

De Engelse ‘disclosure order’

Alan Sheeley & Frank Erkens¹

De Engelse ‘disclosure order’ zou in Nederland een welkom ondersteunend instrument zijn om effectief en efficiënt relevante gegevens bij derden in het kader van onderzoeken naar financiële criminaliteit te verzamelen. De Engelse rechtspraktijk laat zien dat de toewijzing van ‘disclosure orders’ door rechters kritisch en zorgvuldig plaatsvindt en dat de angst voor ‘fishing expeditions’ ongegrond is. In dit artikel worden de achtergrond en toepasbaarheid van de Engelse ‘disclosure order’ toegelicht en geplaatst in het kader van de aanpak van financiële criminaliteit. De inzet van een ‘disclosure order’ in het Nederlandse civiele recht zou voor benadeelde partijen een belangrijke stap voorwaarts zijn in het kunnen verzamelen van relevante gegevens en het kunnen ageren tegen financiële criminaliteit.

1. Introductie

De weerbaarheid van benadeelde partijen bij financiële criminaliteit verschilt van land tot land. Voor een belangrijk deel hangt de mate van weerbaarheid af van de beschikbaarheid en betrouwbaarheid van relevante gegevens, die in civielrechtelijke procedures door benadeelde partijen gebruikt kunnen worden.² Uit de genoemde literatuur en de praktijk blijkt dat in veel Europese ‘civil law’ jurisdicties in de pre-processuele fase maar beperkt onderzoek naar de aanwijzingen van financiële criminaliteit wordt gedaan.³ Tevens is in deze landen slechts een beperkt arsenaal aan effectieve rechtsmiddelen beschikbaar voor het verzamelen van relevante gegevens. In Engeland en andere ‘common law’ jurisdicties kan een benadeelde partij terugvallen op effectievere juridische rechtsmiddelen die in het kader van het noodzakelijke onderzoek in de pre-processuele fase kunnen worden gebruikt om de oorzaak, aard en omvang van financiële criminaliteit vast te stellen.

In de aanloop naar de aanstaande modernisering van het Nederlandse burgerlijk procesrecht hebben de auteurs (de Expertgroep) van het Rapport Modernisering Nederlandse burgerlijk procesrecht (het Rapport) in de afgelopen jaren opgemerkt dat, ondanks de juridische verplichtingen voor de betrokken partijen en de mogelijkheden van de rechter, de Nederlandse procespraktijk nog steeds wordt gekenmerkt door een conservatieve, terughoudende afwachtende houding van de betrokken partijen.⁴

In dit artikel worden de achtergrond en toepasbaarheid van de Engelse ‘disclosure order’ bij het verkrijgen van gegevens bij derden toegelicht en geplaatst in het kader van de aanpak van financiële criminaliteit. Het gaat hier niet om de onderlinge uitwisseling van gegevens tussen de procespartijen. De inzet van een ‘disclosure order’ in het Nederlandse civiele recht zou voor benadeelde partijen een belangrijke stap voorwaarts zijn in het kunnen verzamelen van relevante gegevens en het kunnen ageren tegen financiële criminaliteit. Zoals in

Auteurs

1. A. Sheeley is partner bij het advocatenkantoor Pinsent Masons in Londen en F. Erkens is partner bij het forensische onderzoeksbureau Holland Integrity Group in Amsterdam. Beiden maken in hun praktijk veelvuldig gebruik van ‘disclosure orders’.

Noten

2. P. Matthews & H.M. Malek, *Disclosure*, 2017, vijfde editie (Matthews & Malek

2017); N. Trocker, ‘From ALI-Unidroit Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions’, *Univ. L. Rev.*, vol. 19, 2014 (Trocker 2014); R. Stürner, ‘Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions against Non-Compliance’, *Rev. dr. unif.* 2001-4, p. 876.

3. R.B. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics, Sixth Edition*, Berkeley Law Books, 2016, p. 390-391; C.H. van Rhee &

A. Uzelac, *Truth and Efficiency in Civil Litigation: Fundamental aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative context*, Intersentia, 2012; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid, Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss.), Kluwer 2011; R.R. Verkerk, *Fact-finding in Civil Litigation, A Comparative Perspective*, Intersentia, 2010; C.H. van Rhee & R.R. Verkerk, ‘Civil procedure’, in: J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*,

Cheltenham 2006, p. 120-134; J.A. Jolowicz, ‘Adversarial and inquisitorial models of civil procedure’, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, nr. 2, april 2003, p. 281-295; J.H. Langbein, ‘The German advantage in civil procedure’, *Yale Law School*, vol. 52, nr. 4, Fall 1985, p. 823-866. 4. Hammerstein, W.D.H. Asser & R.H. de Bock, *Advies van de Expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, april 2017, (Expertgroep 2017), p. 10.

dit artikel zal worden toegelicht, is bij de Engelse 'disclosure' de angst voor ongebreidelde 'fishing expeditions' ongegrond.

2. Achtergrond

De bestaande sanctie in het Nederlandse civiele recht, dat een passieve, niet-coöperatieve houding bij de veroorzaker van problemen op het terrein van financiële criminaliteit tot een processueel nadeel voor hem zal leiden, zal geen indruk op deze partij maken.⁵ Zijn enige zorg is het onthouden van gegevens aan de benadeelde partij, zodat deze niet in staat is om beter inzicht te krijgen in het feitencomplex en onvoldoende basis zal hebben om een juridische procedure te initiëren en bewijs te overleggen. In de praktijk zien wij dit in nagenoeg elke casus spelen.

De Expert Group onderkent dat de maatschappij behoefte heeft aan voortvarende en effectieve civiele procedures.⁶ Het is daarom van groot belang dat de procespartijen en de rechter, naast hun huidige wettelijke mogelijkheden en verplichtingen, er ook van overtuigd zijn dat alle gegevens in een vroeg stadium van de procedure verstrekt moeten worden.⁷ De Expertgroep beseft dat partijen bewust informatie achterhouden.⁸ Daarom moet 'onderzocht worden hoe partijen voor aanvang van een civiele procedure op grotere schaal dan thans het geval is, zelf gegevens kunnen krijgen/gebruiken'.⁹

In Nederland variëren de mogelijkheden om in de pre-processuele fase gegevens te verzamelen van onder andere conservatoir beslag (artikel 700 Rv), voorlopig getuigenverhoor (artikel 186 Rv), voorlopig deskundigenrapport (artikel 202 Rv), voorlopige plaatsopneming (artikel 202 Rv) tot het recht op inzage/recht op het vorderen van overlegging (artikel 3:15j BW en artikel 162, 843a en 1019 Rv).¹⁰ Het is vaste rechtspraak dat de drempel voor toewijzing van voorlopige voorzieningen in Nederland in de pre-processuele fase vrij laag is, terwijl de drempel tijdens de civiele procedure hoger is.¹¹ Door gebruik te maken van voorlopige voorzieningen kunnen benadeelde partijen beter inzicht krijgen in relevante gegevens en omstandigheden en kunnen zij vernietiging van gegevens voorkomen. Uiteindelijk zal de benadeelde partij bij vroegtijdige beschikbaarheid van relevante en betrouwbare gegevens beter in staat zijn om zijn rechtspositie te bepalen, zijn vordering nauwkeuriger te formuleren en te onderbouwen en uiteindelijk zijn materiële belangen te verdedigen. Uit het Rapport blijkt dat maar in minder dan 3% van de civiele zaken opdracht wordt gegeven voor bewijsverrichtingen.¹²

In diverse Nederlandse zaken is verwezen naar de situatie in het Engelse en/of het Amerikaanse 'common

law'.¹³ In 2013 verwees de advocaat-generaal naar de parlementaire geschiedenis van artikel 21 Rv, waarin het Amerikaanse 'discovery' systeem wordt aangevoerd.¹⁴ 'Discovery' betreft de wederzijdse gegevensuitwisseling tussen partijen, terwijl 'disclosure' het opvragen van gegevens bij derden betreft.¹⁵ Het Amerikaanse 'discovery' systeem is over het algemeen nog steeds veel ruimer en veelomvatter dan het Engelse systeem. In het Engelse en Amerikaanse systeem wordt met betrekking tot de pre-processuele 'disclosure' van gegevens ernaar gestreefd partijen op gelijke voet te plaatsen en ervoor te zorgen dat alle relevante bewijzen en gegevens aan de rechter voorliggen.¹⁶

Dat bij sommige Nederlandse advocaten nog onbegrip en onduidelijkheid bestaat over 'disclosure' blijkt uit de recente opmerking van een vooraanstaande advocaat: 'Maar het nadeel van het Angelsaksische systeem is dat je daar ruime mogelijkheden hebt van discovery en disclosure: bij het begin van de zaak moet je alle relevante stukken overleggen. In het digitale tijdperk leidt dat tot terabytes aan digitale documenten en dus tot extreem hoge kosten'.¹⁷ In onze optiek ligt deze constatering niet in lijn met de eerdergenoemde visie van de Expertgroep en de opmerking van de Engelse filosoof en jurist Jeremy Bentham 'Evidence is the basis of justice'.¹⁸

In het kader van dit artikel gaat het specifiek over het verkrijgen van gegevens bij derden, te weten 'disclosure'. Het Engelse en Amerikaanse systeem kunnen op dit terrein ook met elkaar vergeleken worden. Partijen kunnen in de VS voor het verkrijgen van gegevens van derden een beroep doen op Section 1782 van Title 28 van de United States Code. In Engeland kunnen partijen om een 'disclosure order' vragen, die een sterk vergelijkbare voorziening biedt. In Engeland is echter, zoals we later in dit artikel zullen uitleggen, in tegenstelling tot de VS een evenwichtiger en controleerbare vorm van pre-processuele 'disclosure' ontwikkeld, die door Lord Woolf in 1996 verder is verbeterd.¹⁹ In 2006 constateerden Asser e.a. al terecht dat in het Engelse recht: 'orders of disclosure are intended to assist parties to establish a case they already have, not to find out whether they have a case'.²⁰ Het rapport van Lord Woolf leidde uiteindelijk tot de Woolf Reforms to the English legal system in 1999.²¹

3. Financiële criminaliteit

Zoals eerder beschreven in het artikel met de titel 'Vraagstukken bij financieel deskundigenonderzoek' worden bedrijven regelmatig geconfronteerd met juridische problemen, variërend van serieuze meningsverschillen over leveringen en betalingen tot complexe vormen van financiële criminaliteit, zoals witwassen, omkoping, corruptie, verduistering en overtreding van handels- en financiële sancties.²² Het bedrag dat jaarlijks in Europa gemoeid is

De bestaande sanctie in het Nederlandse civiele recht, dat een passieve, niet-coöperatieve houding bij de veroorzaker van problemen op het terrein van financiële criminaliteit tot een processueel nadeel voor hem zal leiden, zal geen indruk maken

met financiële criminaliteit wordt geschat op € 110 miljard, maar de kans op ontdekking en confiscatie is relatief beperkt.²³ In het bovengenoemde artikel is tevens een case op het terrein van financiële criminaliteit beschreven, waarin gebruik is gemaakt van een 'disclosure order' om in Engeland gegevens te verzamelen over de 'beneficial owners' achter Engelse vennootschappen die misbruikt zijn voor de prijsopdrijvende handel in tulpenbollen.

Complexe vormen van financiële criminaliteit omvatten veelal meerdere personen, bedrijven, contracten, bankrekeningen en transacties en zijn vaak internationaal van aard. Daarom is het belangrijk inzicht te hebben in de (on)mogelijkheden van de diverse rechtsstelsels met het oog op het verzamelen van relevante gegevens. Om problemen te visualiseren, juridische strategieën te bepalen en de kans op slagen van een rechtszaak te berekenen, is het van cruciaal belang dat in een vroeg stadium, de pre-processuele fase, toegang wordt verkregen tot interne en externe gegevens. Voor de meeste benadeelden is het moeilijk of zelfs onmogelijk om toegang te krijgen tot externe gegevens van banken, trustbedrijven, accountants en andere partijen om inzicht te krijgen in de aard en omvang van de mogelijke schade en om onregelmatigheden in het kader van het civiel recht of strafrecht vast te stellen. Soms zijn de meeste feiten voor beide partijen beschikbaar, maar veelal is het volstrekt onduidelijk wat er is gebeurd, wie er bij de mogelijke onregelmatigheden betrokken is, wie er verantwoordelijk is voor de mogelijke onregelmatigheden en waar het verdwenen geld of andere vermogensbestanddelen zich bevinden.

In gevallen van financiële criminaliteit is informatie van cruciaal belang, omdat de benadeelde partij veelal relevante informatie ontbeert en daardoor geen inzicht heeft in de aard en omvang van de eventuele benadeling.²⁴ Het moeten verstrekken van gegevens en de beperkingen die voor de overtreder in het kader van de 'disclosure' kunnen gelden, maken het voor de overtreder vaak moeilijker om kansrijk verweer te voeren in een civiele procedure. Zo kan door de beschikbaarheid van relevante gegevens snel worden aangetoond dat zijn schijnverdedigingen en beroep op oneigenlijke argumenten inhoudelijk ongegrond zijn.

Een ander belangrijk voordeel is dat bij 'disclosure' geen actieve betrokkenheid van politie en het Openbaar

Voor de meeste benadeelden is het moeilijk of onmogelijk om toegang te krijgen tot gegevens van banken, accountants en anderen om onregelmatigheden in het kader van het civiel recht of strafrecht vast te stellen

Ministerie (OM) vereist is. Andere prioriteiten en de beperkte beschikbaarheid van financiële deskundigheid maken het voor politie en OM lastig om een rol van betekenis te spelen bij de aanpak van financiële criminaliteit. De voor- en nadelen van de eventuele betrokkenheid van politie en OM bij financiële criminaliteit en het tijdstip waarop aangifte bij de politie gedaan zou kunnen worden, voeren te ver voor dit artikel.

4. Engelse 'disclosure'

4.1. Algemeen

Om de eerdergenoemde doelstellingen in Nederlandse civiele procedures te realiseren, namelijk een energieke, effectieve en volledige gegevensverstrekking, lijkt het ons (op basis van onze eigen uitgebreide ervaringen met deze procedures) verstandig als in het huidige proces van modernisering van het Nederlandse burgerlijk procesrecht de Engelse ervaringen op het gebied van 'disclosure' meegenomen worden. De jarenlange ontwikkelingen in Engeland op het terrein van 'disclosure' zijn ingegeven door de behoefte aan efficiënte (qua tijd en kosten) en open rechtspraak die effectieve tenuitvoerlegging van civielrechtelijke bevelen mogelijk maakt.

Naar Engels civiel recht kan een vordering, een zogeheten 'Civil Action', door een eiser (in dit kader ook wel te noemen de benadeelde partij) worden ingesteld tegen een

5. Trocker 2014, p. 260.

6. Expertgroep 2017, p. 10.

7. Op grond van art. 19 lid 2, 21 en 22 Rv.

8. Expertgroep 2017, p. 15.

9. Expertgroep 2017, p. 22.

10. Expertgroep 2017, p. 36 e.v.; Van den Reek 1997; E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor*, 2015; J.R. Sijmonsma, *Het inzageverhoor*, 2010 (Sijmonsma 2010).

11. Expertgroep 2017, voetnoot 51: sinds

HR 13 september 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AE3345, NJ 2004/18

m.nt. H.J. Sijnders (*Uiterlinden/Van Zijp*);

HR 11 februari 2005,

ECLI:HR:NL:HR:2005:AR6809, NJ

2005/442, m.nt. W.D.H. Asser (*Frog/Flori-*

ade); en HR 21 november 2008,

ECLI:NL:HR:2008:BF3938, NJ 2008/608.

12. Expertgroep 2017, p. 17, voetnoot 18.

13. ECLI:NL:PHR:2016:866;

ECLI:NL:PHR:2013:BZ9958;

ECLI:NL:PHR:2008:BB5626.

14. ECLI:NL:PHR:2008:BB5626.

15. De termen 'discovery' en 'disclosure' worden echter veelvuldig door elkaar gehaald. Zie Expertgroep 2017, nr. 79, p. 40.

16. Zie de 'Rules of Civil Procedure' op www.uscourts.gov; S.N. Subrin, 'Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules', *Boston College Law Review*, 1998 (Subrin 1998).

17. A. Croiset van Uchelen wordt aange-

haald in het artikel 'Optimisme over handelsrecht NCC, ondanks "uitwedstrijd-gevoel"', Mr. 26 februari 2019.

18. J. Bentham, *An Introductory View of the Rationale of Judicial Evidence*, 1843, p. 42.

19. Lord H. Woolf, *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, H.M. Stationery Office, 14 juli 2006.

20. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken & I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 74.

21. Deze hervormingen zijn op 26 april 1999 doorgevoerd en vormen de basis voor

de 'Civil Procedure Rules' die nu van toepassing zijn op Engelse procedures.

22. F.J. Erkens, 'Vraagstukken bij financieel deskundigenonderzoek', *Expertise & Recht*, 2017-6, p. 248-254.

23. E.U. Savona & M. Riccardi, *From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe*, Trento: Transcrime – Università degli Studi di Trento, 2015; Europol, *Rapport Criminal asset recovery in the EU, 'Does crime still pay?'*, 1 juli 2016.

24. In veel gevallen krijgen benadeelde partijen te horen dat externe oorzaken, zoals een financiële crisis, economische tegenslagen of wanprestaties van derden, de oorzaak zijn voor verliezen.

gedaagde (hier ook wel te noemen de overtreder). Reeds in de jaren zeventig van de vorige eeuw werd in het Engelse 'common law' erkend dat de benadeelde partij moet kunnen beschikken over rechtsmiddelen om bij financiële geschillen effectieve 'disclosure' mogelijk te maken. Zo kan worden voorkomen dat gegevens in welke vorm dan ook (administratie, facturen, voicemail, e-mails enz.) worden vernietigd. Deze rechtsmiddelen hebben zich ontwikkeld naast de zogeheten 'freezing orders', waardoor een benadeelde partij niet alleen gegevens kan verkrijgen, maar ook de tegoeden van de overtreder bij financiële geschillen kan bevriezen. Hiermee kan verhinderd worden dat de overtreder activa laat 'verdwijnen' en uiteindelijk ontsnapt aan de executie door een in het gelijk gestelde benadeelde. Dit is vooral van belang bij financiële geschillen, waar-

De 'gagging order' is een nuttig en effectief instrument om namens de benadeelde partij maximale geheimhouding te waarborgen bij het verkrijgen van de informatie

bij oneerlijke overtreders er soms alles aan zullen doen om te voorkomen dat zij geld aan de benadeelde partij moeten terugbetalen. Deze gebeurtenissen hebben geresulteerd in de ontwikkeling van:

1. *Disclosure Orders*, ook bekend als 'Norwich Pharmacal Orders' of 'Bankers Trust Orders';
2. *Gagging orders*.

4.2. Disclosure Order

Het relevante principe van een 'disclosure order' is door Lord Reid in *Norwich Pharmacal/Customs and Excise Commissioners* als volgt uiteengezet: '(...) that if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers. I do not think that it matters whether he became so mixed up by voluntary action on his part or because it was his duty to do what he did. It may be that if this causes him expense the person seeking the information ought to reimburse him. But justice requires that he should co-operate in righting the wrong if he unwittingly facilitated its perpetration.'²⁵

Een 'disclosure order' naar Engels recht stelt een benadeelde partij in staat om al in de pre-processuele fase, dat willen zeggen voordat de civiele procedure wordt geëntameerd, relevante informatie te verkrijgen. Normaliter zal de benadeelde partij zonder de noodzakelijke gegevens niet in staat zijn om een civiele procedure te initiëren, omdat er dan te weinig bewijs is om de zaak rond te krijgen. Die informatie hoeft niet alleen uit documenten

te bestaan, maar kan in Engeland ook bestaan uit verklaringen onder eed.

Met betrekking tot documenten is het bij financiële criminaliteit gangbaar om bankafschriften en de gegevens uit hoofde van 'know-your-customer' (KYC) procedures op te vragen om de identiteit van de veroorzaker van de problemen op het terrein van financiële criminaliteit vast te kunnen stellen. Bij banken wordt dit een 'Bankers Trust Order' genoemd, maar het verschil met een 'disclosure order' is minimaal.²⁶ Dit soort 'orders' kan worden gevraagd tegen derden, zoals banken en trustmaatschappijen, om te bepalen wie de uiteindelijke belanghebbenden of begunstigden van de bankrekening of trust zijn, of zelfs om activa via niet-betrokken derden te traceren.

In de zaak *Mitsui & Co Ltd/Nexen Petroleum UK Ltd*²⁷ is uiteengezet wat nodig is om een 'disclosure order' te verkrijgen. De vereisten zijn:

- 1) 'A wrong must have been carried out, or arguably carried out, by an ultimate wrongdoer;
- 2) The disclosure sought must be necessary in order to enable an applicant to bring legal proceedings or seek other legitimate redress for the wrong doing; and
- 3) The person against whom the order is made must be involved in the wrongdoing in a way which distinguishes him from being a mere witness'.²⁸

Aangezien een 'Norwich Pharmacal Order' een zogenaamde 'equitable remedy' is, heeft de rechter de beoordelingsvrijheid om een dergelijke 'order' al dan niet te geven. De rechter moet de belangen van geheimhouding en privacy van de overtreder afwegen tegen die van bekendmaking aan de benadeelde partij. Rechter Lightman was van mening dat het rechtsmiddel alleen beschikbaar was, 'where the Claimant requires disclosure of crucial information in order to be able to bring its claim or where the Claimant requires a missing piece of the jigsaw'.²⁹ Volgens rechter Lightman wordt het rechtsmiddel gezien als laatste redmiddel ('last remedy'), dat kan worden verkregen wanneer niet-betrokken derden de enige haalbare informatiebron zijn.

In de zaak *Nikitin/Butler LLP* is een verzoek tot een 'Norwich Pharmacal Order' afgewezen, omdat een procedure zonder 'disclosure' gewoon kon worden geïnitieerd.³⁰ Daaruit blijkt dat een bevel kan worden geweigerd, indien eiser reeds op de hoogte is van de identiteit van zijn overtreder en over voldoende informatie beschikt om hem voor de rechter te dagen. Een van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan 'to be satisfied before a Norwich Pharmacal order could be made was that there must be a need for an order to enable action to be brought against the ultimate wrongdoer. The questions for the court was whether the information was vital to a decision to sue or an ability to plead and whether, even if it was, it could be obtained from other sources (...) The purpose of a Norwich Pharmacal order was to enable an applicant to take action that could not otherwise effectively be taken. The relief requested was not intended to enable a victim of unlawful conduct to fine tune a pleading'.

De partij die een verzoek tot een 'Norwich Pharmacal Order' indient, hoeft uiteindelijk geen procedure aan te spannen.³¹ Zo kan een 'Norwich Pharmacal Order' ook worden gebruikt in een procedure tot bevrozing van vermogensbestanddelen die het onderwerp zijn van een geschil over de eigendom.³²

Uit Engelse 'case law' is in de loop der jaren gebleken dat de 'Norwich Pharmacal Order' een flexibel rechtsmiddel is dat zich kan voegen naar nieuwe omstandigheden. Lord Woolf merkte op: '(...) New situations are inevitably going to arise where it will be appropriate for the [Norwich Pharmacal] jurisdiction to be exercised where it has not been exercised previously. The limits which applied to its use in its infancy should not be allowed to stultify its use now that it has become a valuable and mature remedy'.³³ Binnen de 'Norwich Pharmacal' jurisprudentie wordt erkend dat elke zaak zijn eigenaardigheden heeft en daarom wordt het gevraagde en verstrekte bevel regelmatig uitgebreid tot 'disclosure' van meer informatie dan alleen de identiteit van de overtreder.³⁴

In Engeland is het zelfs voorgekomen dat 'disclosure' is ingezet tegen geheimhouders. Advocaten in *CHC Software Care Ltd/Hopkins and Wood*,³⁵ 'who had challenged the applicant's copyright to certain products, were ordered to disclose the names and addresses of those to whom they had written letters. The purpose behind granting the order was to enable the applicant to take its own steps to protect its reputation by contacting the parties in order to put the record right'.³⁶

Zeer recentelijk heeft de Engelse rechter een bank bevolen om de bankafschriften met inbegrip van de gegevens van de begunstigen en de betalers van elke afzonderlijke transacties alsmede de KYC-documentatie te verstrekken. Het betreffen niet alleen de afschriften van de bankrekening, waarop de gelden zijn gestort (de 'Receiving Account'), maar ook voor alle andere bankrekeningen indien die gelden vervolgens van die bankrekening naar een andere bankrekening binnen dezelfde instelling zijn overgemaakt. Dit was tot voor kort hoogst ongebruikelijk. Normaal gesproken beveelt de Engelse rechter de bekendmaking van informatie voor de 'Receiving Account' en verwacht dan dat de benadeelde partij zich opnieuw tot de rechter wendt om meer informatie te verkrijgen over de volgende 'Receiving Accounts' waarnaar de gelden zijn overgemaakt. Het hernieuwd opvragen van gegevens leidt tot veel zittingen, aanzienlijke kosten en vertraging in de informatieverstrekking. De rechter had in deze zaak een effectieve, efficiënte en pragmatische visie op de aan hem voorgelegde zaak.

De rechter eist veelal dat de benadeelde partij een zogeheten 'cross undertaking' tot schadevergoeding overlegt. Daarmee verplicht de benadeelde partij zich tot betaling van schadevergoeding aan de partij die bevolen wordt de informatie te verstrekken.

Een 'disclosure order' wordt, indien daarom gevraagd, door de rechter aan de benadeelde partij verstrekt zonder voorafgaande kennisgeving (ex parte) aan de overtreder om te voorkomen dat de overtreder stappen onderneemt om documenten te laten verdwijnen, vermogensbestanddelen te verplaatsen/verkopen of een andere situatie te creëren, waardoor de benadeelde partij in een ongunstige positie komt te verkeren. Dit geeft de benadeelde partij de tijd om informatie te verzamelen, vermogensbestanddelen op te sporen en beter inzicht te krijgen in de activiteiten van de overtreder.

4.3. Gagging order

Bij een poging om informatie te verkrijgen over de identiteit van de overtreder of de aard en omvang van het onrechtmatig handelen, kan de gehele actie vroegtijdig gefrustreerd worden, indien de overtreder kennis zou nemen van de toewijzing van de bevelen tot bekendmaking. Met het vroegtijdige inzicht in de aanstaande 'disclosure' kan de overtreder documenten vernietigen of de betreffende vermogensbestanddelen laten verdwijnen voordat het bevel aan de betreffende derden wordt bekend. In het Engelse rechtssysteem is een effectief instrument tegen vroegtijdige bekendmaking ontwikkeld. De benadeelde partij kan de rechter verzoeken om een bevel tot geheimhouding, 'gagging order' genaamd, uit te vaardigen.

Een 'gagging order' verhindert dat derden of de partijen die in kennis worden gesteld van het bevel (gewoonlijk een zeer beperkte groep mensen – normaal gesproken de derden en hun advocaten) de overtreder op de hoogte brengen van het bevel of van het feit dat informatie aan de benadeelde partij moet worden verstrekt. Een 'gagging order' is normaal gesproken een aanvulling op de primaire voorziening, zoals een 'Norwich Pharmacal Order', die tegelijkertijd worden gevraagd. Best practices leiden ertoe dat een verzoek tot een 'gagging order' ex parte wordt ingediend – de advocaten van de benadeelde partij moeten erop aandringen dat alle daaropvolgende zittingen achter gesloten deuren plaatsvinden als de 'gagging order' van kracht is. Dit is een nuttig en effectief instrument om namens de benadeelde partij maximale geheimhouding te waarborgen bij het verkrijgen van de informatie van de overtreder. Zoals gezegd, is dit instrument bedoeld om de doeltreffendheid van de 'disclosure' te vergroten en zo veel mogelijk documenten, die een bijdrage kunnen leveren in het inzichtelijk maken van het geschil, veilig te stellen.

25. *Norwich Pharmacal/Customs and Excise Commissioners*, 1974, AC 133 (HL), nr 175.

26. 'Disclosure orders' stellen een benadeelde partij in staat om ontbrekende gegevens op te vragen. Een 'Bankers Trust Order' is directer en de respondenten zijn meestal banken. Zij stellen de benadeelde partij in staat fondsen en andere activa te traceren ten behoeve van het verhalen van een potentiële vordering.

27. *Mitsui & Co Ltd/Nexen Petroleum UK*

Ltd, 2005, EWHC 625 (Ch).

28. Het is geen vereiste dat de respondent de uiteindelijke overtreder is; als de respondent de uiteindelijke overtreder is, is het onwaarschijnlijk dat het verzoek wordt ingewilligd. Het is noodzakelijk dat de respondent op de een of andere manier betrokken is geraakt, waardoor deze meer dan een getuige is – iemand die zijdelings betrokken is geraakt bij de onregelmatigheden in plaats van een onschuldige buitenstaander. Zie *Axa Equity & Law Life Assu-*

rance Society Plc/National Westminster Bank Plc, 1998, C.L.C 1177.

29. *Mitsui & Co Ltd/Nexen Petroleum UK Ltd*, 2005 EWHC 625 (Ch) op 19.

30. *Nikitin/Butler LLP*, 2007 EWHC 173 (Q.B.).

31. *British Steel Corporation/Granada Television Ltd*, 1981, AC 1096, HL.

32. *Arab Monetary Fund/Hashim nr. 5*, 1992, 2 Alle ER 911.

33. *Ashworth Hospital Authority/MGN Ltd*, 2002, 1 WLR 2033 te 2049F.

34. 'Disclosure orders' zijn een flexibel rechtsmiddel, zoals blijkt uit de beslissing van rechter McGonigal dat het beginsel van de 'disclosure order' niet beperkt mag blijven tot de bekendmaking van de identiteit van een onbekende overtreder - *Aoot Kalmneft/Denton Wilde Sapte*, 2002, 1 Lloyd's Rep 417.

35. *CHC Software Care Ltd/Hopkins en Wood*, 1993 FSR 241.

36. P. McGrath, *Commercial Fraud in Civil Practice*, p. 541-542.

4.4. Fishing expeditions

In diverse Nederlandse vonnissen en rechtsliteratuur wordt de term 'fishing expeditions' in één adem genoemd met 'disclosure' en 'discovery'.³⁷ Met 'fishing expeditions' wordt vaak bedoeld op ongebreidelde verstrekking tussen beide procespartijen van documenten. De Hoge Raad is van mening dat, om een 'fishing expedition' te voorkomen, er voldoende aanknopingspunten moeten zijn om aannemelijk te maken dat betrokkene de nodige gegevens kan verstrekken.³⁸ Zoals eerder opgemerkt gaat het in dit artikel om gerichte verzameling van gegevens bij met name derden.³⁹

Critici van 'disclosure' en 'discovery' verwijzen voorname naar het risico van 'fishing expeditions', maar Amerikaans onderzoek in de afgelopen twee decennia heeft aangetoond dat dit risico beperkt is.⁴⁰ Wilging e.a. merken hierover op: 'Empirical research about discovery in civil litigation has yielded results that differ from the conventional wisdom, which claims that discovery is abusive, time-consuming, unproductive, and too costly. In contrast to this picture of discovery, empirical research over the last three decades has shown consistently that voluminous discovery tends to be related to case characteristics such as complexity and case type, that the typical case has relatively little discovery, conducted at costs that are proportionate to the stakes of the litigation, and that discovery generally – but with notable exceptions – yield information that aids in the just disposition of cases'.⁴¹

Voor de inwerkingtreding van de Engelse 'Civil Procedure Rules' in 1999 was de rechter al duidelijk: 'discovery would not be ordered to enable a party to frame or to fish for evidence'.⁴² In verschillende recente uitspraken heeft de rechter wegens het ontbreken van voldoende grond verzoeken om 'disclosure orders' geweigerd in het licht van mogelijke 'fishing expeditions'.⁴³

Het is onze ervaring dat Engelse rechters zorgvuldig en kritisch omgaan met verzoeken om 'disclosure orders'. Verzoeken moeten goed onderbouwd zijn en 'full and frank' inzicht geven in het gehele feitencomplex, teneinde te voorkomen dat de rechter het verzoek als een 'fishing expedition' zal aanmerken.

5. Het belang van 'disclosure orders' voor de Nederlandse civiele praktijk

Zoals in dit artikel beschreven kan een benadeelde partij in het Engelse systeem 'disclosure orders' verkrijgen, waarmee relevante informatie kan worden veiliggesteld, mits voldaan wordt aan de geldende voorwaarden. Zaken op het terrein van financiële criminaliteit zijn de meest waarschijnlijke kandidaten voor het verkrijgen van 'disclosure orders'. Het maatschappelijke belang om private benadeelde partijen een effectief en efficiënt rechtsmiddel in handen te geven om zelfstandig relevante gegevens te verzamelen, teneinde zijn materiële belangen te verde-

digen, is groot. Zoals uit bovenstaande blijkt, wijkt de Engelse procedure voor de aanvraag en toewijzing van 'disclosure orders' en 'gagging orders' niet wezenlijk af van de Nederlandse procedures met betrekking tot voorlopige voorzieningen. Daarom zal de invoering van 'disclosure orders' en 'gagging orders' in de Nederlandse civiele praktijk volgens ons geen grote stap zijn.

Om de 'disclosure order' en de 'gagging order' in te zetten en te voldoen aan de gestelde voorwaarden, is gedegen kennis en ervaring met deze instrumenten nodig. De gevolgen voor de benadeelde partij, wiens verzoek kan worden afgewezen, kunnen aanzienlijk zijn en onder bepaalde omstandigheden vele miljoenen kosten, aangezien de benadeelde partij in Engeland in een afgevoerd geval de kosten van verweer van de overtreder tegen de verzoeken moest betalen.⁴⁴ Het alternatief kan echter zijn dat de zaak wordt verloren of dat er sprake is van een pyrrhusoverwinning. Er is vaak veel geld voor juridische procedures uitgegeven en niets bereikt, omdat de benadeelde partij niet de beschikking heeft gekregen over relevante informatie om voldoende bewijs voor zijn zaak te kunnen leveren dan wel de vermogensbestanddelen van de overtreder niet heeft kunnen lokaliseren en bevriezen, waardoor een effectieve tenuitvoerlegging van het toegewezen vonnis onmogelijk is.

6. Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat bij ernstige geschillen inzake financiële criminaliteit, ongeacht het rechtsgebied waarbinnen de benadeelde partij zich bevindt, het belangrijkste punt is om van meet af aan een doeltreffende strategie vast te stellen om in samenwerking met ervaren experts op alle voor het geschil relevante terreinen:

- 1) in de pre-processuele fase zoveel mogelijk relevante informatie te verzamelen;
- 2) te zoeken naar het beste forum en een procedure in te stellen in het rechtsgebied dat voor de benadeelde partij het gunstigst is;
- 3) ervoor te zorgen dat alle overtredingen en overtreder(s) worden geïdentificeerd, gericht op het financieel schadeloos kunnen stellen van de benadeelde partij; en
- 4) ervoor te zorgen dat alle beschikbare vermogensbestanddelen worden veiliggesteld om een succesvolle tenuitvoerlegging van een door de benadeelde partij verkregen bevel te waarborgen.

De Engelse 'disclosure order' zou in Nederland een welkom instrument zijn om op effectieve en efficiënte wijze te ondersteunen bij het verzamelen van relevante gegevens bij derden in het kader van onderzoeken naar financiële criminaliteit. De Engelse rechtspraktijk en onze jarenlange ervaring met deze instrumenten laat zien dat de toewijzing van 'disclosure orders' door rechters kritisch en zorgvuldig plaatsvindt en de angst voor 'fishing expeditions' ongegrond is. •

37. ECLI:NL:PHR:2017:70;

ECLI:NL:HR:2016:2830;

ECLI:NL:PHR:2016:985; Subrin 1998; de Expertgroep 2017; Sijmonsma 2010, die in voetnoot 2 op p. 118 uitgebreid verwijst naar literatuur en jurisprudentie.

38. ECLI:NL:HR:2017:70.

39. Alleen de 'search and seizure order' is direct gericht tegen de overtreder.

40. Subrin 1998. S.N. Subrin, *Discovery in global perspective; are we nuts*, 2002, p. 307-309; T.E. Willging, D. Stienstra, J.

Shapard & D. Miletich, 'An Empirical Study

of Discovery and Disclosure Practice under the 1993 Federal Rule Amendment', 39

B.C.L. Rev 525, 1998.

41. Willging e.a. 1998, p. 527.

42. Matthews & Malek 2017, p. 171.

43. *Shah/HSBC*, 2011, EWCA Civ 1154 at

[49]; *Banwait/Dewji*, 2013, EWHC 883 (QB) AT [16].

44. *PJSC Commercial Bank Privatbank/*

Kolomoisky, 2018, EWHC 3308 (Ch).