
Exhibitieplicht bij overnamegeschillen

Inleiding

Onder omstandigheden kan een koper worden gedwongen om vertrouwelijke gegevens met betrekking tot een overname te overleggen. In het kader van een overnamegeschil zal het veelal gaan om aan de koper gerichte due diligence rapporten, maar ook bijvoorbeeld om vragenlijsten en interne correspondentie ten aanzien van de onderhandelingen. Een vordering tot het overleggen van rapporten en correspondentie ten aanzien van een mogelijke overname zullen niet zelden incidenteel zijn in reactie op een vordering van koper tot schadevergoeding onder de garanties in een koopovereenkomst, of vernietiging van deze overeenkomst wegens een wilsgebrek.

De rechtbank te Utrecht heeft onlangs een buitengewoon lezenswaardig vonnis gewezen, waarin de verschillende elementen van deze exhibitieplicht nader worden beschouwd.¹ Het vonnis bevestigt de uit eerdere lagere jurisprudentie blijvende trend om veelal tegemoet te komen aan een vordering tot verplichte overlegging van due diligence rapporten. De rechtbank gaat bovendien in op de reikwijdte van de exhibitieplicht en neemt ondubbelzinnig stelling ten aanzien van de verschillende vereisten van artikel 843a Rv.

Aan de hand van dit vonnis worden in deze bijdrage de elementen van de exhibitieplicht behandeld. Afgesloten wordt met enkele gevolgtrekkingen voor de praktijk.

Wettelijk kader

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.’ (cursivering door auteur)

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het in dit kader niet om een algemene exhibitieplicht gaat. De wetgever heeft zogenoemde *fishing expeditions* willen voorkomen door te stellen dat het dient te gaan om ‘bepaalde’ bescheiden, voor welke overlegging eiser een rechtmatig belang heeft.²

Daar waar het object van de exhibitieplicht in het vroegere artikel 843a Rv alleen zag op onderhandse akten, geldt sinds 1 januari 2002 de exhibitieplicht ook voor bescheiden. De wetgever onderschrijft daarmee ‘de wenselijkheid van een verruiming’.³ Met bescheiden worden thans niet enkel schriftelijke bescheiden bedoeld, maar alle ‘op een

1. Rb. Utrecht 12 september 2007, JOR 2007, 265.

2. Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 188.

3. Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 188.

gegevensdrager aangebrachte gegevens⁷, zoals films, geluidsbanden en computerbestanden.

Naast de noodzaak van een rechtmatig belang bij eiser en de specificatie van de bescheiden die eiser wenst in te zien, is tevens vereist dat de bescheiden zien op een rechtsbetrekking waarbij eiser partij is. Ten slotte dient de verweerder ook daadwerkelijk die bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting te hebben. Bescheiden kunnen tevens worden gevorderd van degene die het recht heeft om deze bescheiden van een derde te verkrijgen. In het te bespreken vonnis was het due diligence rapport aan de moedermaatschappij gericht. Echter, de dochtermaatschappij, die in rechte was betrokken, had jegens haar moedermaatschappij (contractueel) recht op afgifte, en van deze eerste konden dan ook de bescheiden worden gevorderd.

Uit artikel 843a lid 4 Rv blijken twee beperkingen. Een gewichtige reden kan in de weg staan aan een plicht tot overlegging. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het hier kan gaan om een onredelijk voordeel dat eiser bij overlegging zou genieten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de gevorderde bescheiden concurrentiegevoelige informatie bevatten. Ook doelt de wetgever op het onder omstandigheden te beschermen belang van een partij om vertrouwelijke informatie uit de openbaarheid te houden.⁴ De tweede beperking bestaat hieruit dat de 843a Rv-vordering wordt afgewezen indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Nu zal ik de casus Quigley/OPG behandelen.

Quigley/OPG – feitencomplex

OPG Groothandel Groep B.V. (hierna: OPG) heeft omstreeks 2002 het aandelenbelang van Quigley Holding B.V. (hierna: Quigley) in MMG overgenomen. Uit het vonnis, dat slechts summierlijk inzicht geeft in de procedure in hoofdzaak, maak ik op dat OPG onder de garanties van de koopovereenkomst heeft gevorderd en tevens een (voorwaardelijk) beroep heeft gedaan op vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling.

Partijen verschillen daarop van mening of een bepaling in de koopovereenkomst gezien moest worden als een garantie (standpunt OPG) of als een mogelijkheid om de uitkomsten van het due diligence onderzoek nog in de koopprijs tot uiting te laten komen (standpunt Quigley).

Quigley eist bij wijze van incidentele vordering overlegging van niet enkel de due diligence rapporten, maar tevens verschillende bescheiden die betrekking hebben op de due diligence en de overname, zoals vragenlijsten, correspondentie met de doelvennootschap en correspondentie over de onderhandelingen.

4. Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 54.

Rechtmatig belang

OPG stelt onder andere dat Quigley geen rechtmatig belang heeft bij overlegging van de bescheiden, omdat deze niet van (doorslaggevende) betekenis zijn bij de beslissing in rechte.

De rechtbank gaat daar niet in mee en wijst er op dat artikel 843a Rv niet enkel ziet op verstrekking in het kader van een procedure, maar tevens op overlegging buiten rechte. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis stelt de rechtbank voorts dat het rechtmatig belang slechts zodanig (beperkt) dient te worden uitgelegd om *fishing expeditions* te voorkomen.

Ik vraag mij af of de wetgever deze uitleg voorstond. Uit de genoemde wetsgeschiedenis blijkt enkel dat door de voorwaarden die artikel 843a Rv stelt voor een geslaagde vordering, *fishing expeditions* kunnen worden voorkomen. Deze voorkoming is noch een doel op zich, noch een omheining van de reikwijdte van de exhibitieplicht. De Rechtbank gaat, mijns inziens, onterecht uit van een omgekeerde redenering. Haar redenering komt er immers op neer dat als geen rechtmatig belang aanwezig is bij *fishing expeditions*, een dergelijk belang per definitie wel aanwezig is indien daar geen sprake van zou zijn.

Het eerste argument van de rechtbank is echter overtuigender. Aangezien artikel 843a Rv ziet op verstrekking van bescheiden zowel binnen als buiten rechte, dient het vereiste van het rechtmatig belang marginaal te worden getoetst. De rechter kan in dezen niet te zeer vooruitlopen op enig mogelijk eindvonnis, temeer daar waar nog geen procedure aanhangig is gemaakt.⁵ Een parallel valt in dezen te trekken met het voorlopig getuigenverhoor, welk verzoek daartoe in beginsel wordt gehonoreerd.

Op grond van deze gezichtspunten stelt de rechtbank dat een rechtmatig belang aanwezig geacht moet worden indien de gevraagde bescheiden relevant zijn voor de verzoevende partij om haar rechtspositie te bepalen. Hieraan is onder meer voldaan, zo stelt de rechtbank, indien de bescheiden van belang zijn voor het onderbouwen van een niet op voorhand kansloze vordering of kansloos verweer.

Daarmee is een rechtmatig belang dan ook reeds aanwezig indien de eiser een bewijsbelang heeft.

Een dergelijke uitleg stemt overeen met hetgeen Van der Wiel eerder heeft gesteld⁶ en men in lagere jurisprudentie terugvindt.⁷

5. Zo ook: Hof Arnhem 13 februari 2007, JOR 2007, 136.

6. B.T.M. van der Wiel, De exhibitieplicht (te) terughoudend opgevat, NbBW 2004, p. 59 en M.M. van den Broek, Gedwongen overlegging due diligence rapport, V&O 2004, p. 123.

7. Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70 en Hof Den Bosch 28 september 2004, JOR 2005, 23; Rb. Amsterdam 3 november 2004, JOR 2004, 326, in welk laatste geval nog niet kon worden vastgesteld of de verzochte bescheiden wel van belang waren voor de te nemen beslissingen.

Rechtsbetrekking

Volgens artikel 843a Rv kunnen slechts bescheiden ter verstreking worden gevorderd 'aangaande een rechtsbetrekking waarin eiser partij is'.

OPG verweert zich met de stelling dat bescheiden alleen gevorderd kunnen worden indien deze een neerslag zijn van de rechtsbetrekking tussen partijen. Aangezien de gevorderde due diligence rapporten niet volgen uit een rechtsbetrekking tussen Quigley en PWC – van een contractuele relatie was immers geen sprake – kan de incidentele vordering niet slagen, zo meent OPG.

De rechtbank overweegt echter dat uit de tekst van artikel 843a Rv reeds blijkt dat de bescheiden enkel *betrekking* dienen te hebben op een rechtsbetrekking waar eiser, en niet noodzakelijkerwijs ook verweerder, partij bij is.

Bovendien valt onder het begrip rechtsbetrekking tevens de rechtsbetrekking onder onrechtmatige daad. Niet valt in te zien, zo stelt de rechtbank, op welke wijze bescheiden een neerslag kunnen zijn van een onrechtmatige daad. De rechtbank kiest dan ook voor een ruime uitleg van het begrip 'aangaande een rechtsbetrekking'.

De Hoge Raad oordeelde in 2000 anders. Bij een vordering van News International c.s. jegens ABN AMRO tot overlegging van bankafschriften om te verifiëren of een derde, Clinger (c.s.), daadwerkelijk betalingen had ontvangen van de rekeninghouders, oordeelde de Hoge Raad dat News International c.s. geen partij is in de rechtsbetrekking tussen ABN AMRO en de rekeninghouders.⁸ De vordering was dan ook terecht afgewezen. Wijers en Haasjes merken in dit kader op dat uit dit arrest volgt dat de bescheiden de *neerslag* moeten zijn van de rechtsbetrekking waar men partij bij is.⁹ Voor een verruiming van dat begrip zou een wetswijziging nodig zijn.

Deze laatste lijn doortrekkend zou van een verplichte verstreking van due diligence rapporten welhaast nooit sprake zijn. Immers, eiser zal geen partij zijn bij de overeenkomst van opdracht tussen verweerder (koper) en zijn adviseurs. Er zal dan ook geen rechtsbetrekking zijn aan te wijzen waarbij eiser (verkoper) partij is en waarvan het due diligence rapport de neerslag vormt.

Zowel literatuur¹⁰ als lagere jurisprudentie¹¹ volgt de Hoge Raad in deze zin niet en staat een ruimere uitleg van het

begrip rechtsbetrekking voor. De rechtbank merkt in dit kader op dat het arrest werd gewezen onder oud recht en de exhibitieplicht beperkt was tot onderhandse akten. Daarnaast voeg ik nog toe dat bovengenoemd arrest bescheiden betrof van partijen (de rekeninghouders) die in het geheel niet betrokken waren bij enig geschil met eiser of verweerder in hoofdzaak en waarvan de privacy tevens zwaar woog. Dit is een geheel andere situatie dan die waarin verweerder in het 843a Rv-incident gelijk is aan de eiser in hoofdzaak.

Bepaalde bescheiden

OPG stelt zich op het standpunt dat de bijzondere exhibitieplicht van artikel 843a Rv met zich meebrengt dat de verzoekende partij niet alleen de bescheiden kan specificeren, maar tevens met de inhoud daarvan bekend is.

De rechtbank gaat daar niet in mee. Zij stelt dat eerdere uittalingen van de minister met die strekking golden voor artikel 843a Rv (oud) en de wetgever thans juist een verruiming van de exhibitieplicht voorstaat. Bovendien laat de huidige jurisprudentie zien dat een ruimere uitleg wordt gehanteerd.

De rechtbank koppelt, net als het element van het rechtmatig belang, de bepaalbaarheid van de bescheiden aan het voorkomen van *fishing expeditions*. In dat kader is het voldoende als de bescheiden in voldoende mate vaststaan en – afhankelijk van de concrete omstandigheden – voldoende concreet worden aangeduid. Niet noodzakelijk is dat ten aanzien van elk gevraagd bescheid de datum, afzender en geadresseerde worden aangegeven.

Het is van belang op te merken dat de toets van artikel 843a Rv dient te worden toegepast op elk gevraagd bescheid. De rechtbank gaat dan ook in detail in op elk gevraagd bescheid. In tegenstelling tot eerdere vergelijkbare zaken, waarin enkel het due diligence rapport zelf ter verstreking wordt gevorderd, verzoekt Quigley in casu tevens de bescheiden die zijn gebruikt bij de vervaardiging van de rapporten, correspondentie die ten aanzien daarvan is uitgevoerd, alsmede correspondentie betreffende de onderhandelingen over de overname van MMG. Met de uitbreiding van de exhibitieplicht van onderhandse akten naar 'bescheiden' is deze mogelijkheid ook nadrukkelijker aanwezig dan voorheen. De rechtbank honoreert het verzoek van Quigley in dezen grotendeels, aangezien bepaalde correspondentie relevant is voor de uitleg van de koopovereenkomst. Daarmee is het rechtmatig belang gegeven. Ten aanzien van de bepaalbaarheid van de verzochte correspondentie acht de rechtbank het voldoende dat is aangegeven tussen wie de correspondentie is gevoerd, en dat de correspondentie enkel behoefde te zien op de onderhandelingen over de overname. Quigley vorderde in deze zaak tevens overlegging van correspondentie tussen twee personen in de periode tussen 2003 en 2005. De rechtbank kwam slechts gedeeltelijk aan deze eis tegemoet door enkel de correspondentie ter overlegging aan te bieden voor zover deze gronden kon op-

8. HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259.

9. W.P. Wijers & A.J. Haasjes, *Exhibitie in het (ondernemings)recht*, O&F 2006, p. 54.

10. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *Opening van zaken*, TCR 2002, p. 12; J.M. Barendrecht & W.A.J.P. van den Reek, *Exhibitieplicht en bewijsbeslag*, WPNR 6155 (1994) p. 739; Van den Broek, *V&O* 2004, p. 123.

11. Rb. Amsterdam 24 januari 2007, JOR 2007, 108; Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70.

leveren voor het (niet bij voorbaat kansloze) verweer van Quigley.

De specificatie van de verzochte correspondentie is overigens marginaal te noemen. Van der Korst stelt in zijn noot bij dit vonnis dat aan de specificatie niet al te hoge eisen kunnen worden gesteld, omdat deze enkel aan de 'informatie-bezittende partij' bekend zijn. Te stringente eisen aan de bepaalbaarheid kunnen daarmee de toepasbaarheid van artikel 843a Rv ondergraven. De beoordeling in rechte van algemeen geformuleerde verzoeken tot overlegging van bescheiden is echter enigszins een tombola. Zo oordeelde het Hof Arnhem op 13 februari 2007 nog dat de verzochte notulen van de vergaderingen van de raad van bestuur en raad van commissarissen van Baan in de jaren 1997, 1998 en 2001, voor zover die notulen betrekking hadden op bepaalde transacties, onvoldoende concreet waren.¹² Een substantieel verschil met de verzochte correspondentie in het besproken vonnis van de Rechtbank Utrecht is niet aan te geven. Van der Korst benoemt in zijn eerdergenoemde noot eenzelfde wisselvalligheid: verzoeken als 'volledig overzicht van verrichte betalingen' en 'gewisselde correspondentie en portefeuille-overzichten' konden wel door de rechters beugel, terwijl verzoeken voor overleggen van 'het volledige cliëntendossier' of 'correspondentie en gespreksverslagen' de bepaalbaarheidseis niet haalden.

Tot slot

Verkrijging van due diligence rapporten van de koper, alsmede gegevens over overnameonderhandelingen, kan voor een verkopende partij een doorslaggevend verweer opleveren tegen een kopers beroep op een garantie of wilsgebrek. Het vonnis van de Rechtbank Utrecht geeft nogmaals aan dat een beroep op de bijzondere exhibitieplicht van artikel 843a Rv een goede kans van slagen kan hebben. De eisen van het rechtmatig belang, de bepaalbaarheid van de verzochte bescheiden en de vereiste rechtsbetrekking worden ruim uitgelegd. Daarmee komt de Rechtbank Utrecht tegemoet aan de wens van de wetgever om te komen tot een verruiming van de exhibitieplicht. Het vonnis van de Rechtbank Utrecht vormt overigens geen uitzondering op overige rechtspraak in dezen. De algemene beschouwingen van het vonnis zijn echter toepasbaar op elke 843a Rv-vordering en geven partijen bijzonder nuttige gezichtspunten bij de hantering van de verschillende elementen. De door de wetgever beoogde verruiming van de exhibitieplicht komt in het vonnis duidelijk naar voren: niet enkel due diligence rapporten, maar tevens gegevens ter vervaardiging daarvan en correspondentie over de overnameonderhandelingen vallen onder het bereik van artikel 843a Rv.

Als verwerende partij kan men echter een overlegging voorkomen door een beroep te doen op de eerdergenoemde beperkingen op de exhibitieplicht. Zo kan worden gesteld

dat door middel van een (voorlopig) getuigenverhoor de verzochte informatie eveneens boven water kan komen en zodoende de rechtsbedeling ook op een andere wijze dan door verschaffing van de gegevens is gewaarborgd (art. 843a lid 4 Rv). Zowel in onderhavig vonnis als in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van januari 2007 wordt overwogen dat een getuigenverhoor tijdrovend en kostbaar is, en gezien het tijdsverloop geen goed alternatief is.¹³ Overlegging van de due diligence rapporten werd in beide zaken bevolen.

De verwerende partij zal veelal tevens een beroep doen op het bestaan van een contractuele geheimhoudingsplicht jegens de adviseurs, die een gewichtige reden zou vormen tegen overlegging van het due diligence rapport (art. 843a lid 4 Rv). Zowel uit onderhavig vonnis als uit eerdere rechtspraak¹⁴ blijkt dat een dergelijk verweer weinig kans van slagen heeft, aangezien niet wordt ingezien welk te respecteren belang de adviseur heeft bij het weigeren van zijn toestemming. Wijers en Haasjes merken daarbij nog op dat de rechter de verzoekende partij op grond van artikel 29 Rv tot geheimhouding kan verplichten, waardoor het belang van de adviseurs nog minder aanwezig is.¹⁵

Een grotere kans van slagen heeft het verweer dat de due diligence rapporten adviserend van aard zijn. Zij komen in dat geval niet voor overlegging in aanmerking, aangezien dergelijke onderdelen geen betrekking hebben op een rechtsbetrekking waar eiser partij bij is. Deze rechtsbetrekking vloeit immers voort uit de koopovereenkomst waarin is overeengekomen om bepaalde feiten en omstandigheden te onderzoeken. De gevolgtrekking die de adviseurs daaruit ontlenuen, maken daar geen deel van uit. Een succesvol beroep faalt echter meestal, omdat de verzochte rapporten geen duidelijk onderscheid maken tussen advies en feiten, hetgeen voor rekening komt van verweerder.¹⁶ Om dit te voorkomen is het raadzaam om due diligence rapporten onder te verdelen in een feitelijk onderdeel en een adviserend onderdeel. Daarbij dient het praktisch belang niet te worden overschat: bij een beroep op een garantie of dwaling zal met name het feitelijk onderdeel van het due diligence rapport van belang zijn bij de bepaling in hoeverre koper op de hoogte was van de non-conformiteit, of daadwerkelijk een verkeerde voorstelling van zaken had.

In alle hiervoor genoemde rechtspraak betrof het overlegging van financiële due diligence rapporten. De vraag rijst of bovenstaande onverkort geldt voor juridische due diligence rapporten. Advocaten, maar ook notarissen en belastingambtenaren, komt immers een verschoningsrecht toe

12. Hof Arnhem 13 februari 2007, JOR 2007, 136.

13. Rb. Amsterdam 24 januari 2007, JOR 2007, 108.

14. Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70.

15. Wijers & Haasjes, 2006, p. 56.

16. Zie o.a.: Rb. Amsterdam 13 april 2005, JOR 2005, 142; Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70 en Hof Den Bosch 28 september 2004, JOR 2005, 23.

(art. 843a lid 3 Rv jo. art. 162 lid 2 Rv). Een dergelijk verschoningsrecht geldt niet voor (register)accountants en belastingadviseurs. In hoeverre cliënten ook een (afgeleid) beroep kunnen doen op dit verschoningsrecht, is echter zeer de vraag. Middelkoop gaf eerder in V&O aan dat de Hoge Raad in een fiscale aangelegenheid heeft uitgemaakt dat cliënten niet gedwongen kunnen worden tot overlegging van due diligence rapporten, voor zover deze ten doel hebben de fiscale positie van de cliënt te belichten of hem daarover te adviseren.¹⁷ Dit gold tevens voor feitelijke onderdelen voor zover deze met het doel van advisering zijn opgesteld. Overige onderdelen dienden wel te worden verstrekt, waartoe enige opschoning of splitsing nodig kan zijn. Zoals Middelkoop terecht aangeeft, is de relatie tussen de fiscus en een privaat persoon een andere dan tussen twee personen (*in civilibus*). Zo geldt het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur van 'fair play' niet in de onderlinge relatie tussen personen, en is het arrest gewezen op grond van artikel 47 AWR in plaats van artikel 843a Rv. Onverkorte toepassing van het afgeleid verschoningsrecht voor cliënten die zich geconfronteerd zien met een 843a Rv-vordering, ligt dan ook niet voor de hand. Voorts zou het effect, gezien de huidige jurisprudentie, wellicht beperkt zijn, aangezien reeds algemeen wordt aangenomen dat adviserende onderdelen van due diligence rapporten niet voor overlegging in aanmerking komen. In dat kader is het echter raadzaam de rapportage op te splitsen in twee onderdelen: het een feitelijk van aard, het ander adviserend.

*Mr. A. Keizer
Allen & Overy*

17. K.I.A. Middelkoop, Due diligence rapporten: plicht tot overleggen?, V&O 2005 p. 198-199, over: HR 23 september 2005, VN 2005/46.5.