

## Grensoverschrijdende bewijsverkrijging door de Nederlandse rechter in strijd met buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplichten

Jansen, René

*Published in:*

Tijdschrift voor civiele rechtspleging

*Document version:*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*DOI:*

[10.5553/TCR/092986492018026002003](https://doi.org/10.5553/TCR/092986492018026002003)

*Publication date:*

2018

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Jansen, R. (2018). Grensoverschrijdende bewijsverkrijging door de Nederlandse rechter in strijd met buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplichten: Lessen uit de Amerikaanse discovery-praktijk . *Tijdschrift voor civiele rechtspleging*, 2018(2), 30-37. <https://doi.org/10.5553/TCR/092986492018026002003>

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Grensoverschrijdende bewijsverkrijging door de Nederlandse rechter in strijd met buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplichten

Lessen uit de Amerikaanse discovery-praktijk

*Mr. R. Jansen\**

## 1 Inleiding

### 1.1 Voorstel ter introductie van 'discovery' in Nederlandse civiele procedures

De opstellers van het advies *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Hammerstein e.a., stellen voor om de bewijslevering te verplaatsen naar het beginstadium van de civiele procedure.<sup>1</sup> Zij pleiten ervoor om partijen jegens elkaar te verplichten informatie te verstrekken die van belang kan zijn voor de beslechting van hun geschil.<sup>2</sup> Deze onderlinge informatieverstrekking dient volgens Hammerstein e.a. op verzoek van partijen plaats te vinden en vóór het moment waarop de rechter zich inhoudelijk buigt over het geschil. Dit sluit nauw aan bij de wijze waarop de bewijslevering plaatsvindt tijdens Amerikaanse federale (*pre-trial*) *discovery*-procedures.<sup>3</sup> Hammerstein e.a. lijken dit advies dan ook op deze *discovery*-procedures

te hebben gebaseerd.<sup>4</sup> Zij denken dat Nederlandse civiele procedures hierdoor sneller zullen verlopen en dat partijen eerder geneigd zijn om te schikken, wanneer zij verplicht zijn om hun processuele kaarten vroeg op tafel te leggen.<sup>5</sup> Ook verwachten zij dat het rechterlijk apparaat hiermee wordt ontlast.<sup>6</sup>

### 1.2 Het juridische probleem: inzageverzoeken die in strijd zijn met buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplichten

In de Verenigde Staten heeft een dergelijke bewijslevering tijdens federale civiele procedures echter problemen opgeleverd voor buitenlandse procespartijen. Zij beschikken niet zelden over informatiebronnen die zich buiten het Amerikaanse grondgebied bevinden. Wanneer deze buitenlandse procespartijen tijdens de fase van *discovery* door hun wederpartij worden verzocht om dergelijke informatie te verstrekken, kan zich het geval voordoen dat de verzochte informatie valt onder een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht. Indien de buitenlandse procespartij om die reden weigert de informatie over te leggen aan haar wederpartij, kan laatstgenoemde hierover een klacht indienen bij de rechter die toeziet op de *discovery*-procedure.<sup>7</sup> Als deze rechter vervolgens oordeelt dat de buitenlandse procespartij de verzochte informatie in haar bezit heeft,

\* Mr. R. Jansen is als promovendus verbonden aan het departement Privaatrecht van Tilburg University, waar hij onderzoek verricht naar de rol van buitenlandse verschoningsrechten in civiele procedures en de invloed van de comitas-leer.

1. A. Hammerstein, W.D.H. Asser & R.H. de Bock, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 23: 'Een eerste uitgangspunt voor de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering is dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure, derhalve in de preprocesuele fase, informatie verzamelen.'

2. Hammerstein e.a. 2017, p. 26: 'Een derde uitgangspunt voor de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering is dat partijen in de preprocesuele fase jegens elkaar de plicht hebben om mee te werken aan het verstrekken van alle informatie die redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de oplossing of beslissing van hun geschil, behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen.'

3. Het federaal procesrecht is te raadplegen via [www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf](http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf) (geraadpleegd op 4 april 2018). Over de merites van de Amerikaanse wijze van *discovery*, zie het arrest *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507 (1947).

4. Zie in dat kader ook J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010, p. 83, die aangeeft dat het soortgelijke advies van de eerdere Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht op dit punt zag op een 'op de Anglo-Amerikaanse leest geschoede regeling'. De opstellers van het advies *Modernisering burgerlijk procesrecht* wensen zo veel als mogelijk bij dit eerdere advies aansluiting te zoeken, zie Hammerstein e.a. 2017, p. 49. Vgl. J.H. Langbein, 'The disappearance of civil trial in the United States', *The Yale Law Journal* (122) 2012, p. 524-526: hij bespreekt het beperkende effect dat het mogelijk maken van *pre-trial discovery* heeft gehad op het aantal civiele zaken in de Verenigde Staten.

5. Hammerstein e.a. 2017, p. 22-23: zij wijzen op het belang van schikken en vroegtijdige informatieverzameling door partijen.

6. *Ibid.*

7. Zie Rule 37 van het federaal procesrecht.

kan hij besluiten dat deze partij verplicht is de informatie over te leggen aan haar wederpartij.<sup>8</sup> Hierdoor belandt deze buitenlandse procespartij in een spagaat: wanneer zij niet voldoet aan het bevel van de federale rechter, heeft laatstgenoemde de discretionaire bevoegdheid om *contempt of court*-sancties op te leggen (zoals een dwangsom).<sup>9</sup> Tegelijkertijd kan het overleggen van de verzochte informatie door het land waarin de informatie zich bevindt strafbaar zijn gesteld.<sup>10</sup>

Dit specifieke geval lijkt zich nog niet in de Nederlandse gepubliceerde rechtspraak te hebben voorgedaan.<sup>11</sup> Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het in Nederland vooralsnog de rechter is die de regie voert over de bewijsvoering. Hij heeft in het kader van de stelplicht en bewijslast daarbij verschillende mogelijkheden voorhanden om een andere consequentie te verbinden aan een weigering van een partij om informatie te overleggen.<sup>12</sup> Een andere mogelijke verklaring is volgens sommige auteurs dat Europese *civil law*-rechters bij grensoverschrijdende bewijsverzekrijging in civiele zaken enkel gebruik lijken te maken van de internationale regelingen die daarvoor zijn opgesteld.<sup>13</sup> Het gaat hierbij vooral om de EU-Bewijsverordening (voor bewijsverzekrijging vanuit een andere EU-lidstaat)<sup>14</sup> en het Haags Bewijsverdrag (voor bewijsverzekrijging uit een verdragsstaat, niet zijnde een EU-lidstaat).<sup>15</sup> Deze auteurs gaan er derhalve van uit dat deze rechters een buitenlandse partij niet zullen verplichten om bewijs uit een ander land te

verstrekken op basis van hun eigen procesrecht. Met andere woorden: hun veronderstelling is dat Europese *civil law*-rechters de internationale bewijsverzekrijgingsregelingen niet via toepassing van hun interne (proces)recht zullen omzeilen.

Wanneer we echter de laatstgenoemde verklaring nader beschouwen, blijkt dat onder de beide internationale regelingen de uitvoering van een verzoek tot bewijsverzekrijging kan worden geweigerd indien er een verklaringsverbod bestaat onder het recht van het aangezochte land.<sup>16</sup> Het volgen van de internationale regelingen biedt aldus geen soelaas voor de Nederlandse rechter die informatie wil inzien van een persoon op wie een dergelijke wettelijke geheimhoudingsplicht rust.<sup>17</sup> Dit betekent echter niet dat hij in dat geval geen andere opties voorhanden heeft. Het Hof van Justitie heeft namelijk geoordeeld dat de EU-Bewijsverordening niet de exclusieve methode is waarop een rechter bewijs uit een andere EU-lidstaat mag verkrijgen.<sup>18</sup> De Nederlandse rechter mag daardoor ook de bewijsverzekrijging bevelen op basis van Nederlands procesrecht. Iets soortgelijks lijkt te kunnen worden gezegd over het Haags Bewijsverdrag, al verschillen de EU-lidstaten hierover nog van mening.<sup>19</sup> Het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft in ieder geval geoordeeld dat het voor Amerikaanse rechters niet verplicht is om het Haags Bewijsverdrag te volgen; vandaar dat zij in dat kader gebruik kunnen maken van hun procesrecht.<sup>20</sup>

8. D. Zambrano, 'A comity of errors: The rise, fall, and return of international comity in transnational discovery', *Berkeley Journal of International Law* (44) 2016, p. 164-165.

9. Vgl. P. Harkness e.a., *Discovery in international civil litigation. A guide for judges*, Washington, DC: Federal Judicial Center 2015, p. 29. Het gaat hier echter wel om een discretionaire bevoegdheid van de rechter; hij hoeft een dergelijke sanctie niet per se op te leggen. Zie M.J. Smith, 'Resolving the cross-border discovery Catch-22', *Suffolk University Law Review* (XLVII) 2014, p. 623 en de bewoordingen van Rule 37(b)(2)(A) van het federaal procesrecht: 'the court (...) may issue further just orders'.

10. Smith noemt dit een Catch-22-situatie, wat in het Engels vrij vertaald verwijst naar een situatie waarin iemand gedwongen wordt om te kiezen tussen twee – met elkaar conflicterende – verzoeken, zie Smith 2014, p. 601. Anderen refereren naar dit dilemma als een 'Hobson-keuze' ([https://en.oxforddictionaries.com/definition/hobson%27s\\_choice](https://en.oxforddictionaries.com/definition/hobson%27s_choice), geraadpleegd op 4 april 2018), zie bijv. de resolutie die de Amerikaanse orde van advocaten heeft aangenomen, waarin de afgevaardigden de federale gerechten uitdrukkelijk hebben verzocht om oog te hebben voor de dataprotectie- en privacywetgeving van buitenlandse staten en om deze te respecteren (American Bar Association, Resolution 103, February 2012), zie [www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house\\_of\\_delegates/resolutions/2012\\_hod\\_midyear\\_meeting\\_103.authcheckdam.doc](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house_of_delegates/resolutions/2012_hod_midyear_meeting_103.authcheckdam.doc) (geraadpleegd op 4 april 2018).

11. Vgl. C.G. van der Plas, *De extraterritoriale reikwijdte van de exhibitieplicht bij banken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 11: zij geeft aan dat dergelijke verzoeken vooral zien op het verkrijgen van inzage in bankafschriften bij internationale fraudegevallen. Zij heeft één uitspraak kunnen traceren waarin de rechter bijna had moeten oordelen over een inzageverzoek in weerwil van een Canadese wettelijke geheimhoudingsplicht, zie p. 18, verwijzend naar Rb. Amsterdam 11 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF0587.

12. Zie H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 203-215.

13. C. Ryngaert, *Jurisdiction in international law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 89; Hague Conference on Private International Law, *The mandatory/non-mandatory character of the evidence convention*, 2008, p. 3 (zie <https://assets.hcch.net/upload/wop/2008pd10e.pdf>, geraadpleegd op 4 april 2018).

14. Verordening (EG) 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverzekrijging in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L174/2). Art. 21 van deze verordening maakt duidelijk dat zij voortgaat op het Haags Bewijsverdrag in het geval er sprake is van een grensoverschrijdende bewijsverzekrijging tussen de EU-lidstaten.

15. Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken (Haags Bewijsverdrag), *Trb.* 1979, 38. Er zijn daarnaast ook andere internationale regelingen voorhanden, maar deze worden niet in deze bijdrage besproken gezien hun geringe relevantie voor Nederland. Zie B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverzekrijging* (Recht en Praktijk 163), Deventer: Kluwer 2008, p. 166-167 en 187-188.

16. Zie art. 11 Haags Bewijsverdrag en art. 14 EU-Bewijsverordening. Zie ook Van het Kaar 2008, p. 147-148 en 181.

17. Beide bepalingen zien op het geval waarin een persoon kan weigeren om een getuigenis af te leggen. Deze weigeringsgrond kan ook worden ingeroepen bij een inzageverzoek, vgl. Van het Kaar 2008, p. 148. Beide regelingen, noch hun toelichtende rapporten, maken duidelijk of ook 'gewone', niet aan een verschoningsrecht gekoppelde wettelijke geheimhoudingsplichten als een weigeringsgrond kunnen worden beschouwd. Ik ga in deze bijdrage ervan uit dat dit wel het geval is. Vgl. Van het Kaar 2008, p. 147: '[Het verzoek tot bewijsverzekrijging; RJ] wordt immers aan de hand van [het recht van de aangezochte staat; RJ] uitgevoerd, zodat de te horen persoon [of degene van wie inzage wordt verzocht; RJ] ook een beroep kan doen op een in dit recht opgenomen verschoningsrecht resp. geheimhoudingsplicht.'

18. HvJ EU 6 september 2012, C170/11 (*Lippens c.s./Kortekaas c.s.*). Vgl. de noot van Strikwerda, verwijzend naar r.o. 47 en 48 in het door hem besproken arrest (HvJ EU 21 februari 2013, ECLI:NL:XX:2013:BZ6985, *NJ* 2013/554, m.nt. L. Strikwerda (*ProRail/Xpedys*)): de EU-bewijsverordening dient wel te worden gevolgd wanneer de bewijsverzekrijging invloed heeft op het openbaar gezag van de lidstaat waar het bewijs verkregen dient te worden (bijv. ten aanzien van het verrichten van onderzoek op locaties waartoe niet eenieder toegang heeft).

19. Hague Conference on Private International Law 2008, p. 3 (<https://assets.hcch.net/upload/wop/2008pd10e.pdf>, geraadpleegd op 4 april 2018). Mij lijkt het echter onlogisch om het Haags Bewijsverdrag als exclusief te bestempelen, terwijl de meer verstrekkende regeling van de EU-Bewijsverordening als facultatief kan worden beschouwd.

20. Meer hierover volgt in par. 2 van deze bijdrage.

Sommige auteurs beweren dat het aantal internationale procedures ten overstaan van de Nederlandse rechter zal toenemen wanneer de reikwijdte van art. 843a Rv wordt opge-rekt.<sup>21</sup> Dit zal mijns inziens het geval zijn wanneer het bovengenoemde advies van Hammerstein e.a. wordt geïmplementeerd. Partijen zullen hierdoor namelijk meer geneigd zijn om voorlopige inzage in buitenlandse informatie te verzoeken op grond van art. 843a Rv en hun wederpartij is in beginsel verplicht om hieraan mee te werken.<sup>22</sup> Dit roept de volgende vraag op: in hoeverre kan de Nederlandse rechter bij de beoordeling van dergelijke inzageverzoeken rekening houden met het bestaan van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht?

Bij de beantwoording van deze vraag maak ik een vergelijking met de Amerikaanse federale jurisprudentie over de voorwaarden voor toekenning van een inzageverzoek op basis van het nationaal procesrecht, wanneer de verzochte informatie valt onder een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht. Het blijkt namelijk dat deze voorwaarden grote overeenkomsten vertonen met de toekenningscriteria uit art. 843a Rv.<sup>23</sup> In paragraaf 2 beschrijf ik de ontstaansgeschiedenis van de federale rechtspraak. Ik bespreek daarbij de criteria die de federale rechter in zijn beoordeling gebruikt en de kritiek die op deze beoordelingswijze is geuit in de Amerikaanse literatuur. Vervolgens ga ik in paragraaf 3 nader in op de overeenkomsten tussen de criteria die door de federale rechters worden gebruikt en de voorwaarden die onder art. 843a Rv gelden voor de toekenning van een (voorlopig) inzageverzoek. Aan de hand van eerder verschenen Nederlandse literatuur en de bovengenoemde kritiek die is geuit op de federale jurisprudentie, bespreek ik vervolgens in hoeverre art. 843a Rv voor de beoordeling van dergelijke inzageverzoeken aanpassing behoeft.

## 2 De Amerikaanse grensoverschrijdende discovery-jurisprudentie

### 2.1 Kern van de problematiek

In de Verenigde Staten dient de eiser door middel van een dagvaarding (een *complaint*) een federale civiele procedure op te starten.<sup>24</sup> Wanneer de wederpartij hierop reageert, vangt de fase van *discovery* aan.<sup>25</sup> Gedurende die (*pre-trial*) fase van de procedure buigt de rechter zich nog niet inhoudelijk over het geschil. Hij houdt echter wel toezicht op de *discovery*-procedure en zorgt ervoor dat partijen hun informatieverplichtingen

jegens elkaar nakomen.<sup>26</sup> In dat verband hebben federale rechters sinds de jaren zestig van de vorige eeuw geoordeeld dat een buitenlandse partij op basis van het federaal procesrecht ook verplicht kan worden om informatie te verstrekken, wanneer deze informatie zich in een ander land bevindt.<sup>27</sup> Om een dergelijke verplichting aan een buitenlandse procespartij op te kunnen leggen, is vereist dat de federale rechter rechtsmacht heeft over deze partij en vaststelt dat zij de informatie in haar bezit heeft.<sup>28</sup> Indien dit het geval is, dient de rechter vervolgens te bepalen of hij bereid is om van zijn bevoegdheid gebruik te maken, waarmee hij deze procespartij tot bewijsverstreking kan verplichten.<sup>29</sup>

Federale rechters zijn hierdoor niet afhankelijk van de medewerking van andere landen bij grensoverschrijdende bewijsverkrijging in civiele zaken. Voorts hebben zij de bevoegdheid om een buitenlandse partij te straffen met *contempt of court*-sancties, wanneer zij niet aan het rechterlijk bevel tot bewijsverstreking voldoet.<sup>30</sup> Dat de federale rechter hiervoor gebruik maakt van zijn eigen procesrecht, achten de EU-lidstaten problematisch. Dit komt onder meer doordat hun privacywetgeving strenger is dan in de Verenigde Staten.<sup>31</sup> Partijen die afkomstig zijn uit EU-lidstaten kunnen daardoor mogelijk door de federale rechter worden verplicht om informatie uit een EU-lidstaat te verstrekken, terwijl zij op grond van de wetgeving van dat land deze informatie geheim dienen te houden.<sup>32</sup> Zij kunnen mogelijk alleen onder een dergelijke verplichting uit komen, wanneer deze informatie valt onder de bescherming van een buitenlands verschoningsrecht. In dat geval dient de federale rechter eerst te bepalen of het gaat om *privileged information*; deze informatie kan sowieso niet met *discovery* worden verkregen door de wederpartij.<sup>33</sup>

21. Vgl. A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Civiel procederen en bewijs leveren; waar staat Nederland internationaal?', in: A.R.J. Croiset van Uchelen, W.H.A.M. van den Muijsenbergh & S.M.C. Nuijten, *Internationaal procederen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 14.

22. Hammerstein e.a. 2017, p. 27 en 47-49; zie ook p. 25: wanneer een partij geen gebruik maakt van deze mogelijkheid in de preprocesuele fase, dient de rechter dit te sanctioneren door een verzoek van deze partij tot bewijslevering tijdens de procedure niet – of slechts in een beperkte mate – toe te staan.

23. Zie par. 2 en 3 van deze bijdrage.

24. Rule 3 van het federaal procesrecht.

25. J.B. Oakley & V.D. Amar, *American civil procedure. A guide to civil adjudication in US courts*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 164-173.

26. Oakley & Amar 2009, p. 175.

27. Zambrano 2016, p. 164, met een verwijzing naar *United States v. First Nat'l City Bank*, 396 F.2d, 897, 900-01 (2d. Cir. 1968).

28. Zambrano 2016, p. 164-165.

29. *Ibid.*

30. Rule 37(b)(2)(A) van het federaal procesrecht; dergelijke sancties kunnen variëren van het voor waarheid aannemen van de feiten die door de wederpartij zijn gesteld tot het opleggen van een dwangsom.

31. R.R. English, 'Limitations on the U.S. District Courts' discretion: Immediate review of post-Aéropatiale discovery decisions', *Georgetown Journal of International Law* (44) 2013, p. 1460-1464.

32. Denk in dit verband aan de Privacyrichtlijn (Richtlijn 95/46/EG), met de uitwerking daarvan voor Nederland in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) (*Stb.* 2000, 302) en art. 8 EVRM. De Privacyrichtlijn en de Wbp worden per 25 mei 2018 vervangen door de Algemene verordening gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679) en de bijbehorende Uitvoeringswet, zie [www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34851\\_uitvoeringswet\\_algemene](http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34851_uitvoeringswet_algemene) (geraadpleegd op 4 april 2018).

33. Zie Rule 26(b)(1) van het federaal procesrecht: 'Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter (...).' Hierbij rijst natuurlijk de vraag welk recht bepaalt wat geprivilegeerde informatie is. Dit zal ik in een toekomstige publicatie uitvoerig behandelen.

## 2.2 Het kernarrest voor Amerikaanse grensoverschrijdende discovery: *Aérospatiale*

### *Haags Bewijsverdrag is niet exclusief en federale gerechten moeten belangen afwegen*

In het verleden heeft men op verschillende manieren proberen te voorkomen dat federale rechters op basis van hun procesrecht aan buitenlandse partijen een grensoverschrijdende bewijsverstrekking zouden bevelen. Zo werd onder aanvoering van Amerikaanse juristen in 1970 het Haags Bewijsverdrag opgesteld, wat als doel had om het internationale systeem van bewijsverkrijging in civiele zaken te verbeteren.<sup>34</sup> Verschillende landen hadden echter onder art. 23 van dit verdrag een voorbehoud gemaakt. Dat voorbehoud werd in de praktijk door sommige staten foutief geïnterpreteerd als een algemeen verbod op elke vorm van *pre-trial discovery*.<sup>35</sup> Hierdoor bleef de toegevoegde waarde van dit verdrag voor de Amerikaanse praktijk beperkt.<sup>36</sup> Federale gerechten bleven buitenlandse partijen vervolgens op basis van het federaal procesrecht bevelen om informatie te overleggen, ook als deze informatie zich in het buitenland bevond. Sindsdien hebben buitenlandse partijen verschillende redenen aangevoerd om te voorkomen dat de federale rechter hen zou verplichten 'buitenlands' bewijs te verstrekken. Desalniettemin hebben verscheidene rechters hun alsnog bevelen dit te doen, ondanks het bestaan van een buitenlandse geheimhoudingsplicht, een buitenlands verschoningsrecht of een zogenaamde *blocking statute*.<sup>37</sup>

Op een gegeven moment werd aan het Amerikaanse Hooggerechtshof de vraag voorgelegd in hoeverre het Haags Bewijsverdrag als de enige toegestane wijze van grensover-

schrijdende bewijsverkrijging in civiele zaken diende te worden beschouwd. In 1987 gaf het Hof hierop een antwoord in het arrest *Société Nationale Industrielle Aérospatiale and Société de Construction d'Avions de Tourisme v. United States District Court for the Southern District of Iowa*. In dit arrest, dat thans nog steeds leidend is, besliste het Hooggerechtshof met een meerderheid van één stem dat dit verdrag exclusief noch de eerst aangewezen optie is bij grensoverschrijdende bewijsverkrijging.<sup>38</sup> Zodoende was er nog steeds een belangrijke rol weggelegd voor het federaal procesrecht bij grensoverschrijdende bewijsverkrijging in civiele zaken.

Het arrest *Aérospatiale* bevat echter een belangrijke nuance, waaraan vele Amerikaanse rechters en auteurs later voorbij lijken te zijn gegaan.<sup>39</sup> Het Hof geeft weliswaar aan dat Amerikaanse gerechten de bevoegdheid hebben om bewijsverschaffing te bevelen in weerwil van een buitenlands wettelijk verbod, maar zij moeten – mede op basis van de in de Verenigde Staten invloedrijke comitas-leer – hier wel terughoudend mee omgaan. Een dergelijk bevel op basis van het federaal procesrecht is volgens het Hooggerechtshof alleen mogelijk wanneer rechters een afweging hebben gemaakt op basis van vijf factoren (de zogenaamde multifactorbenadering).

Volgens het Hooggerechtshof dient de federale rechter de belangenafweging te maken aan de hand van (1) het belang van de verzochte informatie voor de Amerikaanse procedure, (2) de precisie waarmee het verzoek geformuleerd is, (3) het gegeven of de informatie uit de Verenigde Staten afkomstig is, (4) het bestaan van alternatieve mogelijkheden om de informatie te verkrijgen, en (5) de mate waarin het niet voldoen aan het *discovery*-verzoek belangrijke (publieke) belangen van de Verenigde Staten schaadt, of waarin het voldoen aan dit verzoek soortgelijke belangen van de andere staat schaadt.<sup>40</sup>

Zodoende kunnen de federale rechters volgens het Hooggerechtshof de Amerikaanse belangen vóór bewijsverstrekking afwegen tegen de belangen van de buitenlandse staat die pleiten tegen diezelfde bewijsverstrekking.<sup>41</sup> Mochten zij tot de slotsom komen dat deze informatie inderdaad door de buitenlandse procespartij verstrekt dient te worden, dan dienen deze rechters volgens het Hooggerechtshof het verdere verloop van de *discovery*-procedure nauwlettend te monitoren.<sup>42</sup>

34. Zie *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 549 (1987) (Blackmun, J. concurring in part and dissenting in part), verwijzend naar de Reporters' Note uit 1986.

35. Oorspronkelijk was het namelijk de bedoeling van verschillende landen om een voorbehoud te maken ter voorkoming van de uitvoering van *fishing expeditions*, zie Van het Kaar 2008, p. 160-164.

36. De bewijsvergaring tijdens federale procedures vindt namelijk per definitie *pre-trial* plaats tijdens de *discovery*-fase. Vgl. Van het Kaar 2008, p. 160. Zodoende lijkt mij niet dat er sprake was van enige terughoudendheid onder de rechters van het Amerikaanse Hooggerechtshof ten tijde van *Aérospatiale* om te verwijzen naar buitenlands recht. Voor meer informatie over de invloed van buitenlands recht – en de publieke en parlementaire reacties die dit oproept – op de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof, zie C. Roberts, *Foreign law? Congress v. the Supreme Court*, El Paso: LFB Scholarly Publishing LLC 2014.

37. Om er zeker van te zijn dat bij grensoverschrijdende bewijsverkrijging door de buitenlandse rechter gebruik wordt gemaakt van de daartoe bestemde internationale regelingen, heeft Frankrijk een wet ingesteld die het voor Fransen strafbaar maakt om buiten deze regelingen om bewijs te verschaffen (Loi 80-538 du 16 juillet 1980 relatives à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *Journal Officiel de la République Française*, juillet 17, 1980, p. 1799). Eerder had een aantal landen al *blocking statutes* opgesteld om te ageren tegen de onderzoekspraktijken van de Federale Maritieme Commissie (zie E.M. Davilla, 'International e-discovery: Navigating the maze', *Pittsburgh Journal of Technology, Law and Policy* (8) 2008, p. 11-14; de Franse wet is een uitbreiding daarvan. Vgl. Smith 2014, p. 609-610 (die aangeeft dat *blocking statutes* specifiek zijn ontworpen om dergelijke bewijsverkrijging tegen te gaan, in tegenstelling tot privacy-, bankgeheim- en andere geheimhoudingsbepalingen).

38. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 542-543 (1987).

39. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 546 (1987). Zie in dit verband de bijdrage van English 2013, p. 1477-1481; zij stelt dat deze eis van terughoudendheid in de rechtspraak en literaire discussie die volgden op *Aérospatiale*, lijkt te zijn vergeten.

40. Op dit moment staan de criteria in de Restatement (Third) of Foreign Relations Law (1987) § 403 vermeld. Restatements zijn opgesteld door het American Law Institute en zijn erg invloedrijk binnen het Amerikaanse recht, zie [www.ali.org/about-ali/](http://www.ali.org/about-ali/) (geraadpleegd op 4 april 2018). Men is op dit moment bezig om deze Restatement te herzien door een Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law, zie [www.ali.org/publications/show/foreign-relations-law-united-states/](http://www.ali.org/publications/show/foreign-relations-law-united-states/) (geraadpleegd op 4 april 2018).

41. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 544 (1987), voetnoot 28.

42. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 546 (1987).

*Kritiek op Aérospatiale*

In de Amerikaanse literatuur is veel kritiek geuit op het oordeel van het Hooggerechtshof in *Aérospatiale*. Deze kritiek komt grotendeels overeen met de mening van de vier *dissenting* rechters in dit arrest. Zo stellen verschillende auteurs zich op het standpunt dat de multifactorbenadering onvoldoende houvast biedt aan de lagere rechters die over inzageverzoeken moeten oordelen;<sup>43</sup> zij verwijten het Hooggerechtshof dat het heeft nagelaten om enige passages te wijden aan de wijze waarop deze belangenafweging *precies* dient plaats te vinden. Andere auteurs waarschuwen daarnaast voor het bestaan van een mogelijke *pro-forum bias* bij de federale rechters. Dit betekent dat zij vermoeden dat deze rechters de Amerikaanse belangen die pleiten vóór bewijsverkrijging normaliter laten prevaleren boven het belang van geheimhouding waarmee de vreemde staat is gediend.<sup>44</sup> Tot slot ziet een ander beschreven kritiekpunt op de veronderstelling van sommige auteurs dat de federale gerechten niet in staat zouden zijn om op een juiste wijze deze politiek gevoelige afweging te maken. Deze auteurs denken dat dit beter kan worden overgelaten aan de federale wetgevende en uitvoerende macht,<sup>45</sup> aan hen is immers het voeren van het buitenlandbeleid opgedragen krachtens de Amerikaanse Grondwet.<sup>46</sup>

*Gevolgen van Aérospatiale*

Al vóór *Aérospatiale* had het Amerikaanse Hooggerechtshof geoordeeld dat federale gerechten partijen konden verplichten om documenten te verstrekken in weerwil van buitenlandse wetgeving.<sup>47</sup> Sinds *Aérospatiale* lijkt er echter een toename te zijn in het aantal uitspraken waarin inzage wordt verzocht in strijd met buitenlandse wetgeving.<sup>48</sup>

Wat daarbij opvalt, is dat in deze post-*Aérospatiale*-uitspraken federale rechters niet altijd eenzelfde invulling geven aan de afweging die zij in het licht van de multifactorbenadering moeten maken. Volgens het Hooggerechtshof dienen hierin vijf punten te worden afgewogen, maar sommige gerechten maken in hun uitspraken melding van een door hen gemaakte belangenafweging op basis van drie, vier of zeven factoren.<sup>49</sup> Daarbij lijkt geen vast patroon te kunnen worden geïdentificeerd. Zo kan bijvoorbeeld niet worden gezegd dat

federale gerechten uit de appelregio (*circuit*)<sup>50</sup> van Californië enkel gebruik maken van de *Aérospatiale*-benadering en die uit de regio New York een afweging op afwijkende punten maken.<sup>51</sup> Sommige auteurs hebben daarnaast opgemerkt dat verschillende federale gerechten moeite lijken te hebben met het maken van een afweging onder de multifactorbenadering en dat zij geregeld subjectieve overwegingen aan hun beslissingen ten grondslag leggen.<sup>52</sup> Tezamen met de vermeende *pro-forum bias* van deze gerechten lijkt dit ertoe te leiden dat deze gerechten meer dan eens een *discovery*-verzoek inwilligen, ondanks dat een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht zich hiertegen verzet.

Onlangs heeft Zambrano betoogd dat we in de nabije toekomst mogelijk minder van dergelijke vonnissen kunnen verwachten. Deze auteur verwacht niet zozeer dat de afweging die rechters onder de multifactorbenadering maken anders zal uitvallen, maar dat federale gerechten minder snel geneigd zullen zijn om te oordelen dat zij rechtsmacht hebben over een buitenlandse partij.<sup>53</sup> Hij baseert zijn redenering op het oordeel van het Hooggerechtshof in *Damler*.<sup>54</sup> De komende jaren moeten uitwijzen of er inderdaad sprake is van een dergelijke koerswijziging. Vooralsnog lijken sommige gerechten door te blijven gaan met het verplichten van bewijsverstrekking in weerwil van buitenlandse wettelijke bepalingen.<sup>55</sup>

### 3 Grensoverschrijdende bewijsverkrijging in Nederland op basis van het nationale procesrecht

#### 3.1 De tekortkomingen van art. 843a Rv

Wanneer een partij tijdens een Nederlandse civiele procedure inzage wil verkrijgen in informatie die de wederpartij bezit, zal zij een verzoek daartoe bij de rechter moeten indienen op grond van art. 843a Rv. Tot op heden is er in de literatuur weinig aandacht besteed aan de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een dergelijk verzoek rekening

43. Vgl. Smith 2014, p. 616 en 618 en G. Sant, 'Court-ordered law breaking. U.S. courts increasingly order the violation of foreign law', *Brooklyn Law Review* (81) 2015, p. 186 (wijzend op het oordeel van het Amerikaanse Hooggerechtshof, waarin het meerderheidsoordeel laat blijken: 'We do not articulate specific rules to guide this delicate task of adjudication' (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 546 (1987))).

44. Sant beweert dit in een recente studie statistisch te hebben aangetoond, zie Sant 2015, p. 182.

45. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 551-553 (1987) (Blackmun, J. concurring in part and dissenting in part). Vgl. in dit verband ook Sant 2015, p. 182.

46. Zie in dat kader Art. 1, Sec. 8(3) en Art. 2, Sec. 2(2) van de Amerikaanse Grondwet.

47. *Société Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197, 204-206 (1958).

48. Sant 2015, p. 225-227.

49. Sant 2015, p. 187 en 195-196.

50. Zie voor informatie over de absolute en relatieve competentie van de federale gerechten [www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure](http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure) (geraadpleegd op 4 april 2018).

51. Sterker nog, in het verleden hebben auteurs gewezen op het feit dat de zuidelijke federale rechtbank van New York (District Court for the Southern District of New York) in twee soortgelijke zaken eerst oordeelde tot bewijsverkrijging op grond van het federaal procesrecht (en daarmee tot het schenden van een buitenlands wettelijk verbod), terwijl zij later de bewijsverstrekking beval op grond van het Haags Bewijsverdrag (waarmee zij aldus het buitenlandse verbod respecteerde). Zie E.M. Spiro & J.L. Mogul, 'Obtaining discovery from foreign litigants: Competing views on comity', *New York Law Journal* (247) 2012.

52. Sant 2015, p. 197-225. Zie in dit verband ook *In re Uranium Antitrust Litig.*, 480 F. Supp. 1138, 1148 (N.D. Ill. 1979): '(...) the judiciary has little expertise, or perhaps even authority, to evaluate the economic and social policies of a foreign country.'

53. Zambrano 2016, p. 179-193.

54. *Damler AG v. Bauman*, 124 S. Ct. 746 (2014).

55. Zie bijv. de zaak *Gucci America, Inc. et al v. Li et al*, No. 1:2010cv04974 (RJS) (S.D.N.Y. Nov. 30, 2015): hierin werd uiteindelijk een dwangsom van \$ 50.000 USD per dag opgelegd, waarna de Bank of China op 20 januari 2016 aan het verzoek besloot te voldoen. Op dat moment was de dwangsom al opgelopen tot \$ 1 miljoen USD (zie [www.kwm.com/en/cn/knowledge/insights/chinese-banks-increasingly-subject-to-us-jurisdiction-20160829](http://www.kwm.com/en/cn/knowledge/insights/chinese-banks-increasingly-subject-to-us-jurisdiction-20160829), geraadpleegd op 4 april 2018).

moet houden met het bestaan van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht die het verlenen van inzage door de buitenlandse wederpartij verbiedt. In deze paragraaf zal ik nagaan in hoeverre de beoordelingscriteria uit art. 843a Rv het voor de rechter mogelijk maken om met het bestaan van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht rekening te houden. Daarbij ga ik ook in op de vraag in hoeverre verwacht kan worden dat de Nederlandse rechter hieraan bij de beoordeling van het inzageverzoek een zwaarwegend belang zal toekennen.

Gemakshalve ga ik in mijn betoog ervan uit dat aan de vereisten van 'rechtsbetrekking', 'bepaalde bescheiden', 'waarborging van een behoorlijke rechtsbedeling' en 'ter beschikking hebben' is voldaan.<sup>56</sup> Voorts ga ik uit van de thans geldende criteria voor de toewijzing van een inzageverzoek op grond van art. 843a Rv. De voorgestelde criteria door Hammerstein e.a. voor een voorlopig inzageverzoek zijn nog geen geldig recht en worden derhalve buiten beschouwing gelaten.<sup>57</sup>

Daarmee blijven er twee criteria over waaronder de rechter het bestaan van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht in zijn beoordeling zou kunnen meenemen. Allereerst vermeldt art. 843a lid 1 Rv dat een inzageverzoek alleen kan worden toegewezen indien de verzoeker een 'rechtmatig belang' heeft. Ten tweede bepaalt art. 843a lid 4 Rv dat een inzageverzoek kan worden geweigerd wanneer er 'gewichtige redenen' zijn die de inzage beletten.

Men zou kunnen stellen dat een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht ook een rol kan spelen onder de uitzonderingsgrond van art. 843a lid 3 Rv. Hierin is bepaald dat degene aan wie inzage is verzocht, niet aan dit verzoek hoeft mee te werken indien hij verschoningsgerechtigd is. Het verschoningsrecht is een jurisprudentieel uitvloeisel van bepaalde

wettelijke geheimhoudingsplichten en zodoende zouden ook deze geheimhoudingsplichten onder de uitzonderingsgrond van het derde lid van art. 843a Rv kunnen vallen.<sup>58</sup> Van der Plas verzet zich echter tegen een dergelijke redening. Zij meent dat deze uitzonderingsgrond niet geldt voor buitenlandse geheimhoudingsbepalingen, omdat dit er anders mogelijk toe zou leiden dat 'de rechter zonder meer voorrang moet verlenen aan buitenlands recht van semi-publiekelijke aard'.<sup>59</sup> Dit past volgens haar niet bij de terughoudendheid waarmee rechters normaliter voorrangregels toepassen.<sup>60</sup> Van der Plas stelt daarnaast dat art. 843a lid 1 en 4 Rv de rechter genoeg mogelijkheden verschaffen om een zorgvuldige afweging te maken, waarin een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht kan worden meegenomen.<sup>61</sup>

Ik betwijfel echter of dit juist is. Bij de beoordeling van het vereiste 'rechtmatig belang' moeten de belangen van degene die inzage verzoekt, worden afgewogen tegen de andere belangen die spelen bij de verzochte inzage.<sup>62</sup> In het geval er sprake is van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht, betekent dit mijns inziens dat het belang dat de eiser heeft bij waarheidsvinding moet worden afgewogen tegen het gerechtvaardigd vertrouwen dat de buitenlandse wederpartij heeft in de vertrouwelijkheid van de informatie die zij bezit. Voorts speelt hier naar mijn mening ook het belang dat de wederpartij heeft bij het voorkomen van een strafrechtelijke vervolging door het land waarin de informatie zich bevindt een rol, alsmede het belang dat de laatstgenoemde staat heeft bij de eerbiediging van zijn wetgeving en soevereiniteit.<sup>63</sup> De ervaring leert in dat verband dat sommige Nederlandse rechters niet snel oordelen dat een 'gewoon inzageverzoek' na het maken

56. Vgl. Van der Plas 2014, p. 18-19: zij geeft aan dat in de enkele zaken die zij heeft kunnen traceren, het feit dat het document zich in het buitenland bevindt volgens de Nederlandse rechter niet betekent dat hierdoor geen bewijsverrijging op grond van art. 843a Rv kan plaatsvinden. Van der Plas wijt dit aan het feit dat een van de vereisten onder art. 843a Rv is dat de aangesprokene het document 'te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft'. Uit haar analyse maak ik op dat deze breed geformuleerde eis geen territoriale grenzen bevat. Ook een aantal federale gerechten lijkt dit vereiste van bezit tamelijk breed in te vullen, zie bijv. *Vera v. Republic of Cuba*, 12 Civ. 1596 (AKH), 2015 U.S. Dist. LEXIS 32846 (S.D.N.Y. March 17, 2015) at \*29 ('all information reasonably available to it which is responsive to the Information Subpoenas, without limitation to whether the accounts it provides information about are located in New York').

57. Hammerstein e.a. 2017, p. 49-58. Volledigheidshalve merk ik wel op dat het criterium 'rechtmatig belang' volgens Hammerstein e.a. (2017) moet worden gewijzigd in het voor de rechtspraak vertrouwde begrip 'voldoende belang'. Zij geven daarbij aan dat de rechter in dat kader geen belangenafweging dient te maken, maar in plaats daarvan moet nagaan of een partij procesueel gezien aanspraak maakt op de door haar verzochte informatie (p. 53). Zij pleiten voor een systeem van het in beginsel toewijzen van de exhibitievordering, tenzij er sprake is van een afwijzingsgrond (p. 51). De belangenafweging die thans door de rechter dient te worden gemaakt in het kader van het criterium 'rechtmatig belang', lijken zij te plaatsen onder de door hen gecreëerde afwijzingsgrond 'misbruik van bevoegdheid' (zie de door hen beschreven derde situatie van het 'misbruik-criterium', p. 55). De huidige afwijzingsgrond 'gewichtige redenen' blijft onder het voorstel van Hammerstein e.a. in stand, maar dan onder de noemer 'zwaarwegende redenen', zie p. 57.

58. Vgl. in dit verband hetgeen de minister van VenJ overwoog bij het eerdere, en reeds ingetrokken, wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, *Kamerstukken II 2011/12, 33079, 3, p. 12 (MvT)*.

59. Zie Van der Plas 2014, p. 53.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*

62. Vgl. de toelichting bij het eerdere, en reeds ingetrokken, wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, *Kamerstukken II 2011/12, 33079, 3, p. 7 (MvT)*. Anders: HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, *NJ 2017/22 (Synthon/Astellas)*, r.o. 3.3.4. Hierin geeft de Hoge Raad een beperktere omschrijving van de belangen die pleiten tegen het verlenen van inzage: 'waaronder [verweerders] belang dat de bescherming van vertrouwelijke informatie is gewaarborgd, maar in het bijzonder ook om verschoond te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelden is, ingeval de beweerde inbreuk niet voldoende aannemelijk is, of indien de exhibitie verlangende partij ook andere effectieve, maar voor de verweerder minder belastende middelen tot bewijsgaring ten dienste staan (zoals een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht)'. Het door mij aangehaalde arrest heeft echter betrekking op een intellectuele-eigendomszaak. Zodoende kan mijns inziens niet worden gesteld dat deze beperkte benadering van de belangen die tegen inzage pleiten, bij de afweging die moet worden gemaakt in het kader van het vereiste 'rechtmatig belang', ook geldt in 'gewone' 843a-zaken. Vgl. Ekkelmans, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 843a, aant. 4.2.

63. Hague Conference on Private International Law 2008, p. 13 (<https://assets.hch.net/upload/wop/2008pd10e.pdf>, geraadpleegd op 4 april 2018).

van een dergelijke belangenafweging dient te worden afgewezen.<sup>64</sup>

Ook bij de beoordeling van het criterium 'gewichtige redenen' dient de rechter een belangenafweging te maken.<sup>65</sup> Hierin weegt hij het belang dat pleit voor waarheidsvinding af tegen dat wat pleit voor geheimhouding van de verzochte informatie.<sup>66</sup> Mijns inziens komen daarbij dezelfde belangen aan bod als die eerder zijn beschreven bij het criterium 'rechtmatig belang'. Voorts is het noodzakelijk dat de rechter bij zijn belangenafweging kennisneemt van de verzochte informatie.<sup>67</sup> Doordat de buitenlandse partij hiervoor de informatie aan de rechter dient te verschaffen, zou men kunnen stellen dat er in een dergelijk geval *altijd* inbreuk wordt gemaakt op de buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht. Het naderhand afwijzen van het inzageverzoek, het opleggen van een geheimhoudingsplicht door de rechter aan partijen of het oordeel dat de informatie alleen in een verschoonde vorm aan een derde of aan de rechter wordt verstrekt, doet hier mijns inziens in zoverre niet aan af.

Daarbij vraag ik mij af of ook de Nederlandse rechter de buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht doorgaans niet terzijde zal schuiven ten gunste van de waarheidsvinding in de bij hem aanhangige procedure. De multifactorbenadering die de federale gerechten gebruiken en de criteria van art. 843a Rv vertonen namelijk grote overeenkomsten.<sup>68</sup> Ik beseft dat de federale en Nederlandse civiele rechters in hun taakuitoefening kunnen verschillen. Dat sommige federale gerechten verzoeken tot grensoverschrijdende bewijsverkrijging op een onvolledige en inconsequente wijze beoordelen, sluit mijns inziens niet uit dat ook sommige Nederlandse rechters een dergelijke onvolledige of inconsequente belangenafweging zouden kunnen maken.

Daarnaast sluit ik niet uit dat het risico van een *pro-forum bias* ook bij Nederlandse rechters aanwezig is. In het voorgaande werd vermeld dat de 'nationale' inzageverzoeken die wor-

den gedaan op grond van art. 843a Rv niet snel worden afgewezen vanwege het vereiste van 'rechtmatig belang'. Mogelijk betekent dit dat de Nederlandse rechter in het geval van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht ook doorgaans voorrang verleent aan het belang van waarheidsvinding in de Nederlandse procedure. Daarnaast is het een aloud en breedgedragen uitgangspunt dat de Nederlandse rechter buitenlandse verschoningsrechten – waarvan geen equivalent bestaat onder Nederlands recht – niet erkent.<sup>69</sup> Waarom zou dit in het geval van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht anders zijn?

### 3.2 Hoe nu verder?

Het volledig ontbreken van enige sturing bij de beoordeling van een inzageverzoek in geval van een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht kan problematisch zijn voor de Nederlandse rechter. Onder het credo *ius curia novit* wordt hij immers geacht het recht te kennen, ook wanneer dit het recht van een ander land betreft.<sup>70</sup> Wanneer hem wordt verzocht om te oordelen over een inzageverzoek, terwijl dit verzoek strijdig is met een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht, dient hij in staat te zijn om ook in een dergelijke, politiek gevoelige zaak een beslissing te nemen.<sup>71</sup> Het maken van een gedegen afweging waarin de met elkaar conflicterende belangen worden meegewogen, lijkt mij gezien de federale jurisprudentie daarbij voor hem de meest lastige opgave.

Wat mij betreft hoeft art. 843a Rv in dat kader echter niet te worden aangepast. Sommige federale gerechten gaan bij hun beoordeling ook expliciet in op de kans dat de buitenlandse partij wordt bestraft voor het verlenen van inzage, alsmede de hoogte van de te verwachten strafoplegging.<sup>72</sup> Dit aspect kan naar mijn mening reeds worden meegewogen bij de afweging die de rechter onder art. 843a lid 1 en 4 Rv dient te maken. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een ander aspect dat sommige federale gerechten bij hun belangenafweging meewegen,

64. Andere lagere rechters lijken in dat verband echter wél zware eisen aan het inzageverzoek te stellen. Zie voor een beknopt overzicht Ekelmans, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 843a, aant. 4.2.

65. Dit geldt ook ten aanzien van bedrijfsgeheimen. Zie voor een bespreking – mede in samenhang met de gevolgen die de implementatie van Richtlijn (EU) 2016/943 teweeg zal brengen – P.J. van der Korst, 'Bedrijfsgeheimen: vanaf 2018 wettelijk geregeld', *Ondernemingsrecht* 2017/48. Vgl. ECLI:NL:PHR:2018:187 (concl. A-G Wesseling-van Gent), r.o. 3.38-3.53. Richtlijn (EU) 2016/943 dient uiterlijk op 9 juni 2018 te worden geïmplementeerd, zie in dat verband het voorstel Wet bescherming bedrijfsgeheimen (*Kamerstukken II* 2018/19, 34821, 2).

66. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, r.o. 3.4.6, *NJ* 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (*De Telegraaf/Staat der Nederlanden*); HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen (*X/Y*).

67. HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, r.o. 4.4.6, *NJ* 2004/4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*); HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, r.o. 3.4.8, *NJ* 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (*De Telegraaf/Staat der Nederlanden*).

68. Beide toetsingscriteria lijken maar op twee punten te verschillen. Onder de multifactorbenadering dienen federale gerechten na te gaan uit welk land de informatie afkomstig is. Een dergelijk criterium komt niet voor in art. 843a Rv. Laatstgenoemde bepaling spreekt echter over het feit dat de informatie moet zien op de rechtsbetrekking waarbij (de rechtsopvolger van) de verzoeker partij is. Dit vereiste komt niet voor onder de federale multifactorbenadering.

69. Zie T.M.C. Asser, *Schets van het internationaal privaatrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1880, p. 116; T.G.M. Smits, *Internationaal bewijsrecht in burgerlijke zaken* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: L. Kervel & Co. 1885, p. 26; J. Offerhaus, *Nederlandsch internationaal bewijsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: A.H. Kruyt 1918, p. 115; Van het Kaar 2008, p. 72.

70. N. Peters, *IPR, proces & arbitrage* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2016, p. 330-331.

71. Zie Smith 2014, p. 621. Vgl. in dit verband echter C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Deventer: Kluwer 2005, p. 257; zij maakt soortgelijke opmerkingen bij de comitas-afweging die de rechter dient te maken in het kader van art. 7 lid 1 EVO, waarbij rekening dient te worden gehouden met buitenlandse voorrangregels. Zij vervolgt echter: 'De rechter heeft hier echter weinig keus; art. 7 lid 1 EVO en de Alnati-formule zijn er en die dienen te worden toegepast. Art. 7 lid 1 EVO heeft tot uiting gebracht dat de rechter zich niet steeds kan verschansen in een apolitieke taakvervulling. Daarmee is de politieke rol van de rechter geprotonceerder geworden' (voetnoten weggelaten). Maar zie met betrekking tot de vraag of een vreemde staat vorderingen mag instellen bij de Nederlandse rechter, p. 535-536: 'De afwegingsfactor comitas levert daarbij de meeste problemen op (...) [en] ligt dus eigenlijk meer op het werkkterrein van de uitvoerende macht.'

72. Zie bijv. de zaken die worden aangehaald in Harkness e.a. 2015, p. 28-29.



namelijk of de buitenlandse partij die weigert inzage te verlenen te goeder trouw is.<sup>73</sup>

Mogelijk verdient het wel aanbeveling dat de Nederlandse rechter bij het beoordelen van een dergelijk inzageverzoek, al dan niet via de buitenlandse partij, toestemming aan de desbetreffende buitenlandse autoriteit vraagt om de verzochte informatie te mogen inzien. Deze benadering wordt gehanteerd door de federale rechters en heeft bijvoorbeeld geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 25 augustus 2017. Hierin werd door een van de partijen aan de Hoge Raad gevraagd of hij een eerder door hem opgelegde geheimhoudingsplicht ex art. 28 KEI-Rv wilde opheffen, zodat de informatie ten behoeve van een federale *discovery*-procedure kon worden verstrekt.<sup>74</sup> Bij een dergelijke handelwijze wordt de beslissing in de handen van de buitenlandse staat gelegd en wordt diens soevereiniteit aldus gerespecteerd. De eerlijkheid gebiedt wel te zeggen dat de federale rechters echter ook partijen lijken te verplichten om de verzochte informatie te verstrekken, indien de buitenlandse geheimhoudingsplicht na een dergelijk verzoek niet wordt opgeheven.<sup>75</sup>

Wat het bovenstaande naar mijn mening heeft aangetoond, is dat er ook onder het Nederlandse recht bij de beoordeling van dit soort inzageverzoeken een rol is weggelegd voor de comitas-leer. Deze comitas-leer ziet op het ongeschreven, internationaalrechtelijke beginsel van hoffelijkheid tussen staten en is door verschillende Nederlandse juristen in het verleden als onwerkbaar bestempeld vanwege haar onduidelijke betekenis.<sup>76</sup> Ondanks dat de comitas-leer in de literatuur in de vergetelheid lijkt te zijn geraakt, komt zij terug in verschillende hedendaagse leerstukken en bepalingen.<sup>77</sup> Bij grensoverschrijdende bewijsverkrijging herinnert zij naar mijn mening een Nederlandse rechter eraan dat hij terughoudend moet omgaan met zijn bevoegdheid om een buitenlandse partij te verplichten inzage te verlenen in de informatie die zij ter

beschikking heeft. In het geval een dergelijk inzageverzoek strijdig is met buitenlandse wetgeving – en daarmee met de soevereiniteit van de desbetreffende staat – doet de rechter er mijns inziens dan ook verstandiger aan om de bewijsverkrijging te laten verlopen via de daartoe opgestelde internationale regelingen. De comitas-leer kan daarom worden gezien als een restrictief leerstuk,<sup>78</sup> en zij wordt als zodanig door verschillende rechters uit EU-lidstaten bij grensoverschrijdende bewijsverkrijging gebruikt.<sup>79</sup> Mogelijk zal de rol die deze leer speelt binnen Nederlandse civiele zaken toenemen, wanneer partijen in lijn met het advies *Modernisering burgerlijk bewijsrecht* daadwerkelijk reeds voorafgaande aan of aan het begin van de procedure al het beschikbare bewijs dienen te vergaren.

#### 4 Conclusie

In dit artikel heb ik stilgestaan bij een mogelijke internationale implicatie van het advies *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*. Daartoe heb ik een vergelijking gemaakt met de wijze waarop federale gerechten beoordelen of zij een buitenlandse partij op basis van het federaal procesrecht verplichten om inzage te verschaffen in informatie die zich in een ander land bevindt. Deze buitenlandse partijen belanden daarmee in een spagaat wanneer de verzochte informatie in dat land valt onder een wettelijke geheimhoudingsplicht. Het toetsingskader dat de federale rechters gebruiken om te beoordelen of een buitenlandse partij ook in dat geval verplicht kan worden om de verzochte informatie te verstrekken, is gebaseerd op de comitas-leer. Het vertoont grote overeenkomsten met de criteria waarop de Nederlandse rechter een inzageverzoek onder art. 843a Rv dient te beoordelen.

Het blijkt dat de Nederlandse rechter doorgaans niet snel oordeelt dat een inzageverzoek dient te worden afgewezen omwille van het ontbreken van een rechtmatig belang. Mede gezien de jurisprudentie van de federale gerechten en de heersende opvatting in de Nederlandse doctrine over de erkenning van buitenlandse verschoningsrechten, ben ik van mening dat de Nederlandse rechter ook niet snel geneigd zal zijn om een inzageverzoek af te wijzen omwille van strijdigheid met een buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplicht. Mijns inziens dienen Nederlandse rechters zich bewust te zijn van het feit dat de comitas-leer in een dergelijke situatie van hen verlangt dat zij terughoudend omgaan met hun bevoegdheid om een partij te verplichten inzage te verlenen in de informatie waarover zij beschikt. Dit kan betekenen dat rechters onder bepaalde omstandigheden er verstandiger aan doen om de bewijsverkrijging te laten verlopen via de daartoe opgestelde internationale regelingen, ook al hebben zij de bevoegdheid om een partij tot het verlenen van inzage te bevelen op grond van art. 843a Rv.

73. Harkness e.a. 2015, p. 29.

74. HR 25 augustus 2017, ECLI:NL:HR:2017:2196 (*Oi Coop/Citadel c.s.*).

75. Harkness e.a. 2015, p. 30.

76. Zie bijv. Asser 1880, p. 20: 'Men gevoelt dat, bij deze opvatting, het internationale regt op een bijzonder zwakken bodem rust.' R.D. Kollwijn, *Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het internationaal privaatrecht tot 1880* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1937, p. 139: 'De veronderstelling schijnt zelfs gerechtvaardigd, dat een dergelijke poging alleen kon worden gewaagd door een schrijver die de stof [van het internationaal privaatrecht; RJ] juist niet voldoende beheerste en daardoor haar problemen eenvoudiger zag dan zij in werkelijkheid waren' (verwijzend naar het werk van Huber, een van de grondleggers van de comitas-leer), L. Strikwerda, 'Verkreten rechten bij Ulrik Huber', in: H.F.G. Lemaire & P. Vlas (red.), *Met recht verkreten*, Deventer: Kluwer 2002, p. 183: 'Was het maar zo simpel!', sprekend over het werk van Huber.

77. Zoals het EU-beginsel van wederzijds respect tussen lidstaten (A. Briggs, 'The principle of comity in private international law', *Recueil des cours* (354) 2012, p. 88) en de openbare-orde-exceptie (vgl. L. Strikwerda, 'Fries recht in Amerika. Over Ulrik Huber, Joseph Story en internationale contracten', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (VI) 1987, p. 66 en L. Willemarck, 'De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2003, afl. 2, p. 121). Zie verder de opmerkingen van Van der Plas ten aanzien van art. 7 lid 1 EVO, die staan beschreven in voetnoot 71 van deze bijdrage.

78. W.S. Dodge, 'International comity in American law', *Columbia Law Review* (115) 2015, p. 2079 en 2117-2119. Vgl. Van der Plas 2005, p. 319: zij ziet vooral een rol voor de comitas-leer weggelegd met betrekking tot de vraag of vreemd publiekrecht dient te worden toegepast.

79. Hague Conference on Private International Law 2008, p. 14 (<https://assets.hchc.net/upload/wop/2008pd10e.pdf>, geraadpleegd op 4 april 2018).