bovendien als misbruik van recht.⁷⁸ Het inzagerecht wordt dan immers gebruikt voor een ander doel dan waarvoor dat is gegeven (vgl. art 3:13 lid 2 BW). Ook in dat geval hoeft geen gehoor te worden gegeven aan het verzoek om inzage. Daarover overweegt het Gerechtshof Amsterdam in een beschikking van 10 november 2005⁷⁹:

‘Het enkele feit dat het belang van de betrokkene op kennisneming van zijn gegevens wordt verondersteld en, bijgevolg, dat de betrokkene bij zijn verzoek geen opgaaf hoeft te doen van de reden daarvoor impliceert – anders dan het CBP kenmerk meent – niet dat het doel waarmee inzage wordt gevraagd (in het geheel) niet relevant is. In de wetsgeschiedenis van de Wbp zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de gedachte dat de

onderhavige bevoegdheid niet zou kunnen worden misbruikt. Het recht van de betrokkene op inzage wordt weliswaar verondersteld (daarom hoeft ook geen reden voor het verzoek te worden opgegeven), maar deze veronderstelling zal hebben te wijken voor (door de verantwoordelijke te stellen en zo nodig te bewijzen) feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de onderhavige bevoegdheid wordt misbruikt in de zin van artikel 3:13 BW. De onderhavige bevoegdheid kan dus worden misbruikt.

Indien sprake is van feiten en omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat het inzageverzoek ex artikel 35 Wbp is gedaan met het oog op het verbeteren van de bewijspositie past een terughoudende opstelling van de rechter. Van dergelijke feiten en omstandigheden zal sprake zijn indien betrokkene en verantwoordelijke zijn verwickeld in een geschil en de gegevens die de betrokkene opvraagt relevant zijn voor de door hem ingenomen stellingen. Door een inzageverzoek in een dergelijke situatie toe te wijzen, wordt de bewijspositie van de betrokkene op oneigenlijke – en ontoelaatbare – wijze verbeterd.

Conclusie

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat verschillende bepalingen op grond waarvan partijen informatie kunnen vergaren. De wetgever heeft daarbij als uitgangspunt genomen dat er geen algemene exhibitieplicht bestaat en dat (aldus) ‘fishing expeditions’ niet zijn toegestaan omdat daarin een vereenvoudigde, niet-gerechtigde, bewijspositie besloten ligt. De wens om fishing expeditions tegen te gaan vindt men terug in de beperkingen die aan de in deze bijdrage besproken artikelen zijn verbonden. Deze beperkingen leiden er (steeds vaker) toe dat een partij via andere procedures alsnog tracht die informatie te vergaren, die zij met een beroep op de betreffende bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet kan verkrijgen. Zo ziet men dat aandelenlease-beleggers op voet van artikel 35 Wbp proberen hun bewijspositie te versterken en dat crediteuren van een vennootschap die (tevens) voldoen aan de eisen van artikel 2:346 BW voorts de toevlucht zoeken tot het enquêterecht om de bewijsnood in het kader van een (voorgenomen) aansprakelijkheidsprocedure te lenigen. Wij achten deze ontwikkelingen ongewenst en ontoelaatbaar indien daarmee aan het eigenlijke doel van de betreffende

⁷⁶ Vgl. Rechtbank Arnhem 16 februari 2005, JOR 2005, 124.

⁷⁷ Zie noot 27.

⁷⁸ Zie over misbruik van artikel 35 Wbp: Rank en Haasjes, a.w., p. 375-377.

⁷⁹ Gerechtshof Amsterdam 10 november 2005, JOR 2006, 14.

bepalingen of procedures voorbij wordt gegaan. Wij realiseren ons evenwel dat het in veel gevallen niet eenvoudig zal zijn om vast te stellen dat de betreffende procedure (uitsluitend) om bewijsrechtelijke redenen wordt gevoerd en dat het doel van deze procedure geen of een (zeer) ondergeschikte rol speelt. Niettemin zijn wij van mening dat een rechter zich terughoudender dient op te stellen naarmate duide-

lijker wordt dat een beroep op (bijvoorbeeld) de Wbp of het enquêterecht er hoofdzakelijk toe strekt informatie te verzamelen ten behoeve van een nog te entameren aansprakelijkheidsprocedure.

Mrs. W.P. Wijers en A.J. Haasjes zijn advocaat te Amsterdam.