

Exhibitievorderingen in nationale arbitrages

Hoe passen arbiters art. 1040 lid 2 Rv toe?

TvA 2022/71



A request for document production may have considerable strategic importance. The instrument is of common law origin, yet is regularly employed in Dutch-seated national and international arbitrations. This contribution focuses on document production in national arbitrations conducted under Dutch law. It examines the various elements of Article 1040(2) of the Dutch Code of Civil Procedure. The contribution is based on an empirical assessment of arbitral awards rendered under the auspices of several Dutch arbitration institutes. It examines whether and, if so, to what extent the assessment of claims for document production in such arbitrations differs from the assessment in proceedings before the state courts. The author concludes that arbitrators apply the case law relating to Article 843a of the Dutch Code of Civil Procedure seamlessly in arbitration.

1. Inleiding

1.1 De exhibitievordering² als strategisch wapen is van niet te onderschatten belang. Ook in arbitrages mogen exhibitievorderingen zich in een grote populariteit verheugen. In internationale arbitrages is het van oudsher een zeer gebruikelijk middel, mede onder invloed van de in het Anglo-Amerikaanse recht gebruikelijke *discovery of documents*, ook wel *disclosure* genoemd.³ Het instrument is inmiddels ook overgewaaid naar Nederland. Het wordt ingezet in internationale en nationale arbitrages met plaats van

arbitrage in Nederland. Op de laatste categorie – nationale arbitrages – zal ik me in deze bijdrage focussen.⁴

1.2 Voor procedures bij de overheidsrechter is de exhibitievordering geregeld in art. 843a Rv. Voor arbitrages is dit geregeld in art. 1040 lid 2 Rv, zij het dat art. 1040 lid 2 Rv net iets andere bewoordingen kent (waarover hierna meer). In deze bijdrage zal ik eerst enkele algemene beschouwingen wijden aan de exhibitievordering in arbitrage (par. 2). Daarna neem ik de verschillende elementen van art. 1040 lid 2 Rv onder de loep. Meer in het bijzonder onderzoek ik of, en zo ja, in hoeverre de beoordeling van exhibitievorderingen in arbitrage afwijkt van die in procedures bij de overheidsrechter (par. 3).⁵ Dit doe ik aan de hand van (gepubliceerde) arbitrale vonnissen van het Nederlands Arbitrage Instituut (“NAI”) en de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen⁶ (“RvA”), die na inwerkingtreding van de Arbitragewet 2015 zijn geweest. Ik sluit af met enkele conclusies (par. 4).

2. Enkele algemene beschouwingen over exhibitievorderingen in arbitrage

2.1 Een balans tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid

De exhibitievordering wordt soms gevreesd door wederpartijen.⁷ Zij zullen zich om uiteenlopende redenen tegen exhibitievorderingen willen verzetten, bijvoorbeeld omdat sprake is van vertrouwelijke, al dan niet concurrentiegevoelige informatie of van gewichtige redenen. Ook arbiters zullen beducht zijn voor een ontwikkeling waarbij zij zelfs in relatief eenvoudige arbitrages worden geconfronteerd met verhuuswagens met stukken, die slechts ten dele relevant zijn voor de beoordeling van het geschil.⁸ Zogenaamde *fishing expeditions* zijn uit den boze.⁹ Er moet derhalve voor worden gewaakt dat exhibitievorderingen te

1 Dorine ten Brink is advocaat/partner bij Ploum | Rotterdam Law Firm en is redactiesecretaris van dit tijdschrift.

2 Inzage, afschrift of uittreksel op de voet van art. 843a Rv kan ook worden verzocht bij verzoekschrift; zie HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1985. Ik zal in deze bijdrage consequent spreken over een “*exhibitievordering*”, die wordt ingesteld door een “*eiser*”.

3 Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om hier dieper op in te gaan. Wie hierover meer wil lezen, verwijs ik naar G.B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 3^e druk, Kluwer Law International.

4 Over wat internationale en nationale arbitrages zijn, kun je een boom opzetten. In het NAI Arbitragereglement 2010 werd “*internationale arbitrage*” gedefinieerd als een arbitrage waarbij op het moment van aanhangig maken van de arbitrage tenminste een der partijen buiten Nederland woont, gevestigd is of bij gebreke daarvan feitelijk verblijf houdt. In lijn met de Nederlandse arbitragewet maakt het NAI Arbitragereglement 2015 het onderscheid tussen nationale en internationale arbitrages niet meer. Beter lijkt het daarom om voor dit onderscheid houvast te zoeken bij artikel 1 lid 3 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. In het kader van deze bijdrage versta ik onder een nationale arbitrage een arbitrage tussen twee Nederlandse partijen, waarbij internationale elementen geen of slechts een ondergeschikte rol spelen.

5 De concentratie- en substantiëringsplicht van art. 1040 lid 1 Rv laat ik hier verder buiten beschouwing.

6 Tot 8 april 2021 genaamd: Raad van Arbitrage voor de Bouw.

7 Het is natuurlijk ook denkbaar dat een overlegging van bescheiden interessante informatie oplevert voor de wederpartij.

8 Zie H.J. Snijders, Groene Serie, par. 5.9.3.

9 *Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 20: “Gewaakt wordt niet alleen tegen fishing expeditions”.*

eenvoudig worden toegewezen.¹⁰ Een al te ruime toepassing van art. 1040 lid 2 Rv staat bovendien op gespannen voet met de wens van gebruikers van arbitrage om de doorlooptijden van arbitrages en de daarmee gemoeide kosten te beperken.¹¹ Ongebreidelde overlegging van stukken verhoudt zich ook slecht met de roep van de arbitrage community om met elkaar zorg te dragen voor “greener arbitrations”.¹² Zelfs wanneer al die stapels papier niet worden geprint, is met de serveropslag van al die gegevens een aanzienlijke CO₂-uitstoot gemoeid.¹³

Tegelijkertijd: de waarheidsplicht van art. 21 Rv blijft voorop staan. Daarvan de Hoge Raad in 2011 heeft bepaald dat deze in alle in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering geregelde procedures geldt, dus ook in arbitrage. Ik noem in dit verband ook de concentratie- en substantiëringsplicht van art. 1040 lid 1 Rv, dat partijen ertoe verplicht om hun memories zoveel mogelijk vergezeld te doen gaan van de bescheiden waarop de partijen zich beroepen: een uitgebreide exhibitieplicht ex art. 1040 lid 2 Rv is niet nodig als partijen zelf gewoon volledig en naar waarheid aandragen wat relevant is.

Het is, kortom, een balanceer act, waarbij steeds een evenwicht moet worden gevonden tussen het belang van eiser om de waarheid te kunnen achterhalen en zijn bewijspositie te versterken en het belang van verweerder om geen vertrouwelijke informatie prijs te hoeven geven of verschoond te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelden is.¹⁴ Juist als dit evenwicht op een zorgvuldige manier door het scheidsrecht wordt bewaard, kan het scheidsrecht partijen op de voet van art. 1036 lid 2 Rv op effectieve wijze in staat stellen zich over en weer uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in het geding ter kennis van het scheidsrecht zijn gebracht.

2.2 Wetsgeschiedenis

De exhibitievordering in arbitrage is niet nieuw, of in ieder geval niet helemaal nieuw. Het onderwerp is sinds de invoering van de Arbitragewet 2015 geregeld in art. 1040 lid 2 Rv, maar een vergelijkbare bepaling, die arbiters de mogelijkheid bood om uit eigen beweging bescheiden op te vragen bij partijen, bestond ook al onder de vorige Arbitragewet, uit 1986, in art. 1039 lid 4 Rv (oud). Nieuw ten opzichte van de tekst van art. 1039 lid 4 Rv (oud) is dat het scheidsrecht

ook op verzoek van partijen kan bevelen dat de wederpartij inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde, op het geschil betrekking hebbende bescheiden moet verschaffen.¹⁵ Dit was onder het oude recht ook al mogelijk, al voorzag de wettekst daar niet uitdrukkelijk in.¹⁶ Er was dus sprake van codificering van reeds bestaande gebruiken in (Nederlandse) arbitrages.

2.3 Art. 1040 lid 2 Rv of art. 843a Rv

Hoewel art. 1040 lid 2 Rv specifiek is bedoeld voor arbitrages, lijken scheidsrechten in nationale arbitrages op zijn minst inspiratie te vinden in de jurisprudentie die specifiek ten aanzien van art. 843a Rv is ontwikkeld. In verschillende van de door mij onderzochte arbitrale vonnissen zijn expliciete verwijzingen naar art. 843a Rv te vinden.

Zo stuitte ik op een NAI-vonnis in kort geding van 8 mei 2018 in de zaak NAI 4636, gewezen door Prof. van Mierlo, waar onder verwijzing naar art. 843a Rv en art. 3:15j BW werd geoordeeld dat een partij onvoldoende belang had bij haar vordering tot inzage of afgifte van bepaalde bescheiden: “55. In gevallen waarin, zoals de onderhavige kwestie, afgifte en/of inzage wordt gevorderd van - kort gezegd - bescheiden geldt als algemene maatstaf dat de vorderende partij voldoende belang moet hebben. De wetgever formuleert dit uitgangspunt op uiteenlopende wijzen. Zo wordt in de aanhef van artikel 843a lid 1 Rv gesproken van “een rechtmatig belang” en in het kader van artikel 3:15j BW van “voldoende belang”.¹⁷ De norm van art. 843a Rv wordt hier toegepast in het kader van art. 1040 lid 2 Rv.

Een stap verder lijkt het scheidsrecht te gaan in een NAI-vonnis in kort geding van 10 december 2020 in de zaak NAI 4868, gewezen door Prof. Tjittes: “42. *The parties agree that the legal framework of Art. 843a DCCP applies to the request for document production in this arbitration (...). The Arbitrator agrees with this joint position of the Parties. The requirements of Art. 843a DCCP reflect general requirements to be fulfilled to allow for a document production (also in summary arbitral proceedings).*”¹⁸ Hier lijkt het scheidsrecht art. 843a Rv als grondslag voor exhibitie in arbitrage toe te passen, hetgeen onjuist zou zijn (want de grondslag zou art. 1040 lid 2 Rv moeten zijn). Het is echter ook mogelijk dat het scheidsrecht de partijautonomie heeft willen laten prevaleren, waartoe art. 1040 lid 2 Rv de ruimte biedt (zie par. 3.5 hierna): partijen waren het er kennelijk over eens dat art. 843a Rv moest worden toegepast en mogelijk heeft het scheidsrecht zich daaraan gecommitteerd. Ook is mogelijk dat het scheidsrecht ook hier slechts bedoeld heeft om de norm van art. 843a Rv toe te passen in het kader van art. 1040 lid 2 Rv.

10 Daarvoor wordt in de literatuur al lange tijd gewaarschuwd. Zie R.E.N. Ploum, Exhibitieplicht: “nachtmerrie of noodzaak”?, Notitie inzake de exhibitieplicht binnen en buiten het geding, p. 55-62, Leidse procesrechtelijke geschriften onder redactie van T.A.W. Sterk en H. Carels, november 1990, Gouda-Quint.

11 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, Queen Mary, p. 13.

12 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, Queen Mary, p. 28 et seq.

13 Zie de Guiding Principles van de Green Pledge Campaign, www.greenerarbitrations.com/pledge.

14 Zie de maatstaf die door de Hoge Raad voor toepassing van art. 843a Rv is aangelegd in het *Semtex*-arrest (HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251) en die inmiddels ook in arbitrages wordt toegepast, waarover hierna meer.

15 De tekst van art. 1040 lid 2 Rv is geïnspireerd op art. 28 lid 2 NAI Arbitragereglement 2010 (thans art. 27 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015).

16 H.J. Snijders, Groene Serie Arbitragerecht, par. 5.9.3.

17 Arbitraal vonnis in kort geding van 8 mei 2018, NAI 4636, TvA 2019/67.

18 Arbitraal vonnis in kort geding van 10 december 2020, NAI 4868, TvA 2021/51.

Ook in zaken die aanhangig zijn bij de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen worden exhibitievorderingen ingesteld op basis van art. 843a Rv. In een RvA-vonnis in een incident in hoger beroep, waarbij een exhibitievordering werd ingesteld ex art. 843a Rv en art. 1040 Rv, overwoog het scheidsgerecht evenwel: *“Appellarbiters nemen het bepaalde in artikel 1040 lid 2 Rv, geldend in arbitrage, tot uitgangspunt bij de beoordeling van het incident”*, waarna aan art. 843 Rv geen speciale aandacht meer werd geschonken.¹⁹

3. De verschillende elementen van art. 1040 lid 2 Rv

3.1 Inleiding

Art. 1040 lid 2 Rv luidt als volgt: *“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.”* In deze paragraaf zal ik art. 1040 lid 2 Rv ontrafelen en de verschillende elementen van het wetsartikel nader toelichten aan de hand van de literatuur en arbitrale vonnissen. Daarbij komt ook aan de orde dat er tekstuele verschillen bestaan tussen art. 843a Rv en art. 1040 lid 2 Rv en de vraag welke betekenis daaraan moet worden toegekend. Meer in het bijzonder onderzoek ik of dit ertoe leidt dat de norm die in de rechtspraak is ontwikkeld voor exhibitievorderingen in procedures bij de overheidsrechter ex art. 843a Rv afwijkt van de norm die scheidsgerichten hanteren bij de beoordeling van exhibitievorderingen in arbitrage ex art. 1040 lid 2 Rv.

3.2 Bescheiden

Art. 1040 lid 2 Rv spreekt over inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden. In het Engelse recht wordt vaak gesproken over een *document production request*, waarmee de indruk wordt gewekt dat het alleen om schriftelijke stukken zou gaan, maar dat is een te beperkte uitleg. De term “bescheiden” kan men welhaast niet ruim genoeg interpreteren.²⁰ Onder “bescheiden” worden conform de parlementaire geschiedenis verstaan: schriftelijke stukken, waaronder ondertekende geschriften, betalingsopdrachten, bankafschriften, salarisoverzichten en computeruitdraaien. Ook gegevens die zijn opgeslagen op een gegevensdrager, zoals een cd-rom, film, dvd, geluidsband of de harde schijf van een computer,²¹ alsmede gegevens beschikbaar op het internet en langs elektronische weg ingediende gegevens hebben te gelden als “bescheiden”.²² Sinds het *Molenbeek*-arrest vallen ook gegevens die zijn opgeslagen in de *cloud* onder

het begrip “bescheiden”.²³ Dit maakt dat ook gegevens in de *cloud* vatbaar zijn voor bewijsbeslag en inzage, waarbij het van belang is te realiseren dat er een grote verscheidenheid is aan verschillende *cloud*- en *cloud*dienstsoorten.²⁴ Ook arbiters lijken een zeer ruime interpretatie te geven aan het begrip “bescheiden”. In een recent gewezen RvA-vonnis in een incident in hoger beroep werd een vordering om afschrift te verstrekken van GIS-bestanden²⁵ van 2D-kaarten toegewezen.²⁶

Het moet steeds gaan om bepaalde bescheiden. Met deze eis gaat men de eerder genoemde *fishing expeditions* tegen. Aangenomen mag worden dat ook een verzoek tot overlegging van (specifiek) bepaalde categorieën bescheiden voldoende bepaald kan zijn.²⁷ Is de vordering niet voldoende specifiek, dan wordt deze door het scheidsgerecht afgewezen. Het scheidsgerecht kan een partij evenmin bevelen om alle op een zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.²⁸ Toch komt het nog met enige regelmaat voor dat een partij aan het scheidsgerecht vraagt te bevelen om alle op een bepaalde kwestie betrekking hebbende bescheiden te overleggen. Illustratief in dit verband is een vonnis van 16 februari 2022, RvA 37.190, waarin arbiters overwogen: *“14. Tegen deze achtergrond is het verzoek van onderaannemster om alle correspondentie tussen hoofdaannemster en twee andere onderaannemers op het werk over te leggen te onbepaald en voldoet het naar het oordeel van arbiters niet aan het vereiste van artikel 1040 lid 2 Rv dat het moet gaan om ‘bepaalde’ stukken. Datzelfde geldt voor het verzoek om alle bouwverslagen, alle verslagen van werkbesprekingen en alle dag- en weekrapporten over te leggen. Het is aan onderaannemster om voldoende concreet aan te geven van welke stukken zij wenst dat arbiters overlegging bevelen. Het verzoek voldoet daaraan niet en wordt daarom afgewezen.”*²⁹

3.3 Voldoende belang

Volgens de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de nieuwe Arbitragewet kan de tekst van art. 1040 lid 2 Rv niet los worden gezien van het wetgevingsinitiatief dat in diezelfde tijd werd genomen ter verbetering van het

19 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 11 mei 2022, RvA 72.258, ov. 19.

20 H.J. Snijders, *Groene Serie Arbitragerecht*, par. 5.9.1.

21 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 19.

22 Zie art. 1072b lid 2 Rv en G.J. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1072 b lid 2 Rv, aant. 4.

23 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455 met annotatie van H.B. Krans,

JOR 2013/330 met annotatie van mr. E. Loesberg. Zie met name rov. 3.6.1: *“Dit betekent dat de beslaglegging slechts kan plaatsvinden onder de in art. 843a Rv gestelde voorwaarden en dus ook dat zij slechts betrekking kan hebben op ‘bescheiden’ in de zin van die bepaling (waaronder overigens mede digitale bestanden kunnen worden begrepen, met dien verstande dat de mogelijkheid bestaat dat daarvan onder toezicht van de deurwaarder ter plaatse kopieën worden gemaakt, die dan in beslag worden genomen). Zij kan, indien noodzakelijk, tevens de voorwerpen betreffen waarin, of de gegevensdragers waarop deze bescheiden zich bevinden.”*

24 W.F. Dammers en N. Vrugt, *Bewijsbeslag en het inzagerecht op bescheiden en ander bewijsmateriaal ‘elders dan op de aangetroffen gegevensdrager’*, in: *Compendium Beslag- en Executierecht*, SDU 2018, p. 675 e.v.

25 Een GIS of Geographic Information Systems bestand wordt gebruikt om geografische informatie op te slaan in een gecodeerd formaat op een computer systeem.

26 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 11 mei 2022, RvA 72.258.

27 G.J. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1040 Rv, aant. 2.d.

28 G.J. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1040 Rv, aant. 2.d.

29 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 16 februari 2022, RvA 37.190.

inzagerecht.³⁰ Wetsvoorstel 33 079 voorzag in een art. 162a e.v. Rv dat in de plaats moest komen van artikel 843a Rv,³¹ waarbij in de voorgestelde tekst duidelijk stond dat degene die een exhibitievordering wilde indienen daarbij een rechtmatig belang diende te hebben. Door diverse auteurs werd geconstateerd dat er een tekstueel verschil is tussen enerzijds art. 1040 lid 2 Rv en anderzijds art. 843a Rv respectievelijk het beoogde art. 162a Rv. Anders dan art. 843a Rv en het voorgestelde art. 162a Rv verlangt art. 1040 lid 2 Rv niet dat er een rechtmatig belang is bij een exhibitievordering. De vraag rees of hier consequenties aan moesten worden verbonden.³² Sommige auteurs, waaronder Meerdink³³ en Stouten,³⁴ meenden van wel; anderen, onder wie Snijders, meenden van niet. Snijders concludeerde dat art. 1040 lid 2 Rv weliswaar de eis van rechtmatig belang niet expliciet stelt, maar dat die er – zoals steeds bij vorderingen en verzoeken aan het scheidsrecht – wel in gelezen mag worden.³⁵ Zoveel jaar later blijkt uit de door mij onderzochte NAI- en RvA-vonnissen dat hierover in de praktijk geen enkele discussie bestaat: steeds beoordelen scheidsrechters of er voldoende belang is bij een exhibitievordering. Is dat belang er niet of niet meer, dan wordt de vordering afgewezen.

Een mooi voorbeeld in dat verband is het eerder genoemde vonnis van 10 december 2020 in NAI 4868, gewezen door Prof. Tjittes: “50. *The Sole Arbitrator refers to its earlier consideration (par. 45 above) that it is not for an arbitrator in a summary arbitral procedure with regard to a document production request to decide upon a potential case on the merits. Only if it is not sufficiently likely (which is to be understood as a lower threshold than to award a claim in summary proceedings on the merits) that a claimant does not and cannot have any claim on the merits in relation to the documents requested a claim for document production must fail on the basis of a lack of legitimate interest. (...)*”

Dat de eisende partij een voldoende belang moet hebben, volgt ook uit de arbitrale vonnissen van de RvA. Zie bijvoorbeeld het vonnis van 11 mei 2022 in RvA 72.258: “*In dit verband stellen appellarbiters voorop dat het afgeven van gevraagde en bepaalde bescheiden in de regel in ieder geval op zijn plaats is als de partij daarom verzoekt daarbij een rechtmatig, direct en concreet belang heeft, de bescheiden bepaald*

30 MvT, Kamerstukken II, 2012/13, 33611, nr. 3, p. 20.

31 WV houdende aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de aanpassing van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden Kamerstukken II 2011/12, 33079, nr. 1 en nr. 2).

32 Het wetsvoorstel tot verbetering van het inzagerecht stuitte op zodanig verzet in de Tweede Kamer dat het bij brief van 22 november 2017 is ingetrokken. Inmiddels is in de Tweede Kamer een nieuw wetsvoorstel ahangig met het oog op de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (WV 35 498). De verbetering van het inzagerecht maakt hiervan deel uit. In het voorgestelde art. 194 Rv is bepaald dat een partij alleen een recht op inzage heeft als zij daarbij voldoende belang heeft. Vraag is of er een verschil bestaat tussen het bestaande rechtmatig belang en het beoogde voldoende belang.

33 E.R. Meerdink en R. van Tricht, TvA 2013/35 sub 4 onder a.

34 T. Stouten, De nieuwe arbitragewet en de beoordeling van exhibitieverzoeken, MvV 2015, nummer 5, p. 153 e.v.

35 H.J. Snijders, Groene Serie, par. 5.9.3.

zijn en betrekking hebben op een rechtsbetrekking waarbij hij partij is, en degene van wie de afgifte wordt gevraagd deze bescheiden tot zijn beschikking of onder zijn berusting heeft.”³⁶

Voor afgifte is niet vereist dat de bescheiden van doorslaggevend belang zijn, maar zij moeten wel relevant zijn voor de rechtspositie van degene die om inzage verzoekt. Het is ook niet vereist dat de eisende partij haar belang toelicht gerelateerd aan de onderdelen en grieven van de hoofdzaak. Het is voldoende dat de partij die inzage verlangt aan de hand van de haar bekende feiten en omstandigheden aanmerkelijk maakt dat zij mogelijk een onderliggende vordering heeft.³⁷

Een ander voorbeeld is het vonnis van 7 augustus 2019 in RvA 72.190, waarin arbiters onderkennen dat een vordering op grond van artikel 1040 Rv niet mag uitmonden in een “*fishing expedition*”, maar dat daarvan in dit geval geen sprake is en dat de eisende partij voldoende belang heeft: “*Het gaat hier specifiek om bescheiden die betrekking hebben op de tegelvloer en er zijn concrete aanwijzingen dat de tussen opdrachtgever en zijn tegelzetter gewisselde stukken wellicht steun bieden aan de grieven tegen het oordeel in eerste aanleg daarover. De sub 7 hiervoor geciteerde e-mail van de tegelzetter zou er immers op kunnen duiden dat opdrachtgever inderdaad is gewaarschuwd voor schade. Appellarbiters zullen de vordering daarom toewijzen.*”³⁸

Is er een gebrek aan belang, dan wordt een exhibitievordering afgewezen, zoals het geval was in de zaak die resulteerde in een vonnis van 1 juli 2021 in RvA 37.058: “*28. Omdat aanneemster geen te respecteren gerechtvaardigd belang heeft bij afschrift of inzage van het rapport van Lengkeek, zullen arbiters de vordering van aanneemster ter zake afwijzen.*”³⁹ Arbiters volgden aannemer niet in zijn stelling dat de waarheidsvinding en/of de waarborging van een behoorlijke rechtsbedeling in het geding is bij gebreke van het rapport waarop aannemer de hand probeerde te leggen.

Eenzelfde lot was de exhibitievordering beschoren in een vonnis van 4 augustus 2017 in RvA 36.122, waarbij de eisende partij (een onderaannemer) inzage wilde in verzekeringsstukken: “*16. Arbiters overwegen dat het in de hoofdzaak aan onderaannemer is om aan te tonen dat zij recht heeft op betaling van het gevorderde. Het is voorts aan onderaannemer om te stellen en zo nodig te bewijzen dat er sprake was van een ontwerpfout en dat zij als gevolg daarvan een vordering heeft zoals zij die tegen hoofdaanneemster heeft ingesteld. De beslissing van de verzekeraar is niet zonder meer van belang om aan deze stelplicht en bewijslast te kunnen voldoen. Onderaannemer lijdt geen onredelijk nadeel doordat*

36 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis in hoger beroep van 11 mei 2022, RvA 72.258, ov. 20.

37 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis in hoger beroep van 11 mei 2022, RvA 72.258, ov. 40.

38 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis in hoger beroep van 7 augustus 2019, RvA 72.190.

39 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 1 juli 2021, RvA 37.058. Vraag is of het scheidsrecht met de woorden “*geen te respecteren gerechtvaardigd belang*” hetzelfde bedoelt als een rechtmatig belang of voldoende belang.

zij geen inzage heeft in de claim op de ontwerpverzekering. 17. Gelet op het voorgaande zijn arbiters van oordeel dat onderaannemster onvoldoende belang heeft bij haar vordering in dit incident. De vordering wordt daarom afgewezen.”⁴⁰

3.4 Aangaande een rechtsbetrekking / op het geschil betrekking hebbende

In par. 3.3 kwam aan de orde dat er weliswaar een tekstueel verschil is tussen art. 1040 lid 2 Rv en art. 843a Rv doordat art. 1040 lid 2 Rv niet expliciet vereist dat er een voldoende of rechtmatig belang moet zijn, maar dat die eis er door arbiters in gelezen wordt en er dus materieel geen verschil in benadering is. Er is nog een tweede tekstueel verschil tussen art. 1040 lid 2 Rv en art. 843a Rv. Art. 1040 lid 2 Rv spreekt van “bepaalde, op het geschil betrekking hebbende bescheiden”, terwijl art. 843a Rv spreekt van “bescheiden, aangaande een rechtsbetrekking”. Ook hier rees de vraag of dit verschil van betekenis is. Stouten concludeerde in 2015, ten tijde van de inwerkingtreding van de Arbitragewet, dat het wel degelijk om twee verschillende voorwaarden ging, hoewel hij daar gelijk aan toevoegde dat hij verwachtte dat de beide vereisten in de praktijk veelal dezelfde uitwerking hebben en dat de gevolgen van de tekstuele verschillen dus niet verstrekking zijn.⁴¹ Op grond van de arbitrale vonnissen die ik heb bestudeerd, is mijn conclusie dat hij gelijk heeft gekregen. Er wordt in de praktijk klaarblijkelijk geen belang gehecht aan het tekstuele verschil: arbiters passen de jurisprudentie ook over dit specifieke aspect van art. 843a Rv naadloos toe in hun arbitrale vonnissen.

In het *Semtex*-arrest uit 2020 heeft de Hoge Raad de maatstaf geformuleerd om te bepalen wanneer sprake is van een rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv.⁴² De Hoge Raad overwoog: “3.1.4 Ook buiten het terrein van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen heeft als maatstaf voor de beoordeling van een vordering op de voet van art. 843a Rv te gelden dat het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet, voldoende aannemelijk moet zijn.” De Hoge Raad gaf vervolgens aan dat devraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv bij een gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad als een ‘voldoende’ mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, niet in algemene zin kan worden beantwoord: “3.1.5 (...) Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is enerzijds uitgangspunt dat niet behoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) tekortschieten of onrechtmatig handelen gebaseerde (ge- of verbods)vordering of vordering tot schadevergoeding; anderzijds dienen aan de mate van aannemelijkheid van de gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad bij de beoordeling van een inzagevordering hogere eisen te worden gesteld dan bij de

beoordeling van een verzoek tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal.”

Deze maatstaf, die dus is geschreven voor art. 843a Rv, wordt inmiddels ook in arbitrage toegepast. In het eerdergenoemde vonnis in NAI 4868 paste Prof. Tjittes de maatstaf voor art. 843a Rv toe in een arbitrale context: “55. *The Sole Arbitrator refers to a decision of the Dutch Supreme Court (10 July 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251), also discussed with the Parties at the hearing, where it has been decided that a request for document production on the basis of Art. 843a DCCP can only be awarded if the existence of a legal relationship is “sufficiently likely” (voldoende aannemelijk). The person requesting document production in order to prove an alleged breach of contract or tort needs to put sufficient evidence on the table to conclude that it is sufficiently likely that there was or can be a breach of contract or tort. The test for “sufficiently likely” is less severe than to have a claim on the merits awarded in summary proceedings but more severe than to allow a request to seize evidence. 56. The Sole Arbitrator refers to what it has decided regarding the legitimate interest of [Claimant] in its request for a document production. Where the document production is relevant for a further root cause analysis, and this root cause analysis on its turn may possibly serve as a reason for [Claimant] to say that it is unacceptable according to reasonableness and fairness for [Respondent] to rely upon provisions in the Building Contract that will bar a claim of [Claimant] against [Respondent] for the alleged defects (...), it is sufficiently likely at this stage to conclude that there is still a legal relationship between the Parties.”⁴³*

In het kader van een exhibitievordering toetsen arbiters dus of voldoende aannemelijk is dat een rechtsbetrekking bestaat. Zij toetsen niet of de vordering in de hoofdzaak voldoende aannemelijk is. Ook in de arbitrale vonnissen van de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen wordt uitdrukkelijk overwogen dat arbiters bij de beoordeling van een exhibitievordering niet op de inhoudelijke beoordeling van de zaak vooruit willen lopen. Zie bijvoorbeeld: “Opdrachtgever heeft betoogd dat het verstrekken van de gevraagde bescheiden opdrachtneemster niet kan baten in haar positie in de hoofdzaak, omdat – als al zou komen vast te staan dat de grondbalans enkel is gebaseerd op het rapport Medusa 2007 – arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat opdrachtneemster de gegevens uit het rapport Medusa 2007 onjuist heeft geïnterpreteerd, zodat haar vordering ter zake van de korrelgrootte hoe dan ook niet kan worden toegewezen. Opdrachtneemster heeft in de hoofdzaak echter gegriefd tegen dit oordeel en arbiters kunnen in dit incident niet vooruitlopen op hun beslissing op deze grief in de hoofdzaak. Datzelfde geldt voor de stelling van opdrachtgever dat opdrachtneemster nog zal moeten bewijzen welke situatie zij buiten heeft aangetroffen en dat dit een andere situatie is dan wat zij op basis van de verstrekte informatie mocht verwachten.”⁴⁴

40 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 4 augustus 2017, RvA 36.122.

41 Zie T. Stouten, De nieuwe arbitragewet en de beoordeling van exhibitieverzoeken, *MvV* 2015, nummer 5, p. 153 e.v.

42 Zie HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251.

43 Arbitraal vonnis in kort geding van 10 december 2020, NAI 4868, TvA 2021/51.

44 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 11 mei 2022, RvA 72.258, ov. 27.

Het komt ook voor dat exhibitievorderingen worden afgevoerd, omdat om bescheiden wordt gevraagd die geen betrekking hebben op het geschil. Zie in dit verband bijvoorbeeld het vonnis van 19 juli 2021 in RvA 36.908 waar (onder meer) gevraagd werd om afgifte van verzekeringsstukken en arbiters oordeelden: “14. Omdat beide verzoeken geen betrekking hebben op stukken die het geding zelf betreffen, zullen arbiters deze afwijzen.”⁴⁵

3.5 Tot zijn beschikking

De wederpartij moet de bescheiden “tot zijn beschikking hebben”.⁴⁶ Daarvan is niet alleen sprake wanneer de aangesprokene de bescheiden fysiek gezien onder zich heeft. Ook bescheiden die zich bij een derde bevinden, kunnen daarvoor worden begrepen, mits daarop aanspraak kan worden gemaakt. Dat veronderstelt dat de wederpartij van de partij die overlegging vraag daar recht op heeft.⁴⁷ Hoe ver die verplichting kan gaan, blijkt uit het door Prof. Tjittes gewezen vonnis in NAI 4868: “59. *The Sole Arbitrator considers with regard to the Claims under (i)-(ix) in general that, as far as [Respondent] contends that documents in the possession of its subcontractor [Subcontractor] are not in its possession or at its disposal, this contention is in general rejected. Where [Respondent] has chosen to subcontract (part of) the works (...) to [Subcontractor], it follows from the Building Contract that [Respondent] is responsible as a contractor for work done by subcontractor [Subcontractor] to the same extent as if [Respondent] had performed the work itself. (...) According to the Sole Arbitrator, these provisions (in the Building Contract, DtB) reasonably entail that [Respondent] has a duty to use best efforts to obtain the relevant documents from [Subcontractor] regarding (part of) the works (...) it subcontracted to [Subcontractor]. It is not relevant that [Respondent] has no specific contractual right (anymore) to the records of [Subcontractor]. However, the duty of [Respondent] to use best efforts to obtain relevant documents in the possession of [Subcontractor] does not go so far that [Respondent] would be required to initiate arbitral or other proceedings to that effect.*” Ten aanzien van andere bescheiden stelde verweerder in deze zaak zich op het standpunt dat deze niet bestonden. Ook daar nam de arbiter geen genoegen mee: “60. *[Respondent] further says that the documents in the Claim under (iii), (iv) and (v) are not in its possession or at its disposal, and that [Subcontractor] indicated that these records do not exist. (...) [Claimant] has denied this position. 61. The Sole Arbitrator considers that [Respondent] has not substantiated its position by submitting any correspondence on this issue with [Subcontractor] in this arbitration. Therefore, at least for this moment, it cannot be accepted that said documents do not exist. (...) For these reasons the Claim under (iii), (iv) and (v) will be awarded. If it turns out that these documents indeed do not exist anymore,*

[Respondent] cannot be ordered to disclose these documents (one cannot be obliged to do the impossible).”⁴⁸

3.6 Tenzij partijen anders zijn overeengekomen

Het staat partijen vrij om van art. 1040 lid 2 Rv af te wijken en anders overeen te komen. Partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat art. 843a Rv rechtstreeks van toepassing is. De vrijheid om anders overeen te komen, brengt ook mee dat partijen het recht op inzage in bescheiden kunnen beperken. Zij kunnen het zelfs geheel uitsluiten.⁴⁹ In veel gevallen zullen partijen via de keuze voor een bepaald arbitragereglement afspraken over het inzagerecht en het instellen van een exhibitievordering hebben gemaakt. Art. 27 NAI Arbitragereglement 2015, bijvoorbeeld, biedt partijen de mogelijkheid aan het scheidsgerecht te verzoeken om overlegging van stukken te bevelen.⁵⁰ In de context van nationale arbitrages is het bij mijn weten niet gebruikelijk om in de arbitrageovereenkomst of in een arbitraal beding afspraken te maken over het beperken of zelfs uitsluiten van de mogelijkheid tot de overlegging van stukken.

Dat neemt niet weg dat partijen en arbiters in complexe(re) nationale arbitrages zich ook op het punt van de overlegging van stukken wel laten inspireren door de praktijk in de grote internationale arbitrages. In die grote internationale arbitrages is het beeld immers wezenlijk anders en ziet men wel veelvuldig dat over de overlegging van stukken, oftewel *document production*, afspraken worden gemaakt. Deze grote internationale arbitrages zijn sowieso vaak buitengewoon uitvoerig gedocumenteerd, dikwijls na een debat tussen partijen over de vraag welke stukken overgelegd dienen te worden. Dit gebeurt al dan niet in het kader van een verzoek van een partij aan het scheidsgerecht om de wederpartij te bevelen bepaalde stukken over te leggen. In die gevallen putten arbiters inspiratie uit de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* of komen partijen zelf bij overeenkomst overeen om de IBA Rules van toepassing te verklaren.⁵¹ Daarbij wordt ook met regelmaat gebruik gemaakt van het *Redfern Schedule*, dat partijen in grote internationale arbitrages vaak van toepassing verklaren of dat arbiters toepassen, ook als partijen dit niet van toepassing verklaarden.⁵² Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om verder op internationale arbitrages in

45 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 19 juli 2021, RvA 36.908.

46 Bedoeld zal zijn: “tot haar beschikking hebben”; zie in dit verband ook H.J. Snijders, Groene Serie, par. 5.9.3.

47 MvT, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33611, nr. 3, p. 20.

48 Arbitraal vonnis in kort geding van 10 december 2020, NAI 4868, TvA 2021/51.

49 MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, 3 611, nr. 3, p. 19.

50 Het is aardig om vast te stellen dat art. 27 NAI-Arbitragereglement 2015 al is opgenomen bij de andere bepalingen over bewijs en in zoverre op de wetgeving vooruitloopt. Het is immers de uitdrukkelijke wens van de wetgever om het inzagerecht in het bewijsrecht in te bedden (WV 35 498).

51 Zie H.J. Snijders, Groene Serie, par. 9.5.3.

52 Het Redfern-Schedule (oorspronkelijk ontworpen door Alan Redfern) is een samenwerkingsdocument, waaraan de eiser, de verweerder en het scheidsgerecht alle hun bijdrage leveren. Verschillende kolommen van het schema worden op verschillende tijdstippen door de partijen ingevuld. Het schema is bedoeld om een gebruiksvriendelijk overzicht te geven van de verzoeken om openbaarmaking, de argumenten van de partijen met betrekking tot die verzoeken en de beslissing van het scheidsgerecht. Het schema bestaat uit vier kolommen. Voor elk gevraagd document of elke categorie documenten wordt in elke kolom een afzonderlijke aantekening gemaakt.

te gaan,⁵³ maar de *key takeaway* hier is dat bij complexe(re) nationale arbitrages vaak wel met een schuin oog naar de internationale praktijk wordt gekeken. De rechtvaardiging daarvoor kan er bijvoorbeeld in gelegen zijn dat – ondanks de Nederlandse nationaliteit van partijen – internationale elementen een rol spelen.⁵⁴ In die gevallen is mijn overtuiging dat het scheidsrecht daarin mee moet bewegen, al was het alleen al om recht te doen aan de partijautonomie.

3.7 **Vertrouwelijkheid en gewichtige redenen**

Art. 843a lid 3 en lid 4 Rv bieden gronden die aan het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden in de weg kunnen staan: aan de exhibitievordering hoeft niet te worden voldaan als sprake is van (i) een geheimhoudingsplicht of (ii) indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Die formulering komt niet terug in art. 1040 lid 2 Rv en bijvoorbeeld ook niet in art. 27 NAI Arbitragereglement 2015. Blijkens de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Arbitragewet gelden deze gronden ook in arbitrage.⁵⁵ In de arbitrale vonnissen die ik heb bestudeerd zijn eveneens aanwijzingen te vinden dat ook dit element van art. 843a Rv toepassing vindt in arbitrage.

Van het eerste element (“geheimhouding”) trof ik een mooi voorbeeld aan in het vonnis van 13 januari 2021 in RvA 36.699: “22. Naar het oordeel van arbiters heeft aanneemster voldoende aannemelijk gemaakt dat de memo’s betrekking hebben op vertrouwelijke informatie die is uitgewisseld tussen aanneemster en haar advoca(at)en). (...). 24. Hoewel een rechtspersoon zich niet op een afgeleid verschoningsrecht kan beroepen (HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600) kan de rechtspersoon die inzage weigert (aanneemster) daarbij een gerechtvaardigd belang hebben. Daarvan kan – zoals hier het geval is – sprake zijn als door de wederpartij (opdrachtgeefster) informatie wordt verlangd die de rechtspersoon met een advocaat – die ook handelt in die hoedanigheid – heeft uitgewisseld. Het gaat hier om informatie waarvan inzage niet kan geschieden zonder dat hetgeen openbaar wordt wat niet openbaar zou mogen worden met het oog op de vertrouwens sfeer tussen de rechtspersoon en haar advoca(at)en). Een ieder dient een vertrouwenspersoon (bijvoorbeeld een advocaat) te kunnen raadplegen zonder vrees voor openbaarmaking van de toevertrouwde informatie. (...) 25. Dat in dit geval de waarheidsvinding en/of de waarborging van een behoorlijke rechtsbedeling in het geding is door het niet afgeven van en/of inzage verschaffen in meergenoemde memo’s – als gevolg waarvan het belang van aanneemster bij geheimhouding van de bescheiden dient te wijken voor het maatschappelijke

belang bij de waarheidsvinding en/of de waarborging van een behoorlijke rechtsbedeling – is arbiters tegenover de gemotiveerde betwisting van aanneemster niet, althans onvoldoende gebleken. 26. Op grond van het vorenstaande zijn arbiters van oordeel dat aanneemster een gerechtvaardigd belang heeft om afschrift en/of inzage in de interne memo’s te weigeren en dat er daartoe gewichtige redenen zijn.”

Het tweede element (“gewichtige redenen”) speelde een rol in het vonnis van 11 mei 2022 in RvA 72.258: “Op de mondelinge behandeling hebben appelarbiters aan opdrachtgever gevraagd of hij gezien voormeld standpunt van opdrachtneemster behoefte had om alle 99 documenten door te nemen om te bezien om wat voor document het gaat en of er eventueel een gewichtige reden is die aan toewijzing van het verzoek in de weg staat (zoals intern beraad of processtrategie). Daarop heeft opdrachtgever verklaard daaraan geen behoefte te hebben (...).”⁵⁶

3.8 **Voorwaarden en modaliteiten bevel tot inbreng van bescheiden**

Als het scheidsrecht inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden beveelt, dan bepaalt het scheidsrecht de voorwaarden waaronder en de wijze waarop dat geschiedt. Het scheidsrecht kan bijvoorbeeld bepalen dat een onafhankelijke derde recht heeft op inzage en dat hij aan partijen slechts inzage, afschrift of uittreksel mag verschaffen ten aanzien van bepaalde in het arbitrale vonnis geduide informatie en dat andere informatie geheim moet blijven. De vertrouwelijkheid van bepaalde informatie kan dan worden gewaarborgd. Als alternatief is ook denkbaar dat partijen aan arbiters meedelen dat uitsluitend het scheidsrecht kennis zal mogen nemen van de gegevens, waarna het scheidsrecht beslist of die beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. Als het scheidsrecht in die zin beslist, dan kan het scheidsrecht slechts met toestemming van de andere partij(en) uitspraak doen mede op de grondslag van die stukken. Als het scheidsrecht beslist dat de beperking niet gerechtvaardigd is, maar een partij blijft weigeren te voldoen aan een bevel, dan wordt het scheidsrecht vervangen door een ander scheidsrecht,⁵⁷ die uit de weigering van die partij de gevolgtrekking kan maken die het andere (opvolgende) scheidsrecht geraden acht.⁵⁸

Bij toewijzing van een exhibitieverzoek wordt een termijn bepaald waarbinnen aan het bevel moet worden voldaan. Die termijn is vaak relatief kort. In het vonnis van 11 mei 2022 in RvA 72.258 werd opdrachtgever 4 weken gegund om de stukken digitaal aan opdrachtneemster te verstrekken.⁵⁹ In het vonnis van 7 augustus 2019 in RvA 72.190

53 Voor meer informatie juist over die internationale context zie M. van Hooijdonk en L.J.E. Timmer, Bewijslevering onder de nieuwe Arbitragewet, een internationaal perspectief, *NTHR* 2015/2, p. 63 e.v.

54 Zie in dit verband ook mijn opmerkingen over wat nu een internationale en een nationale arbitrage is in voetnoot 3.

55 MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 20: “Verschoningsrechten en gewichtige redenen kunnen ook aan het verschaffen in de weg staan.”

56 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 11 mei 2022, RvA 72.258, ov. 41.

57 Zie voor de mogelijkheden van bifurcation en rofurcation: Prof. mr. G.J. Meijer en mr. P. Fritschy, “Dynamic Bifurcation”, *TvA* 2022/48.

58 Dit alternatief is geïnspireerd op de tekst van het boogde nieuwe art. 22 Rv als bedoeld in het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht, waarin onder meer is bepaald dat als daarvoor gewichtige redenen zijn, partijen aan de rechter kunnen meedelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de gegevens.

59 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 11 mei 2022, RvA 72.258, ov. 45.

kreeg opdrachtgever “vanwege de zomervakantie” 40 dagen de tijd.⁶⁰ In het vonnis van 10 december 2020 in NAI 4868⁶¹ oordeelde prof. Tjittes: “69. (...) *Given the fact that the requested documents date from many years ago, [Respondent] must be allowed a substantial period of time to peruse its files and to contact [Subcontractor] to peruse their files to see if and what relevant documents concerning the works (...) can be recovered. The Sole Arbitrator considers a period of two months reasonable. The Sole Arbitrator will also allow [Respondent] to redact parts of documents that contain privileged and/or confidential information (...).*”

Een termijn van twee maanden lijkt wellicht ruim, maar afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan zelfs een termijn van twee maanden de verweerder in praktische problemen brengen. Ik betwijfel of arbiters bij de bepaling van de termijn waarbinnen aan het bevel moet worden voldaan en de documenten ter beschikking gesteld moeten worden, (voldoende) rekening houden met de verplichtingen die voortvloeien uit de Algemene verordening persoonsgegevens (AVG).^{62,63} De gegevens waarin inzage wordt verlangd of de bescheiden waarvan afgifte of uittreksel wordt gevorderd, kunnen persoonsgegevens van derden bevatten. De regels over de bescherming van persoonsgegevens die met de AVG in werking zijn getreden, gelden onverkort ten opzichte van het inzagerecht. Daarvoor is wel oog in de parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel 35498.⁶⁴ In de Memorie van Toelichting wordt erop gewezen dat als de rechter een inzageverzoek toewijst, degene die over de gegevens beschikt, gehouden is om aan de rechterlijke veroordeling uitvoering te geven (artikel 6, eerste lid onder c AVG). Echter, zo valt te lezen, ook in dat geval, waarin de verstrekking van persoonsgegevens is gebaseerd op een rechterlijke uitspraak, moet de betrokkene op de hoogte worden gesteld van de informatieverstrekking.⁶⁵ Het zal – afhankelijk van de hoeveelheid bescheiden en de omvang daarvan – tijd en misschien zelfs wel veel tijd kosten om eerst na te gaan welke derden het hier betreft en vervolgens deze derden te benaderen. Een periode van twee maanden kan dan zo maar te kort blijken te zijn. Het is in ieder geval aan te raden dat verweerder hier nadrukkelijk aandacht voor vraagt bij arbiters, mocht hij het vermoeden hebben dat dit speelt.

3.9 Dwangsom

Het is mogelijk om aan een bevel tot overlegging van bescheiden een dwangsom te verbinden. Wanneer een verweerder aangeeft dat hij vrijwillig aan een bevel tot inzage

of afgifte zal voldoen, blijft een dwangsomveroordeling mogelijk achterwege. Dit was bijvoorbeeld het geval in het vonnis van 10 juli 2022 in RvA 72.258: “*Opdrachtneemster heeft in haar incidentele memorie van eis gevorderd om een dwangsom aan de veroordeling te verbinden. Opdrachtgever heeft gesteld dat dat niet nodig is en dat hij een eventuele veroordeling zal nakomen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft opdrachtneemster verklaard dat zij erop vertrouwt dat opdrachtgever deze toezegging zal nakomen en dat zij zich ter zake van de gevorderde dwangsom refereert aan het oordeel van het appelscheidsgerecht. Gelet daarop zullen appellarbiters geen dwangsom verbinden aan de veroordeling.*” Uiteraard moet verweerder die belofte dan wel waarmaken. Soms geeft een arbiter verweerder een uitdrukkelijke waarschuwing. Ik verwijs in dit verband opnieuw naar het vonnis van 10 december 2020 in NAI 4868: “*77. The Sole Arbitrator decides to rely on the explicit promise by [Respondent] that it will comply voluntarily and in good faith in the execution of a document production order. For that reason, the Sole Arbitrator sees no reason to award the document production order under a penalty. However, if it turns out that there is sufficient ground to believe that [Respondent] is not complying in good faith with this award, [Claimant] may initiate a new summary arbitration to have a (serious) penalty attached to the document production order.*”

In geval een eisende partij wenst dat een dwangsom wordt verbonden aan een bevel tot overlegging van bescheiden is wel aan te bevelen dat de eisende partij het scheidsgerecht vraagt dit bevel af te geven door middel van een arbitraal (tussen)vonnis en niet bij wege van een (procedural) order om eventuele discussies over een executoriale titel en afdwingbaarheid van de dwangsommen te voorkomen.⁶⁶

Als een partij weigert aan een bevel te voldoen, zal het scheidsgerecht de gevolgtrekking maken die het geraden acht.⁶⁷ Dat zal in het algemeen niet ten gunste uitpakken van de partij die in gebreke blijft om aan het bevel te voldoen. Het kan dus desastreus zijn voor een partij om een arbitraal bevel tot overlegging van stukken te negeren. Ook dat staat niet met zo veel woorden in art. 1040 lid 2 Rv, maar kan er wel in gelezen worden.⁶⁸

4. Conclusie

In veel arbitrages worden grote hoeveelheden producties door partijen in het geding gebracht, om de eigen stellingen te onderbouwen en de stellingen van de wederpartij te weerleggen. Toch wordt niet zelden door een van beide partijen en soms zelfs door beide partijen om de overlegging van nóg meer bescheiden gevraagd, al dan niet met tussenkomst van een arbiter. Met regelmaat bestaat er bij

60 Scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 7 augustus 2019, RvA 72.190, ov. 13.

61 Arbitraal vonnis in kort geding van 10 december 2020, NAI 4868, TvA 2021/51.

62 Zie de Roadmap van de ICCA-IBA Joint Task Force on Data Protection in International Arbitration (voorzeten door M. van Leeuwen en K. Paisley): <https://www.arbitration-icca.org/icca-iba-joint-task-force-data-protection-international-arbitration.org>.

63 Zie voorts mijn eerdere bijdrage in dit tijdschrift, “Privacy in arbitrage”, TvA 2020/55.

64 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 16-17.

65 En hetzelfde zal gelden voor een arbitrale uitspraak.

66 Via de weg van art. 1043b lid 1 jo lid 4 Rv komt men er wellicht ook: het scheidsgerecht kan een voorlopige voorziening treffen en die uitspraak heeft, tenzij het scheidsgerecht anders bepaalt, te gelden als een arbitraal vonnis. Als eisende partij wil je hierover uiteraard geen discussie.

67 G.J. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1040 Rv, aant. 2.g.

68 H.J. Snijders, Groene Serie, par. 5.9.3.

een partij de behoefte aan inzage in of afgifte van bepaalde bescheiden, waarover die partij niet beschikt, maar waarvan zij het bestaan vermoedt, en waarover de wederpartij wel zou beschikken. Een partij wil bijvoorbeeld meer duidelijkheid verkrijgen over nog niet precies bekende of bestreden feiten of wil de eigen rechtspositie in een ontstaan of potentieel geschil nader bepalen. Een exhibitievordering is dan een van de mogelijkheden om hierover opheldering te verkrijgen. Ook in arbitrages wordt met regelmaat van het middel gebruik gemaakt. Art. 1040 lid 2 Rv, dat de arbitrale pendant is van art. 843a Rv, biedt daartoe de mogelijkheid. In deze bijdrage heb ik (de tekst van) art. 1040 lid 2 Rv geanalyseerd en aan de hand van NAI-vonnissen en vonnissen van de Raad van Arbitrage onderzocht of scheidsrechters in nationale arbitrages exhibitievorderingen op een andere wijze beoordelen dan overheidsrechters. Mijn conclusie op basis van die door mij bestudeerde arbitrale vonnissen is dat arbiters de jurisprudentie die betrekking heeft op art. 843a Rv naadloos in arbitrage toepassen. Ik meen dat dit – onder meer op grond van hetgeen daarover op diverse plaatsen in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt – goed te rechtvaardigen is voor nationale arbitrages. In arbitrages met meer internationale elementen ligt dat wellicht minder voor de hand. Maar daarover wellicht meer in een volgende bijdrage.