

De Nederlands Vereniging van Banken maakt graag van de gelegenheid gebruik om commentaar te leveren op het concept wetsvoorstel informatieverstopping in civiele zaken.

1. Inleiding

Wij delen het uitgangspunt dat procedures zo efficiënt, snel en goedkoop mogelijk dienen te kunnen worden gevoerd. Of het voorliggende wetsvoorstel het gewenste effect zal hebben achten wij echter voor discussie vatbaar.

Het is maar de vraag of partijen die in een geschil zijn verwickeld, van een procedure zullen afzien als een bepaald stuk beschikbaar is. Of een procedure zin heeft valt zelden te beantwoorden aan de hand van een of enkele documenten. De verwachting dat partijen niet zullen gaan procederen als zij over bepaalde stukken beschikken delen wij dan ook niet. Niet alleen rationele argumenten maar ook allerlei minder rationele overwegingen spelen een rol bij de vraag of partijen al dan niet gaan procederen.

Het voorstel introduceert de mogelijkheid van een nieuwe, extra, procedure. Dat lijkt tegengesteld aan het nagestreefde doel. Het ziet ernaar uit dat het bedrijfsleven te maken krijgt met extra administratieve lasten. Voorts dreigen er ongewenste neveneffecten op te treden, zoals een vereenvoudiging van 'fishing expeditions'. Tot slot menen wij dat de gehanteerde open normen en begrippen zodanig ruim kunnen worden uitgelegd dat rechtsonzekerheid dreigt alsmede onduidelijkheid over de verhouding tussen de voorgestelde regeling en andere wettelijke bepalingen zoals het recht op inzage van de Wet Bescherming Persoonsgegevens.

2. Een extra procedure om procedures te vermijden?

Met het voorgestelde artikel 162a Rv is niet alleen de wederpartij van een rechtsbetrekking gehouden afschrift van bescheiden te geven, maar worden ook derden daartoe verplicht.

De banken onderhouden relaties met miljoenen partijen en hebben vele miljoenen potentieel relevante stukken onder zich. Banken zullen dan ook zeer regelmatig verzoeken tot afgifte van bescheiden als bedoeld in het voorstel ontvangen. Er dreigt een forse stijging van administratieve lasten.

Met het doel van het voorstel, een eenvoudiger en efficiënter verloop van civiele procedures, zijn wij het uiteraard eens. Wij vrezen echter dat de voorgestelde regeling een tegengesteld effect zal hebben en juist tot een toename van procedures zal leiden, aangezien de mogelijkheid wordt gecreëerd om nieuwe procedures te entameren. Wij zien niet goed in hoe de druk op bedrijfsleven en het justitiële apparaat kan worden verminderd door een nieuwe procedure in het leven te roepen in de vorm van een verzoekschriftprocedure.

Wanneer een bank een verzoek tot afgifte van bescheiden krijgt zal zij geneigd zijn het verzoek terughoudend te behandelen. De bank is immers gebonden aan de zorgplicht jegens haar cliënten, en (in bepaalde landen) aan een al dan niet wettelijk verankerd bankgeheim. Wanneer zij de stukken afgeeft loopt zij het risico dat zij door partijen die een belang bij de stukken hebben aansprakelijk zal worden gehouden. Als de bank pas na een procedure verplicht wordt om die stukken af te geven, is het risico van aansprakelijkheid niet meer aanwezig, aangezien de bank dan rechtens tot afgifte gehouden is. Dit mechanisme kan leiden tot het tegendeel van wat het voorontwerp beoogt: er wordt waarschijnlijk juist meer geprocedeerd.

3. Verzwaring administratieve lasten/kosten in het bedrijfsleven

Wij voorzien dat het voorstel zal leiden tot een toename van de vraag naar afschriften van bescheiden en daarmee tot een toename van administratieve lasten. De reikwijdte van het voorstel is ook niet duidelijk. Strekt een verzoek tot afgifte zich ook uit tot alle dochters van de bank en ook tot buitenlandse vestigingen?

Een partij die als derde gevraagd wordt stukken af te geven, zal zich in de rechtsbetrekking en het geschil moeten verdiepen, en zich een voldoende beeld moeten vormen van de kwestie.

Immers, dat beeld is relevant voor de vraag of afgifte verplicht is. Mogelijk moet eerst nog met partijen worden gecorrespondeerd om de kwestie helder te krijgen voordat een verzoek al dan niet kan worden gehonoreerd. Dit kan niet zonder extra kosten te maken.

Op grond van het nieuwe artikel 162a Rv, eerste lid, zal degene die informatie verlangt, de met het verschaffen samenhangende kosten dient te dragen. Niettemin zal de bank waarschijnlijk ook niet verhaalbare kosten moeten maken, aangezien het proces rondom de aanvraag van de bescheiden binnen de organisatie ingericht moet worden. Daarnaast is het nog maar de vraag of de verzoeker de kosten betaalt en zo niet of de kosten op de verzoeker verhaalbaar zijn. De kosten zullen overigens dikwijls lastig vast te stellen zijn, zoals u zelf terecht constateert.

De complexiteit van bancaire informatie infrastructures moet niet worden onderschat. Een bank heeft doorgaans grote fysieke archieven en daarnaast is veel informatie digitaal opgeslagen in verschillende databanksystemen. Het achterhalen van informatie kan al snel tijdrovend en kostbaar zijn. Informatie is dikwijls wel aanwezig maar niet direct voorhanden of toegankelijk, bijvoorbeeld indien een databank niet langer in gebruik is. Opening kost dan de nodige IT inspanningen met alle kosten van dien. Historische informatie kan ook bij een derde berusten, bijvoorbeeld omdat een deel van de bank is afgesplitst naar een andere partij.

Niet alle kosten zullen gemakkelijk inzichtelijk kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat de kosten verborgen zijn in arbeidsloon en andere operationele kosten. Deze kosten kunnen dan moeilijk of in het geheel niet verhaald worden.

Ook de kosten van juridische bijstand kunnen hoog zijn. Indien een bank een verzoek tot inzage in een stuk op – naar de bank meent – goede gronden weigert, kan een verzoekschriftprocedure worden geëntameerd. De kosten van juridische bijstand in verband daarmee zullen gemiddeld tussen de EUR 10.000,-- en EUR 20.000,-- bedragen. Ook al wordt de bank in het gelijk gesteld, dan nog zal een aanzienlijke kostenpost resteren, omdat de geliquideerde proceskosten vrijwel altijd lager zijn dan de werkelijke proceskosten.

4. Fishing expeditions

Wij beamen dat het risico van 'fishing expeditions' door de voorgestelde wetwijziging zal toenemen. Terecht wijst u ter zake op de situatie in de VS en in Engeland.

Op grond van het voorgestelde artikel 162a lid 1 Rv kan een ieder die partij is bij een rechtsbetrekking aanspraak maken op inzage van bescheiden bij zowel de partij die eveneens bij de rechtsbetrekking partij is, als bij een derde. Volgens de toelichting hoeft het bestaan van een rechtsbetrekking nog niet in rechte vast te staan. Dit brengt met zich mee dat een ieder simpelweg kan stellen dat hij of zij betrokken is bij een rechtsbetrekking en dus recht heeft op inzage van bepaalde informatie waar een derde over beschikt.

Uw veronderstelling dat het wetsvoorstel niet zal uitnodigen tot 'fishing expeditions', achten wij onvoldoende onderbouwd. De toelichting noemt weliswaar mogelijkheden voor de rechter om het verschaffen van informatie af te wijzen en verbindt voorwaarden aan een beroep op inzage van informatie. Echter, voordat komt vast te staan dat er sprake was van misbruik van de procedure, is de procedure al doorlopen met alle kosten en moeite van dien.

Doordat de kosten moeilijk te verhalen zullen zijn is er geen rem op misbruik van de procedure. Uw opmerking dat eventuele schade als gevolg van misbruik altijd wel verhaald kan worden overtuigt ons niet. Niet alle kosten zullen verhaald kunnen worden en schade laat zich niet altijd even eenvoudig bepalen, zoals u zelf terecht constateert. Schade die niet vastgesteld kan worden, kan ook niet verhaald worden.

5. 'Gewichtige redenen' op grond van artikel 162a, lid 2 sub b

Op grond van het voorgestelde artikel 162a lid 2, sub b, is degene die bescheiden tot zijn beschikking heeft niet gehouden afschrift van bescheiden te verschaffen, indien daarvoor gewichtige redenen bestaan.

Uit de toelichting blijkt niet duidelijk wat precies onder 'gewichtige reden' moet worden verstaan. Vermeld wordt slechts dat de belangen die in ogenschouw moeten worden genomen en het gewicht dat daaraan moet worden toegekend afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Wij vrezen dat dit in de praktijk tot veel interpretatieverschillen en rechtsonzekerheid zal leiden.

Kan bijvoorbeeld het feit dat de derde door de afgifte zelf in een ongunstiger positie belandt (bijv. reputatieschade, betrokkenheid bij een andere procedure) aangemerkt worden als een gewichtige reden? Is de confrontatie met aanzienlijke kosten een gewichtige reden om informatie te weigeren? En hoe dient men om te gaan met het geval dat de derde al eerder bepaalde informatie heeft verstrekt aan degene die daarom vraagt?

Hierbij komt dat het aan de rechter wordt overgelaten om de open normen verder in te vullen. Dit zal allicht tot effect hebben dat het aantal procedures bij de rechter toeneemt.

Wij zijn van mening dat het cruciale begrip 'gewichtige reden' om het verschaffen van informatie te weigeren scherper dient te worden geformuleerd. Op grond van een gewichtige reden zou o.i. in elk geval afgifte geweigerd moeten kunnen worden als het gaat om informatie:

- waarvan verstrekking in strijd komt met de privacy van de klant of derden;
- waarvan verstrekking in strijd komt met een wettelijke of contractuele geheimhoudingsplicht;
- die betrekking heeft op de interne besluitvorming van de bank;
- die concurrentiegevoelig is (tarieven, marges, marktbeperkingsacties, marktaandeel etc.);
- die zich niet in Nederland bevindt;
- waarvan verschaffing in strijd is met buitenlandse wet- en regelgeving;
- die de verstreckende partij op onevenredig hoge kosten jaagt.

Indien het niet mogelijk is deze categorieën in de wet zelf te benoemen zou dat naar ons oordeel in ieder geval moeten gebeuren in de Memorie van Toelichting.

6. Misbruik van recht

Het recht op informatie in zijn algemeenheid is een recht waar misbruik van kan worden gemaakt. In dat kader heeft de Universiteit van Utrecht in opdracht van het Ministerie van BZK een onderzoek ingesteld naar bestaande praktijken op het gebied van het tegengaan van oneigenlijk gebruik ('vexatious requests') van het recht op inzage in overheidsinformatie (Wob). Dat onderzoek is recent gepubliceerd (zie bijlage).

De executive summary geeft een aantal gronden voor inperking van het recht op inzage in overheidsinformatie. Met name de volgende aspecten zijn blijkens de rechtspraak van het daar bedoelde Britse Tribunal relevant bij de beoordeling van de 'vexatiousness':

- (a) is het verzoek onderdeel van een 'extended campaign to expose alleged improper or illegal behaviour in the context of evidence tending to indicate that the campaign is not well founded';
- (b) betreft het verzoek informatie die al is verstrekt aan de verzoeker;
- (c) suggereert de 'nature and extent' van de correspondentie tussen verzoeker en de overheid 'an obsessive approach to disclosure';
- (d) is de toon die in de correspondentie wordt gehanteerd 'tendentious and/or harassing';
- (e) kan in redelijkheid worden verwacht dat de correspondentie een negatief effect heeft op de 'health and well-being of officers'; en
- (f) leidt beantwoording van het verzoek waarschijnlijk tot 'substantial and disproportionate financial and administrative burdens.'

De criteria worden in het onderzoek verder toegelicht en aangevuld. Het onderzoek laat overigens zien dat het moeilijk is om een onderscheid te maken tussen reguliere en vexatoire verzoeken. Wij bevelen aan om aan de hand van dit onderzoek te bezien of er mogelijkheden zijn om oneigenlijk of disproportioneel gebruik in te perken.

7. Verhouding met privacywetgeving

Wat betreft de relatie tussen de voorgestelde regeling en de privacywetgeving merken wij op dat verzoeken vaak betrekking zullen hebben op persoonsgegevens van partijen die derden zijn ten opzichte van de verzoeker. De grondslag voor verstrekking onder de Wet bescherming persoonsgegevens is art. 8c Wbp. Verstrekking is dan alleen toegestaan als er sprake is van de *noodzaak* te voldoen aan een wettelijke verplichting. De bank is als regel geen partij in het aanhangige geschil en kan (zeker gezien de onduidelijkheden in de voorgestelde regeling) niet beoordelen of het noodzakelijk is om de gevraagde gegevens te verstrekken ter voldoening aan een wettelijk voorschrift. De bank dient dan altijd een rechterlijk bevel af te wachten.

Ten tweede kunnen de gegevens mede betrekking hebben op overige derden waarvan de belangen kunnen worden geschaad.

Ten derde kan het verstrekken van gegevens betreffende beursgenoteerde ondernemingen leiden tot exhibitie van koersgevoelige informatie en daardoor tot handelen dat strijdig is met het ondernemingsrecht.

Ten vierde leidt de voorgestelde regeling tot een inbreuk op de vertrouwelijkheid van de bedrijfsvoering van bevroegde ondernemingen. Ten aanzien van de inmenging in de bedrijfsvoering van bevroegde ondernemingen kan een beroep worden gedaan op 8 EVRM. In brede kring wordt aangenomen dat ook ondernemingen recht op privacy hebben en worden beschermd door 8 EVRM (zie onder meer het Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, Elzinga e.a. Kluwer 2006, p. 260/261). Deze veronderstelling is bijvoorbeeld bevestigd in EHRM 16 april 2002 inzake Colas Est. Iedere inmenging in de interne huishouding van bevroegde ondernemingen vormt dan ook een interventie die verantwoord moet worden volgens de criteria van EVRM 8 lid 2. Er moet sprake zijn van duidelijke en proportionele regelgeving die noodzakelijk is voor het functioneren van de samenleving (Handside arrest). De voorgestelde regelgeving is wat dat betreft niet duidelijk genoeg. Daarnaast kan worden opgemerkt dat de voorgestelde regeling onvoldoende rekening houdt met de positie van derde partijen, waardoor de regeling ook ten aanzien van die belangen conflicteert met art. 8 EVRM (zowel als de derden burgers zijn als wanneer het ondernemingen betreft).

Ten slotte verdient het aanbeveling om de voorgestelde regeling te bezien in relatie tot art. 35 Wbp. Het is momenteel onbevredigend dat verzoeken om inzage op grond van artikel 35 Wbp niet hoeven te worden gemotiveerd en het inzagerecht van dat artikel kan worden gebruikt voor de doelstellingen als bedoeld onder 843 a+b Rv en onder de voorgestelde regeling. Dat betekent dat de waarborgen die deze regels geven kunnen worden omzeild. Er is veel discussie over de inhoudelijkheid van het inzagerecht in het kader van de Wbp. Zo is de vraag of slechts moet worden aangetoond op welke wijze persoonsgegevens in de administratie zijn verwerkt of dat er meer ter inzage moet worden gegeven. In de hedendaagse praktijk komt het regelmatig voor dat partijen die een procedure tegen de bank voorbereiden, met een beroep op de Wbp eenvoudigweg en zonder motivering afschriften eisen van het volledige dossier, inclusief alle interne stukken, zoals kredietaanvragen of interne notities.

Ook bij de toepassing van artikel 1:162 Rv zal deze praktijk zich waarschijnlijk manifesteren. In artikel 162b sub 4 wordt onder c weliswaar vermeld dat het verzoekschrift moet inhouden 'de aanduiding van de bescheiden waarvan inzage wordt verzocht', maar in de Memorie van Toelichting is niet te vinden wat daar nu precies mee wordt bedoeld. Is de aanduiding 'het dossier' of 'het kredietdossier' of 'het commercieel dossier' voldoende? Of moet nauwkeuriger worden aangegeven om welke stukken het gaat, bijvoorbeeld 'de kredietaanvraag uit februari 2006' of 'het verslag van het gesprek van 13 december 2007'? Dit laatste verschil is van groot belang voor de processuele positie van de bank. Indien de cliënt op basis van artikel 1:162 Rv

een inzagerecht heeft in het volledige dossier kunnen – nadat de cliënt dit inzagerecht heeft gevorderd – stukken, die niet zij overgelegd, nadien niet meer in de procedure worden gebruikt. 'Azen in de mouw' zijn dan uit het arsenaal van processuele middelen verdwenen. Om bovengenoemde redenen zouden we graag bepaald zien dat verzoeken om inzage die gericht zijn op het faciliteren van juridische procedures volgens de procedure van de voorgestelde regeling dienen plaats te vinden onder uitsluiting van 35 Wbp. De voorgestelde regeling dient dan als een *lex specialis* t.o.v. de Wbp te worden gepositioneerd. Een en ander is ons inziens niet strijdig met de strekking van Richtlijn 95/46/EG waarin het inzagerecht wordt gepositioneerd als middel voor betrokkenen om de rechtmatigheid van verwerkingen te kunnen controleren. Zie considerans 41 van Richtlijn 95/46/EG alsmede MvT blz.157.

8. Enkele slotopmerkingen

Volgens de Memorie van Toelichting (blz 12) moet het begrip 'tot zijn beschikking hebben' ruim worden uitgelegd. Dit zou niet moeten impliceren dat binnen concerns moederondernemingen geacht moeten worden te beschikken over informatie die bij dochters aanwezig zijn of vice versa. Een rechtstreeks verzoek aan de derde die over de gegevens beschikt is derhalve essentieel. De derde kan dan tevens zelfstandig verweer voeren en voorschot/vergoeding van kosten claimen.

Onduidelijk is wat er gebeurt bij on- en minvermogenden. Er wordt dan geen voorschot verlangd, terwijl evenmin verwacht kan worden dat zij de feitelijke kosten zullen voldoen. Hoe wordt dit opgelost?

De vraag is gerezen of er een vergelijkend onderzoek is gedaan naar de situatie in andere Civil Code landen. In de discovery landen is rond disclosure een hele industrie ontstaan. Regelmatig leidt de avalanche aan informatie af van de kern van het dispuut en leidt zij tot meer controverses, waardoor zaken onnodig escaleren. Bovendien krijgt degene die in staat is de informatie het beste te verwerken en te presenteren een onevenredig voordeel, waarbij niet gezegd is dat daar een rechtvaardig oordeel uitrolt. Afgeleid probleem is hoe de betrouwbaarheid van de aangeleverde informatie kan worden geverifieerd. Naarmate meer informatie wordt aangeleverd zullen er juist meer en niet minder vragen kunnen worden verwacht in getuigenverhoren.

Ter overweging tenslotte nog een opmerking over informatieverschaffing door financiële dienstverleners: Overwogen zou kunnen worden het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening KiFiD (dat een ombudsman alsmede bindend advies aanbiedt) de mogelijkheid te geven om weigeringen van de bank te beoordelen. Dat zou betekenen dat, analoog aan de bestaande regeling inzake privacygeschillen, de weigering van de bank om gegevens te verstrekken niet alleen door bankklanten maar ook door derden aan KiFiD kan worden voorgelegd. Nu kan de klant al bij KiFiD in beroep gaan tegen de beslissing van de bank om *wel* te verstrekken: dat is immers vaak al een inbreuk op de privacy van de klant. Voordeel van inschakeling van KiFiD is dat er geen advocaten en rechters aan te pas komen.

Tot zover ons commentaar. Uiteraard zijn wij steeds bereid onze opmerkingen nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Mr B.B. van der Burgh
General Counsel

