

De nieuwe arbitragewet en de beoordeling van exhibitieverzoeken

*Mr. T. Stouten**

1 Inleiding

Op 1 januari 2015 is de nieuwe Nederlandse arbitragewet in werking getreden. Deze wet beoogt de Nederlandse arbitragewetgeving te moderniseren. Van deze arbitragewet ziet art. 1040 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op exhibitieverzoeken in arbitrageprocedures. Tevens ligt er een wetsvoorstel¹ op tafel dat is bedoeld om de huidige exhibitierегeling – zoals die is neergelegd in art. 843a en 843b Rv – te verbeteren. Zowel de nieuwe Nederlandse arbitragewet als het wetsvoorstel is van invloed op het doen en beoordelen van exhibitieverzoeken in arbitrageprocedures.

Ik zal in deze bijdrage allereerst bespreken aan welke voorwaarden een exhibitieverzoek in een arbitrageprocedure volgens het nieuwe arbitragerecht moet voldoen. Daarbij zal ik de verschillen ten opzichte van het oude arbitragerecht benoemen en bespreken in hoeverre en wanneer het opportuun is voor partijen om af te wijken van de wettelijke exhibitierегeling voor arbitrageprocedures. In dit kader zal ik ook de consequenties bespreken van de verschillen tussen de exhibitierегeling in het wetsvoorstel, dat is bedoeld om de huidige exhibitierегeling te verbeteren, en de exhibitierегeling in de nieuwe arbitragewet.

2 Beoordeling van exhibitieverzoeken onder het nieuwe arbitragerecht

2.1 *Het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv*

Het oude art. 1039 lid 4 Rv bepaalde dat het scheidsgerecht ambtshalve bevoegd was om partijen te bevelen stukken over te leggen. Hoewel art. 1039 lid 4 Rv dit niet expliciet vermeldde, was het algemeen geaccepteerd dat het scheidsgerecht ook op verzoek van een partij de wederpartij kon bevelen om stukken over te leggen.² Het oude art. 1039 lid 4 Rv stelde geen voorwaarden waaraan een dergelijk exhibitieverzoek diende te voldoen. Het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv, dat art. 1039 lid 4 Rv heeft vervangen, heeft daar verandering in gebracht:

‘Het scheidsgerecht kan, op verzoek van een der partijen of uit eigen beweging, inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde, op het geschil betrekking hebbende bescheiden bevelen van de partij die deze bescheiden tot zijn beschikking heeft, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Het scheidsgerecht bepaalt de voorwaarden waaronder en de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden wordt verschaft.’

Anders dan het oude art. 1039 lid 4 Rv, verschaft het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv partijen expliciet de bevoegdheid een exhibitieverzoek te doen. Voorts, eveneens anders dan het oude art. 1039 lid 2 Rv, bepaalt het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv dat aan een dergelijk exhibitieverzoek voorwaarden zullen zijn verbonden.

Volgens de wetgever sluit de regeling van het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv nauw aan bij het wetsvoorstel ter verbetering van het inzagerecht.³ Het beoogde art. 162a Rv zal het huidige art. 843a Rv – welk artikel thans de vereisten voor exhibitieverzoeken bij de overheidsrechter regelt – vervangen. Gelet op de vorenstaande opmerking van de wetgever zullen mijns inziens bij de uitleg van art. 1040 lid 2 Rv, dat ziet op exhibitieverzoeken in arbitrage, de wettekst van het beoogde art. 162a Rv en de toelichting daarop betreffende het ‘gewone’ exhibitieverzoek relevant zijn.

Het voorgestelde art. 162a lid 1 en 2 Rv⁴ bepaalt:

‘1. Degene die partij is bij een rechtsbetrekking, is gerechtigd tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aangaande die rechtsbetrekking jegens degenen die deze bescheiden tot hun beschikking hebben, mits hij daarbij rechtmatig belang heeft. Degene die gerechtigd is tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden, draagt de met het verschaffen samenhangende kosten.

2. Degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben, zijn verplicht daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verschaffen, tenzij: a. aan hen een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 165, tweede lid, toekomt of een wettelijke geheimhoudingsplicht ten aanzien van die bescheiden bestaat; of b. gewichtige redenen zich daartegen verzetten.’

* Mr. T. Stouten is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

1. Kamerstukken II 2011/12, 33079, 2 (voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden).

2. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1039 Rv, aant. 5 (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 1 januari 2014).

3. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 20.

4. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3. Zie over dit artikel ook, afl. 10, p. 49-58 en J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht vernieuwd?, TvPP 2010, afl. 6, p. 179-185.

Volgens de memorie van toelichting bij de nieuwe arbitrage-wet moet worden gewaakt voor *fishing expeditions*.⁵ De wetgever kwalificeert *fishing expeditions* als 'het vissen naar informatie waarop helemaal geen recht bestaat'.⁶ Om *fishing expeditions* te voorkomen kan een exhibitieverzoek volgens de wetgever alleen worden gehonoreerd indien voldaan is aan de daaraan gestelde wettelijke voorwaarden. Ook de nieuwe arbitrage-wet stelt voorwaarden waaraan een exhibitieverzoek in arbitrageprocedures moet voldoen. Uit de wettekst van het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv blijkt dat de voorwaarden in een arbitrageprocedure als volgt luiden:⁷

1. Het moet gaan om bepaalde bescheiden, die betrekking hebben op het geschil.
2. De wederpartij moet de bescheiden tot haar beschikking hebben.
3. En het scheidsgerecht kan voorwaarden verbinden aan de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden moet worden verschaft.

De introductie van deze voorwaarden is te prijzen, omdat die een scheidsgerecht bij de beoordeling van exhibitieverzoeken richtlijnen geven hoe het dergelijke verzoeken dient te beoordelen. Voorts zorgen deze nieuwe voorwaarden ervoor dat partijen vooraf beter kunnen inschatten of een exhibitieverzoek kans van slagen zal hebben.

2.2 Verschillen tussen art. 1040 lid 2 Rv en het beoogde art. 162a Rv

De wettekst van art. 162a Rv stelt, anders dan het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv, dat:⁸

1. degene die het exhibitieverzoek indient *partij is bij een rechtsbetrekking* en dat de bescheiden waarop het verzoek betrekking heeft, moeten zien op die rechtsbetrekking;
2. een exhibitieverzoek niet behoeft te worden gehonoreerd als degene die om inzage wordt verzocht een verschoningsrecht of een wettelijke geheimhoudingsplicht heeft, of als gewichtige redenen zich daartegen verzetten;
3. degene die het exhibitieverzoek indient een *rechtmatig belang* moet hebben bij de inzage in bescheiden.

Gelet op de opmerking van de wetgever dat de nieuwe regeling van art. 1040 lid 2 Rv nauw aansluit bij de regeling van het beoogde art. 162a Rv, is het de vraag in hoeverre deze verschillen consequenties kunnen hebben voor arbitrale procedures.

3 De consequenties van de verschillen tussen art. 1040 lid 2 Rv en het beoogde art. 162a Rv

3.1 Bescheiden aangaande een rechtsbetrekking of bescheiden aangaande een geschil?

Waar art. 1040 lid 2 Rv vereist dat de bescheiden 'op het geschil betrekking hebben', eist het beoogde art. 162a Rv dat de op te vragen bescheiden 'de rechtsbetrekking aangaan'.

In de memorie van toelichting op de nieuwe arbitragewet wordt het 'geschilvereiste' van art. 1040 lid 2 Rv niet nader toegelicht. Een andere interpretatie dan een letterlijke interpretatie van dit vereiste lijkt niet voor de hand te liggen: het moet gaan om bescheiden die betrekking hebben op het geschil dat voorligt in de betreffende arbitrage.

Het vereiste van het beoogde art. 162a Rv dat degene die partij is bij een rechtsbetrekking gerechtigd is tot inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden *aangaande die rechtsbetrekking*, is in de memorie van toelichting op dit artikel wel nader toegelicht. Onder deze rechtsbetrekking schaaft de wetgever 'alle burgerrechtelijke betrekkingen tussen private partijen', te weten overeenkomsten tussen partijen, maar ook verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling.⁹ Het bestaan van deze rechtsbetrekking hoeft nog niet in rechte vast te staan.

Het vereiste dat degene die inzage vraagt partij moet zijn bij voornoemde rechtsbetrekking, wordt ruim uitgelegd. De wetgever overweegt dat hieronder mede wordt verstaan degene die bij de rechtsbetrekking een zodanig belang heeft dat hij met een partij op één lijn kan worden gesteld.¹⁰ Zo kan zelfs degene die zich op het standpunt stelt dat er nu juist géén rechtsbetrekking bestaat waarbij hij partij is, gerechtigd zijn om afschrift van bescheiden te verkrijgen waaruit dit expliciet blijkt.¹¹

Waar art. 1040 lid 2 Rv dus vereist dat de op te vragen bescheiden betrekking hebben op het geschil dat voorligt in de betreffende arbitrage, vereist art. 162a Rv dat de bescheiden zien op een privaatrechtelijke betrekking tussen private partijen.

Het rechtsbetrekkingsvereiste van het beoogde art. 162a Rv en het geschilvereiste van art. 1040 lid 2 Rv betreffen dan ook wel degelijk verschillende voorwaarden. Zo zal een partij die om overlegging van een e-mail vraagt die betrekking heeft op een arbitrageovereenkomst (waarover geen geschil bestaat) die tussen partijen is gesloten, voldoen aan het rechtsbetrekkingsvereiste van art. 162a Rv, maar niet aan het geschilvereiste van art. 1040 lid 2 Rv. Dit stuk heeft immers geen betrekking op het geschil dat voorligt in de betreffende arbitrage. Indien echter een partij een e-mailwisseling tussen haar wederpartij en een

5. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 20.

6. Kamerstukken II 2011/12, 33079, 3, p. 6.

7. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 19-20.

8. E.R. Meerdink & R. van Tricht, Modernisering van het arbitraal geding, TvA 2013/35.

9. Kamerstukken II 2011/12, 33079, 3, p. 9.

10. Kamerstukken II 2011/12, 33079, 3, p. 9.

11. Kamerstukken II 2011/12, 33079, 3, p. 9-10.

derde opvraagt die betrekking heeft op de hoogte van de schade die tussen partijen in geschil is, dan betreffen die bescheiden zowel de rechtsbetrekking als het geschil.

Mijns inziens zullen beide vereisten in de praktijk veelal dezelfde uitwerking hebben, met name door de ruime opvatting van het begrip ‘rechtsbetrekking’ in het beoogde art. 162a Rv. Bovendien zullen partijen doorgaans slechts bescheiden opvragen die relevant zijn voor de beoordeling van het geschil tussen partijen. De consequenties van het opnemen van het geschilvereiste in plaats van het veel bredere rechtsbetrekkingsvereiste in art. 1040 lid 2 Rv lijken mij dus niet verstrekkend.¹²

3.2 Geen verschoningsrechten en/of gewichtige redenen die aan toewijzing van het verzoek in de weg staan?

Art. 162a Rv bepaalt, in tegenstelling tot art. 1040 lid 2 Rv, dat een verzoek niet behoeft te worden gehonoreerd als degene die om inzage vraagt een verschoningsrecht of wettelijk geheimhoudingsrecht heeft, of als gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Dit ‘gebrek’ wordt mijns inziens ondervangen doordat de wetgever in zijn toelichting op art. 1040 lid 2 Rv stelt dat verschoningsrechten en gewichtige redenen wel degelijk aan het verschaffen van bescheiden in de weg kunnen staan.¹³

Ook zonder tekstaanpassing lijkt het mij dan ook mogelijk dat een scheidsrecht – indachtig de toelichting van de wetgever op art. 1040 lid 2 Rv – een exhibitieverzoek afwijst op grond van verschoningsrecht of gewichtige redenen.¹⁴ Het verschil in de tekst van art. 1040 lid 2 Rv en het beoogde art. 162a Rv leidt mijns inziens – voor wat betreft dit vereiste – dus niet tot een andere uitkomst bij exhibitieverzoeken op grond van de vorenstaande artikelen.

3.3 Rechtmatig belang?

In art. 1040 lid 2 Rv ontbreekt het rechtmatig-belangvereiste. In het ontwerpvoorstel ter verbetering van het inzage-recht ontbrak in eerste instantie in het beoogde art. 162a Rv eveneens het vereiste dat degene die het exhibitieverzoek indient een rechtmatig belang moet hebben bij inzage in de betreffende bescheiden.¹⁵ De wetgever stelde dat op grond van art. 3:303 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niemand een rechtsvordering toekomt zonder voldoende belang. Volgens de wetgever sprak het daarom voor zich dat het daarbij ook om een rechtmatig belang gaat. Dit is echter niet juist.

Ten eerste moet degene die bescheiden opvraagt op grond van het beoogde art. 162a Rv zijn rechtmatig belang aantonen, terwijl het bij het voldoende-belangvereiste van art. 3:303 BW juist aan degene is die verstrekking weigert om aan te tonen dat het voldoende belang ontbreekt.

Ten tweede vindt bij het voldoende-belangvereiste, anders dan bij het rechtmatig-belangvereiste, geen wederzijdse belangenafweging plaats. Deze belangenafweging is bedoeld om vast te stellen of de eiser er belang bij heeft dat de gevraagde bescheiden in rechte als bewijs beschikbaar komen, het zogenaamde bewijsbelang. Bewijsbelang bestaat indien een bewijsstuk kan bijdragen aan het aantonen van een voor de te beoordelen vorderingen relevante (mogelijk doorslaggevende) stelling, die voldoende concreet is onderbouwd en voldoende concreet is betwist.¹⁶ Indien de gedaagde bijvoorbeeld een verweer wil bewijzen door middel van een stuk dat in het bezit van de eiser is, maar dit verweer nog niet concreet is betwist door de eiser, waardoor niet duidelijk is wat concreet door welke partij zal moeten worden bewezen, dan heeft de gedaagde nog geen rechtmatig belang. Eerst moet nog worden vastgesteld of, waarover en aan wie bewijs zal worden opgedragen, hetgeen zal worden bepaald aan de hand van het debat dat tussen partijen wordt gevoerd.¹⁷ Hierdoor wordt voorkomen dat de partij waaraan de overlegging van bescheiden wordt verzocht, nodeloos wordt lastiggevallen.¹⁸

Bij het voldoende-belangvereiste gaat het erom dat het belang voldoende moet zijn om de rechtsvordering te rechtvaardigen.¹⁹ De rechter dient terughoudend te zijn met het afwijzen van een vordering op grond dat er niet voldoende belang bestaat.²⁰ Een voldoende belang mag worden verondersteld en dit belang moet slechts bij uitzondering bewezen worden. Een wederzijdse afweging van belangen is hierbij – zoals hiervoor vermeld – niet aan de orde.²¹

Gelet op het vorenstaande is de rechtmatig-belangtoets, zoals opgenomen in art. 162a Rv, strenger dan de voldoende-belangtoets van art. 3:303 BW.

Naar aanleiding van kritiek uit het veld tijdens de internetconsultatie heeft de wetgever ervoor gekozen om het rechtmatig-

12. Zie HR 26 oktober 2012, JOR 2013/30 m.nt. T.S. Jansen (X/Theodoor Gilissen), r.o. 3.8.3: Jansen stelt naar aanleiding van dit arrest dat het – gelet op de ruime toepassing van het rechtsbetrekkingsvereiste – steeds meer aankomt op het rechtmatig-belangvereiste, dat hierna nog aan bod zal komen. Het rechtsbetrekkingsvereiste lijkt dus steeds meer aan belang in te boeten.

13. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 20.

14. Meerdink & Van Tricht 2013.

15. Zie <www.internetconsultatie.nl/informatieverschaffing>.

16. Rb. Den Haag 8 januari 2014, NJF 2014/107; Rb. Den Haag 28 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5231, r.o. 2.4.

17. Hof Amsterdam 15 december 2009 (Qwest/Deutsche Bank), r.o. 4.6, niet gepubliceerd; Hof Den Haag 11 april 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0694, NJF 2008/245 (Israelis/Staat); Rb. Den Bosch 3 februari 2010, RI 2010/46, r.o. 3.2.

18. B.T.M. van der Wiel, De exhibitieplicht (te) terughoudend opgevat, NbbW 2004, p. 28-60; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, Opening van zaken, TCR 2002, p. 8-14 (meer specifiek par. 2.2.1). Zie ook J.G.A. Linssen in zijn noot onder Rb. Zutphen 7 mei 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AI1718, JBPr 2003/66. Zie voorts A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg (Serie burgerlijk proces en praktijk), Deventer: Kluwer 2003, p. 73.

19. MvA II, Parl. Gesch. 3, p. 916.

20. HR 17 september 1993, NJ 1994/118 (Severin/Detam).

21. Zie ook Jongbloed, in: Groene Serie Privaatrecht – Vermogensrecht, art. 3:303 BW, aant. 3 (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 4 januari 2013).

belangvereiste alsnog op te nemen in het beoogde art. 162a Rv.²² Bij het opstellen van art. 1040 lid 2 Rv is de wetgever om onduidelijke redenen voorbijgegaan aan dit vereiste. Juist in een arbitrage – waar bewijsvoering, toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs in beginsel ter vrije bepaling van het scheidsgerecht staan²³ – kan het rechtmatig-belangvereiste eraan bijdragen dat een partij niet nodeloos wordt lastiggevallen met de verplichting bescheiden over te leggen vóórdat duidelijk is dat de partij die om de bescheiden heeft verzocht, ook een bewijsbelang heeft bij die bescheiden. Mijns inziens dient art. 1040 lid 2 Rv voor wat betreft het rechtmatig-belangvereiste dan ook gelijk te worden getrokken met het beoogde art. 162a Rv.

4 Nadere afspraken tussen partijen over exhibitieverzoeken en de beoordeling van die verzoeken

In beginsel wordt – zoals hiervoor vermeld – de beoordeling van exhibitieverzoeken door het scheidsgerecht in de toekomst geregeld door het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv.

Partijen kunnen echter – op grond van de nieuwe art. 1036 lid 1, 1039 lid 1 en 1040 lid 2 Rv²⁴ – van de exhibitierегeling van art. 1040 lid 2 Rv afwijken. Partijen kunnen op basis hiervan:

1. het recht op inzage in bescheiden geheel uitsluiten;²⁵ of
2. nadere (van art. 1040 lid 2 Rv afwijkende) afspraken maken ten aanzien van de beoordeling van exhibitieverzoeken en in dat kader onder andere:
 - a. het beoogde art. 162a Rv, of
 - b. de International Bar Association Rules on the Taking of Evidence (IBA Rules),
 - c. van toepassing verklaren.

De oude arbitragewet gaf in art. 1036 en 1039 lid 5 Rv eveneens deze mogelijkheden. Het nieuwe arbitragerecht verschilt daar op dit punt dus niet van.

Tussen de toepassing van de voorgestelde art. 162a en 1040 lid 2 Rv en de IBA Rules bestaan wel verschillen. Hierna zal ik het onderscheid tussen deze regelingen toelichten, waarbij ik tevens zal opmerken in hoeverre en wanneer het voor partijen opportuun zal zijn om van het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv af te wijken.

4.1 Keuze voor toepassing van het toekomstige art. 162a Rv

Zoals ik hiervoor heb toegelicht, verschilt art. 162a Rv ten opzichte van art. 1040 lid 2 Rv voor wat betreft het vereiste dat op grond van art. 162a Rv een partij die een exhibitieverzoek indient een ‘rechtmatig belang’ moet hebben bij de

bescheiden waarvan hij inzage verlangt. In dat kader heb ik hiervoor voorgesteld de wettekst van art. 1040 lid 2 Rv op dit punt gelijk te trekken, zodat ook bij de behandeling van exhibitieverzoeken in arbitrageprocedures een betere afweging van belangen gewaarborgd is en wordt voorkomen dat een partij nodeloos wordt lastiggevallen. Voor zover deze aanpassing niet plaatsvindt, kunnen partijen hierin zelf voorzien door – op grond van art. 1036 lid 1, 1039 lid 1 en 1040 lid 2 Rv – het rechtmatig-belangvereiste op te nemen als voorwaarde die geldt in aanvulling op de in art. 1040 lid 2 Rv genoemde voorwaarden.

4.2 Toepassing IBA Rules

De IBA Rules²⁶ beogen een balans te vinden tussen de processuren van de *civil law*- en *common law*-landen ten aanzien van bewijslevering in arbitrages.²⁷ De IBA Rules zijn daarom bedoeld voor situaties waarin een van de partijen uit een *common law*-jurisdictie afkomstig is en haar wederpartij uit een *civil law*-jurisdictie.

De IBA Rules stellen onder andere het vereiste dat de bescheiden waarvan inzage wordt verzocht relevant en materieel moeten zijn voor de uitkomst van de arbitrage. Volgens het commentaar van de IBA-Commissie op de IBA Rules wordt hiermee tot uitdrukking gebracht dat het voor het scheidsgerecht duidelijk moet zijn waarom de verzoekende partij de bescheiden waarvan inzage wordt verzocht, nodig heeft voor haar bewijsvoering.²⁸ De toewijsbaarheid van het verzoek op grond van de IBA Rules hangt dus feitelijk – net zoals bij het rechtmatig-belangvereiste van art. 162a Rv – af van het bewijsbelang van de partij die het exhibitieverzoek doet.

Hiervoor heb ik uiteengezet dat art. 1040 lid 2 Rv niet het rechtmatig-belangvereiste respectievelijk het bewijsbelang stelt. Hierdoor kan mijns inziens, anders dan op grond van de IBA Rules, een exhibitieverzoek op grond van art. 1040 lid 2 Rv niet worden afgewezen omdat nog niet vaststaat of de bescheiden noodzakelijk zijn voor de bewijsvoering van een partij. Daarmee lijken de IBA Rules dus minder liberaal dan art. 1040 lid 2 Rv.²⁹

Voordat partijen de beslissing nemen om de IBA Rules – in afwijking van het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv – van toepassing te verklaren, zal elke partij een eigen afweging moeten maken of zij niet beter af is met het liberalere art. 1040 lid 2 Rv. Dat zal meestal het geval zijn indien de betreffende partij – ongeacht of zij afkomstig is uit een *common law*- of *civil law*-jurisdictie –

22. Zie commentaar van Ekemans en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, <www.internetconsultatie.nl/informatieverschaffing>. Kamerstukken II 2011/12, 33079, 2.

23. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 23.

24. Het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv bevat immers de kanttekening ‘tenzij de partijen anders zijn overeengekomen’.

25. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 19.

26. Zie voor een uiteenzetting over de IBA Rules. Y.O. Jansen & R. Schellaars, De IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010 - schriftelijk bewijs, TvA 2011/57.

27. Zie de toelichting van de IBA-Commissie met als titel ‘Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration’, p. 1.

28. Zie ‘Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration’, p. 9 en 10. Zie ook Jansen & Schellaars 2011, par. 4.2.

29. Zie ook Jansen & Schellaars 2011/57, par. 5.

zelf voornemens is om exhibitieverzoeken te doen in de arbitrageprocedure. Die partij is er immers bij gebaat dat aan het exhibitieverzoek zo min mogelijk (zware) eisen zijn verbonden.

5 De te verwachten invulling van de vereisten van art. 1040 lid 2 Rv

Tot de invoering van de nieuwe arbitragewet zag men dat in de praktijk voor de beoordeling van exhibitieverzoeken met enige regelmaat – bij gebrek aan een toetsingskader in de oude arbitragewet en indien partijen de toepassing van de IBA Rules niet expliciet waren overeengekomen – *guidance* werd gezocht bij de IBA Rules.³⁰ Dit is met de invoering van art. 1040 lid 2 Rv niet langer noodzakelijk en ook niet langer mogelijk omdat dit artikel een wettelijk toetsingskader verschaft voor de beoordeling van exhibitieverzoeken. Gelet op de in paragraaf 4.2 besproken verschillen tussen de IBA Rules en art. 1040 lid 2 Rv ligt het bovendien niet voor de hand om, evenals voor de exhibitieregeling in de oude arbitragewet, ook voor de invulling van de vereisten van art. 1040 lid 2 Rv aansluiting te zoeken bij de IBA Rules.

Deze invulling lijkt mij bovendien niet gewenst omdat de exhibitieregeling van art. 1040 lid 2 Rv volgens de wetgever nauw aansluit op die van art. 162a Rv (de beoogde opvolger van het huidige art. 843a Rv).³¹ Mijns inziens moet voor de invulling van art. 1040 lid 2 Rv dus worden aangeknoopt bij het huidige art. 843a Rv respectievelijk (in de toekomst) bij het beoogde art. 162a Rv, en niet bij de IBA Rules. Dit geldt des te meer indien beide partijen uit een *civil law*-jurisdictie afkomstig zijn. De IBA Rules zijn immers bedoeld om een balans te vinden tussen de procesculturen van de *civil law*- en *common law*-landen ten aanzien van bewijslevering.³² Indien beide partijen uit een *civil law*-jurisdictie afkomstig zijn, ligt het dan meer voor de hand om voor de uitleg van art. 1040 lid 2 Rv – wat immers een *civil law*-bepaling is – aan te knopen bij art. 843a Rv respectievelijk het beoogde art. 162a Rv en niet de gemengde uitleg van de IBA Rules te hanteren.

6 Conclusie

In deze bijdrage is besproken welke voorwaarden art. 1040 lid 2 Rv stelt aan een exhibitieverzoek binnen een arbitrage en op welke wijze deze afwijken van de voorwaarden die het beoogde art. 162a Rv aan een dergelijk verzoek stelt.

De regeling van het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv voor exhibitieverzoeken in arbitrageprocedures geeft een scheidsgerecht – ten opzichte van de oude regeling – richtlijnen om exhibitieverzoeken te beoordelen. Dit komt de voorspelbaarheid van de uitkomst van exhibitieverzoeken ten goede. Een kanttekening die ik hierbij heb geplaatst, is dat het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv gelijk zou moeten worden getrokken met het beoogde art.

162a Rv voor wat betreft het vereiste dat degene die een exhibitieverzoek indient, daarbij ook een ‘rechtmatig belang’ moet hebben. Voor zover dit vereiste niet wordt opgenomen in de wettekst van het nieuwe art. 1040 lid 2 Rv, kunnen partijen aanvullend overeenkomen dat het rechtmatig-belangvereiste, in aanvulling op de in art. 1040 lid 2 Rv genoemde voorwaarden, van toepassing is op de beoordeling van exhibitieverzoeken in arbitrageprocedures. Dit vereiste kan onnodig gebruik van het exhibitieverzoek voorkomen.

De IBA Rules zijn bedoeld om in internationale arbitrageprocedures – en meer in het bijzonder als een van de partijen uit een *common law*-jurisdictie afkomstig is en haar wederpartij uit een *civil law*-jurisdictie – regels te geven ten aanzien van bewijslevering, waaronder begrepen exhibitieverzoeken. Voordat een partij in een dergelijke arbitrage echter instemt met toepassing van de IBA Rules, zal zij haar eigen afweging moeten maken of zij niet beter af is met het liberalere nieuwe art. 1040 lid 2 Rv, hetgeen het geval is indien de betreffende partij zelf voornemens is om exhibitieverzoeken te doen in de arbitrage.

30. NAI 23 december 2013, zaak NAI 4203, TvA 2014/37, par. 86 e.v.

31. Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 20.

32. Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.