de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

De minister voor Rechtsbescherming
Drs
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 00 22
www.rechtspraak.nl

datum	23 november 2018
doorkiesnummer	088-361 33 17
e-mail	wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
ons kenmerk	UIT 11287/Strat/DK/eb
bijlage(n)	1
onderwerp	Advies conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures

Geachte

Bij brief van 31 mei jl, kenmerk 2280112, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake het conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures.

Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel heeft tot doel het bewijsrecht in civiele procedures te vereenvoudigen en te moderniseren door de informatiegaring en bewijsverzameling in de fase voorafgaand en tijdens de procedure te verbeteren. Daartoe bevat het wetsvoorstel de volgende hoofdlijnen:

1. een verplichting voor partijen om alle relevante informatie over hun geschil te verzamelen en met elkaar te delen voordat een procedure bij de rechter wordt aangespannen;
2. de mogelijkheid voor de rechter om met partijen de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer te bespreken;
3. de invoering van een verschijning van partijen na een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen, met een sterke regiefunctie voor de rechter;
4. er komt één verzoek tot een of meer voorlopige bewijsverrichtingen in plaats van afzonderlijke verzoeken per voorlopige bewijsverrichting ;
5. het inzagerecht wordt aangepast en zo veel mogelijk gelijkgetrokken met de overige bewijsverrichtingen;
6. het overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen die buiten rechte tot stand zijn gekomen, wordt gestimuleerd.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[1]

[1] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de

Algemeen

Het wetsvoorstel moedigt partijen aan om in een vroeg stadium de procedure actief voor te bereiden. In het wetsvoorstel staat op dit vlak een aantal nuttige verbeteringen, en dat is positief te waarderen. Tegelijkertijd bestaan er principiële en praktische bezwaren tegen enkele voorstellen. Deze hangen enerzijds samen met het realiteitsgehalte ervan en anderzijds met de strenge sanctionering, nl. de uitsluiting van de mogelijkheid tot het aandragen van bewijs in een latere fase.

Sinds 2002 (de wet van 14 december 2001, Stb. 623, tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg) is steeds meer nadruk komen te liggen op het belang van de mondelinge behandeling. De recente KEI-wetgeving borduurt hierop voort en ruimt een centrale plaats in voor de mondelinge behandeling. Het wetsvoorstel accentueert daarentegen juist de pre-processuele fase. Dit draagt het risico in zich dat de mondelinge behandeling verwordt tot een zitting waar al het (al dan niet terecht) verzamelde bewijs behandeld moet worden en een lijst van getuigen gehoord moet worden.

De praktijk wijst uit dat partijen in de voorfase vaak nog onvoldoende kunnen inschatten wat de kern en reikwijdte van hun geschil is. Het is voor hen daarom vrijwel ondoenlijk om in die fase al precies te onderkennen welk bewijs nodig is voor het laten slagen van hun standpunten. Er kan ook sprake zijn van voortschrijdend inzicht in hetgeen hen wel en niet verdeeld houdt. Het geschil wordt vaak pas op de mondelinge behandeling echt duidelijk. De waarheidsvinding is ermee gediend dat er gelegenheid is dit proces van voortschrijdend inzicht te kunnen doorlopen.

Het wetsvoorstel kan het onwenselijke effect hebben dat partijen zich gedwongen zien tot voorlopige bewijsverrichtingen die achteraf onnodig blijken te zijn. Dit kan het geschil nodeloos compliceren, ruis opleveren en de rechtspraak nodeloos belasten. Dit wordt nog versterkt door het feit dat hun verderop in de procedure de sanctie van bewijsuitsluiting boven het hoofd hangt.

De procedure zal naar verwachting door het nieuwe systeem ingewikkelder worden en (met inbegrip van de voorfase) voor partijen langer duren. De verregaande sanctiebevoegdheid van uitsluiting van bewijs staat haaks op het tegelijkertijd benadrukken van het beginsel van waarheidsvinding.

Indien de (verdere) invoering van het KEI-procesrecht binnen niet al te lange tijd haar beslag krijgt, kan ervan worden afgezien om de de voorgestelde wijzigingen ook af te stemmen op het 'oude' procesrecht.

<u>1. De verplichting tot het verzamelen van informatie (art. 149a)</u>

Het invoeren van een verplichting voor partijen om voorafgaand aan de procedure alle relevante informatie te verzamelen, biedt de mogelijkheid om aan niet-nakoming van de verplichting de consequentie te verbinden dat de rechter de gevolgtrekking maakt die hij geraden acht. Welke

werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

informatie verzameld moet worden, is afhankelijk van een 'dubbele redelijkheidstoets': informatie die redelijkerwijs kan worden verkregen en die redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de beoordeling van de feiten of rechten waarop een partij zich beroept.

Het is een goede zaak als partijen bij aanvang van de procedure niet alleen inzichtelijk maken over welke (relevante) bewijsmiddelen zij beschikken, maar die bewijsmiddelen ook al direct in het geding brengen. De vraag of de proces-economie en de waarheidsvinding zijn gediend met bewijsgaring door partijen vóór de procedure in plaats van bewijslevering op initiatief van de rechter tijdens de procedure vergt een weging van verschillende invalshoeken:

- Het is het geschil van partijen, de feiten zullen zich grotendeels in hun domein bevinden en het is dus aan hen om die feiten volledig en naar waarheid aan de rechter te presenteren. Daarbij is het in het overgrote deel van de zaken niet teveel gevraagd dat partijen die een oplossing zoeken voor hun geschil, alle informatie die daarvoor relevant is op voorhand verzamelen en presenteren aan degene die zij om die oplossing vragen (namelijk de rechter). Daarmee wordt niet alleen voorkomen dat partijen nog bepaalde bewijskaarten tegen de borst kunnen houden. Daarmee wordt ook voorkomen dat de rechter al te gemakkelijk zaken in de stelfase afdoet, en zodoende niet toekomt aan het verstrekken van een bewijsopdracht.
-Tegelijkertijd moet voorkomen worden dat het belang van bewijsvergaring ten koste gaat van een goed verloop van de procedure. Dit betekent dat het onwenselijk is dat de rechter wordt 'overspoeld' met een overvloed aan bewijsstukken die niet op de kern van het geschil betrekking hebben en ook dat de rechter verplicht zou worden om allerlei getuigen te horen tijdens de mondelinge behandeling als nog niet duidelijk is of dat van belang is voor de te nemen beslissing.

Tegen deze achtergrond gaat de sanctiebevoegdheid van artikel 149a, dat bepaalt dat de rechter aan het niet overleggen van deze informatie de gevolgtrekkingen kan verbinden die hij geraden acht, te ver. De verwachting is dat deze bepaling (daardoor) uitnodigt tot het overleggen van te veel en irrelevante informatie, en anderzijds dat de waarheidsvinding hieronder te lijden zal hebben. De Raad adviseert daarom deze vergaande 'sanctiebevoegdheid' te schrappen. Dit geldt des te meer nu onder het huidige recht reeds de mogelijkheid bestaat om bij niet-overlegging van informatie bepaalde stellingen als onvoldoende onderbouwd te passeren, dan wel een bewijsvermoeden te hanteren of de bewijslast om te keren. In dit verband moet worden bedacht dat het 'afstraffen' van het niet voldoen aan het overleggen van informatie die voorafgaand aan de procedure had moeten worden verzameld, ertoe kan leiden dat de beslissing van de rechter niet aansluit bij 'de materiële rechtsverhouding zoals die in werkelijkheid tussen partijen bestaat', terwijl dat met het wetsvoorstel – in lijn met de ontwikkelingen in het procesrecht van de laatste decennia – nu juist wel wordt beoogd (vgl. de toelichting, p. 8).

Het zal voor partijen niet steeds eenvoudig zijn om uit te maken hoe ver deze informatieverzamelingsplicht precies reikt en welke informatie cruciaal is voor de beslissing. Het kan zijn dat zij zich risicomijdend zullen opstellen door vooraf duidelijkheid te zoeken over hun processuele positie. Het gevaar bestaat dat dit zal gaan leiden tot een toename van verzoeken om voorlopige getuigenverhoren of andere voorlopige bewijsverrichtingen, waarbij de vraag is of dat op dat moment

wel effectief is. De ervaring leert dat partijen dan feitelijk twee afzonderlijke procedures moeten doorlopen (met name de art. 843a Rv-zaken) waarbij de rechter in feite al op de hoofdzaak vooruitloopt.

Een verweerder zal, zeker waar verplichte procesvertegenwoordiging ontbreekt, niet altijd (tijdig) op de hoogte zijn van de informatieverzamelingsplicht. Het niet-verzamelen van informatie kan negatieve consequenties hebben voor zijn procespositie. Het verdient daarom aanbeveling om voor te schrijven dat verweerders via een aanzegging in de procesinleiding worden gewezen op deze verplichting. Het belang hiervan is extra groot in zaken waarin een verweerder in persoon kan verschijnen.

Ook voor de rechter zal niet steeds eenvoudig zijn om uit te maken hoe ver deze informatieverzamelingsplicht precies reikt, omdat hij geen zicht heeft op hetgeen hij niet weet.

Een vergaande informatieverzamelingsplicht in een fase waarin mogelijk nog niet duidelijk is of die informatie relevant zal zijn, heeft bovendien een kostenaspect. Aan voorlopige getuigenverhoren, deskundigenberichten, het laten maken van een beschrijving, en het verkrijgen van inzage e.d. kunnen – zeker in complexe en/of omvangrijke zaken – (zeer) hoge kosten zijn verbonden (die kunnen leiden tot afzonderlijke procedures en) die mogelijk tevergeefs gemaakt worden. Die kosten moeten betaald worden en komen in principe voor rekening van de 'verzamelaar' dan wel, in zaken waarin een volledige proceskostenveroordeling mogelijk is (IE-zaken; deelgeschillen in letselzaken) voor de verliezende partij. Het vooruitzicht van hoge kosten in de voorfase (met de facto een voor-procedure, mede gelet op de verplichte verschijning, zie hierna onder 3.) kan de toegang tot de rechter mogelijk belemmeren. Aan het 'frontloaden' van kosten van een procedure zijn vooral voor de economisch zwakkere partij nadelen verbonden.

2. Aanvulling van de grondslag van de vordering (art. 24 lid 2)

Voorgesteld wordt dat de rechter partijen ambtshalve kan wijzen op mogelijkheden om de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen.

De Raad beoordeelt dit voorstel in beginsel positief. In feite bestaat de mogelijkheid al (vgl. HR 26 september 2003, NJ 2004/460) dat de rechter het partijdebat, waar nodig om recht te doen aan de werkelijke rechtspositie van partijen, kan bijsturen. De bepaling past in het beginsel van een actieve civiele rechter en in de ook onder KEI en in de jurisprudentie van de Hoge Raad benadrukte regierol van de rechter. Waar het doel van het burgerlijk procesrecht is om zoveel mogelijk recht te doen aan de werkelijke rechtspositie van partijen, kan het codificeren van deze suggestiebevoegdheid worden toegejuicht.

Wel is helderheid nodig over de situaties waarin art. 24 lid 2 toepassing kan vinden omdat de nieuwe formulering een zeer principieel vraagstuk betreft. In verband met rechtsgelijkheid en rechtszekerheid moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat verschillende rechters het systeem anders benaderen. Nu al koesteren rechters tegenstrijdige opvattingen of "vragen voor de goede verstaander" (die zijn vordering daarop dan zal aanpassen) tijdens de comparitie mogen/moeten worden gesteld. Zonder

gebruik van heldere begrippen, zo nodig toegelicht met casus, blijft abstract en dus onduidelijk wat precies wordt bedoeld.

Als de rechter toepassing geeft aan art 24 lid 2 en dit leidt tot een aanpassing van de grondslag of de eis, zal dit volgens art 130 Rv schriftelijk moeten gebeuren. De wederpartij moet dan in de gelegenheid worden gesteld adequaat te kunnen reageren. Mogelijk zal dit dan een extra schriftelijke ronde en dus vertraging opleveren.

Voor alle duidelijkheid moet wel worden benadrukt dat lid 2 voor de rechter géén verplichting inhoudt, maar een bevoegdheid waarmee voorkomen kan worden dat een partij (al dan niet vertegenwoordigd door een advocaat) door onachtzaamheid een procedure verliest waarin hij feitelijk goede papieren heeft. Dat kan ook voorkomen dat hoger beroep moet worden ingesteld.

Deze bepaling doet er niet aan af dat de primaire verantwoordelijkheid voor de grenzen van de rechtsstrijd bij partijen blijft en dat zij ook het laatste woord hebben. Als de partij die het aangaat een suggestie van de rechter overneemt, is daarmee de grondslag door die partij zelf uitgebreid. Als een partij de suggestie van de rechter niet wil overnemen, is de rechter daaraan gebonden. Zo blijft de partijautonomie intact, evenals de eigen verantwoordelijkheid van de advocaat voor de juiste aanpak van 'zijn' zaak.

De toevoeging in lid 1 van artikel 24 dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist "op hetgeen verder tijdens het geding aan de rechter ter kennis is gekomen" (en dus niet alleen op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd) roept de vraag op of de rechter bij zijn beslissing gebonden blijft aan de grondslag van de vordering en het verweer of dat hij daar naar komend recht ook buiten mag gaan. Deze bepaling strekt tot harmonisatie met art. 149. In het licht van het voorgestelde lid 2 is de wijziging van lid 1 overbodig en zelfs verwarrend. De rechter dient naar het oordeel van de Raad niet alleen naar huidig recht maar ook naar komend recht zijn beslissing alleen maar te baseren op hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. Dat de rechter bij het vaststellen in hoeverre de door elk der partijen aangevoerde feitelijke grondslag "waar" is, ook acht mag slaan op hetgeen hem verder in het geding ter kennis is gekomen, volgt al uit art. 149. Waar art. 24 de rechter opdraagt te blijven binnen de rechtsstrijd zoals partijen die (eventueel op suggestie van de rechter nader) hebben afgepaald, bepaalt art. 149 al op welke feiten de rechter mag letten om die rechtsstrijd te beslechten.
Een andere opvatting zou ook gemakkelijk in strijd kunnen komen met het beginsel van hoor en wederhoor. Te denken valt aan een vordering waarvoor niet alle benodigde feiten zijn gesteld (en dus ten grondslag zijn gelegd aan de vordering) maar waarbij de 'ontbrekende' (rechts)feiten wel op andere wijze aan de rechter ter kennis zijn gekomen (bijvoorbeeld doordat die feiten blijken uit een overgelegde productie). Indien de rechter de aanvankelijk 'ontbrekende' feiten gewoon zou mogen 'meenemen' en de vordering toewijzen, zou dat strijd opleveren met het beginsel van hoor en wederhoor.

3. De verschijning van partijen na een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen (art. 198)

In plaats van afzonderlijk geregelde verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht enz. wordt voorgesteld te komen tot één verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen (art. 196 e.v.). Dat verzoek wordt in beginsel mondeling behandeld. Nieuw is dat de rechter daarbij onder meer tot uitdrukkelijke taak heeft (art. 199 lid 1) de verzoeker in de gelegenheid te stellen zijn stellingen toe te lichten en dat hij een schikking kan beproeven.

De formulering "gelegenheid bieden voor het toelichten van stellingen" brengt mee dat partijen hun zaak mogen bepleiten. Als daarmee gedoeld wordt op het toelichten aan de hand van een schriftelijke pleitnota, is dat nogal zwaar. Het is in elk geval de vraag of het nodig is om dit uitdrukkelijk te bepalen, nu hetzelfde ook al voortvloeit uit het algemene art. 30k, dat naar aan te nemen valt ook van toepassing is. De toelichting besteedt hieraan ten onrechte geen aandacht.

De voordelen van een schikkingsmogelijkheid in deze fase van het proces moeten niet worden overschat. De bewijsverrichtingen zullen met name bedoeld zijn voor zaken die niet tot de competentie van de kantonrechter behoren. Sinds de competentiegrenswijziging is het (landelijke) schikkingspercentage in de overige civiele zaken ("handelszaken") gedaald. De wijze waarop vorm is gegeven aan de voorlopige bewijsverrichtingen heeft dus als praktisch gevolg dat er per zaak meer voorbereidingstijd en zittingstijd nodig is.

De verschijning van partijen is, anders dan thans het geval is, verplicht. Er kan slechts van worden afgezien als de wederpartij onbekend is of er sprake is van onverwijlde spoed (lid 1, derde zin). Vaak doet zich echter voor dat de wederpartij wel bekend is, maar geen behoefte heeft aan verweer tegen het verzoek. Partijen zijn het dan in feite eens over het verzoek. De vraag is waarom in zo'n geval niet mag worden afgezien van een verschijning van partijen. Het is ook de vraag of partijen (behalve verzoeker misschien) zullen verschijnen ter zitting. Het voorschrift leidt in de voorgestelde vorm in dit soort gevallen tot nodeloze vertraging (en kosten; zie hiervoor onder 1). Het zal de doorlooptijden negatief beïnvloeden. Aanbeveling verdient om aan de reeds geformuleerde uitzonderingen toe te voegen dat een verschijning ook achterwege kan blijven als (alle) partijen daarom verzoeken.

4. Eén verzoek tot een of meer voorlopige bewijsverrichtingen (art.196-200)

Voorlopige bewijsverrichtingen kunnen volgens het voorstel alleen voorafgaand aan een procedure worden bevolen. Dit wordt gemotiveerd door erop te wijzen dat partijen hangende de procedure toch al voldoende mogelijkheden hebben/krijgen om bewijs te leveren, bijvoorbeeld door getuigen mee te nemen naar de mondelinge behandeling.

Afgezien van het feit dat van het meenemen van getuigen naar de mondelinge behandeling geen wonderen moeten worden verwacht, gelet op diverse logistieke problemen (bijv. beperkte beschikbare tijd), ziet de Raad niet wat het voordeel is van het uitsluiten van voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een procedure. Zo kan tijdens een procedure soms een voorlopig deskundigenbericht nuttig zijn om te beoordelen of verder procederen wel zinvol is, bijvoorbeeld in een letselschadezaak. Verder zou een

voorlopige bewijsverrichting in het bijzonder van belang kunnen zijn als een partij voor de vraag staat of hij een procedure in hoger beroep wil gaan voeren, maar bij zijn beslissing rekening wil houden met bepaalde informatie waarover hij zonder rechterlijke tussenkomst niet kan beschikken. Ook kan gedacht worden aan de situatie dat bewijs verloren dreigt te gaan. Juist in dergelijke gevallen volstaan de in de toelichting (p. 38) genoemde mogelijkheden van de rechter om 'in iedere stand van de procedure' getuigen te horen, niet.
De Raad adviseert om in plaats van het uitsluiten van voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een procedure te volstaan met de mogelijkheid dat een verzoek om bewijsverrichtingen (van welke aard dan ook) tijdens een aanhangige procedure eenvoudig kan worden afgewezen (de afwijzingsgronden van art. 196 lid 2 zijn daarvoor ruim genoeg).

Het verdient aanbeveling dat in de toelichting aandacht wordt besteed aan een aantal vragen die opkomen door de regeling dat verzoeken slechts kunnen worden gedaan 'voordat een zaak aanhangig is'. De rechtsonzekerheid is hiermee gediend. Het gaat dan bijvoorbeeld om:
- Wat moet er gebeuren als een zaak wordt aangevangen hangende de behandeling van een voorlopige bewijsverrichting of een verzoek daartoe? Dat kan ook worden gedaan door een andere partij dan de partij die om de voorlopige bewijsverrichting verzocht.
- Staat aanhangigheid van een kort geding ook in de weg aan een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen?
- Wat als een zaak in het buitenland aanhangig is, maar hier bewijsverrichtingen nodig zijn?
- Wat is de verhouding tot arbitrage, bindend advies of de behandeling van een deelgeschil?
- Wat als wel een zaak aanhangig is over een verklaring voor recht, maar de verzoeker een voorlopig getuigenverhoor wenst in verband met de schadeomvang?
- Soms is een partij genoodzaakt ter bewaring van zijn recht beslag te leggen en moet zij vervolgens binnen enkele weken de hoofdzaak aanhangig maken; is dan wel verzekerd dat deze partij dan voldoende tijd heeft voor het verzoeken van een voorlopige bewijsverrichting?

<u>Toepasselijkheid van het bewijsrecht in het familie- en jeugdrecht</u>

De Raad vraagt zich af of in zaken van voluntaire jurisdictie ("oneigenlijke rechtspraak"), waartoe zaken van familie- en (met name) jeugdrecht overwegend behoren, wel voldoende ruimte blijft bestaan voor een uitzondering op de toepasselijkheid van het bewijsrecht, met name ook in de fase vóór een procedure, nu er een prominentere plaats in het wetsvoorstel is toegekend aan voorlopige bewijsverrichtingen (art. 196 e.v.). Denk hierbij aan jeugdbeschermingszaken, afstammingszaken, overige boek 1 BW-zaken.
Artikel 284 lid 1 Rv blijft terecht in stand, zodat nog steeds het bewijsrecht buiten toepassing kan worden gelaten "indien de aard van de zaak zich daartegen verzet", hetgeen bij uitstek het geval kan zijn bij genoemde procedures. Dat zou dan ook moeten gelden voor voorlopige bewijsverrichtingen in dit soort zaken. Artikel 197 lid 2 onder a. en b. Rv verplicht tot het geven van een aanduiding van het geschil of de gebeurtenis waarop het verzoek betrekking heeft en de feiten of rechten waarover informatie wordt verzocht of bewijs wordt verzameld. Aan de hand daarvan kan worden vastgesteld of de bewijsverrichtingen betrekking zullen hebben op een zaak van voluntaire jurisdictie.

Hoewel dit alles onder de werking van artikel 284 lid 1 Rv lijkt te vallen, lijkt het goed om voor alle duidelijkheid aan artikel 196 lid 1 Rv een extra weigeringsgrond toe te voegen, namelijk:

> "f. indien de aard van het geschil of de gebeurtenis waarop het verzoek betrekking heeft zich tegen toewijzing verzet."

In de toelichting zou dan duidelijk moeten worden gemaakt dat dit betrekking heeft op voluntaire rechtspraak. Op het moment van aanbrengen van zo'n verzoek, hoeft er namelijk nog geen sprake te zijn van een (hoofd)zaak als bedoeld in artikel 284 lid 1 Rv.

5. Het inzagerecht (art. 149b, art. 204)

De materiële aanspraak op inzage, afschrift of uittreksel wordt geregeld in art. 149b. Deze bepaling regelt wanneer iemand gehouden is om medewerking te verlenen aan een verlangen om inzage etc. Wordt niet vrijwillig meegewerkt, dan regelt art. 204 de mogelijkheid om daarvoor een verzoek voorlopige bewijsverrichting aan de rechter te doen.

In de toelichting is niet vermeld of de informatieverzamelingsplicht van art. 149a zo ver gaat dat een partij de gewenste informatie zo nodig moet opvragen met een verzoek voorlopige bewijsverrichting. Als het gaat om informatie waarover de wederpartij beschikt, lijkt dat niet nodig. Geldt dat ook voor informatie die slechts bij een derde aanwezig is?

De regeling van het inzagerecht heeft een raakvlak met het op 1 september 2017 ingevoerde artikel 22a Rv, waarbij de rechter kan bepalen dat kennisneming van stukken kan worden voorbehouden aan een gemachtigde die advocaat of arts is, dan wel van de rechter speciale toestemming heeft verkregen. Dit speelt in gevallen waarin de lichamelijke of geestelijke gezondheid van een partij door inzage zou worden geschaad, of wanneer inzage de persoonlijke levenssfeer van een partij onevenredig zou schaden. In zaken van familie- en jeugdrecht is dat zeer wel denkbaar. Het zou de duidelijkheid bevorderen indien dit expliciet in de toelichting zou worden genoemd.

Zoals uit de toelichting valt af te leiden moet ermee rekening worden gehouden dat vooral het opvragen van (in de privésfeer of in de bedrijfsvoering) vertrouwelijke gegevens bij derden op bezwaren kan stuiten (zie toelichting op art. 149b lid 2, die verwijst naar de toelichting op art. 196 lid 2) . Deze bezwaren kunnen gewichtige redenen opleveren om inzage te weigeren. Op dit punt wordt harmonisering met de regeling van de andere bewijsmiddelen minder gerealiseerd.

Art. 204 lid 2 schrijft voor dat als een verzoek voorlopige bewijsverrichting tot het verkrijgen van inzage is toegewezen zonder verschijning van partijen, de verzoeker afschrift van de stukken (procesinleiding en beschikking van de rechter) ook moet zenden aan de derde die de betrokken gegevens onder zich heeft.

Deze bepaling lijkt er van uit te gaan dat een verzoek om verlof tot inzage zal worden gericht tegen de wederpartij tegen wie de bodemzaak zal worden gevoerd. Het ligt echter meer voor de hand dat het verzoek zich rechtstreeks zal richten tegen de derde (die immers niet vrijwillig inzage verleent). In elk

geval vloeit ook uit art. 198 lid 2 al voort dat alle stukken aan de betrokken derde moeten worden gezonden. Art. 204 lid 2 lijkt dus overbodig.

6. De schriftelijke getuigenverklaring (art.30a, 30i)

Art. 30a vult de bewijsaandraagplicht aan met een verplichting om, zo mogelijk, schriftelijke verklaringen van getuigen over te leggen.

Het voorstel om meer te werken met schriftelijke getuigenverklaringen heeft voordelen, maar er kleven ook risico's aan. Het sturen van een verklaring per brief of e-mail is voor de getuige minder belastend dan een verhoor ter zitting. Het verzamelen van schriftelijke getuigenverklaringen is vooral nuttig in de fase voorafgaand aan de procedure, zodat partijen in een vroeg stadium weten of zij hun stellingen kunnen waarmaken.
Er kleven echter ook wezenlijke bezwaren aan het werken met schriftelijke getuigenverklaringen: de inhoud van de verklaring kan 'gestuurd' zijn, bijvoorbeeld in de situatie dat de verklaring door iemand anders is geformuleerd en alleen door de getuige is ondertekend. De verklaringen zijn selectief wat de feiten betreft en niet in een contradictoire setting verkregen. Het gevaar bestaat voorts dat partijen zekerheidshalve over de volle breedte van het geschil verklaringen in het geding zullen brengen, terwijl nog onduidelijk is welke verweren precies gevoerd zullen worden.

Het is bekend dat aan het horen van (beëdigde) getuigen ter zitting talloze bezwaren kleven en dat de aldus verkregen verklaringen met omzichtigheid moeten worden gebruikt. Doordat op de totstandkoming van de schriftelijke getuigenverklaring nauwelijks enige controle is uit te oefenen wordt de deur open gezet voor methodes van beïnvloeding (omkoping e.d.), in een tijd overigens waarin ook steeds gemakkelijker met verdraaiing van feiten wordt omgesprongen.

Het is daarom van wezenlijk belang dat tijdens de procedure voor de rechter en de wederpartij voldoende ruimte bestaat om, wanneer daarvoor aanleiding bestaat, de getuige alsnog vragen te stellen over diens verklaring. Het stimuleren van een eerlijke uitkomst van de procedure op basis van waarheidsvinding door de rechter hoort steeds voorop te staan.

Werklast

Het wetsvoorstel beoogt een doelmatiger en efficiënter verloop van procedures, maar niet goed te onderbouwen is dat dit effect zal optreden. De verwachting is veeleer dat de werklastgevolgen van het wetsvoorstel substantieel zullen zijn. De kosten bij invoering van dit wetsvoorstel worden ingeschat op **ruim 1 miljoen** in het eerste jaar na invoering van de wet, **en 944.000 euro** in het jaar daarop volgend. Deze inschatting is gebaseerd op de volgende elementen:

Het wetsvoorstel zal naar verwachting leiden tot het vaker horen van getuigen vanwege een geringere geloofwaardigheid van de schriftelijke getuigenverklaring in vergelijking met de mondelinge. Dit houdt een verzwaring in van gemiddeld dertig minuten behandeltijd ter zitting (rechter en griffier) per te

horen getuige bij die zaken waarin zich dat voordoet. Deze tijd is inclusief checken van personalia en achteraf de verklaring voorlezen voor akkoord. Het zal dan, als dit zich voordoet, om gemiddeld vier getuigen gaan die moeten worden gehoord (in enquête en contra-enquête).
Naar de letter van de wet geldt deze toename voor zowel civiel- als personen- en familierecht. Voor de doorrekening zijn we uitgegaan van alleen de niet-kanton-handelszaken in de verwachting dat het zich bij kanton- en familiezaken minder voor zal doen. De frequentie waarin het extra horen van getuigen zich gaat voordoen is lastig in te schatten, wij stellen dat het zich in circa tien procent van alle handelszaken zal voordoen.

De rechter bespreekt met partijen de feitelijke grondslag van de vordering. Dit kan leiden tot een schriftelijke wijziging van grondslag en eventueel eis. Verwachting is dat zich dit slechts in één op de vijfhonderd zaken zal voordoen. De rechter en de juridisch ondersteuner hebben hier een uur werk aan per wijziging van eis. In appel heeft de procedure al vorm gekregen dus daar zal dit zich in beginsel niet voordoen.

De bewijsaandraagplicht zal naar verwachting leiden tot een aanzienlijke toename in het aantal verzoeken tot inzage. Dit zijn bewerkelijke procedures. Het gaat nu om circa 250 tot 300 zaken per jaar. Naar verwachting zal het aantal procedures met vijftig procent toenemen.

De bewijsaandraagplicht kan ook leiden tot een forse toename in verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen, omdat partijen niet het risico willen lopen dat bewijs door de rechter wordt uitgesloten. Nu zijn er ongeveer 670 verzoeken tot voorlopige getuigenverhoren per jaar, waarvan ongeveer 220 bij kanton, 410 bij de rechtbanken en 40 bij de hoven. We gaan uit van een scenario waarbij het aantal verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen het dubbele is van het huidige aantal verzoeken tot voorlopige getuigenverhoren.

Het verzoek tot een voorlopige bewijsverrichting kan alleen nadat een zitting is gehouden. Nu is een zitting vaak niet nodig, omdat verweerder doorgaans instemt met het verzoek voorlopig getuigenverhoor. Uit nader bericht van het Ministerie van J&V blijkt dat deze passage uit het wetsvoorstel wordt geschrapt. De consequenties hiervan zijn dan ook niet doorgerekend. Mocht de oorspronkelijke tekst worden gehandhaafd dan zullen de financiële gevolgen hiervan alsnog worden doorgerekend en geclaimd.

VIII. Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad.

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr.
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE

Verschoningsrecht

Opvalt dat het wetsvoorstel niets verandert aan de regeling van het familiale verschoningsrecht in artikel 284 lid 3 Rv. Onder de huidige wet komt het erop neer dat in familiezaken géén familiaal verschoningsrecht bestaat, behalve in echtscheidingsprocedures (en dan met een beperktere kring van verschoningsgerechtigden dan in artikel 165 lid 2 sub a Rv). Voor dat onderscheid lijkt geen goede reden te bestaan. Die situatie zou in elk geval gelijk getrokken moeten worden, waarbij het de voorkeur heeft het familiale verschoningsrecht ook in andere familiezaken dan echtscheidingsprocedures te introduceren, zeker waar het betreft een verschoningsrecht voor minderjarige kinderen.

Een van de redenen die met succes kan worden ingeroepen om niet mee te werken aan inzage is het verschoningsrecht van art. 165 lid 2 (zie art. 149b lid 2 onder a), waaronder het familiaal verschoningsrecht. Terecht, want wie niet hoeft te getuigen, moet zich ook kunnen verschonen van medewerking aan inzage.

De Raad adviseert het verschoningsrecht mede toe te kennen aan de ongehuwd samenwonende partner. (vgl. art. 237 lid 1 Rv, waar de 'andere levensgezel' reeds is genoemd).

De mogelijkheid om (conservatoir) beslag te leggen op bewijsmateriaal in andere dan IE-zaken (art. 206-207)

Het wetsvoorstel codificeert een beslissing van de Hoge Raad van 13 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9958), waarin werd beslist dat een conservatoir bewijsbeslag ook mogelijk is in zaken die niet gaan over intellectuele eigendomsrechten.
De voorgestelde regeling maakt deel uit van de paragraaf (art. 196 e.v.) over voorlopige bewijsverrichtingen, die voordat een zaak aanhangig is kunnen worden bevolen. Een verzoek om verlof voor het leggen van bewijsbeslag kan op grond van art. 206 lid 4 echter ook tijdens een procedure worden gedaan. Dit roept de vraag op of een verzoek om bewijsbeslag te mogen leggen ook valt onder de verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen. Het verdient aanbeveling om deze afwijking van art. 196 lid 1 expliciet te maken, dan wel te expliciteren dat de regels van art. 196 e.v. niet gelden voor het bewijsbeslag.

Conservatoir beslag moet steeds gevolgd worden door een hoofdzaak, als die niet reeds aanhangig is. Volgens de toelichting op art. 206 is de eis in de hoofdzaak in geval van bewijsbeslag: een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting, namelijk een verzoek om inzage. Conservatoir bewijsbeslag kan ook gelegd kan worden tijdens een aanhangige procedure. In dat geval hoeft uiteraard niet alsnog een verzoek voorlopige bewijsverrichting te worden gevraagd, en zou de eis in de hoofdzaak een gewone bodemzaak moeten kunnen zijn.

Tegen de beslissing op het verzoek om verlof voor bewijsbeslag is geen hogere voorziening toegelaten (art. 206 lid 6).

Deze uitsluiting van rechtsmiddelen strookt niet helemaal met die voor voorlopige bewijsverrichtingen in het algemeen (art. 200), want daar is voorzien in de mogelijkheid van rechterlijk verlof voor appel. Evenmin strookt zij met de rechtsmiddelenbeperking bij conservatoir beslag in het algemeen (art. 700 lid 2 laatste zin), want daar is appel alleen uitgesloten als verlof tot beslaglegging wordt verleend, niet als verlof wordt geweigerd.

Art. 207 regelt hoe het beslag wordt gelegd.
In de toelichting op art. 207 lid 2 wordt ervan uitgegaan dat art. 438 lid 4 Rv (deurwaardersrenvooi) van toepassing is. Die bepaling is evenwel niet rechtstreeks van toepassing, want het leggen van beslag is geen executie. Voorzover de gedachte is dat dit voortvloeit uit het feit dat in art. 206 lid 1 de artikelen 700 e.v. van toepassing zijn verklaard en uit art. 702 voortvloeit dat art. 438 van toepassing is, zou dit geëxpliciteerd kunnen worden.

De toelichting vermeldt verder nog dat het beslag van rechtswege vervalt zodra aan de beslaglegger toegang is verstrekt tot het bewijsmateriaal. Er zijn echter situaties waarin in de bodemzaak nog over het materiaal moet kunnen worden beschikt. Dan is het niet handig als het beslag al is vervallen. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn dat partijen anders kunnen overeenkomen of de rechter anders kan beslissen.

<u>Aansluiting van het bewijsrecht op het KEI-procesrecht</u>

Met de invoering van de pre processuele informatieverzamelingsplicht (art. 149a) hangt samen dat de rechter in art. 166 een 'discretionaire' bevoegdheid krijgt om het horen van getuigen te weigeren als de procedure al loopt. Een partij moet voldoende hebben gedaan om de relevante informatie (en bewijs daarvan) voorafgaand aan de procedure te verzamelen. De gedachte is dus kennelijk dat een partij de gelegenheid om bewijs te leveren moet 'verdienen'.

Dit vormt een extra onzekerheid voor een partij, die thans al een risico loopt dat hij geen bewijs zal mogen leveren als de rechter vindt dat hij zijn stellingen niet voldoende heeft onderbouwd. Het is de vraag waarom niet kan worden volstaan met een beter omschreven bevoegdheid om getuigenbewijs te weigeren als niet is voldaan aan de bewijsaandraagplicht (waaronder de verplichting om zo mogelijk schriftelijke getuigenverklaringen over te leggen, zie hierna).
In elk geval zou een partij die heeft voldaan aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 149a (en dus redelijkerwijs niet meer bewijs hoefde te verzamelen) maar in de procedure bemerkt dat er toch nog feiten verzameld of gestaafd moeten worden, alsnog recht op bewijslevering tijdens de procedure moeten hebben. Als partijen van wie redelijkerwijs niet kon worden verlangd dat ze het bewijs al eerder verzamelden, door tussenkomst van de rechter geen recht meer hebben op bewijslevering in de procedure , bestaat het risico dat de zaak niet voldoende uit de verf komt en de waarheidsvinding hieronder lijdt.
Ook als er wel een getuigenverklaring is overgelegd, heeft de rechter volgens het voorstel de vrijheid om het alsnog horen van die getuige te weigeren.

Dit komt wel heel dicht in de buurt van een (niet toegestane) bewijsprognose ("dit zal wel niks toevoegen"). Het verdient overweging om in de toelichting aandacht te besteden aan de vraag of de vrijheid van de rechter niet ten minste in die zin beperkt is, dat weigering niet op zijn plaats is wanneer degene die bewijs aanbiedt daarbij nader aangeeft in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan (vgl. HR 27 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9991, NJ 2011/512, over de aan een bewijsaanbod in hoger beroep te stellen eisen).

> In de lijn van het voorstel om de verschillende wijzen van bewijslevering zoveel mogelijk op dezelfde leest te schoeien, valt te overwegen om het bewijsaanbod te regelen in de paragraaf 'Algemene bepalingen van bewijsrecht'. Het gaat dan om het bewijsaanbod en de daaraan te stellen eisen alsmede het recht op bewijslevering met rechterlijke tussenkomst (in elk geval) indien aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 149a is voldaan en als nader bewijs wordt aangeboden. Nu artikel 149 a in nauwe samenhang moet worden gelezen met de artikelen 21 en 111 lid 3 Rv is te overwegen ook artikel 149 a onder te brengen in de paragraaf 'Algemene bepalingen van bewijsrecht'.

Een partij kan er volgens de toelichting ook niet zonder meer op rekenen dat zijn tekortschieten in het voorafgaand aan de procedure verzamelen van informatie in hoger beroep kan worden goedgemaakt. De toelichting vermeldt hierover op p. 4: "Voor zaken in hoger beroep geldt dat de herkansingsfunctie van het hoger beroep niet zo ver strekt dat een partij ervoor kan kiezen om pas in de appelfase serieuze pogingen te doen om alle relevante informatie over het geschil tussen partijen te verzamelen en aan de rechter voor te leggen. Bij de behandeling van het geschil in hoger beroep zal de rechter bij het toelaten van partijen tot bewijslevering zich moeten afvragen in hoeverre bepaalde informatie ook al eerder door een partij aan de rechter in eerste aanleg overgelegd had kunnen en moeten worden."

Voor de appelrechtspraak zou dat een belangrijke wijziging zijn. De vraag moet worden gesteld waarom op dit punt verzuimen uit de eerste aanleg anders zouden moeten worden behandeld dan andere verzuimen. Niet valt in te zien waarom de herkansingsfunctie zou moeten worden beperkt. In voorkomende gevallen kan de appelrechter de partij die in hoger beroep nog bewijs wil leveren, hoewel in eerste aanleg is geoordeeld dat hij de mogelijkheid daartoe al voorafgaand aan de procedure had moeten benutten, in de proceskostenveroordeling belasten met de daardoor veroorzaakte extra kosten.

Terzijde zij opgemerkt dat bij de voorbereiding van de wijzigingen die in 2002 in het burgerlijk procesrecht voor de eerste aanleg zijn aangebracht (wet van 14 december 2001, Stb. 623) ook gedacht is over beperking van de herkansingsfunctie. Door sommigen werd gevreesd dat deze wijzigingen, in het bijzonder het beperken van het recht op re- en dupliek en pleidooi, niet het beoogde effect zouden hebben als niet tevens de herkansingsfunctie van het hoger beroep zou worden beperkt. Het 'afknijpen' van partijen in eerste aanleg zou slechts leiden tot een toename van het aantal hoger beroepen, zo werd gevreesd. Deze vrees is niet uitgekomen.

Getuigen worden zoveel mogelijk gehoord aan de hand van een bewijsopdracht (art. 166 lid 4). Nieuw is dat het soms dus ook zonder bewijsopdracht kan. Dat kan vragen oproepen over de betekenis van het bewijsrisico. Anderzijds geldt ook bij het horen van getuigen aan de hand van een

bewijsopdracht dat die bewijsopdracht in beginsel geen bindende eindbeslissing oplevert, zodat de rechter daarvan na de bewijsvoering nog kan terugkomen.

Een bewijsopdracht is wel steeds vereist als de getuigen op een nadere zitting worden gehoord, maar niet als het gebeurt op de (gewone) mondelinge behandeling – een mogelijkheid die in de toelichting wordt aanbevolen maar die in de praktijk vaak niet realiseerbaar zal blijken. Onduidelijk is daarmee of een bewijsopdracht wel of niet vereist is als er bijvoorbeeld meer tijd voor de mondelinge behandeling nodig is dan voorzien en daarom de zaak wordt aangehouden.

Art. 180
Het voorschrift dat van een getuigenverhoor een proces-verbaal wordt opgemaakt wordt in art. 180 beperkt tot het geval dat het verhoor plaatsvindt op een 'andere zitting' (dus niet bij de gewone mondelinge behandeling).

De wijziging van artikel 180 kan beter achterwege blijven, gelet op de wenselijkheid dat van elk getuigenverhoor een p-v wordt opgemaakt, ongeacht de aard van de zitting.

Art. 179
Onduidelijk is waarom geen wijziging is gebracht in art. 179 lid 3 tweede zin, op grond waarvan door partijen geen vragen aan de andere partij als getuige kunnen worden gesteld. Is die regel niet achterhaald?

In de toelichting bij art. 201 lid 4 staat ten onrechte dat art. 179 gaat over het horen van de partijgetuige. Dit artikel gaat echter over het recht van de partijgetuige om aanwezig te zijn bij de verhoren van de andere getuigen.

Art. 186
Een opvallende wijziging is dat volgens lid 5 na benoeming van een deskundige (wiens bericht minder bruikbaar blijkt) alleen een andere deskundige kan worden benoemd als de eerste deskundige een nadere toelichting heeft kunnen geven dan wel in elk geval met partijen is overlegd.

Dit lijkt een oplossing voor een niet-bestaand probleem. Sommige rapporten zijn nu eenmaal minder goed bruikbaar. Waarom moet de desbetreffende deskundige daarover worden gehoord? Overleg met partijen is altijd al nodig bij een deskundigenbenoeming. Wat voegt dit artikel dan nog toe?

Art. 192
In de toelichting is sprake van een wijziging van lid 1 ten opzichte van art. 200 (oud), in overeenstemming met de wijziging van art. 166.
Het lijkt erop dat die wijziging niet in de wettekst is doorgevoerd.

Het is de bedoeling, aldus de toelichting bij art. 192, dat als partijen al een of meer eigen schriftelijke deskundigenberichten hebben overgelegd, de rechter niet een eigen deskundige benoemt voordat de deskundigen een nadere toelichting hebben gegeven. Het lijkt erop dat de wettekst hiervoor niet

adequaat is: deze verplichting tot het geven van gelegenheid voor een nadere toelichting is alleen geformuleerd voor het geval de deskundigen ter zitting zijn gehoord en dus niet voor het geval een schriftelijk partijdeskundigenbericht is overgelegd.

Art. 193
In toelichting wordt uiteengezet dat door het voorgestelde art. 193 de kosten van een descente ten laste van partijen komen "met bevoorschotting van die kosten door de Staat". Thans komen de reis- en verblijfskosten van de rechter en de griffier ingevolge art. 201 lid 6 ten laste van de Staat.

Deze passage suggereert dat de kosten van een descente in de toekomst altijd worden voorgeschoten door de Staat, maar dat zal vermoedelijk slechts de bedoeling zijn bij partijen die aanspraak kunnen maken op gefinancierde rechtsbijstand.

De artikelen 194-195 betreffen het recht op inzage, afschrift of uittreksel tijdens een aanhangige procedure.

Het valt op dat bij toewijzing ervan de bewijsmiddelen niet in het geding worden gebracht maar alleen aan de vragende partij worden verstrekt. In feite vormt de procedure slechts een incident in de hoofdzaak. Op zichzelf is dat niet zo vreemd, omdat het aan de vragende partij is om vervolgens te bezien of en zo ja op welke wijze de verkregen gegevens van belang zijn voor de bodemzaak. Maar daarmee heeft deze regeling toch een beetje het karakter van een voorlopige bewijsverrichting tijdens de procedure, terwijl die bij getuigenverhoren en deskundigenberichten nu juist worden afgeschaft en een harmonisering is beoogd.

<u>Beroep op vertrouwelijkheid van gegevens (art. 22 en 28)</u>
Art. 22 regelt hoe moet worden gehandeld als een partij zich erop beroept dat bepaalde gegevens niet hoeven te worden overgelegd omdat zij vertrouwelijk zijn. Deze regeling wordt in het voorstel op enige punten gewijzigd.

Uit de toelichting volgt dat verwijzing naar een andere rechter nodig is als de behandelend rechter de gegevens heeft gezien en daardoor als het ware is besmet. Uit de voorgestelde tekst van lid 3 blijkt echter niet dat de beslissing die genomen wordt over een beroep op gewichtige redenen pas wordt genomen na kennisneming van die gegevens. Als dat wel de bedoeling is, zou dat beter in de tekst tot uitdrukking kunnen worden gebracht.

Het kan zich ook voordoen dat de rechter beslist dat gegevens niet hoeven te worden overgelegd zonder zelf kennis te dragen van die gegevens. Dit kan zich voordoen als een beroep op een verschoningsrecht wordt gedaan om gegevens niet over te leggen. In zo'n geval bestaat voor verwijzing geen noodzaak, maar de regeling schrijft verwijzing ook dan voor.

Art. 28 (in Rv-oud: art. 29) regelt de mogelijkheid dat de rechter partijen verbiedt mededelingen aan derden te doen over bepaalde gegevens. Deze regeling wordt in het voorstel aangevuld met een regeling voor de situatie dat gegevens door een partij aan de wederpartij zijn verstrekt.

Uit de toelichting kan worden opgemaakt dat een partij die bepaalde gegevens in de procedure verstrekt kan verlangen dat die gegevens vertrouwelijk blijven. Niet duidelijk is of dit betekent dat een partij dus voor alle gegevens die hij in zijn stukken verwerkt een verlangen van vertrouwelijkheid uitspreekt. Als het wel de bedoeling is dat ook bij spontane overlegging door een partij van bepaalde gegevens een verlangen van vertrouwelijkheid kan worden gegeven, zou dat in de wettekst duidelijker moeten worden uitgedrukt, want nu staat het er alleen voor gegevens die met toepassing van art. 22 en enige andere bepalingen in het geding worden gebracht. Voor een dergelijke mogelijkheid is zeker wat te zeggen (bijvoorbeeld bij overlegging van financiële gegevens in alimentatiezaken), maar het zal wel lastig zijn om een te ruime toepassing te voorkomen.

Verstrekking van afschriften (art. 29a)

Dit artikel ziet ook op de verstrekking van afschriften uit andere openbare registers die niet door de gerechten worden beheerd. Voor deze registers ligt minder voor de hand dat de verstrekking van afschriften is geregeld in de Afdeling Algemene beginselen voor procedures. Voor die andere bewaarders kan de geldelijke bijdrage die moet worden betaald ook beter niet worden aangeduid als griffierecht, want meestal zal het gaan om leges of iets dergelijks.

Het proces-verbaal van constatering door de deurwaarder (art. 205)
Artikel 205 regelt de mogelijkheid van een p-v van constatering door de deurwaarder, met rechterlijk verlof.

Het is de vraag waarom de mogelijkheid van een p-v van constatering slechts voorafgaand aan de procedure mogelijk zou moeten zijn. In de procedure zou het p-v van constatering mogelijk ook kunnen worden benut als alternatief voor een descente.

Gemist wordt een regeling van de relatieve bevoegdheid van de rechter die het verlof verleent. Moet hiervoor art. 700 niet van overeenkomstige toepassing zijn? Verder zou behoefte kunnen bestaan aan hetgeen in IE-zaken is geregeld in art. 1019b leden 3 en 4 Rv.

De deurwaarder heeft met verlof daartoe ook toegang tot plaatsen waar hij anders niet zomaar mag komen. Behoren zijn constateringen dan niet ook in beginsel vertrouwelijk te zijn, totdat de rechter anders oordeelt? Oftewel: zou niet een conservatoire variant van dit p-v geregeld moeten worden. Daartoe zou art. 207 lid 1, slot eventueel van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard.

Uit wat er in de toelichting staat over het gebruik maken van beeld- en geluidsmateriaal en het maken van kopieën van documenten, blijkt wel dat er een nauw verband bestaat tussen art. 205 en de regeling

van art. 206 over bewijsbeslag. In wezen gaat het wellicht zelfs om hetzelfde. Dat wordt nog duidelijker uit de toelichting bij de wijzigingen van de Gerechtsdeurwaarderswet: daaruit blijkt dat een proces-verbaal van constatering ook zonder rechterlijk verlof kan worden opgemaakt. De variant met rechterlijk verlof is slechts nodig als de medewerking van de wederpartij moet worden afgedwongen. Voor de bewijskracht maakt dat verder kennelijk geen verschil. Dat zou ook in de toelichting bij art. 205 wel duidelijk gemaakt mogen worden.

Gelet op de plaatsing in de paragraaf over voorlopige bewijsverrichtingen lijken ook de artikelen 196 e.v. van toepassing, hoewel dat anders dan in art. 206 lid 1 (dat verwijst naar art. 196 lid 2) niet uitdrukkelijk is bepaald, maar ook niet uitgesloten.

Opmerkingen bij artikelen 24, 30a, 30i, 149a, 197, 284 van meer technische aard

Art. 24
De toevoeging in het eerste lid vormt een doublure ten opzichte van artikel 149 en kan worden geschrapt. In lid 2 gaat het niet alleen om wijziging grondslag maar ook om wijziging eis. Bij wijze van voorbeeld kan dienen de situatie dat eiser een vordering tot nakoming heeft ingesteld (bijvoorbeeld betaling van facturen), waarbij de vordering niet wordt weersproken, maar verweerder zich op wanprestatie van de eiser beroept, zonder ook om ontbinding te vragen.
Niet duidelijk is hoe de suggestiebevoegdheid van de rechter zich verhoudt tot de in hoger beroep geldende twee-conclusieregel. Het verdient aanbeveling dat in de toelichting duidelijk wordt gemaakt in hoeverre partijen in hoger beroep ook na de eerste conclusiewisseling op suggestie van de rechter de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer nog mogen aanpassen. Verdedigbaar is dat ook de appelrechter soms ruimte moet hebben – een ruimte die uiteraard afgewogen moet worden tegen de eisen van een goede procesorde – om bij te sturen als partijen vanuit de optiek van een juiste rechtstoepassing en een rechtvaardige beslissing in het geschil niet de goede keuzes hebben gemaakt.

Taalkundig is de formulering in lid 2 niet gelukkig ("de rechter onderzoekt en beslist de zaak… op hetgeen verder aan de rechter ter kennis is gekomen"). Uit de toelichting valt op te maken dat de rechter ook "acht mag slaan" op wat hem verder ter kennis is gekomen.

Art. 30a, 30i
Niet toegelicht is waarom de verplichting tot overlegging alleen zou gelden voor getuigenverklaringen en niet voor andersoortig bewijs (bijvoorbeeld bewijs door deskundigen). De verschillende bewijsmiddelen zouden zoveel mogelijk gelijk moeten worden behandeld. Partijen zullen dus niet alleen al zoveel mogelijk schriftelijke getuigenverklaringen in het geding moeten brengen, maar ook alle andere (relevante) bewijsmiddelen waarover zij beschikken. Dat sluit dan ook beter aan bij het voorgestelde art. 149a. Art. 30a en 30i Rv zouden in dat opzicht nog moeten worden aangevuld.

Art. 30a

De zinsnede "onder overlegging van hun schriftelijke verklaringen, of als deze niet zijn verkregen, de reden daarvan" kan wellicht beter luiden: onder overlegging van hun schriftelijke verklaringen, of vermelding hoe het komt dat deze niet zijn verkregen.
De vervanging in de formulering van de bewijsaandraagplicht van "kan beschikken" door "beschikt" berust vermoedelijk deels op een misverstand. De bestaande redactie omvat ook de situatie dat een partij weliswaar nog niet de beschikking heeft over een bewijsmiddel, maar daarover wel de beschikking kan krijgen. In dat geval moet het bewijsmiddel dus worden vermeld. De nieuwe redactie sluit deze gevallen (ten onrechte) uit van de bewijsaandraagplicht.

Art. 30i
Hier wordt een rechterlijke sanctiemogelijkheid verbonden aan het niet-voldoen aan de bewijsaandraagplicht in het verweerschrift. Dit doet de vraag rijzen hoe dit uitwerkt als een belanghebbende geen verweerschrift indient maar zijn verweer tijdens de mondelinge behandeling voert. Geldt de bewijsaandraagplicht dan in het geheel niet? Zo nee, is dat niet vreemd?

Art. 149a
Er lijkt discrepantie te zitten tussen de formulering van artikel 149a Rv tweede zin, en de artikelsgewijze toelichting op artikel 149a, met betrekking tot de vraag of het de bedoeling is dat alle verzamelde informatie ook daadwerkelijk moet worden overgelegd. Nu al zijn processtukken soms erg omvangrijk door allerlei bijlagen die maar van beperkt belang zijn en eigenlijk niet meer zijn dan achtergrondinformatie. Indien en voor zover overlegging van alle informatie wél gewenst wordt geacht, verdient het aanbeveling om een verplichting daartoe in de artikelen 30a en 30i met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen.

De pre-processuele informatieverzamelingsplicht geldt ook voor verweerders. Een beetje vreemd is dat verweerders hieraan moeten voldoen 'voordat een zaak aanhangig is'; meer voor de hand zou liggen: voordat zij verweer voeren.

Art. 149a gaat over "informatie"; art. 149b (de opvolger van art. 843a) gaat over "gegevens". Dat roept de vraag op of er verschil is tussen "informatie" die op grond van deze bepaling moet worden verzameld en de "gegevens" waarop art. 149b betrekking heeft? Zo nee, waarom wordt dan een andere term gebruikt? Doordat het in art. 149b bij gegevens steeds gaat om het verkrijgen van afschrift, uittreksel of inzage, lijkt "gegevens" toch te slaan op bepaalde stoffelijke bewijsmiddelen, al dan niet van digitale aard. Het begrip "informatie" is mogelijk onbepaalder: zoiets als "het gemiddelde loon van de werknemers van een bepaald bedrijf" leent zich niet voor inzage enz., maar zou onder omstandigheden wel "informatie" kunnen zijn die moet worden verzameld.

Art. 197
Het verzoek wordt (in beginsel) gedaan aan de rechter die vermoedelijk bevoegd zal zijn van de zaak kennis te nemen als de zaak aanhangig wordt gemaakt (art. 197 lid 1).

De regeling stemt overeen met het huidige art. 187. Het ligt voor de hand bij modernisering van de regeling tevens aandacht te schenken aan de mogelijkheid dat een bevoegde rechter ontbreekt doordat arbitrage is overeengekomen of internationale rechtsmacht ontbreekt.

Art. 284 lid 2

Het huidige artikel 284 lid 2 Rv zou kunnen vervallen, nu artikel 166 (leden 1 en 2) Rv gaat voorzien in de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve getuigen aan te wijzen die moeten worden gehoord.