

Vergaderjaar 2019–2020

35 498

Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel heeft tot doel het bewijsrecht in civiele procedures te vereenvoudigen en te moderniseren. Civiele procedures dienen als middel voor het verwezenlijken van de materiële rechten van burgers en bedrijven. De rechtspraak kan met haar beslissingen bijdragen aan effectieve en duurzame oplossingen voor juridische problemen waarmee burgers en bedrijven te maken krijgen. Daartoe moet het burgerlijk procesrecht voorzien in procedures die efficiënt en eerlijk verlopen en tot rechterlijke beslissingen leiden die gebaseerd zijn op een juiste vaststelling van de feiten. Het burgerlijk procesrecht geeft de regels voor het voeren van een civiele procedure. Het bewijsrecht vormt hiervan een belangrijk onderdeel. Het regelt wanneer en hoe partijen in een civiele procedure bewijs mogen of moeten leveren van de feiten die door partijen zijn gesteld ter onderbouwing van hun vordering of verweer. Het bewijsrecht bevat ook regels over de verschillende bewijsmiddelen en de waardering die de rechter aan de het geleverde bewijs mag toekennen.

De vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht beoogt bij te dragen aan een efficiënt verloop van civiele procedures. Hiermee wordt voortgebouwd op de procesvernieuwingen die zijn ingevoerd met de Wet van 2 juli 2019 waarbij het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is gewijzigd in verband met de verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Stb. 2019, 241). Deze procesvernieuwingen bieden de rechter meer ruimte om regie te voeren en verruimen de mogelijkheden op de mondelinge behandeling die het «hart» van de procedure vormt. Uitgangspunt is dat de rechter na de mondelinge behandeling uitspraak kan doen. Hiervoor is vereist dat uiterlijk aan het einde van de mondelinge behandeling alle benodigde informatie over de zaak van partijen zoveel als mogelijk voor de rechter beschikbaar is. Dit wetsvoorstel versimpelt en verbetert de mogelijkheden voor het verzamelen van de relevante informatie en bewijsmateriaal in de fase voorafgaand en tijdens de procedure.

Het wetsvoorstel bevat daartoe de volgende uitgangspunten:

- het zoveel mogelijk door partijen verzamelen van de relevante informatie over hun geschil voordat een procedure bij de rechter wordt aangespannen;
- de mogelijkheid voor de rechter om binnen de grenzen van de rechtsstrijd met partijen de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer te bespreken;
- er komt één verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen in plaats van afzonderlijke verzoeken per voorlopige bewijsverrichting (een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht, een voorlopige plaatsopneming of bezichtiging en een vordering tot inzage voorafgaand aan een procedure);
- het inzagerecht (de regeling van de exhibitieplicht) wordt aangepast en zo veel mogelijk gelijkgetrokken met de overige bewijsverrichtingen. Voor alle verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting gaan dezelfde toe- en afwijzingscriteria gelden;
- de mogelijkheid om beslag te leggen op bewijsmateriaal in zaken die niet gaan over intellectuele eigendomsrechten wordt vastgelegd in de wet.

De basis van dit wetsvoorstel met de hier genoemde uitgangspunten wordt in belangrijke mate gevormd door het advies over de modernisering van het bewijsrecht dat mr. A. Hammerstein, prof. mr. R.H. de Bock en prof. mr. W.D.H. Asser in het voorjaar van 2017 in opdracht van mijn ambtsvoorganger hebben uitgebracht.¹

Het bewijsrecht is geregeld in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv). Wanneer in deze toelichting naar wetsartikelen wordt verwezen, zijn dat artikelen in Rv, tenzij anders wordt vermeld.

De wettelijke bepalingen van het bewijsrecht zijn gelet op hun plaatsing in Rv geschreven voor de dagvaardingsprocedure. Het bewijsrecht is ook in verzoekschriftprocedures van toepassing, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet (artikel 284). Hierbij valt te denken aan bepaalde familiezaken waarin de rechter niet wordt gevraagd om een uitspraak te doen in een geschil tussen partijen, maar om een bepaalde voorziening toe te wijzen, zoals het uitspreken van adoptie of de benoeming van een voogd. Ook de spoedeisendheid van een zaak kan aan de toepassing van het bewijsrecht in de weg staan, met name bij conservatoire maatregelen en voorlopige voorzieningen. De regels van het bewijsrecht lenen zich dan ook niet voor toepassing in kort geding en zijn niet rechtstreeks van toepassing in arbitrage (artikel 1039). In cassatie zijn de bepalingen over het bewijsrecht op grond van de schakelbepaling van artikel 418a van overeenkomstige toepassing. Voor dagvaardingsprocedures in cassatie geldt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht is ingevoerd (Stb. 2016, 288–294). Hiermee is in dit wetsvoorstel rekening gehouden. Artikel I van dit wetsvoorstel bevat de wijzigingsbepalingen in Rv die gelden voor de versie van het Wetboek waarvoor deze wetgeving nog niet is ingevoerd. In artikel II zijn de voorgestelde wijzigingsbepalingen opgenomen voor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht wel is ingevoerd. Hierbij zijn de wijzigingsbepalingen voor zover nodig aangepast aan de enkele verschillen die tussen de twee versies van Rv gelden (zie hierover verder de toelichting bij artikel II en XII).

¹ A. Hammerstein, R.H. de Bock, W.D.H. Asser, Modernisering burgerlijk bewijsrecht, Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht uitgebracht aan de Minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Boom Juridisch Den Haag, 2017.

Gelet op het toepassingsbereik van het bewijsrecht heeft dit wetsvoorstel primair betrekking op dagvaardingsprocedures die op tegenspraak worden gevoerd en op verzoekschriftprocedures, zolang de aard van de zaak zich daartegen niet verzet. In zaken waarin het bewijsrecht niet direct van toepassing is, zullen de voorgestelde wijzigingen dus niet steeds toepasbaar zijn. Het uitgangspunt van het voorafgaand aan een procedure verzamelen van informatie die van belang is voor de beslissing van de rechter, geldt in beginsel wel voor elke type zaak. De informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure hangen in belangrijke mate samen met de eisen die in een procedure aan het onderbouwen van een vordering of verzoek worden gesteld (en liggen in het verlengde van de stelplicht van partijen). Zo geldt in een spoedeisende zaak (een kort geding) bijvoorbeeld dat van de eiser niet kan worden verwacht dat hij meer doet dan aantonen dat zijn vordering aannemelijk is. Voor zaken in hoger beroep geldt dat de herkansingsfunctie van het hoger beroep er mede toe strekt om nieuw bewijsmateriaal te verzamelen.

2. Programma «verbetering burgerlijk procesrecht»

De Nederlandse rechtspraak functioneert blijkens verschillende onderzoeken goed. Het vertrouwen van burgers in onze rechtspraak is groot.² Dat neemt niet weg dat de maatschappelijke effectiviteit van de rechtspraak op onderdelen verder kan worden vergroot. In het Regeerakkoord 2017–2021 is opgenomen dat bestaande juridische procedures complex zijn en niet altijd voldoen voor het oplossen van alledaagse problemen van burgers.³ Daartoe heeft het kabinet het programma «verbetering van het burgerlijk procesrecht» in gang gezet. Dit programma moet leiden tot meer eenvoud, snelheid, flexibiliteit en effectiviteit bij de buitengerechtelijke en gerechtelijke geschiloplossing. Het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht maakt deel uit van dit programma. De regels voor het verkrijgen van informatie en bewijsmateriaal kunnen eenvoudiger worden gemaakt en kunnen bijdragen aan snellere en effectievere procedures. Procedures kunnen nu lang duren en ingewikkeld zijn door de verschillende tussenstappen en incidenten die daarin mogelijk zijn. Dit kan soms worden voorkomen door een betere voorbereiding van de procedure. Tussentijdse verzoeken tot nadere waarheidsvinding bijvoorbeeld, zoals het aanzoeken van een deskundige, kunnen de procedure complex maken en tot onnodige vertraging leiden als deze ook voorafgaand aan een procedure hadden kunnen plaatsvinden. Ook gelden nu voor het verkrijgen van informatie voorafgaand en tijdens de procedure verschillende criteria al naar gelang de bron van die informatie. Voor het verzoek om mondelinge informatie van getuigen gelden bijvoorbeeld andere toetsingscriteria dan voor het verzoek om schriftelijke informatie waarover een ander beschikt. Dit is verwarrend en leidt ertoe dat niet altijd op de meest effectieve wijze naar relevante informatie wordt gezocht.

Belangrijk voor de effectiviteit van juridische procedures is dat de relevante informatie over het geschil van partijen tijdig wordt verzameld en aan het begin van de procedure aan de rechter wordt overgelegd. Het vaststellen van de feiten kan dan zo adequaat mogelijk plaatsvinden en de rechter kan in het conflict van partijen een uitspraak doen die zo veel mogelijk aansluit op de feiten zoals die zich werkelijk tussen partijen hebben afgespeeld (de «materiële waarheid»). Een uitspraak die berust op een juist en volledig feitencomplex bevordert een rechtvaardige uitkomst van de procedure en draagt bij aan een duurzame oplossing van het geschil tussen partijen. Het leidt ertoe dat partijen niet opnieuw een beroep op de rechter moeten doen voor het beëindigen van hun geschil.

² Zie Sociaal en Cultureel Planbureau, Burgerperspectieven SCP 2017/4.

³ Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017–2021, p. 7.

Het vertrouwen van burgers in de rechtspraak is hierbij gebaat en wordt hierdoor vergroot.

De informatievoorziening aan de rechter en de bewijslevering in de procedure worden daarom naar voren gehaald en vereenvoudigd. Het wetsvoorstel bevat hiertoe verschillende onderdelen die hierna worden beschreven (zie paragraaf 5 van het algemeen deel van de toelichting). Een vroegtijdige informatiegaring en bewijsverzameling vraagt soms wel wat meer tijd en inspanning van partijen. De maatschappelijke druk op de rechtspraak en de kosten en belasting van procedures voor partijen rechtvaardigen deze inspanning. De daarbij te verrichten inspanningen hangen mede af van de soort partij (een burger of een groot bedrijf) en het soort geschil (een eenvoudig geschil of een complex geschil). Voor een effectieve afdoening van geschillen mag van partijen een goede voorbereiding van de procedure worden verwacht, waarbij zij elkaar van relevante informatie voorzien. Het uitwisselen van informatie kan voorkomen dat partijen elkaar in de procedure verrassen met bepaalde informatie die zonder goede reden pas laat in de procedure boven tafel komt en waarover nog een debat moet plaatsvinden of die een partij aanleiding geeft om zelf weer met nieuwe informatie te komen. Dit staat in de weg aan een efficiënt en voortvarend verloop van de procedure. Een goede voorbereiding van een procedure kan tegelijkertijd bijdragen aan het mogelijk onderling oplossen van hun geschil. Een vroegtijdige beschikbaarheid en uitwisseling van de relevante informatie helpt partijen opheldering te verkrijgen over de feiten en meer inzicht te krijgen in hun rechtspositie.⁴ Dit stelt partijen in staat hun proceskansen beter in te schatten en te beoordelen of het zinvol is om een vordering door te zetten of het verweer daartegen te handhaven. Soms zullen zij hierdoor hun geschil in onderling overleg kunnen beëindigen, waardoor een juridische procedure achterwege kan blijven. Partijen besparen dan de kosten van een procedure. Een buitengerechtelijke oplossing van een geschil is voor partijen ook minder belastend. In de fase voorafgaand aan een procedure bij de rechter staan partijen doorgaans minder gepolariseerd tegenover elkaar en is het geschil vaak nog niet te zeer gejuridiseerd. Een minnelijke regeling verdient ook volgens de gedragsregels voor de advocatuur veelal de voorkeur boven een procedure, omdat het belang van de cliënt in het algemeen meer gediend is met de-escalatie en een snelle en rechtvaardige oplossing. Komen partijen er onderling niet uit, dan staat de gang naar de rechter voor hen open en gaan zij niet onvoorbereid de procedure in, maar komen zij goed beslagen ten ijs.

3. Het bewijsrecht

3.1 Voorgestelde wijzigingen in het bewijsrecht

Een partij die een vordering instelt bij de rechter moet aan het begin van de procedure de feiten stellen die haar vordering onderbouwen. Welke feiten voor een vordering precies moeten worden gesteld, volgt uit het materiële burgerlijke recht. De wederpartij in de procedure kan tegen de vordering verweer voeren door de gestelde feiten gemotiveerd te betwisten. Het bewijsrecht regelt wie vervolgens welke feiten moet bewijzen (welke partij de bewijslast heeft). De hoofdregel is dat de partij die de feiten stelt, daarvan ook de bewijslast draagt. Kan een partij het bewijs voor de door haar gestelde feiten niet leveren, dan leidt dat tot afwijzing van haar vordering of voor de wederpartij tot verwerping van

⁴ Vgl. de Staatscommissie Dorhout Mees «Richtlijnen voor de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie» uit 1948: «[T]alrijke procedures zouden kunnen worden voorkomen, indien partijen voor de aanvang van het geding elkander beter op de hoogte hadden gebracht van hun wederzijds standpunt».

diens verweer tegen de vordering. Ook regelt het bewijsrecht de toegang tot de verschillende middelen waarmee partijen bewijs kunnen leveren, zoals de voorwaarden en de wijze waarop een getuigenverhoor, een deskundigenbericht of een plaatsopneming en bezichtiging plaatsvindt. Uitgangspunt is dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd. Daarnaast regelt het bewijsrecht welke waardering de rechter aan het aangedragen bewijs mag toekennen.

Dit wetsvoorstel laat de bepalingen van het bewijsrecht over de bewijslast en bewijslastverdeling ongewijzigd. De bepalingen over de verschillende bewijsmiddelen worden verduidelijkt en gestroomlijnd. Daarbij worden de regels voor de toegang tot de bewijsmiddelen voorafgaand aan een procedure versimpeld: voor alle voorlopige bewijsverrichtingen komt één voorziening met dezelfde toe- en afwijzingscriteria en gaan dezelfde regels gelden voor het instellen van een rechtsmiddel. Aan de bestaande bewijsmiddelen wordt naast het getuigenverhoor, deskundigenbericht, plaatsopneming en bezichtiging en schriftelijke stukken, het proces-verbaal van constateringen toegevoegd. Met een proces-verbaal van constateringen van de deurwaarder kan een feitelijke situatie of plaatselijke gesteldheid eenvoudig buiten de rechter om met kracht van authenticiteit worden vastgelegd en in de procedure als dwingend bewijs worden overgelegd. Daarnaast wordt de mogelijkheid van het leggen van conservatoir bewijsbeslag in het bewijsrecht geregeld. Dit wetsvoorstel regelt ook wanneer in een procedure bewijs mag worden geleverd. Door aanvulling van de waarheids- en volledigheidsplicht van artikel 21 wordt meer nadruk gelegd op informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure. Daarbij wordt rekening gehouden met de feiten en omstandigheden van het concrete geschil, zoals de aard van de zaak en de hoedanigheid van partijen (de zogenaamde «dubbele redelijkheidstoets»). Tot slot wijzigen ook de regels voor de waardering van het bewijs door de rechter. Zo gaat de vrije bewijswaardering ook gelden voor verklaringen die een partij als getuige aflegt. De beperkte bewijskracht van partijgetuigenverklaringen wordt daarmee afgeschaft, zodat de rechter net zo vrij is in de waardering van een partijgetuigenverklaring als elke andere getuigenverklaring.

3.2. Processuele informatieverplichtingen van partijen: stelplicht en bewijslast

Het bewijsrecht kan niet los worden gezien van processuele informatieverplichtingen die buiten de regeling van het bewijsrecht liggen en die aan de toepassing van het bewijsrecht in een procedure voorafgaan. Een belangrijk uitgangspunt in het procesrecht is dat partijen in een procedure de feiten moeten aanvoeren en daarbij elkaar juiste en volledige informatie moeten verstrekken. De verantwoordelijkheid voor het vergaren van informatie over het geschil en het aandragen van de relevante feiten in de procedure ligt bij partijen. Zij nemen het initiatief om hun geschil aan de rechter voor te leggen (de eiser of verzoeker door zijn vordering of verzoek bij de rechter in te stellen en de wederpartij door daartegen verweer te voeren). Om de vordering of het verzoek toegewezen te krijgen of het verweer daartegen te laten slagen, moeten partijen voldoen aan hun stelplicht. Partijen moeten in hun processtukken de feiten naar voren brengen die nodig zijn voor de toewijsbaarheid van een vordering of verzoek of voor het slagen van een verweer daartegen, en deze met bewijsstukken onderbouwen. De stelplicht komt tot uitdrukking in het voorschrift dat in de dagvaarding of het verzoekschrift de eis respectievelijk het verzoek en de gronden daarvan moeten worden opgenomen. Voor de partij die verweer voert geldt dat hij feiten en rechten moet stellen die ertoe leiden dat de vordering of het verzoek tegen hem moet worden

afgewezen. Schriftelijk bewijsmateriaal moeten partijen uit zichzelf in het geding brengen.⁵

Om te kunnen voldoen aan de stelplicht en de bewijslast in de procedure, zoals die tot uitdrukking komen in de basisregels van de artikelen 149 en 150, is inzicht in de relevante feiten over het geschil essentieel. De omvang van de stelplicht en bewijslast wordt bepaald door het materiële recht waarop een beroep wordt gedaan. De aard en hoeveelheid van de te verzamelen informatie die in de procedure voor de toewijsbaarheid van de vordering of het verzoek of het slagen van het verweer daartegen, aan de rechter moet worden voorgelegd, verschilt daarom per zaak. In een procedure waarin een partij bijvoorbeeld een overeenkomst wil laten vernietigen wegens dwaling zullen andere feiten en omstandigheden moeten worden gesteld voor de toewijzing van de vordering dan in een procedure die schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen tot inzet heeft. Ook is de mate waarin feiten moeten worden aangevoerd en bewijsmateriaal moet worden vergaard afhankelijk van de (kwaliteit van de) stellingen van de partijen die de procedure voeren. De feiten moeten concreet worden onderbouwd met (bewijs)stukken, waarbij de mate van concretisering afhangt van de feitelijke stellingen van de wederpartij. Hoe uitgebreider en gedetailleerder de stellingen van een partij, hoe meer daar tegenover moet worden gesteld om de rechter ervan te overtuigen dat de feitelijke lezing van de wederpartij niet juist of volledig is. Dat geldt voor de partij die haar vordering door de rechter toegewezen wil zien en voor de partij die in een procedure verweer voert. Een «blote» ontkenning van de vordering tegenover de met feiten onderbouwde stellingen van de eisende partij zal de rechter in het algemeen snel naast zich neerleggen.

Met de herziening van het burgerlijk procesrecht in 2002 is het fundamentele beginsel van de waarheids- en volledigheidsplicht in het procesrecht wettelijk vastgelegd. Artikel 21 verplicht partijen de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Andere processuele informatieverplichtingen die in 2002 zijn ingevoerd, zijn de substantiërings- en bewijsaandragplicht in artikel 111, derde lid, voor de eiser en in artikel 128, vijfde lid, voor de gedaagde. De substantiëringsplicht verlangt van de eiser dat hij de door de gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor in de dagvaarding vermeldt. Deze verplichting veronderstelt dat partijen in de voorfase van de procedure met elkaar over het geschil hebben gesproken. De bewijsaandragplicht heeft betrekking op bewijsmateriaal ter staving van de door de gedaagde betwiste gronden van de vordering voor zover die aan de eiser bekend zijn gemaakt respectievelijk ter staving van de gronden van het verweer. Naast de bewijsaandragplicht moet de gedaagde alle excepties en het verweer ten gronde in hetzelfde, eerste en in beginsel enige schriftelijke processtuk naar voren brengen. Deze verplichtingen alsook de algemene, op het materiële recht berustende stelplicht van partijen om de feiten ter onderbouwing van hun vordering, verweer of verzoek aan te dragen, worden versterkt door de waarheids- en volledigheidsplicht van artikel 21 Rv. Deze bepaling staat partijen niet toe welbewust de voor de rechterlijke beslissing relevante feiten achter te houden. In het huidige procesrecht wordt dus nu al van partijen verwacht dat zij hun kaarten bij het begin van de procedure op tafel leggen. Daarnaast zijn partijen tegenover elkaar verplicht onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen (artikel 20, tweede lid). Al deze bepalingen vormen een stimulans voor partijen om elkaar voor aanvang van de procedure op de hoogte te stellen van hun standpunt en elkaar van relevante informatie over het geschil te voorzien. Dit brengt voor partijen een verplichting mee om voorafgaand aan een procedure informatie en

⁵ Zie HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, NJ 2012, 174 en HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077, NJ 2015, 453.

bewijsmateriaal over hun geschil te verzamelen. Partijen kunnen daarmee opheldering van onbekende of omstreden feiten krijgen, hun proceskansen zo goed en zo kwaad afwegen en worden in staat gesteld om hun vordering of verzoek met voldoende relevante feiten te onderbouwen als zij een procedure willen doorzetten. Met de nadruk die in dit wetsvoorstel op het vroegtijdig verzamelen van informatie en bewijsmateriaal wordt gelegd, wordt aldus voortgeborduurd op de al bestaande verplichting van partijen om de door hen gestelde feiten te onderbouwen en het daarvoor ondersteunende bewijsmateriaal bij het begin van de procedure naar voren te brengen, zodat procedures doelmatig kunnen verlopen.

4. Voorgeschiedenis en achtergrond van dit wetsvoorstel

4.1. Het wetsvoorstel over het inzagerecht (wetsvoorstel 33079)

De wens om het bewijsrecht in civiele procedures te moderniseren gaat al enige jaren terug. Eind 2011 is een wetsvoorstel tot verbetering van het inzagerecht (hierna: het wetsvoorstel 33079) bij de Tweede Kamer ingediend.⁶ Aanleiding voor dit wetsvoorstel was een advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht over aanpassing van de regeling van de exhibitieplicht (hierna: het inzagerecht) van artikel 843a.⁷ Het advies werd in 2008 door de Adviescommissie uitgebracht op verzoek van de toenmalige Minister van Justitie naar aanleiding van een aanbeveling van de Commissie Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht (W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova). In het eindrapport van de Commissie Fundamentele Herbezinning was een aantal aanbevelingen opgenomen om de informatievoorziening in de fase voorafgaand aan een rechterlijke procedure te optimaliseren. Een daarvan betrof het uitbreiden van de mogelijkheden voor informatiegaring. Die aanbeveling werd na het ingewonnen advies van de Adviescommissie overgenomen in het wetsvoorstel 33079. De behandeling van dit wetsvoorstel is na het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie van de Tweede Kamer stil komen te liggen. In het verslag werden veel vragen gesteld over de verschillende aspecten van de voorgestelde regeling en de wijze waarop deze tot stand was gekomen. Ook waren veel vragen gericht op de relatie tussen de voorgestelde regeling en andere leerstukken op het terrein van het bewijsrecht en was er veel aandacht voor de vraag hoe de voorgestelde regeling de voortgang van civiele procedures zou beïnvloeden. De vragen in het verslag leidden tot het inzicht dat een nieuwe wettelijke regeling voor het inzagerecht niet op zichzelf kan worden gezien, maar moet passen in de brede context van het bewijsrecht. Met dit wetsvoorstel in voorbereiding is het wetsvoorstel 33079 ingetrokken.⁸ De verbetering van het inzagerecht wordt in dit wetsvoorstel opnieuw ter hand genomen.

4.2 Ontwikkelingen op het terrein van het burgerlijk procesrecht

Bij het stilleggen van het wetsvoorstel 33079 speelde mee dat op het terrein van het burgerlijk procesrecht zich een aantal specifieke ontwikkelingen voordeed.⁹ De belangrijkste ontwikkeling betrof de wetgeving van 2016 in verband met de vereenvoudiging en digitalisering van het

⁶ Wetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, Kamerstukken II, 2011/12, 33 079, nr. 1–3.

⁷ Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht, Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken («discovery»), Den Haag, 14 juli 2008. Gepubliceerd in TCR 2008, p. 123–130.

⁸ Bij brief van 22 november 2017 van de Minister van Justitie en Veiligheid aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2017/18, 33 079, nr. 7.

⁹ Zie de brief van 21 februari 2014 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2013/14, 33 079, nr. 6.

burgerlijk procesrecht (Stb. 2016, 288–294). Belangrijke procesvernieuwingen uit die wet zijn de versterkte regiefunctie van de rechter en de uitgebreidere mogelijkheden op de mondelinge behandeling. Deze zijn ingevoerd bij de Wet van 2 juli 2019 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Stb. 2019, 241). De modernisering van het bewijsrecht is in 2016 niet meegenomen, ondanks dat dit in de rechtspraak wel was geopperd. De reden hiervoor was dat in de rechtspraak de standpunten over een mogelijke aanpassing van het bewijsrecht sterk verdeeld bleken te zijn en discussies over de vormgeving van een gemoderniseerd bewijsrecht tot vertraging van die wetgeving zouden kunnen leiden.¹⁰

Een andere ontwikkeling was het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, waarin in antwoord op prejudiciële vragen werd beslist dat een conservatoir bewijsbeslag ook mogelijk is in zaken die niet gaan over intellectuele eigendomsrechten. De rechtspraak liet weten de uitspraak van de Hoge Raad graag verankerd te zien in een wettelijke regeling.

Gelet op de nauwe verbondenheid van het inzagerecht met het bewijsrecht en de in de rechtspraak levende wens om het bewijsrecht aan te passen, heeft de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie aan drie deskundigen uit de rechtspraak gevraagd onderzoek te doen naar de vraag waaraan precies behoefte bestaat bij de modernisering van het bewijsrecht en hem daarover te adviseren.

4.3 De expertgroep modernisering bewijsrecht

Medio 2014 is een groep van drie experts met de adviesvraag aan de slag gegaan. De expertgroep modernisering bewijsrecht bestond uit mr. A. Hammerstein (voorzitter), prof. mr. R.H. de Bock en prof. mr. W.D.H. Asser, en werd bijgestaan door ambtenaren van mijn ministerie. De expertgroep heeft haar aandacht gericht op de proceshouding van partijen voorafgaand aan en tijdens een procedure en de rol van de rechter daarbij, het stelsel van bewijsmiddelen, de mogelijkheden tot het veiligstellen van bewijsmateriaal, in het bijzonder het bewijsbeslag, en het geheim houden van vertrouwelijke informatie. De expertgroep heeft het onderzoekstraject opgedeeld in enkele fasen, waarbij per fase een deelonderwerp op het terrein van het bewijsrecht werd opgepakt. Per deelonderwerp heeft de expertgroep vervolgens een notitie in de vorm van een concept-deeladvies opgesteld met vraagpunten aan de rechtspraak. Deze concept-deeladviezen betroffen achtereenvolgens:

1. algemene aandachtspunten en uitgangspunten voor de modernisering van het bewijsrecht;
2. het inzagerecht;
3. bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs;
4. het omgaan met vertrouwelijke informatie.

Het eerste concept-deeladvies is met de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht besproken en op 11 april 2016 voorgelegd in een stakeholdersbijeenkomst waarbij vertegenwoordigers van verschillende belangenorganisaties en beroepsorganisaties uit de rechtspraak aanwezig waren. De overige drie concept-deeladviezen zijn gezamenlijk door de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht besproken en op 30 januari 2017

¹⁰ Zie Kamerstukken II, 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 61 en nr. 6, p. 44.

ook gezamenlijk voorgelegd in een nieuwe stakeholdersbijeenkomst.¹¹ De vraagpunten in de concept-deeladviezen waren bedoeld als uitnodiging aan de Adviescommissie en de stakeholders om mee te denken over de oplossingsrichting die de experts kozen voor de modernisering van het bewijsrecht en boden ruimte om andere voorstellen op het terrein van het bewijsrecht te doen. De inbreng die de expertgroep tijdens de bijeenkomsten met de Adviescommissie en de stakeholders heeft gekregen, hebben de experts in de notities over de verschillende deelonderwerpen verwerkt. Vervolgens hebben de experts de vier verschillende notities afgerond en gebundeld in een eindadvies.

4.4. Totstandkoming van het wetsvoorstel

Bij brief van 7 juni 2017 is het advies van de expertgroep aan de Tweede Kamer toegezonden.¹² Aan de hand van de aanbevelingen die de expertgroep daarin heeft gedaan, is een notitie met concrete uitgangspunten en discussiepunten opgesteld ter uitwerking van dit wetsvoorstel. Deze notitie is in het najaar van 2017 door de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht besproken. Daarnaast heeft een stakeholdersbijeenkomst plaatsgevonden met de stakeholders die ook waren uitgenodigd voor de bespreking van de conceptadviezen van de expertgroep. Voorts zijn de uitgangspunten en discussiepunten eind december 2017 voorgelegd aan de expertgroep procesrecht van de Raad voor de rechtspraak en heeft nog afzonderlijk overleg plaatsgevonden met de Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen (LRGD). De Nederlandse Vereniging voor Procesrecht heeft haar najaarsvergadering gewijd aan de modernisering van het bewijsrecht.¹³ De opmerkingen die in deze bijeenkomsten zijn verkregen, zijn meegenomen bij de verdere uitwerking van dit wetsvoorstel.

5. Nadere inhoud van het wetsvoorstel

5.1. Informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure

Het eerste uitgangspunt van dit wetsvoorstel is het verzamelen door partijen van zo veel mogelijk relevante informatie over hun geschil voorafgaand aan een procedure. Voor een effectieve geschilbeslechting is het van groot belang dat de rechter op basis van een zo volledig en correct mogelijk vastgesteld feitencomplex tot een juiste en rechtvaardige beslissing komt. Tegen de achtergrond van het huidige procesrecht, waarin belang wordt gehecht aan een voortvarend verloop van civiele procedures, moet de informatieverstrekking en bewijslevering zo vroegtijdig mogelijk in de procedure plaatsvinden. De civiele procedure bestaat in beginsel uit één schriftelijke ronde die wordt gevolgd door de mondelinge behandeling als «centraal moment» in de procedure: het moment waarop de rechter de zaak met partijen bespreekt. Uitgangspunt is dat de rechter na de mondelinge behandeling uitspraak kan doen of die instructies of bevelen kan geven die nodig zijn voor een efficiënt verder verloop van de procedure. Voor een doelmatige behandeling van de zaak is dus niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk dat uiterlijk voorafgaand aan de mondelinge behandeling de benodigde informatie over de zaak voor zowel partijen als de rechter beschikbaar is. Partijen worden daarom gehouden de informatie die van belang is voor de beoordeling

¹¹ De samenstelling van de stakeholdersbijeenkomsten is als bijlage 1 bij het advies van de expertgroep gevoegd, zie het advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, p. 95–96.

¹² Kamerstukken II, 2016/17, 29 279, nr. 384.

¹³ Zie het verslag van deze vergadering «Hoe zou u het bewijsrecht willen moderniseren?» in TCR 2018, nr. 2, p. 45–52.

van het geschil door de rechter aan het begin van de procedure te overleggen.

De nadruk die in dit wetsvoorstel wordt gelegd op een vroegtijdige informatievergaring en bewijsverzameling betreft een algemeen uitgangspunt voor alle procedures waarin het civiele bewijsrecht van toepassing is. Het civiele recht kent een breed scala aan onderwerpen waarover een geschil kan ontstaan dat aan de rechter kan worden voorgelegd. Deze kunnen uiteenlopen van geschillen over een verkeerd gelegde parketvloer, schadevergoeding vanwege vertraging van een vliegtuig of het veroorzaken van overlast in een huurwoning tot grote complexe zaken over de aansprakelijkheid van een bestuurder, geschillen over publiek-privatrechtelijke overeenkomsten of over de verkoop of overname van bedrijfsonderdelen, waarbij soms ook nog meerdere partijen betrokken zijn of grensoverschrijdende aspecten spelen. De regels in het civiele procesrecht, waarvan het bewijsrecht een belangrijk onderdeel vormt, zijn geschreven voor al deze procedures. Hierdoor ziet het uitgangspunt van de informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure noodzakelijkerwijs op een grote variëteit aan procedures. Het is belangrijk dat partijen en de rechter zich van deze diversiteit bewust zijn en dat partijen weten dat zij kunnen volstaan met wat in hún zaak geboden is voor een doelmatige behandeling en een juiste en rechtvaardige beslissing in hun zaak. De invulling van de verplichting tot informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure kan dus, net als de al bestaande processuele informatieverplichtingen, per procedure verschillen, afhankelijk van de aard en omvang en de complexiteit van het geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd. Gelet op de met dit wetsvoorstel beoogde verdere stimulans tot sneller en doelmatiger procederen vormt de verplichting tot informatievergaring en bewijsverzameling in wezen een onderdeel van de waarheids- en volledigheidsplicht. Het uitgangspunt van een vroegtijdige informatie- en bewijsverzameling wordt in dit wetsvoorstel daarom bij artikel 21 ondergebracht. De verplichting tot informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure zijn wel begrensd tot wat van een partij in het concrete geval redelijkerwijs kan worden verlangd en worden daarom nader ingevuld door een dubbele redelijkheidstoets. De informatie- en bewijsverzameling is daarmee beperkt tot die informatie waarover partijen redelijkerwijs kunnen beschikken en waarvan zij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kunnen voorzien dat die van belang is voor de beoordeling van hun geschil. Deze dubbele redelijkheidstoets is bedoeld als waarborg dat binnen redelijke grenzen en kosten informatie wordt verzameld voorafgaand aan de procedure. De sanctie op schending van de informatie- en bewijsverzamelingsplicht sluit verder ook aan bij de in het procesrecht al bestaande sanctie van de geraden gevolgtrekking door de rechter. Zie hierover verder artikelsgewijze toelichting op artikel 21.

De stimulans voor partijen om de relevante informatie zo veel mogelijk in de fase voorafgaand aan een procedure te verzamelen en bij het begin van de procedure aan de rechter over te leggen, brengt mee dat verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen, zoals een voorlopig getuigenverhoor, tijdens de procedure in beginsel niet meer mogelijk zijn. Verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen kunnen voorafgaand aan de procedure worden gedaan. Is een procedure over het geschil gestart en wordt de zaak al door de rechter behandeld, dan zal een partij *in* de procedure het verzoek moeten doen om te worden toegelaten tot nadere bewijslevering, bijvoorbeeld door het horen van getuigen in de procedure. Het gaat dan niet langer om een *voorlopige* bewijsverrichting. De mogelijkheid om tijdens een procedure om een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging te verzoeken wordt beperkt.

5.2 Actieve rol bij de waarheidsvinding

Effectieve rechtspraak die geschillen duurzaam en daadwerkelijk oplost, vraagt om een actieve houding van de rechter bij de bespreking van het geschil met partijen in plaats van een meer afwachtende houding. Het klassieke uitgangspunt van de lijdelijke rechter heeft al geruime tijd plaatsgemaakt voor een actievere rol van de rechter bij de procesvoering en de waarheidsvinding. Met de modernisering van het procesrecht in 2002 is de rol van de rechter steeds meer gericht op het actief bewaken van de voortgang van de procedure en het onderzoeken van de feiten. De regiefunctie van de rechter is sindsdien verder versterkt in een procedure waarin het zwaartepunt steeds meer bij de mondelinge behandeling is komen te liggen. De wijze waarop de rechter aan zijn rol en verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding invulling geeft, laat in de praktijk nog grote verschillen zien en is niet altijd even duidelijk.¹⁴ Daarom wordt voorgesteld om in artikel 24 te verduidelijken dat de rechter – binnen zijn bestaande bevoegdheden en binnen de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd – ambtshalve de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, met partijen kan bespreken. De voorgestelde wijziging beoogt diegenen die in de praktijk nog een strikte opvatting van de partijautonomie erop nahouden, duidelijkheid te geven dat de rechter binnen het partijdebat de bevoegdheid en ruimte heeft om op de mondelinge behandeling mogelijke argumenten met partijen te bespreken en zo actief bij te dragen aan de materiële waarheidsvinding. Hiermee wordt aan de verantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding een verdere wettelijke basis gegeven

De principiële verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen partijen en de rechter op het punt van de informatiegaring en bewijsverzameling blijft in dit wetsvoorstel ongewijzigd. Naast zijn actieve rol bij de waarheidsvinding draagt de rechter verantwoordelijkheid voor procedurele rechtvaardigheid en het daaraan ten grondslag liggende fundamentele beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid. De bevoegdheid van de rechter gaat dus niet zo ver dat de rechter mag gaan «mee procederen» door een van de partijen suggesties aan te dragen voor wijziging van de feitelijke grondslag van haar vordering, verzoek of verweer. Wat de rechter wel ambtshalve mag doen, is het partijdebat bijsturen door partijen opmerkzaam te maken op bepaalde inconsistenties of onduidelijkheden in hun stellingen en partijen daarover bevragen. De vragen en interrupties van de rechter kunnen partijen aanzetten tot het verstrekken van inlichtingen die anders buiten het partijdebat zouden zijn gebleven en een partij aanleiding geven haar stellingen aan te vullen of te verbeteren. Dit is inherent aan de bespreking van het geschil van partijen op de mondelinge behandeling en is nu ook al mogelijk binnen de bestaande bevoegdheden van de rechter.¹⁵ Bij het ambtshalve ter sprake brengen van de feitelijke gronden waarvoor binnen het partijdebat aanknopingspunten moeten bestaan, zal de rechter naast het waarborgen van een gelijk speelveld voor partijen steeds het in artikel 19 verankerde beginsel van hoor en wederhoor in acht nemen. Dat brengt mee dat partijen over en weer in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich uit te laten over alles wat in de procedure ter sprake komt. De voorgestelde wijziging

¹⁴ Zie de door de expertgroep modernisering bewijsrecht gesignaleerde ontwikkelingen in nr. 17–18 en aandachtspunten bij de huidige regels voor informatiegaring in nr. 26–30 van hun advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht.

¹⁵ Zie G.C.C. Lewin, Een actieve rechter brengt partijen op ideeën, NJB 2006, nr. 35, p. 2003–2004 en M.J.A.M. Ahsmann, Formele en materiële procesleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling, TvPP 2017–2, p. 50.

van artikel 24 bevordert beslissingen die recht doen aan de materiële waarheid.

5.3 Eén verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen

Partijen kunnen voor het ophelderen van de feiten of het vastleggen van bewijs voorafgaand aan een procedure de rechter verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting te gelasten. Dat kan een verhoor van getuigen zijn, een onderzoek door een deskundige of een plaatsopneming en bezichtiging door de rechter. Een partij kan ook bij de rechter inzage vorderen van bepaalde stukken die zich bij een ander bevinden en die zij niet vrijwillig van die ander krijgt. In het huidige recht geldt voor het voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig bericht of verhoor van deskundigen, een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging en voor een inzagevordering voorafgaand aan een procedure een afzonderlijke regeling. Voorgesteld wordt om de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen samen te voegen tot één verzoek om een of meer bewijsverrichtingen en onder te brengen in een nieuwe paragraaf getiteld «Voorlopige bewijsverrichtingen». Het inzagerecht wordt daarbij ingebed in de wettelijke regeling van het bewijsrecht en maakt daarvan een integraal onderdeel uit (zie hierover verder par. 5.4). In de nieuwe paragraaf komt een regeling met algemene bepalingen voor alle voorlopige bewijsverrichtingen (zie de voorgestelde artikelen 196 t/m 200), gevolgd door een specifieke bepaling per bewijsverrichting (zie de voorgestelde artikelen 201 t/m 204). Het samenvoegen van de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen is ook aanbevolen door de expertgroep modernisering bewijsrecht.¹⁶

Door het samenvoegen van de verschillende bewijsverrichtingen kan een partij nog steeds om een afzonderlijke voorlopige bewijsverrichting verzoeken, bijvoorbeeld een voorlopig getuigenverhoor, of om een combinatie van bewijsverrichtingen. Een partij hoeft dan niet meer verschillende verzoeken naast elkaar in te dienen, maar kan in plaats daarvan in één verzoekschrift bijvoorbeeld om een deskundigenbericht en inzage van bepaalde stukken verzoeken. Dit bevordert efficiëntie bij het verzamelen van informatie en maakt het verzoeken om rechterlijke tussenkomst eenvoudiger.

Met het samenvoegen van de verschillende bewijsverrichtingen tot een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen worden ook de toetsingscriteria die nu gelden voor de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen meer op elkaar afgestemd. Het belang van het in een vroegtijdig stadium ophelderen van de feiten, het bepalen van de eigen rechtspositie en het vastleggen van bewijsmateriaal brengt mee dat de rechter een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen of een combinatie daarvan in beginsel toewijst. Ter bescherming van de belangen van de wederpartij en het voorkomen van zogenaamde «fishing expeditions» is het recht op een voorlopige bewijsverrichting niet onbegrensd. Voorgesteld wordt om de vijf, door de expertgroep aanbevolen toetsingscriteria in de vorm van afwijzingsgronden op te nemen in de wet (zie het voorgestelde artikel 196, tweede lid). Deze criteria zijn deels ontleend aan de rechtspraak van de Hoge Raad over het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht, deels ontleend aan het inzagerecht van artikel 843a.

¹⁶ Zie het advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, par. 2.3.4 en de vijfde aanbeveling van het tweede hoofdstuk.

Het stroomlijnen van de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen strekt zich ook uit tot de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen tegen de beslissing van de rechter op een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen. Het huidige asymmetrische appelverbod wordt omgezet in een appelverbod, tenzij de rechter anders bepaalt (zie het voorgestelde artikel 200).

5.4 Verbetering van het inzagerecht

Als een partij niet beschikt over gegevens die van belang zijn voor het ophelderen van de feiten en het beoordelen van haar rechtspositie, kan zij deze gegevens opvragen bij degene die daarover wel beschikt. De mogelijkheid om schriftelijke informatie bij een ander op te vragen, wordt verduidelijkt. Het nu in artikel 843a geregelde recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden (hierna: het inzagerecht) wordt ingebed in de wettelijke regeling van de bewijsmiddelen, overeenkomstig het eerdere wetsvoorstel tot aanpassing van het inzagerecht (het wetsvoorstel 33079). Het inzagerecht wordt hierbij gestroomlijnd met de overige bewijsverrichtingen (het getuigenverhoor, het deskundigenbericht en de plaatsopneming of bezichtiging). Overeenkomstig deze andere bewijsverrichtingen wordt de inzagevordering omgezet in een inzageverzoek.

Het inzagerecht is een van de mogelijkheden om opheldering te verkrijgen over nog niet precies bekende of omstreden feiten en om de eigen rechtspositie in een ontstaan of potentieel geschil nader te bepalen. Daarmee vormt het inzagerecht een goedkoop, eenvoudig, snel en betrouwbaar alternatief voor bijvoorbeeld een getuigenverhoor of een deskundigenbericht. Het inzagerecht komt in dit wetsvoorstel op gelijke voet te staan met de overige bewijsverrichtingen en geldt niet langer als een soort ultimum remedium. Artikel 843a, vierde lid, waarin staat dat geen recht op inzage bestaat als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook is gewaarborgd zonder verstrekking van de gevraagde gegevens, wordt geschrapt.

Het doel van de verbetering van het inzagerecht is om partijen een duidelijke regeling te bieden op grond waarvan zij, in ieder geval in niet-complexe zaken, zelf zonder rechterlijke tussenkomst kunnen beoordelen wanneer zij recht hebben op bepaalde informatie en wanneer zij aan een informatieverzoek gevolg moeten geven. In de nieuwe regeling komt daarom voorop te staan dat een partij zonder tussenkomst van de rechter aanspraak kan maken op inzage zowel tegenover de wederpartij bij een rechtsbetrekking als tegenover een derde. De wederpartij en de derde zijn gehouden om mee te werken aan de informatiegaring en de verzochte gegevens te verstrekken, tenzij zij zich kunnen beroepen op een verschoningsrecht of als gewichtige redenen zich daartegen verzetten, bijvoorbeeld omdat het gaat om vertrouwelijke stukken. Als de wederpartij of de derde niet aan het informatieverzoek wil meewerken of tussen partijen discussie ontstaat over de aanspraak op inzage, kan een partij het recht op inzage bij de rechter afdwingen via een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting of in spoedeisende gevallen bij de voorzieningenrechter. Is een procedure gestart, dan kan, net zoals om een verhoor van getuigen, een onderzoek door deskundigen of een plaatsopneming en bezichtiging, in de lopende procedure om inzage worden verzocht (zie de voorgestelde artikelen 194, 195 en 195a).

De voorgestelde regeling sluit aan bij de reikwijdte die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie over artikel 843a aan het inzagerecht heeft gegeven. Daar waar aanspraak op inzage tegenover de wederpartij of een derde bestaat, moet het verzoek worden toegewezen. De verduidelijking van het inzagerecht beoogt te waarborgen dat tussen partijen geen informatie-

asymmetrie bestaat die inbreuk maakt op het beginsel van een eerlijk proces, waarvan de «equality of arms» deel uitmaakt.¹⁷ Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat informatie moet worden gedeeld die niet relevant is voor de oplossing van het geschil of waarbij geen concreet belang aanwezig is of die vertrouwelijk van aard is. Aan het recht op inzage zijn daarom de nodige voorwaarden verbonden. Daarnaast heeft de rechter mogelijkheden om het verzoek tot het verstrekken van informatie af te wijzen op grond van het bestaan van een verschoningsrecht of gewichtige redenen, strijd met de goede procesorde of misbruik van procesrecht (zie voor deze materiële en processuele weigeringsgronden verder de toelichting op de voorgestelde artikelen 194 en 196). Ook kan de rechter de voorwaarden waaronder en de wijze waarop de verstrekking van informatie moet plaatsvinden, nader bepalen.

De voorwaarden, afwijzingscriteria en mogelijkheden voor de rechter bieden voldoende waarborgen om zogenaamde *fishing expeditions* tegen te gaan. Met dit begrip wordt bedoeld op het misbruik maken van de regeling van het inzagerecht door te vissen naar informatie waarop geen recht bestaat. Bijvoorbeeld omdat een duidelijk verband tussen de verlangde informatie en een concrete vordering ontbreekt of omdat naar informatie wordt gezocht waarvan de verzoeker niet weet of die ook echt bestaat en de informatie meer lijkt te worden opgevraagd om een zaak op te zetten dan om deze te kunnen onderbouwen. Om dergelijke *fishing expeditions* te voorkomen, is rechterlijke toetsing van het inzageverzoek of de voorwaarden waaronder inzage wordt verstrekt, steeds mogelijk. De rechterlijke toets omvat de materiële voorwaarden waaronder een recht op inzage bestaat (zie hiervoor het voorgestelde artikel 194). Deze voorwaarden brengen mee dat zowel de aanspraak als het ontstane of potentiële geschil voldoende nauwkeurig moet kunnen worden geduid alsook het verband daartussen. Hierbij kan de rechter de aard van de verzochte informatie in zijn oordeelsvorming betrekken alsook de partij tegen wie het verzoek is gericht. Gaat het bijvoorbeeld om bedrijfsgevoelige informatie die wordt opgevraagd door een concurrerende onderneming of een inzageverzoek dat is gericht tot een derde die buiten het (potentiele) geschil staat, dan zal de rechter kritischer toetsten of er een verband bestaat tussen de verzochte informatie en het aan het verzoek ten grondslag liggende ontstane of verwachte geschil. De rechter kan het verzoek voorts afwijzen wegens strijd met de goede procesorde als zich nog geen concreet (potentieel) geschil aftekent of wegens misbruik van bevoegdheid. Op deze processuele gronden kan de rechter ook oneigenlijke inzageverzoeken afwijzen.

In de uitzonderlijke gevallen dat ondanks de hiervoor genoemde voorwaarden, afwijzingsgronden en rechterlijke toets toch gegevens zijn verstrekt waarop achteraf gezien geen recht bestond, kan degene die daardoor schade heeft geleden, deze op grond van de gewone regels van aansprakelijkheid en onrechtmatige daad verhalen.

5.5 Een wettelijke regeling voor een algemeen bewijsbeslag en het proces-verbaal van constatering

Bewijsmateriaal kan soms verloren gaan voordat het wordt gebruikt in een procedure. Een partij die vreest dat bepaalde informatie die zich bij een ander bevindt, wordt vernietigd of verduisterd, krijgt de mogelijkheid om conservatoir beslag op dat bewijsmateriaal te leggen. Omdat

¹⁷ Zie het onderzoek naar de «Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen» van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht, zie bijlage bij Kamerstukken II, 2015/16, 26 485, nr. 219.

conservatoir bewijsbeslag een ingrijpend dwangmiddel is, gelden hiervoor ter bescherming van degene onder wie het beslag wordt gelegd, strenge voorwaarden. Conservatoir bewijsbeslag is alleen mogelijk na verlot van de rechter en geeft uitsluitend aanspraak op het veiligstellen van bewijsmateriaal. Het rechterlijk verlot en de daarop volgende beslaglegging brengen niet mee dat ook recht bestaat op kennisneming van de inhoud van het in beslag genomen bewijsmateriaal. Daarvoor moet de partij die het verlot heeft gekregen, eerst een verzoek tot inzage doen of, als de in beslag genomen zaak bijvoorbeeld van belang is voor een onderzoek door een deskundige, een verzoek tot het gelasten van een deskundigenbericht.

Met het invoeren van een algemene, wettelijke regeling voor het leggen van conservatoir beslag op gegevens of zaken die kunnen dienen als bewijsmateriaal in een procedure wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad gecodificeerd. Conservatoir bewijsbeslag is nu alleen in de wet geregeld voor zaken die gaan over intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-zaken) (artikelen 1019b en 1019c). De Hoge Raad heeft in antwoord op prejudiciële vragen beslist dat ook in geschillen die niet over IE-zaken gaan, conservatoir bewijsbeslag kan worden gelegd (HR 13 september 2013, ECLI:HR:2013:BZ9958). Na deze uitspraak is de Beslagsyllabus van de rechtspraak¹⁸ aangevuld met praktijkregels voor het bewijsbeslag waarbij wordt verwezen naar de overwegingen van de Hoge Raad. Met de modernisering van het bewijsrecht is de tijd gekomen om de bewijsbeslagpraktijk die is ontstaan na de uitspraak van de Hoge Raad in de wettelijke regeling van het bewijsrecht te verankeren, zoals ook de expertgroep modernisering bewijsrecht heeft aanbevolen.¹⁹ Bij de wettelijke regeling voor een algemeen conservatoir bewijsbeslag is dan ook aansluiting gezocht bij de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 13 september 2013 en meer algemeen bij het beslagrecht.

Het leggen van conservatoir bewijsbeslag vormt een maatregel om bewijsmateriaal met het oog op een in te stellen of al lopende procedure veilig te stellen. Een andere mogelijkheid om te voorkomen dat bewijs van bepaalde feiten wordt vernietigd, verduisterd of anderszins verloren gaat, is een gedetailleerde beschrijving van die feiten. De mogelijkheid van gedetailleerde beschrijving, met of zonder monsterneming, bestaat al in IE-zaken (artikel 1019d). Net als conservatoir bewijsbeslag wordt deze bewijsbewarende maatregel in dit wetsvoorstel, in de vorm van een door een deurwaarder op te stellen proces-verbaal van constatering, opengesteld voor alle zaken. Deze twee, in IE-zaken al bestaande maatregelen, worden voor alle andere zaken opgenomen in een nieuwe paragraaf getiteld «Maatregelen tot bescherming van bewijs» (zie de voorgestelde artikelen 205, 206 en 207).

6. Bescherming van persoonsgegevens

De gegevens waarvan inzage wordt verlangd of waarop de deurwaarder conservatoir bewijsbeslag legt, kunnen soms persoonsgegevens van de verzoekende partij zelf of van anderen bevatten. De regels over de bescherming van persoonsgegevens die met de Algemene verordening gegevensbescherming (de AVG) en de Uitvoeringswet (UAVG) in werking zijn getreden, gelden onverkort ten opzichte van het inzagerecht en het bewijsbeslag, zoals in dit wetsvoorstel wordt geregeld.

¹⁸ Te vinden op <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Beslagsyllabus.pdf>.

¹⁹ Zie het advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, par. 4.2 en de aanbevelingen 1 en 2 van het vierde hoofdstuk.

De samenloop van het inzage-recht met de AVG houdt in dat als het inzageverzoek ook gegevens omvat over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (kort gezegd: persoonsgegevens), zowel de partij die inzage verzoekt (en ontvangt) als degene die inzage verstrekt, moet handelen in overeenstemming met de AVG. Daarbij is van belang op wiens persoonsgegevens het inzageverzoek betrekking heeft. Ziet het inzageverzoek op persoonsgegevens van de verzoekende partij (de betrokkene) zelf, dan is degene die over die gegevens beschikt op grond van artikel 15 AVG verplicht om die gegevens desgevraagd te verstrekken. Eventueel daarin voorkomende persoonsgegevens van derden moeten worden weggelakt of zwartgemaakt. Als bijvoorbeeld inzage in een contract wordt gevraagd of in notulen die voorafgaand aan een bepaalde besluitvorming zijn opgesteld, moeten de daarin voorkomende persoonsgegevens van derden onleesbaar worden gemaakt. Degene die over de persoonsgegevens van de betrokkene beschikt, mag voor de verstrekking daarvan geen kosten in rekening brengen (artikel 12, vijfde lid, AVG). Het inzageverzoek kan ook persoonsgegevens bevatten van een ander dan van de partij die om inzage verzoekt (en ontvangt) of van degene van wie inzage wordt verzocht. Kan niet aan het inzageverzoek worden voldaan door de persoonsgegevens van die derde (de betrokkene) weg te lakken of zwart te maken, dan moet de betrokkene (de derde) van het inzageverzoek op de hoogte worden gebracht en vooraf om toestemming worden gevraagd om diens persoonsgegevens in het kader van het inzageverzoek te verstrekken. Op grond van de AVG mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt voor een ander doel dan waarvoor zij zijn verkregen als het andere doel verenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens aanvankelijk zijn verzameld (artikel 5, eerste lid, onder b, AVG). Van een verenigbaar doel zal vrijwel nooit sprake zijn bij het uitwisselen van informatie in het kader van het ophelderen van feiten en het bepalen van de eigen rechtspositie in een (potentieel of ontstaan) geschil ten behoeve van een mogelijke procedure. De betrokkene (de derde) zal in die situatie ook niet snel geneigd zijn om toestemming te verlenen voor de verwerking van zijn persoonsgegevens. Verdere verwerking van persoonsgegevens van derden is, als sprake is van een niet-verenigbaar doel, alleen toegestaan op grond van een «Unierechtelijke of lidstatelijke bepaling die in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt ter waarborging van de in artikel 23, eerste lid, AVG bedoelde doelstellingen van algemeen belang» (artikel 6, vierde lid, AVG). Een van deze doelstellingen is de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of de inning van civielrechtelijke vorderingen (artikel 23, eerste lid, onder i en j, AVG). Bij bijzondere categorieën van persoonsgegevens (persoonsgegevens waaruit onder meer iemands ras, etnische afkomst, politieke, religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen blijken) bestaat een verbod op verwerking. Hierop is een uitzondering geformuleerd voor het kunnen instellen, uitoefenen of onderbouwen van de vordering die betrekking heeft op het (potentiele of ontstane) geschil (artikel 9, tweede lid, onder f, AVG). De partij die voornemens is om aan een inzageverzoek op grond van de lidstatelijke bepaling van het voorgestelde artikel 194 te voldoen, moet de betrokkene hierover voorafgaand aan de informatieverstrekking informeren (artikel 13, derde lid, AVG). Ook de partij die de gegevens na haar inzageverzoek ontvangt, is op grond van de AVG verplicht de betrokkene hierover te informeren (artikel 14, eerste tot en met vierde lid, AVG). Als degene tot wie het inzageverzoek is gericht, niet aan het inzageverzoek wil meewerken of daarmee geen haast lijkt te maken, kan de partij die inzage verlangt haar recht op inzage bij de rechter afdwingen. Als de rechter het inzageverzoek toewijst, is degene die over de gegevens beschikt, gehouden om aan de rechterlijke veroordeling uitvoering te geven (artikel 6, eerste lid, onder c, AVG). Ook in dat geval, waarin de verstrekking van persoonsgegevens is gebaseerd op een rechterlijke

uitspraak, moet de betrokkene op de hoogte worden gesteld van de informatieverstrekking en zal de partij die om inzage heeft verzocht in overeenstemming met de AVG moeten handelen (zie de artikelen 13 en 14 AVG).

Bij het leggen van bewijsbeslag worden soms ook persoonsgegevens verwerkt. Onder «verwerking» verstaat artikel 4, onderdeel 2, AVG onder meer het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren en opslaan van gegevens. Bij het leggen van bewijsbeslag selecteert de deurwaarder, eventueel met behulp van de beslagene of een IT-specialist, de gegevens die onder de reikwijdte van het bewijsbeslag vallen en zet hij deze soms over op een andere gegevensdrager. De deurwaarder en zijn hulppersonen zijn bij de uitoefening van deze publiekrechtelijke taak tot geheimhouding verplicht. Bij de beslaglegging worden geen gegevens naar buiten gebracht. Alleen als dat nodig is, wordt het in beslag genomen bewijsmateriaal in verzegelde vorm bij een gerechtelijk bewaarder ondergebracht. Daar wordt het bewijsmateriaal veiliggesteld totdat de rechter na een daartoe strekkend inzageverzoek heeft beslist of de beslaglegger ook daadwerkelijk van de inhoud van de in beslag genomen gegevens kennis mag nemen. Als zich onder het in beslag genomen bewijsmateriaal persoonsgegevens van derden bevinden, moet in overeenstemming met de AVG worden gehandeld, bijvoorbeeld door gegevens van derden waarop het beslag niet ziet, zwart te maken of weg te lakken. Kan dat niet voor de uitvoering van het bewijsbeslag, dan worden persoonsgegevens van derden voor een ander doel verwerkt dan waarvoor zij aanvankelijk zijn verkregen. De verwerking vindt zijn grondslag in het rechterlijk verlot dat op grond van het voorgestelde artikel 205 is verkregen. Dit is de lidstaatrechtelijke bepaling als bedoeld in artikel 6, vierde lid, AVG die in een democratische samenleving een noodzakelijk en evenredige maatregel vormt ter waarborging van de in artikel 23 eerste lid, bedoelde doelstellingen. Net als bij het inzagerecht is dat de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of de inning van civielrechtelijke vorderingen (artikel 23, eerste lid, onder i en j, AVG). Ingevolge artikel 23 AVG is het verder mogelijk om in deze gevallen de reikwijdte van de rechten en verplichtingen van het recht van de derde (de betrokkene) om over de gegevensverwerking te worden geïnformeerd, te beperken door lidstaatrechtelijke bepalingen. Hierin wordt voorzien in het voorgestelde artikel 206. Het is niet wenselijk en ook niet werkbaar als de informatieverplichtingen op grond van de AVG zouden moeten worden nageleefd als in rechte nog niet vaststaat dat de beslaglegger ook kennis mag krijgen van de inhoud van de in beslag genomen stukken waarin persoonsgegevens van derden voorkomen. Dat zou meebrengen dat de beslagene en de deurwaarder de betrokkene op de hoogte moeten stellen van het bewijsbeslag en dat na de uitspraak van de rechter in de hoofdzaak, de beslagene en de beslaglegger wiens inzageverzoek van het in beslag genomen bewijsmateriaal is toegewezen, de betrokkene opnieuw zouden moeten informeren. Hierbij is van belang dat bij het leggen van een bewijsbeslag de gegevens binnen het domein blijven van degene die daar rechtmatig over beschikt (de beslagene) en nog niet vaststaat of hij deze verder moet verwerken voor een ander doel dan waarvoor hij die gegevens heeft verkregen. De deurwaarder en zijn hulppersonen, op wie bij het leggen van een bewijsbeslag een geheimhoudingsplicht rust, hebben uitsluitend tot taak veilig te stellen dat bepaald bewijsmateriaal niet wordt verduisterd of vernietigd of anderszins voor bewijslevering in een civiele procedure verloren gaat. Feitelijk wordt door het leggen van een bewijsbeslag dus geen wijziging aangebracht aan de toegang tot (persoons)gegevens. Deze worden alleen door de uitvoerende deurwaarder vergrendeld en apart gezet in afwachting van de beslissing van de rechter of op grond van het voorgestelde artikel 194 recht bestaat op kennisneming daarvan door de beslaglegger. Tot

daarover door de rechter in de hoofdzaak is beslist, wordt dus geen inzage verstrekt in de gegevens, waaronder persoonsgegevens. Om die reden mag het recht van derden wiens persoonsgegevens onder het bewijsbeslag vallen, om geïnformeerd te worden over het beslag (naleving van de artikelen 13 en 14 AVG) worden uitgesteld totdat vaststaat dat degene onder wie het beslag is gelegd, verplicht is tot het verstrekken van inzage aan de beslaglegger.

Gelet op de wettelijke waarborgen waarmee het bewijsbeslag is omgeven, zijn de risico's voor de rechten en vrijheden van de betrokkene beperkt. Bij de wettelijke regeling van het bewijsbeslag is een afweging gemaakt tussen het belang van een partij om bepaald bewijsmateriaal veilig te stellen als vrees voor verduistering daarvan bestaat en de belangen van degene die met een bewijsbeslag wordt geraakt. Bij deze afweging speelt mee dat de opslagperiode van gegevens niet onbeperkt is, maar van overzichtelijke duur. Als over de vordering of het verzoek waarvoor het bewijsbeslag wordt gelegd nog geen procedure aanhangig is, moet binnen korte termijn een eis in de hoofdzaak worden ingesteld. Als het inzageverzoek door de rechter wordt toegewezen, moet bij de verstreking van persoonsgegevens onverkort worden voldaan aan de verplichtingen van de AVG. Wordt het verzoek om inzage door de rechter afgewezen, dan worden de gegevens onverwijld teruggegeven aan de beslagene onder gelijktijdige vernietiging van alle eventueel gemaakte kopieën door de deurwaarder.

7. Overzichtelijke indeling in het bewijsrecht en modern en begrijpelijk taalgebruik

Met het samenvoegen van de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen, het inbedden van het inzagerecht in de regeling van het bewijsrecht en een nieuwe regeling voor het conservatoir bewijsbeslag en het proces-verbaal van constatering, wordt de regeling van het bewijsrecht anders ingedeeld. De paragrafen over het voorlopig getuigenverhoor (de artikelen 186 tot en met 193) en het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging (de artikelen 202 tot en met 207) komen te vervallen, onder invoering van drie nieuwe paragrafen over het inzagerecht, de voorlopige bewijsverrichtingen en andere voorlopige maatregelen tot bescherming van bewijs. Hierbij wordt een aantal wetsartikelen vernummerd. De bepalingen in de paragrafen die vervallen, worden opgevuld door nieuw voorgestelde bepalingen uit de nieuwe paragrafen. Daarbij worden de wetsartikelen in de huidige paragraaf over deskundigenbewijs en de plaatsopneming en bezichtiging naar voren verplaatst. In deze toelichting krijgen de huidige artikelen die naar voren worden gehaald of die komen te vervallen de toevoeging «(oud)». De nieuw genummerde bepalingen over het deskundigenbewijs en de plaatsopneming en bezichtiging en de nieuwe bepalingen die de plaats van de vrijgekomen artikelen opvullen, worden met «nieuw» of «voorgesteld» aangeduid.

Met deze vernummering ontstaat één doorlopende regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die van het bewijsrecht een samenhangende en toegankelijke regeling maakt. In de hieronder opgenomen transponeringstabel wordt inzichtelijk gemaakt hoe de voorgestelde regeling de huidige regeling vanaf artikel 186 tot en met 207 vervangt. In de eerste tabel wordt verduidelijkt hoe de huidige bepalingen uit de paragrafen 6 en 7 over het deskundigenbericht en de plaatsopneming en bezichtiging (de artikelen 194 t/m 201) naar voren worden verplaatst en de vrijgekomen artikelen uit de huidige paragraaf over het voorlopig getuigenverhoor (de artikelen 186 t/m 193) opvullen. De tabel daaronder laat de nieuwe artikelen zien over het inzagerecht, de verschillende samengevoegde bewijsverrichtingen en andere bewijsbescher-

mende maatregelen in de artikelen 194 tot en met 201 (de huidige paragraaf over deskundigenbewijs en de plaatsopneming en bezichtiging) en de artikelen 202 tot en met 207 (de huidige paragraaf over het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging). Uit de korte omschrijving in de rechterkolom wordt ook zichtbaar hoe de nieuwe paragrafen 7, 8 en 9 zijn opgebouwd.

Huidige bepaling/ paragraaf	Komt terug in	Korte omschrijving
§ 6. Deskundigen	§ 5. Deskundigen	Paragraaf 5 over het voorlopig getuigenverhoor komt te vervallen; de daarin opgenomen artikelen worden opgevuld door de bepalingen over het deskundigenbericht.
Artikel 194	Artikel 186	Verzoek om een deskundigenbericht
Artikel 195	Artikel 187	Kostenbegroting deskundigen
Artikel 196	Artikel 188	Voorschotregeling
Artikel 197	Artikel 189	Procedure deskundigenonderzoek
Artikel 198	Artikel 190	Taak deskundigen en verplichting partijen
Artikel 199	Artikel 191	Schadeloosstelling deskundigen
Artikel 200	Artikel 192	Partijdeskundigen
§ 7. Plaatsopneming en bezichtiging	§ 6. Plaatsopneming en bezichtiging	Paragraaf 7 over de plaatsopneming en bezichtiging wordt met het vervallen van paragraaf 5 over het voorlopig getuigenverhoor naar voren verplaatst en vernummerd tot paragraaf 6.
Artikel 201	Artikel 193	Verzoek om een plaatsopneming en bezichtiging
Nieuwe bepaling / paragraaf (oude tekst vervalt)	Inhoud bepaling	Korte omschrijving
§ 7. Inzage, afschrift en uittreksel van stukken	Nieuwe paragraaf over het inzage-recht	
Artikel 194	Nieuwe bepaling over het inzage-recht	Recht op inzage, uittreksel of afschrift zonder rechterlijke tussenkomst
Artikel 195	Nieuwe bepaling over het inzage-recht	Recht op inzage, uittreksel of afschrift tegenover de wederpartij in de procedure
Artikel 195a	Nieuwe bepaling over het inzage-recht	Recht op inzage, uittreksel of afschrift tegenover een ander dan de wederpartij in de procedure
§ 8. Voorlopige bewijsverrichtingen	Nieuwe paragraaf 8 getiteld «Voorlopige bewijsverrichtingen»	Paragraaf 8 wordt met de samenvoeging van alle voorlopige bewijsverrichtingen naar voren verplaatst en krijgt als opschrift «Voorlopige bewijsverrichtingen».
Artikel 196	Nieuwe bepaling over voorlopige bewijsverrichtingen	Verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen voorafgaand aan een procedure (komt overeen met de artikelen 186, eerste lid (oud) en 202, eerste lid (oud))
Artikel 197	Nieuwe bepaling over voorlopige bewijsverrichtingen	Procedurele aspecten en inhoud procesinleiding (komt overeen met de artikelen 187, eerste en derde lid (oud) en 203, eerste en tweede lid (oud))
Artikel 198	Nieuwe bepaling over voorlopige bewijsverrichtingen	Oproeping voor de mondelinge behandeling (komt overeen met de artikelen 187, vierde lid (oud), 188, eerste lid (oud), 190, eerste lid (oud), 203, derde lid (oud), 204, eerste lid, en 206 (oud))
Artikel 199	Nieuwe bepaling over voorlopige bewijsverrichtingen	De mondelinge behandeling (komt overeen met artikel 191, eerste en tweede lid (oud))
Artikel 200	Nieuwe bepaling over voorlopige bewijsverrichtingen	Geen hoger beroep en cassatie, tenzij de rechter anders beslist (komt overeen met de artikelen 188, tweede lid (oud) en 204, tweede lid (oud))
Artikel 201	Nieuwe bepaling over het voorlopig getuigenverhoor	Specifieke voorschriften voor het voorlopig getuigenverhoor (komt overeen met de artikelen 188, eerste lid (oud), 190, eerste en tweede lid (oud) en 193 (oud))

Huidige bepaling/ paragraaf	Komt terug in	Korte omschrijving
Artikel 202	Nieuwe bepaling over het voorlopig deskundigenbericht	Specifieke voorschriften voor het voorlopig deskundigenbericht <i>(komt overeen met de artikelen 205, eerste en tweede lid (oud) en 206 (oud))</i>
Artikel 203	Nieuwe bepaling over de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging	Specifieke voorschriften voor de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging <i>(komt overeen met de artikelen 205, eerste lid (oud) en 206 (oud))</i>
Artikel 204	Nieuwe bepaling over inzage voorafgaand aan een procedure	Specifieke voorschriften voor het recht op inzage, afschrift of uittreksel van stukken voorafgaand aan een procedure
§ 9. Andere maatregelen tot bescherming van bewijs	Nieuwe paragraaf 9 getiteld «Andere maatregelen tot bescherming van bewijs»	
Artikel 205	Nieuwe bepaling over het conservatoir bewijsbeslag	Procedurale vereisten en waarborgen bij een verzoek tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag <i>(vgl. artikelen 1019b en 1019c voor zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom)</i>
Artikel 206	Nieuwe bepaling over het conservatoir bewijsbeslag	Wijze van tenuitvoerlegging van het verlot tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag <i>(vgl. artikelen 1019b en 1019c voor zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom)</i>
Artikel 207	Nieuwe bepaling over het proces-verbaal van constatering	Proces-verbaal van constatering <i>(vgl. artikel 1019d voor zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom)</i>

Verder is in dit wetsvoorstel aandacht besteed aan modern en begrijpelijk taalgebruik. Dit vloeit mede voort uit een toezegging van mijn ambtsvoorganger tijdens een algemeen overleg over gerechtsdeurwaarders om bij de herziening van het bewijsrecht modern en begrijpelijk taalgebruik te hanteren.²⁰ Deze toezegging kom ik in dit wetsvoorstel na. Bij het opstellen van het wetsvoorstel en het schrijven van de toelichting heeft het gebruik van helder en modern juridisch taalgebruik steeds op de voorgrond gestaan. De tekst van de voorgestelde wettelijke bepalingen is zo eenvoudig en beknopt mogelijk geformuleerd en daarbij is zo veel als mogelijk het normale spraakgebruik gevolgd.²¹ Ouderwets taalgebruik, zoals «jegens een partij» en «aangaande een rechtsbetrekking» bij de bepaling over het inzagerecht, is vervangen door het modernere alternatief «tegenover een partij» en «over een rechtsbetrekking». Juridische begrippen, zoals de term rechtsbetrekking, zijn in de toelichting verduidelijkt door het begrip te omschrijven. Dit wetsvoorstel past bestaande regels in het bewijsrecht aan. Daarom moet voor de onderlinge samenhang van het bewijsrecht met het procesrecht de terminologie van de voorgestelde bepalingen wel aansluiten bij de bestaande regels van het civiele procesrecht en het bewijsrecht dat daarvan onderdeel uitmaakt. Het gaat daarbij om begrippen die een vaste betekenis hebben in de rechtspraak.

8. Adviezen

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is medio 2018 op internetconsultatie geplaatst en een aantal beroepsorganisaties is rechtstreeks om advies gevraagd. Na de consultatie heeft nog overleg plaatsgevonden met de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders over een

²⁰ Kamerstukken II, 2016/17, 34 047, nr. 19, p. 10.

²¹ Overeenkomstig ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, i.h.b. aanwijzing 2.6 en 3.3.

aantal technische aspecten bij het leggen van een bewijsbeslag en het opmaken van een proces-verbaal van constateringen. Met de Raad voor de rechtspraak is afzonderlijk overlegd over de gevolgen van dit wetsvoorstel voor de werklust van de rechterlijke macht. Verder is de Autoriteit Persoonsgegevens naar aanleiding van de consultatiereacties nog om advies gevraagd over de samenloop van het inzagerecht en het bewijsbeslag met de Algemene verordening gegevensbescherming. De Autoriteit Persoonsgegevens heeft laten weten hierover geen opmerkingen te hebben. Voorts is in verband met het concordantiebeginsel van artikel 39, eerste lid, van het Statuut voor het Koninkrijk begin 2020 een voorontwerp van dit wetsvoorstel toegezonden aan de regeringen van Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Van de regering van Aruba is een reactie ontvangen, inhoudende dat zij geen bezwaar heeft tegen het voorstel.

Op de (internet)consultatie zijn adviezen en reacties ontvangen van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht (de Adviescommissie), de Hoge Raad, de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG), de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Raad voor de rechtspraak (Rvdv), het Verbond van Verzekeraars, drie advocatenkantoren en twee particulieren²². Onderhands is een reactie binnengekomen van de Nederlandse Vereniging van Vervoerrecht.

In algemene zin is over het voorontwerp opgemerkt dat het een aantal interessante wijzigingen bevat en waardevolle verbeteringen van het bewijsrecht biedt die de praktijk ten goede kunnen komen. Tegen enkele voorstellen in het voorontwerp bestaan principiële en praktische bezwaren en zijn kritische kanttekeningen bij de uitwerking van enkele onderdelen gemaakt. Dit heeft ertoe geleid dat een paar van de in het voorontwerp genoemde uitgangspunten zijn geschrapt en de voorgestelde wettekst op een aantal punten is aangepast en de toelichting is verduidelijkt. Hieronder wordt daarop nader ingegaan door de consultatiereacties thematisch en op hoofdlijnen weer te geven aan de hand van de in het voorontwerp genoemde uitgangspunten. In het artikelsgewijze deel van de toelichting wordt uitgebreider op de consultatiereacties ingegaan. De redactionele opmerkingen zijn meegenomen.

a. De informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure

De voorgestelde wettelijke verplichting voor partijen om zoveel mogelijk alle relevante informatie voorafgaand aan een procedure te verzamelen, is naar aanleiding van de consultatiereacties aangepast en nader toegelicht. De Adviescommissie en de Hoge Raad kunnen zich vinden in de wijze waarop de informatieverplichting is geclausuleerd in de dubbele redelijkheidstoets en de sanctionering op maat. Ook de NOvA onderschrijft het uitgangspunt van het voorontwerp en beaamt dat de voorgestelde verplichting slechts een aanscherping vormt van een aantal al bestaande informatieverplichtingen. Volgens de NOvA kan de voorgestelde verplichting een «extra zet» geven aan de gewenste cultuurverandering in de rechtspraak. In een aantal reacties zijn wel zorgen geuit dat de rechter zal worden overvoerd met informatie en bewijsstukken en dat partijen uit voorzorg vaker om voorlopige bewijsverrichtingen zullen verzoeken vanwege de sanctiebevoegdheid van de rechter, met als gevolg een toename aan kosten in de voorfase van een procedure. Aan deze zorgen is tegemoet gekomen door de nadruk op informatiegaring en bewijsverzameling nog meer in te bedden in het huidige civiele proces-

²² Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

recht. Dit heeft vorm gekregen door de voorgestelde verplichting in een iets andere formulering onder te brengen in artikel 21, waar het onderdeel vormt van de al bestaande waarheids- en volledigheidsplicht. De dubbele redelijkheidstoets biedt hierbij een belangrijke waarborg tegen het overmatig verzamelen van informatie en bewijsmateriaal met bijbehorende (extra) kosten voor partijen.

b. Een actieve rol bij de waarheidsvinding

De mogelijkheid voor de rechter om de feitelijke grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer ambtshalve met partijen te bespreken, is ten opzichte van het voorontwerp aangepast. De formulering in het voorontwerp kreeg steun van de rechterlijke macht, maar stuitte op bezwaar vanuit de advocatuur. De in het voorontwerp voorgestelde toevoeging aan het eerste lid van artikel 24 is geschrapt. De strekking ervan bleek niet duidelijk en de toevoeging was in het licht van het voorgestelde tweede lid ook overbodig. Het nieuwe tweede lid dat in iets aangepaste vorm is gehandhaafd, betreft een codificatie van bestaande praktijken. De rechter kan nu ook al het partijdebat bijsturen om recht te doen aan de werkelijke rechtspositie van partijen, maar in de praktijk wordt hiermee verschillend omgegaan. Volgens de Adviescommissie is dit daarom een nuttige toevoeging voor de procedure in eerste aanleg. De Hoge Raad heeft opgemerkt dat de voorgestelde wijziging minder fundamenteel is dan op het eerste gezicht lijkt. De praktijk waarin door een actieve houding van de rechter, ook bij het bespreken van de feitelijke grondslag, wordt bevorderd dat recht wordt gedaan op basis van de materiële feiten, waardeert de Hoge Raad als positief en kan de huidige kwetsbaarheid in cassatie van een actieve regierol van de feitenrechter wegnemen. Op de door de Adviescommissie en de Hoge Raad gemaakte kanttekeningen wordt ingegaan bij de artikelsgewijze toelichting. Ook de Rvdr is in beginsel positief. Aan de zorgen van de advocatuur, de KBvG en de NVB dat de rechter met partijen gaat meedenken, zo niet mee procederen, is tegemoet gekomen door helderheid te bieden over situaties waarin het tweede lid wel en geen toepassing kan vinden. Daartoe is de toelichting aangevuld met voorbeelden waarmee duidelijker gemarkeerd wordt waar de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid liggen.

c. De invoering van een mondelinge behandeling na een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen

De invoering van een mondelinge behandeling na een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen is als afzonderlijk uitgangspunt geschrapt. Het voorontwerp ging ervan uit dat op een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen steeds een behandeling van dat verzoek volgde, waarbij de rechter partijen kon faciliteren bij de vroegtijdige informatiegaring en conflictoplossing. De Adviescommissie, de Rvdr en de NOvA hebben geadviseerd vast te houden aan de huidige praktijk waarin een mondelinge behandeling achterwege kan blijven als geen bezwaar bestaat tegen de toewijzing van het verzoek. Het handhaven van deze praktijk is in de voorgestelde wettekst en de toelichting uitdrukkelijk opgenomen. Verder is verduidelijkt dat de regiefunctie van de rechter in deze voorfase van een procedure over een geschil gericht is op het door partijen zo effectief mogelijke verzamelen van informatie en bewijsmateriaal.

d. Het samenvoegen van de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen

Op het voorstel om de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen samen te voegen tot één verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen is in veel reacties instemmend gereageerd. De uniformering van de verschillende bewijsverrichtingen komt volgens velen de eenvoud ten goede. Alleen de NVB vreest dat door het gelijktrekken van de toetsingscriteria de rechter minder mogelijkheden heeft om een verzoek om inzage af te wijzen, waardoor het aantal inzageverzoeken en het aantal gegevens waarvan inzage kan worden verzocht zal toenemen. In reactie op deze zorg geldt dat een belangrijk uitgangspunt van de modernisering van het bewijsrecht is dat schriftelijk bewijsmateriaal op dezelfde voet wordt behandeld als andere vormen van bewijs en dat bij het recht op inzage een aantal belangrijke waarborgen zijn ingebouwd. In de reacties op de consultatie zijn de redenen van het appelverbod verduidelijkt. Toegelicht is dat de mogelijkheid voor de rechter om hoger beroep en cassatie toe te staan, juist is gegeven met het oog op (de toewijzing van) het inzageverzoek en dat de rechter aan de toewijzing van een inzageverzoek de nodige voorwaarden kan verbinden. Aan de suggestie van de Adviescommissie om de beslissing of een rechtsmiddel kan worden ingesteld bij een hogere rechter te beleggen, is geen gevolg gegeven. Een dergelijk verlostelsel kent het huidige procesrecht niet. Bovendien zouden partijen, zoals de Adviescommissie ook zelf stelt, hun standpunten dan bij de hogere rechter moeten uiteenzetten zonder dat duidelijk is of een nieuwe beoordeling in hoger beroep of in cassatie ook zal plaatsvinden. Dit komt de proceseconomie niet ten goede.

e. De verbetering van het inzagerecht

De voorgestelde regeling van het inzagerecht betreft volgens enkele reacties een verbetering, doordat de regels die voor het inzagerecht gelden, worden verduidelijkt. Naar aanleiding van de consultatiereacties is de toelichting in belangrijke mate aangevuld. De bepalingen over het inzagerecht zijn bij elkaar gezet in een nieuwe paragraaf. De Adviescommissie en de NOvA gaven daar uit oogpunt van systematiek de voorkeur aan. In reactie op de NOvA over de maatstaf is in de artikelsgewijze toelichting verduidelijkt dat zowel bij een vrijwillige informatieverstrekking buiten de rechter om als bij een door de rechter afgedwongen informatieverstrekking grotendeels dezelfde weigeringsgronden gelden. Voorts is in het algemeen deel van de toelichting aandacht besteed aan de samenloop van het inzagerecht met de AVG. De NVB heeft opgemerkt dat met het voorontwerp allerlei persoonsgegevens zonder noodzaak worden verwerkt of dat derden onnodig zullen worden bevraagd om informatie over een ander te verstrekken. Gelet op de AVG en de in artikel 194 (nieuw) genoemde voorwaarden voor het recht op inzage bestaat voor deze zorg geen grond. Bovendien geldt dat een partij voldoende belang bij haar informatieverzoek mist als zij een derde met haar verzoek belast terwijl zij zich voor het verkrijgen van die informatie ook tot haar wederpartij bij de rechtsbetrekking kan richten.

f. De mogelijkheid van conservatoir bewijsbeslag en een proces-verbaal van constatering

De codificatie van de mogelijkheid om conservatoir bewijsbeslag te leggen en het voorstel om de status van een proces-verbaal van constatering te versterken worden gezien als een nuttige aanvulling die bijdraagt aan efficiëntie. Naar aanleiding van de consultatiereacties zijn de voorgestelde bepalingen en de toelichting in belangrijke mate aangepast. Met name zijn de waarborgen voor de vertrouwelijkheid versterkt. Op de reactie van de NVB dat de regeling van het bewijsbeslag in het

voorontwerp op wezenlijke punten afwijkt van de jurisprudentie van de Hoge Raad, wordt in de artikelsgewijze toelichting nader ingegaan.

g. Het overleggen van buitengerechtelijke schriftelijke getuigenverklaringen

Het overleggen van buitengerechtelijke schriftelijke getuigenverklaringen als afzonderlijk uitgangspunt is naar aanleiding van de consultatiereacties geschrapt. Hoewel de Adviescommissie, de Rvdr en de NOvA zich erin kunnen vinden dat partijen worden gestimuleerd om meer gebruik te maken van schriftelijke getuigenverklaringen, is afgezien van een wettelijke verplichting daartoe. Aan het verplicht overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen bleek een aantal praktische bezwaren te kleven. Dat neemt niet weg dat buitengerechtelijke, schriftelijke getuigenverklaringen een nuttig middel kunnen zijn voor het ophelderen van de feiten en het in kaart brengen van de procesposities voorafgaand aan een procedure. De mogelijkheid op grond van het huidige recht om deze getuigenverklaringen als schriftelijk stuk in het geding te brengen, blijft bestaan.

9. Financiële gevolgen en regeldrukkosten

Bij de consultatie van het voorontwerp van dit wetsvoorstel is de Rvdr gevraagd een berekening te maken van de werklastgevolgen en de Raad voor rechtsbijstand om een inschatting te maken van de financiële gevolgen voor de gefinancierde rechtsbijstand. De Raad voor rechtsbijstand liet weten dat de impact van het voorontwerp op de toevoegingen lastig te bepalen is, maar dat de verwachting over het algemeen is dat het effect voor de rechtsbijstand nihil zal zijn. De Rvdr merkte op dat de werklastgevolgen van het voorontwerp naar verwachting substantieel zullen zijn. De Rvdr baseerde zijn inschatting op de volgende elementen uit het voorontwerp:

- a. een toename van verzoeken tot het horen van getuigen doordat de geloofwaardigheid van schriftelijke getuigenverklaringen geringer is in vergelijking met mondeling afgelegde verklaringen. In die zaken waarin zich dit voordoet, zou hiermee gemiddeld dertig minuten extra behandeltijd ter zitting per te horen getuige gemoeid zijn. Dit is inclusief het checken van personalia en het achteraf voorlezen van de verklaring voor akkoord. De frequentie waarin getuigen extra moeten worden gehoord, is volgens de Rvdr evenwel lastig in te schatten.
- b. het bespreken van de feitelijke grondslag van de vordering met partijen, wat kan leiden tot een schriftelijke wijziging van de vordering. Dit levert een uur extra werk op.
- c. de bewijsaandraagplicht zal tot een aanzienlijke toename van het aantal inzageverzoeken kunnen leiden en tot een forse toename van verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting, omdat partijen niet het risico willen lopen dat bewijs door de rechter wordt uitgesloten.
- d. op het verzoek om een voorlopige bewijsverrichting volgt steeds een zitting, die nu vaak niet nodig is als de verweerder instemt met het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor.

Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Ad. a. Het overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen als onderdeel van de substantiërings- en bewijsaandraagplicht is mede naar aanleiding van de consultatiereactie van de Rvdr geschrapt (zie hiervoor paragraaf 8, onderdeel g). Daarmee komt de door de Rvdr gestelde werklast te vervallen. Met het oog op de werklast wordt bovendien naar aanleiding van de reactie van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht voorgesteld dat de rechter bij het verhoor van een getuige op de mondelinge behandeling kan volstaan met een aantekening van de summere inhoud van de getuigenverklaring in plaats van het opmaken

van een proces-verbaal. Hierdoor drukt het verhoor van een getuige minder zwaar op de tijd die voor de mondelinge behandeling is ingepland. Verder kan de rechter in het kader van zijn regiefunctie met partijen mogelijkheden bespreken om de getuigen op een andere, voor de procedure minder belastende wijze te horen. Over het horen van getuigen wordt nog opgemerkt dat dit een wezenlijk onderdeel van de civiele procedure en de waarheidsvinding vormt. Blijkens verschillende consultatiereacties op de voorgestelde wijziging van artikel 166 wordt hieraan ook veel waarde gehecht.

Ad. b. Het bespreken van de feitelijke grondslag van de vordering met partijen vormt onderdeel van de interactie tussen de rechter en partijen op de mondelinge behandeling. Deze bevoegdheid wordt nu door veel rechters gebruikt. Codificatie leidt daarom niet tot een verzwaring van de werklast van de rechters die dit al doen. Met de codificatie wordt beoogd de rechterlijke vrijheid en de grenzen van de bevoegdheid van de rechter te verduidelijken, ook voor de rechters die nu twijfelen welke ruimte zij hebben op het punt van de grondslag van de vordering. Deze bevoegdheid sluit verder aan bij de verschillende mogelijkheden die de rechter heeft om ambtshalve aan waarheidsvinding te doen, waaronder het verzoek aan partijen om bepaalde stellingen nader toe te lichten of bepaalde gegevens over te leggen. Daarom worden hier geen extra werklastgevolgen voorzien.

Ad. c. Ten aanzien van de bewijsaandragplicht is in de toelichting benadrukt dat net als in de huidige praktijk alleen om een voorlopige bewijsverrichting behoort te worden verzocht wanneer dat zinvol is voor het ophelderen van de feiten en het inschatten van de proceskansen. Het verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting wordt dus uitdrukkelijk geen verplichte stap in de voorfase van een procedure. Het risico dat bewijs door de rechter wordt uitgesloten als partijen niet voorafgaand aan de procedure om een voorlopige bewijsverrichting hebben verzocht, is verwaarloosbaar klein. Deze sanctie is alleen op zijn plaats als een partij informatie achterhoudt waarover zij redelijkerwijs kon beschikken en voor haar redelijkerwijs voorzienbaar was dat die informatie van belang is voor de beslechting van het geschil. De Rvdr kan met procesreglementen, protocollen en andere rechtersregelingen partijen behulpzaam zijn bij het nader inkaderen van de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure. Partijen weten dan beter welke informatie voor bepaalde type zaken in elk geval van belang is voor een doelmatige behandeling van het geschil en of het voor hun zaak nodig is om voorafgaand aan de procedure om een voorlopige bewijsverrichting te verzoeken. Als partijen hun stellingen met voldoende feiten onderbouwen en daarbij elkaar en de rechter de voor hen beschikbare en voorzienbaar relevante informatie verstrekken, kunnen procedures efficiënt en voortvarend verlopen. Dit kan voorkomen dat de rechter een of beide partijen steeds gelegenheid moet geven om nadere informatie in het geding te brengen die ook bij aanvang van het geding of de mondelinge behandeling had kunnen worden verstrekt, en waarover de andere partij weer in de gelegenheid moet worden gesteld om zich daarover uit te laten.

Voor de door de Rvdr te verwachten toename van het aantal verzoeken om inzage geldt dat in de huidige praktijk in toenemende mate een beroep wordt gedaan op artikel 843a. Naar huidig recht zijn dit bewerkelijke procedures, mede omdat de toepassingscriteria van artikel 843a niet duidelijk en lastig toepasbaar zijn. In dit wetsvoorstel wordt de bepaling van artikel 843a vervangen door een nieuwe regeling voor het inzagerecht die de toepassingscriteria verduidelijkt. Een eventuele toename van het aantal inzageverzoeken zal dus voor een groot deel kunnen worden weggestreept tegen het wegvallen van procedures op grond van artikel 843a.

Ad. d. Het voorontwerp sloot nauw aan bij de huidige regeling over het verzoek om een voorlopige getuigenverhoor. Uit de tekst en met name de daarop gegeven toelichting in het voorontwerp kon worden afgeleid dat op een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting alleen kan worden beslist nadat een zitting is gehouden. Aan de Rvdr is meegedeeld dat bij verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting de huidige praktijk kan worden voortgezet, waarin de verweerder doorgaans afstand doet van een mondelinge behandeling. De voorgestelde wettekst en de toelichting zijn hierop aangepast, zodat alleen een zitting moet plaatsvinden als de wederpartij zich tegen het verzoek om een voorlopige bewijsverrichting verzet. Hiervan zal vaak sprake zijn bij een inzageverzoek, omdat de wederpartij de gegevens waarvan inzage wordt verlangd, kennelijk niet vrijwillig, zonder rechterlijk bevel, wil delen. De eventueel te verwachten toename van zittingen voor de behandeling van inzageverzoeken kan worden weggestreept tegen een vermindering van het aantal kort gedingen waarin inzage wordt gevorderd.

Regeldrukeffecten

Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan de informatie-uitwisseling met de rechter of de wederpartij, hangen die direct samen met deze waarborgfunctie. De kosten die met deze informatieverplichtingen gemoeid zijn, worden vanwege het bijzondere karakter niet als regeldruk aangemerkt. Het burgerlijk procesrecht valt met het oog daarop buiten de kwantitatieve reductiedoelstellingen voor regeldrukkosten. Met het denk- en doenvermogen van de burger wordt in dit wetsvoorstel rekening gehouden. De dubbele redelijkheidstoets komt tegemoet aan de persoonlijke situatie en omstandigheden van partijen, waaronder de verschillen in doenvermogen en mentale belastbaarheid van burgers. Door het hanteren van de dubbele redelijkheidstoets kan de rechter in een concreet geval rekening houden met wat van een partij bij de voorbereiding van een civiele procedure kan en mag worden verwacht. (zie over de dubbele redelijkheidstoets verder de toelichting op artikel 21). Daarnaast kan de rechtspraak in veel voorkomende standaardzaken op de website, in rechtersregelingen en bij de oproep voor de mondelinge behandeling heldere informatie verstrekken over wat van burgers wordt verwacht en welke stukken zij nog in de procedure zouden moeten brengen of moeten meenemen naar de zitting.

ARTIKELEN

Artikel I

Onderdeel A (artikel 21)

De gangbare praktijk van het ophelderen van de feiten en het verzamelen van ondersteunend bewijsmateriaal in de fase voorafgaand aan een procedure krijgt in dit wetsvoorstel een wettelijke basis in aanvulling op de al bestaande waarheids- en volledigheidsplicht van artikel 21. Op grond van het voorgestelde tweede lid zijn partijen bij een geschil gehouden om de informatie die van belang is voor de toewijzing van de vordering of het verzoek door de rechter of voor het slagen van het verweer tegen de vordering of het verzoek, zo veel mogelijk te verzamelen voordat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd. Het is voor partijen en de rechter van groot belang dat de relevante informatie bij het begin van de procedure beschikbaar is, omdat de procedure bij de rechter in de regel beperkt is tot één enkele stukkenwisseling (de dagvaarding en de conclusie van antwoord respectievelijk het verzoekschrift en het verweerschrift) en een mondelinge behandeling waarna de rechter uitspraak doet.

Aan de nadruk op een vroegtijdige informatie- en bewijsverzameling ligt het belang van een adequate feitengaring ten grondslag. Het doel van het voeren van een civiele procedure is het verkrijgen van een juiste en rechtvaardige beslissing. Dit doel kan alleen worden bereikt als de beslissing van de rechter berust op een correcte en volledige vaststelling van het relevante feitencomplex. Een uitspraak van de rechter die aansluit bij de materiële waarheid wordt door de verliezende partij eerder aanvaard en leidt ertoe dat het geschil tussen partijen daadwerkelijk wordt opgelost. Het uitgangspunt in het voorgestelde artikel 21, tweede lid, betreft ten opzichte van de al bestaande processuele informatieverplichtingen van partijen slechts een verdere stimulans om doelmatig te procederen. Het betreft slechts een inspanningsverplichting van partijen en hun advocaten om de beschikbare en relevante informatie voor de beoordeling van de vordering of het verzoek door de rechter of het verweer daartegen aan de rechter aan te leveren. Het gaat niet om een resultaatsverplichting waaraan alleen zou kunnen worden voldaan door een grote hoeveelheid aan stukken aan de rechter voor te leggen. Het produceren van onnodig lange stukken met een grote hoeveelheid aan producties staat haaks op een adequate voorbereiding die moet leiden tot een doelmatige behandeling van de zaak door de rechter. Partijen moeten zelf de relevantie van informatie waarover zij (kunnen) beschikken, kunnen duiden. Anders moet de rechter niet met die informatie worden belast. Wanneer partijen zich concentreren op de kern van hun geschil, maken zij daarbij een selectie in de beschikbare informatie. Deze selectie behoort aan te sluiten bij de vereisten die in het materiële recht worden gesteld aan het inroepen van een bepaald rechtsgevolg en moet passen binnen de waarheids- en volledigheidsplicht. Volgens de Rvdr kan in het overgrote deel van de zaken van partijen worden gevraagd de relevante informatie op voorhand te verzamelen en te presenteren aan de rechter die zij om een oplossing van hun geschil vragen, eventueel aan de hand van rechtersregelingen of andere protocollen. Op grond van artikel 22b kan de rechter de door partijen verstrekte informatie overigens buiten beschouwing laten als niet duidelijk wordt gemaakt ter toelichting van welke stelling de informatie is bedoeld. Tijdens de procedure blijft verder ruimte bestaan om alsnog informatie in het geding te brengen en zo nodig bewijs te leveren.

Dubbele redelijkheidstoets

De mate waarin de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure moet plaatsvinden, valt niet in algemene zin te omlijnen. Het uitgangspunt van het voorafgaand aan een procedure verzamelen van de relevante informatie en bewijsmateriaal is net zoals de basisregels van de artikelen 149 en 150 bedoeld voor een groot aantal uiteenlopende procedures, van tamelijk eenvoudige zaken tot zeer complexe geschillen. Leidraad bij de informatiegaring en bewijsverzameling is het huidige artikel 21: partijen moeten de voor de beslissing van de rechter van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren. Met de verplichting in het voorgestelde tweede lid van artikel 21 wordt beoogd tegen te gaan dat bij het begin van de procedure cruciale gegevens voor de beslissing van de zaak zonder goede reden ontbreken. Bij het bepalen welke informatie cruciaal is, kunnen richtlijnen en protocollen bij veel voorkomende «standaardzaken» of bepaalde type zaken behulpzaam zijn. Voor een deel bestaan deze al, zoals in alimentatiegeschillen en schuldsaneringszaken. In beslagzaken is de Beslagsyllabus een goed voorbeeld van een voor partijen duidelijke «handleiding» voor het vragen van verlot tot beslaglegging.

Om ervoor te zorgen dat partijen genoeg informatie verzamelen, maar daarbij aan partijen geen onredelijke eisen worden gesteld en zij veel kosten moeten maken, wordt voorgesteld om de verplichting tot informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure nader in te vullen met een dubbele redelijkheidstoets. Dat houdt in dat van een partij die gaat procederen, mag worden verwacht dat zij die gegevens in het geding overlegt (i) waarover zij in de voorfase van de procedure redelijkerwijs kan beschikken en (ii) waarvan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar is dat die informatie relevant is voor de beoordeling van het geschil door de rechter. Het gaat om informatie die voor partijen voorzienbaar van belang is, waarbij verschillende factoren een rol kunnen spelen, zoals de aard en complexiteit van het geschil, de positie van partijen en het stadium waarin het geschil verkeert. Zo kunnen in beginsel aan de eiser op dit punt hogere eisen worden gesteld dan aan de verweerder, omdat de eiser in een procedure een andere positie bekleedt dan de verweerder. Als de eiser bijvoorbeeld zonder medeweten van de verweerder gedurende enkele maanden informatie verzamelt voor een in te stellen procedure, kan van de verweerder niet worden verwacht dat hij zich in korte tijd op dezelfde wijze op de procedure heeft voorbereid als de eiser. Van de verweerder die vermoedt dat de eiser zijn vordering doorzet in een procedure, bijvoorbeeld omdat de onderhandelingen op niets zijn uitgelopen, mag eerder worden verwacht dat hij anticipeert op een procedure en daartoe relevante informatie bewaart. Soms kunnen voor de verweerder zwaardere eisen gelden voor de feitengaring voorafgaand aan een procedure, bijvoorbeeld als sprake is van een informatie-asymmetrie of kennisachterstand in het nadeel van de eiser (vgl. de verhouding tussen een patiënt en een arts in verband met een medische fout, in welke gevallen op grond van de rechtspraak een verzwaarde motiveringsplicht op de verweerder rust).²³ In de verhouding tot de wederpartij geldt dat van de eiser niet kan worden verlangd dat hij rekening houdt met verweren waarmee hij niet bekend is geraakt. Bij de wel aan de eiser bekend geworden verweren ligt het voor de hand dat de eiser, wanneer hij een procedure instelt, daarop anticipeert en aannemelijk maakt waarom het verweer tegen zijn vordering niet opgaat. Als de eiser dit verweer niet kan weerleggen, lijkt het voeren van een procedure bij voorbaat weinig zin te hebben. Welke gegevens voor een partij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang zijn voor de beslissing door de rechter, hangt dus mede af van wat in de voorfase van de procedure tussen partijen aan informatie is uitgewisseld. Hierbij is van belang dat «rauwelijks dagvaarden» voor advocaten in beginsel tuchtrechtelijk verwijtbaar is (zie de toelichting op regel 6 van de gedragsregels advocatuur). Heeft de verweerder voorafgaand aan de procedure niets van zich laten horen, dan kan de eiser dat bij de rechter melden.

Wat betreft de posities van partijen bij een geschil, kan bij de maatstaf van de dubbele redelijkheidstoets worden onderscheiden naar gelang partijen zich voorafgaand aan de procedure hebben laten bijstaan door een advocaat of zonder advocaat procederen. Van een partij die zonder advocaat procedeert, kan niet worden verwacht dat zij steeds overziet welke gegevens voor de beoordeling van het geschil door de rechter relevant zijn, mede gelet op diens mentale belastbaarheid (het «doenvermogen» van de burger in conflictueuze situaties). Inzicht in de relevante informatie mede gebaseerd op de basisregels van de artikelen 149 en 150, mag wel worden verondersteld bij een partij die zich laat bijstaan door een advocaat. Van professionele rechtsbijstandverleners mag worden verwacht dat zij zich eerst verdiepen in de zaak en nadenken over de

²³ Zie o.m. HR 20 november 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AD0058, NJ 1988, 500, m.nt. W.L. Haardt en HR 15 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA3587, NJ 2007, 335.

rechts- en bewijspositie van de cliënt voordat zij een procedure voor hun cliënt aanspannen. Hierbij geldt dat advocaten de belangen van hun cliënt behartigen aan de hand van de feiten zoals die door de cliënt aan de advocaat worden verstrekt en de advocaat in het algemeen op de juistheid daarvan mag afgaan.²⁴ Voorts kan bij de hoedanigheid van partijen van belang zijn of het zogenaamde «repeat players» zijn die weten hoe een procedure over het algemeen verloopt en wat nodig is voor de waarheidsvinding en de toetsing van hun vordering door de rechter.²⁵ Ook kan rekening worden gehouden met de tijd die partijen hebben om hun procedure voor te bereiden. Wanneer op korte termijn een procedure moet worden aangespannen, bijvoorbeeld vanwege het verlopen van een vervaltermijn, kan van partijen minder snel worden verwacht dat zij alle relevante informatie bij elkaar hebben verzameld. Afspraken over het al dan niet uitsluiten van bepaalde bewijsmiddelen die partijen hebben opgenomen in een bewijsovereenkomst als bedoeld in artikel 153, vallen buiten de verplichtingen van het voorgestelde artikel 21, tweede lid.

Informatie die van belang is voor de beoordeling van de zaak zal dus lang niet altijd vroegtijdig in de procedure aan de rechter kunnen worden overgelegd. Dat geldt voor informatie waarvan een partij voorafgaand aan of bij het begin van de procedure redelijkerwijs het belang voor de procedure ervan niet kon voorzien alsook voor informatie waarvan misschien wel voorzienbaar is dat die van belang kan zijn voor de beslissing van de rechter, maar van een partij redelijkerwijs niet kan worden verlangd dat zij die informatie ook voorafgaand aan de procedure bemachtigt. In de fase voorafgaand aan een procedure zullen partijen steeds een afweging maken van de kosten voor het vergaren van bepaalde informatie. Als partijen hiervoor de tussenkomst van de rechter nodig hebben, kunnen zij voorafgaand aan de procedure om een voorlopige bewijsverrichting verzoeken. Partijen zijn hiertoe uitdrukkelijk niet verplicht, maar maken hierin hun eigen afweging. Als een partij zonder bepaalde schriftelijk stukken of een getuigenverklaring «geen zaak» heeft, bijvoorbeeld omdat het gaat om een cruciaal stuk of verklaring voor de feitelijke onderbouwing van haar vordering, dan mag van die partij voorafgaand aan de procedure worden verwacht dat zij de nodige inspanningen verricht om die informatie te bemachtigen. Gaat het om aanvullend bewijsmateriaal ter onderbouwing van bepaalde feitelijke stellingen of ter betwisting van een mogelijk verweer, dan bestaat voor die partij geen noodzaak om hiervoor een voorlopige bewijsverrichting te verzoeken. Hierbij kunnen ook praktische overwegingen een rol spelen. Zo kan een partij er voor kiezen om bijvoorbeeld in een aansprakelijkheidszaak zich eerst te concentreren op de feitelijke onderbouwing van de aansprakelijkheid van de wederpartij en de omvang van de schade nog even te «parkeren» in afwachting van hoe de rechter de aansprakelijkheid beoordeelt. Dit «parkeren» kan ook worden gedaan bij de behandeling van allerlei preliminaire verweren die in de voorfase door de verweerder naar voren zijn gebracht. Een efficiënte procesvoering houdt in dat een partij zich bij de voorbereiding van een zaak concentreert op de geschilpunten waarvan zij weet dat die eerst en daadwerkelijk aan bod komen.

Gevolgtrekking die de rechter geraden acht

In het voorgestelde derde lid wordt de sanctie op het niet naleven van de waarheids- en volledigheidsplicht, bestaande in de gevolgtrekking die de rechter geraden acht, ook van toepassing op het verzuim om te voldoen aan de verplichting tot informatiegaring en bewijsverzameling. In

²⁴ Zie ook de toelichting op gedragsregel 8 van de gedragsregels voor de advocatuur.

²⁵ Zie bijv. de uitspraak van de kantonrechter Den Haag van 1 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6396.

navolging van het advies van de expertgroep is zonder een «stok achter de deur» de kans klein dat de beoogde voordelen van een vroegtijdige informatiegaring en bewijsverzameling worden behaald. Volgens de NOvA mag de rechter voor de in de rechtspraak gewenste cultuurverandering ook daadwerkelijk effectieve gevolgen verbinden aan evidente schendingen van processuele informatieplichten. De sanctie van de geraden gevolgtrekking geldt binnen de kaders van de dubbele redelijkheidstoets en biedt ruimte voor een proportionele maatregel die kan worden toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad terecht heeft opgemerkt, is het verbinden van gevolgen aan het procesgedrag van een partij niet gepast als het een partij aan het juiste inzicht ontbreekt om te bepalen welke informatie voor de beslissing van de rechter wel of niet relevant is. De voorgestelde sanctie geeft daarmee ook geen enkele aanleiding tot het overvoeren van de rechter met informatie of bewijsstukken om zodoende aan te tonen dat aan de verplichting van het voorgestelde artikel 21, tweede lid, is voldaan. De sanctie strekt er slechts toe laksheid bij de informatievoorziening aan de rechter te bestrijden evenals het moedwillig achterhouden van gegevens waarvan een partij weet of kan weten dat die relevant is voor de beslissing van de rechter.²⁶ Het onnodig lang laten voortbestaan van een informatie-asymmetrie tussen partijen of het innemen van een afwachtende houding kan de rechter ontmoedigen met een passende, op de aard en ernst van het verzuim afgestemde maatregel.

Net als in het huidige recht kan de sanctie van de geraden gevolgtrekking, afhankelijk van de aard en ernst van het procesrechtelijke verzuim, bestaan uit een andere waardering van de feitelijke stellingen of het bewijsmateriaal ten nadele van de nalatige partij. Buiten het bewijsrecht kan de sanctie leiden tot een andere verdeling van de proceskostenvergoeding.²⁷ De sanctie van de geraden gevolgtrekking mag niet leiden tot een volledige bewijsuitsluiting. Dat zou strijdig zijn met de dynamiek van het civiele proces en het voortschrijdend inzicht van partijen bij de rechter en in het bijzonder afbreuk doen aan de waarheidsvinding in de procedure. Verkeerde inschattingen in de voorfase over wat wel en niet relevant is voor de beslissing van de rechter, moeten partijen in de procedure kunnen herstellen. Partijen houden de mogelijkheid om in de procedure nieuwe informatie te overleggen, maar verrassings- en vertragingstactieken of anderszins inefficiënt procederen zijn niet toelaatbaar. In enkele consultatiereacties is opgemerkt dat vooraf moeilijk voorspelbaar is wat de sanctie van de rechter zal zijn op een schending van de verplichting tot informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan de procedure. Hierover wordt opgemerkt dat voor partijen vooraf ook niet altijd goed valt in te schatten hoe de rechter tegen hun zaak aankijkt, hoe de mondelinge behandeling wordt ingericht en hoe de rechter het bewijsmateriaal zal waarderen. Het gaat dus vooral om een prikkel voor partijen om hun zaak adequaat voor te bereiden ten behoeve van de door hun gewenste uitkomst zonder daarbij ontoelaatbare procesactieken te hanteren.

In enkele andere consultatiereacties is nog opgemerkt dat de informatie- en bewijsverzamelingsplicht voorafgaand aan de procedure ertoe kan leiden dat bij het begin van de procedure tussen partijen en de rechter een discussie ontstaat over de mate waarin is voldaan aan de informatieverplichtingen van partijen. Hierover wordt opgemerkt dat de rechter met zijn regiefunctie in staat moet worden geacht discussies hierover in de kiem te

²⁶ Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 29 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:443 en Ktr. Den Haag 1 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6396.

²⁷ Zie bijv. Rb. Amsterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2948. Zie verder over de in de praktijk mogelijke sancties o.m. Asser Procesrecht/Asser 3, 2017/85 en C.J.-A. Seinen, «De gevolgtrekking die hij geraden acht». Sancties op schending van de waarheidsplicht, TCR 2014, p. 84–94.

smoren en zich te concentreren op waar het in de zaak werkelijk om gaat. De rechter beoordeelt de vordering of het verzoek aan de hand van de informatie die hem bij het begin en tijdens het verdere verloop van de procedure door partijen wordt verstrekt. Als blijkt dat bepaalde informatie voor de toewijzing van de vordering of het verzoek of voor de onderbouwing van het verweer daartegen ontbreekt en duidelijk is dat deze informatie – binnen de grenzen van de dubbele redelijkheidstoets – ook eerder in de procedure had kunnen worden overgelegd en voor een doelmatige behandeling van de zaak ook had moeten worden overgelegd, kan de rechter aan dit procesgedrag de gevolgen verbinden die hem in dat geval geraden voorkomen.

Onderdeel B (artikel 22)

Op grond van artikel 22 kan de rechter in elke stand van de procedure partijen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden in de procedure te brengen. Voorgesteld wordt om de rechter meer regie en flexibiliteit te geven bij de beoordeling van de vraag of een weigering van een partij om aan het bevel van de rechter te voldoen of de voorwaarde van beperkte kennisneming door alleen de rechter, gerechtvaardigd is, omdat het bijvoorbeeld gaat om vertrouwelijke informatie, en bij de gevolgen die de rechter aan de proceshouding van partijen kan verbinden. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan een aanbeveling van de expertgroep modernisering bewijsrecht om het omgaan van de rechter met vertrouwelijke gegevens verder te verbeteren.²⁸ Aan deze aanbeveling liggen de eisen van een behoorlijke rechtspleging ten grondslag. Deze eisen brengen mee dat de rechter die op het beroep op geheimhouding heeft beslist en in dat verband kennis heeft genomen van inlichtingen of stukken, niet verder kan deelnemen aan de behandeling van het geding en de zaak moet overdragen aan een andere rechter als hij deze inlichtingen of stukken niet mag gebruiken bij zijn uitspraak. Deze situatie kan zich voordoen als de rechter heeft beslist dat de inlichtingen of stukken niet als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt en de weigering of beperkte kennisneming dus niet gerechtvaardigd is, maar een partij blijft volharden in haar weigering om de inlichtingen te verstrekken of de stukken in het geding te brengen. Het huidige vierde lid bepaalt dat de rechter uit de proceshouding van de weigerachtige partij de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Hierbij speelt het probleem dat de rechter die de zaak behandelt en op het beroep op geheimhouding heeft beslist, kennis heeft van gegevens die zijn oordeel kunnen beïnvloeden, maar die hij door de blijvende weigering van een partij niet aan zijn uitspraak ten grondslag mag leggen. Daarom wordt in het vierde lid bepaald dat de rechter (net als in het huidige zesde lid) de zaak in dat geval moet overdragen aan een andere kamer. De andere kamer krijgt geen kennis van de informatie die een partij niet in het geding wil brengen, maar kan uit de proceshouding van die partij wel de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, bijvoorbeeld door bewijsmateriaal van die partij in diens nadeel te waarderen of door stellingen van de wederpartij voorshands aannemelijk te achten. Ook kan de situatie zich voordoen dat de rechter de inlichtingen of stukken vertrouwelijk acht. In dat geval vervalt de verplichting om de inlichtingen of stukken te overleggen en dus mede ter kennisneming van de wederpartij te brengen. Op grond van het voorgestelde, nieuwe vijfde lid kan de rechter dan alleen mede op grondslag van die informatie uitspraak doen als de wederpartij toestemt met eenzijdige kennisname door de rechter. Wordt die toestemming niet gegeven, dan bepaalt het nieuwe vijfde lid dat de rechter de zaak moet verwijzen naar een andere kamer. De andere kamer krijgt ook de bevoegdheid om de sanctie van de geraden gevolg-

²⁸ Zie het advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, par. 5.5 en 5.6 en de aanbevelingen van hoofdstuk 5.

trekking op te leggen aan de wederpartij, omdat de wederpartij weigert toestemming te verlenen voor de eenzijdige kennisname door de rechter van vertrouwelijk aangemerkte informatie. Anders dan nu het geval is, komt voor de twee hiervoor beschreven situaties precies hetzelfde regime te gelden.

Soms is het niet efficiënt als een andere rechter na een doorverwijzing op grond van het vierde of vijfde lid zich opnieuw in de zaak moet verdiepen. Daarom wordt het op grond van een nieuw zesde lid mogelijk om het beroep op geheimhouding meteen door een andere kamer te laten beoordelen. Na de beslissing van die kamer wordt de zaak voor de verdere behandeling dan weer terugverwezen naar de rechter die zich al in het dossier had ingelezen. De rechter kan de zaak dan zelf ten gronde blijven behandelen met inachtneming van de beslissing op het beroep op vertrouwelijkheid en de eventuele toestemming van de wederpartij om eenzijdig van informatie kennis te nemen.

De keuze om het beroep op geheimhouding zelf te beoordelen of de zaak voor deze beslissing naar een andere rechter te verwijzen, zal afhangen van de aard en omvang van de inlichtingen en stukken die een partij als vertrouwelijk bestempelt en van het stadium waarin de procedure zich bevindt. Als bijvoorbeeld een partij op de mondelinge behandeling weigert om stukken in het geding te brengen, kan het efficiënter zijn dat een andere rechter beslist op het beroep op geheimhouding. Zou de rechter deze beslissing zelf nemen, maar vervolgens de informatie niet voor zijn uitspraak mogen gebruiken, dan kan de in de zaak ingelezen rechter de behandeling van de zaak niet meer voortzetten, omdat hij deze informatie nu eenmaal niet kan «wegdenken». Had de rechter de zaak voor de beslissing op het beroep op geheimhouding aan een andere rechter overgedragen, dan zou de in de zaak ingelezen rechter de behandeling van de zaak met inachtneming van de beslissing van de andere rechter en de proceshouding van partijen wel gewoon kunnen voortzetten. De in de zaak ingelezen rechter kan na de beslissing van de andere kamer uit de blijvende weigering van een partij om door die andere kamer niet als vertrouwelijk aangemerkte informatie in het geding te brengen, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Dat geldt ook voor de wederpartij die geen toestemming verleent voor eenzijdig kennisname van door die andere kamer wel als vertrouwelijk aangemerkte inlichtingen of stukken.

De rechter wordt niet verplicht om de beslissing op het beroep op geheimhouding steeds aan een andere rechter voor te leggen. Heeft bijvoorbeeld nog geen mondelinge behandeling plaatsgevonden of zijn de stukken dermate omvangrijk dat de aard van de zaak zich er niet voor leent om de zaak alleen voor een beslissing op het beroep op geheimhouding aan een andere rechter over te dragen, dan kan het juist weer efficiënter zijn dat de rechter die de zaak al behandelt ook het beroep op geheimhouding zelf beoordeelt. Soms kan de rechter op het beroep op geheimhouding beslissen zonder eerst van de stukken kennis te nemen, bijvoorbeeld omdat een partij een verschoningsrecht toekomt. Uit het derde lid in samenhang gelezen met het vijfde lid van artikel 22 volgt dat de verplichting om die stukken in de procedure te overleggen dan vervalt en dat de rechter in een dergelijk geval de zaak niet voor die beslissing zal hoeven te verwijzen.

Opgemerkt wordt nog dat de rechter bij de beoordeling van de vraag of de weigering of eenzijdige kennisneming gerechtvaardigd is, kan bepalen dat de kennisneming van de stukken voorbehouden is aan een gemachtigde die advocaat of arts is of die voor de kennisneming bijzondere toestemming van de rechter heeft gekregen (zie artikel 22a). Daarmee kan ook de bescherming van een bedrijfsgeheim worden gewaarborgd in een procedure waarin de bescherming van het bedrijfsgeheim niet zelf de inzet van het geding is.

Artikel 22 heeft nu uitsluitend betrekking op de situatie dat de rechter een partij beveelt bepaalde inlichtingen te verstrekken of stukken in het geding te brengen. Denkbaar is dat een partij ter ondersteuning van haar stellingen zelf bepaalde, vertrouwelijke gegevens wil overleggen onder de voorwaarde dat alleen de rechter daarvan kennis neemt of dat de kennisneming van deze gegevens voorbehouden blijft aan een gemachtigde als bedoeld in artikel 22a. Op grond van een nieuw zevende lid kan ook een partij in een dergelijk geval de rechter verzoeken om een oordeel te geven over het vertrouwelijke karakter van de gegevens waarop zij zich wil beroepen voordat zij deze in het geding brengt. De rechter zal wel terughoudend moeten optreden bij een verzoek van een partij om bepaalde informatie aan de wederpartij te onthouden. Een beroep op geheimhouding van gegevens die voor de procedure relevant zijn, is alleen toewijsbaar als dat vanwege de vertrouwelijke aard van de gegevens noodzakelijk is of op grond van een verschoningsrecht gerechtvaardigd is. De inbreuk op de waarheidsvinding en het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor moet tot uitzonderingsgevallen beperkt blijven.

Tot slot wordt in het eerste en tweede lid de term «bescheiden» vervangen door de modernere en meer omvattende term «gegevens» (zie hierover verder de toelichting op artikel 194, waarin het recht op inzage van bepaalde gegevens wordt geregeld). Verder is de redactie van artikel 22 aangepast aan toegankelijker taalgebruik.

Onderdeel C (artikel 24)

Artikel 24 bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd. Het vanouds in deze bepaling tot uitdrukking komende beginsel van de partijautonomie enerzijds en de lijdelijke rol van de rechter anderzijds staan in beschouwingen over het civiele procesrecht, in het bijzonder het bewijsrecht, steeds meer ter discussie. De rechter heeft een steeds sterkere regierol bij het sturing geven aan het procesverloop en bij het vaststellen van de relevante feiten. Op de mondelinge behandeling, waaraan steeds meer een centrale plaats in de procedure toekomt, zijn ruimere mogelijkheden gekomen om aan die regiefunctie invulling te geven. De sterke regierol komt onder meer tot uitdrukking in artikel 22. In een zaak over de verdeling van een nalatenschap overwoog de Hoge Raad dat de rechter die van oordeel is dat de vereffening niet is voltooid of daarover van partijen onvoldoende uitsluitel heeft gekregen, in overleg met partijen dient te onderzoeken of er mogelijkheden zijn om desondanks op de grondslag van de vordering of het verweer te beslissen op een wijze die ook voldoende rekening houdt met de belangen van schuldeisers van de nalatenschap.²⁹ Tijdens de mondelinge behandeling heeft de rechter voorts verschillende mogelijkheden om datgene te doen wat nodig is voor een efficiënte procesvoering (artikel 87). Verder kan de rechter inlichtingen van derden inwinnen door ambtshalve een getuigenverhoor te bevelen, waarbij het voor de rechter ook in vorderingsprocedures mogelijk wordt om personen als getuigen aan te wijzen (zie het voorgestelde artikel 166, tweede lid). Ook kan de rechter ambtshalve een deskundigenbericht bevelen of een plaatsopneming en bezichtiging gelasten. De rechter heeft dus nu al verschillende mogelijkheden om actief bij te dragen aan het achterhalen van de waarheid.

In de praktijk bestaat de actieve rol van de rechter bij de waarheidsvinding vooral uit het stellen van vragen aan partijen op de mondelinge behan-

²⁹ Zie de uitspraak van de Hoge Raad van 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:939, NJ 2017, 408, m.nt. Perrick, rov. 4.3.4, over de vordering tot verdeling van een beneficiair aanvaarde nalatenschap waarvan de vereffening niet was voltooid.

deling over de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer en over de achtergrond van hun geschil. De wijze waarop en de mate waarin rechters hieraan invulling geven, verschillen. Daardoor bestaat zowel bij rechters als partijen onduidelijkheid over de vraag wanneer de rechter van zijn bevoegdheid gebruik mag of moet maken en hoe ver deze bevoegdheid reikt.³⁰ Om de verantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding in de procedure te verduidelijken, wordt daarom aan artikel 24 een tweede lid toegevoegd. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State dat de voorgestelde wijziging al geldend recht betreft, wordt opgemerkt dat de meerwaarde van deze codificatie is gelegen in het in de wet buiten twijfel stellen dat de rechter het partijdebat kan bijsturen door op de mondelinge behandeling ambtshalve de feitelijke grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer met partijen te bespreken. Gelet op de onder sommigen in de rechtspraak nog levende strikte opvattingen over de partijautonomie en enkele kritische consultatiereacties op dit punt, is een verduidelijking van de rechterlijke bevoegdheid bij de materiële waarheidsvinding noodzakelijk en gewenst. Een verduidelijking van de rechterlijke verantwoordelijkheid in het kader van artikel 24 leidt tot minder onbegrip bij partijen als de rechter mogelijke argumenten die uit het partijdebat volgen op de mondelinge behandeling met hen bespreekt. Hierbij is van belang dat de bevoegdheid van de rechter uitdrukkelijk alleen strekt tot het bevorderen van de waarheidsvinding in de procedure en niet inhoudt dat de rechter een van de partijen mag helpen aan mogelijke argumenten.

Uitgangspunt is en blijft dat partijen de omvang van de rechtsstrijd over hun geschil bepalen en dat de rechter vervolgens het geschil onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd (artikel 24, eerste lid). Het initiatief om een geschil aan de rechter voor te leggen of in de procedure verweer te voeren berust bij partijen. Partijen hebben hierbij volledig zeggenschap over de feitelijke stellingen die zij aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag leggen. Op de rechter rust de verantwoordelijkheid om binnen een redelijke termijn (artikel 20) een uitspraak te doen die zo veel mogelijk aansluit bij de materiële waarheid. Vanuit die verantwoordelijkheid wordt in het nieuwe, tweede lid van artikel 24 de mogelijkheid voor de rechter verduidelijkt om binnen de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd actief bij te dragen aan de waarheidsvinding en meer invulling te geven aan zijn bestaande bevoegdheden. Naast zijn verantwoordelijkheid voor waarheidsvinding en voor een goede rechtsbedeling is de rechter verantwoordelijk voor procedurele rechtvaardigheid. De bevoegdheid van de rechter op grond van artikel 24, tweede lid, is daarom beperkt tot datgene wat hem binnen het processuele debat van partijen ter kennis komt. De onpartijdigheid en professionaliteit van de rechter brengen mee dat de rechter hierbij steeds in het oog houdt dat partijen een gelijk speelveld hebben en ervoor waakt dat partijen geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling van hun zaak ervaren. De rechter zal dan ook in ieder geval steeds toepassing geven aan het beginsel van hoor en wederhoor, zodat wordt voldaan aan de fundamentele eisen van een eerlijk proces en verrassingsbeslissingen worden voorkomen.

Het ambtshalve bespreken van de feitelijke grondslag van de vordering, verzoek of verweer houdt in dat de rechter de ruimte heeft om aan de hand van de stellingen van partijen en het overlegde bewijsmateriaal vragen aan partijen te stellen en inlichtingen van hen in te winnen. Voorwaarde voor de rechterlijke bevoegdheid van artikel 24, tweede lid, is

³⁰ Zie de door de expertgroep gesignaleerde aandachtspunten, i.h.b. het tweede aandachtspunt in nr. 28–29 van hun advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht.

dat het bespreken van de feitelijke grondslag past binnen de rechtsstrijd van partijen, doordat de stellingen van partijen hiervoor aanknopingspunten bieden, en dat het actief optreden van de rechter bijdraagt aan een rechtvaardige uitkomst van de procedure. Het is bijvoorbeeld niet aanvaardbaar dat een partij een procedure wint doordat de wederpartij een feitelijke stelling niet letterlijk heeft aangevoerd, maar daarop wel heeft gedoeld. Als bijvoorbeeld een partij opmerkt dat «zij zich niet meer zo veel kan herinneren, omdat het toch alweer een tijd geleden is» of dat «zij meende bepaalde gegevens niet meer te hoeven bewaren, omdat er al jaren zijn verstreken», moet de rechter dit impliciet gedane beroep op verjaring op de mondelinge behandeling daarom aan de orde kunnen stellen.

Anders is dat wanneer de rechter bij een volgens hem ogenschijnlijk verjaarde vordering zelf het verjaringsberoep ter discussie stelt zonder dat partijen de rechter hiervoor enige aanleiding bieden in hun (schriftelijk of mondeling) ingenomen standpunt. De rechter mag dus niet een partij aan een verweer helpen of het werk van een advocaat overnemen door zelfstandig een draai aan het partijdebat te geven. Daarom is het de rechter ook niet toegestaan om bij de uitleg van een koopovereenkomst ambtshalve aan partijen de vraag voor te leggen of de koopovereenkomst in strijd is met het zogenaamde fiduciaverbod van artikel 3:84, derde lid, BW als de stukken van het geding geen duidelijke aanwijzingen bevatten dat een partij zich daarop wil beroepen (HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7064). Om dezelfde reden ligt het niet binnen de bevoegdheid van de rechter om zelf een nietigheidsverweer aan de orde te stellen als dat verweer niet in het verlengde van het partijdebat ligt en ook overigens niet van openbare orde is (HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045). Als in de feitelijke stellingen van partijen besloten ligt of uit het door partijen gevoerde processuele debat zozeer voor de hand ligt dat bijvoorbeeld de aansprakelijk gestelde persoon een beroep op de eigen schuld van de benadeelde wil doen, kan de rechter dit beroep wel ambtshalve aan de orde stellen (HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414). Aan deze rechtspraak van de Hoge Raad wordt in dit wetsvoorstel geen afbreuk gedaan.

Het criterium voor het gebruikmaken van de bevoegdheid van het voorgestelde tweede lid van artikel 24 is dat een ambtshalve door de rechter aan de orde gesteld beroep of verweer in het processuele debat van partijen besloten ligt. De rechter mag dus een ingebrekestelling ter sprake brengen als hij deze bladerend door het dossier van partijen bij de producties aantreft, maar een partij tijdens de mondelinge behandeling vergeet daarop te wijzen. Ook mag de rechter partijen uitdrukkelijk vragen naar de ingebrekestelling als een partij opmerkt dat «zij geen gelegenheid meer heeft gekregen om de verschuldigde prestatie te verrichten». Heeft de eiser een vordering tot nakoming ingesteld die door de verweerder niet wordt weersproken, maar beroept de verweerder zich op wanprestatie van de eiser zonder ook om ontbinding te vragen, dan kan de rechter bij de verweerder opheldering vragen wat zij met haar verweer precies wil bereiken.

Een ander voorbeeld is bij een op staande voet gegeven ontslag ambtshalve de vraag opwerpen of de dringende reden voor het ontslag wel onverwijld aan de wedepartij is meegedeeld als de wederpartij het ontslag in rechte aanvecht en de rechter uit het partijdebat opmaakt dat het ontslag of de dringende reden niet meteen aan deze partij is aangezegd. Voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet moet een dringende reden bestaan die onverwijld met het ontslag moet worden meegedeeld. Is aan een van voorwaarden niet voldaan, maar wordt daar door de wederpartij niet met zoveel woorden in de procedure op gewezen, dan kan de rechter dat ambtshalve aan de orde stellen. Vanwege de verstrekkende gevolgen van een ontslag op staande voet alsook vanwege de mogelijke precedent-

werking die van rechterlijke uitspraken uitgaat, staat het de rechter vrij om het voldoen aan dwingendrechtelijke bepalingen met partijen te bespreken.

Met de hier gegeven voorbeelden wordt getracht de reikwijdte van het nieuw voorgestelde tweede lid van artikel 24 nader te omlijnen en te concretiseren ondanks de oneindige casuïstiek. In algemene zin kan aan de gegeven voorbeelden nog worden toegevoegd dat naarmate een natuurlijke persoon zonder professionele rechtsbijstand bij de rechter verschijnt, het de rechter eerder is toegestaan het partijdebat bij- of aan te sturen dan wanneer professionele partijen of partijen vergezeld van hun rechtsbijstandverleners tegenover hem staan. Verder wordt verduidelijkt dat de partijautonomie meebrengt dat de rechter het processuele debat niet mag richten op een bepaald beroep of verweer waarover partijen geen debat willen voeren, ook al zouden de stukken van partijen daarvoor een aanknopingspunt bieden. Zoals de Raad voor de rechtspraak in de consultatie heeft opgemerkt, hebben partijen steeds het laatste woord. Als een partij suggesties van de rechter niet overneemt, is de rechter daaraan dus gebonden.

De bevoegdheid in het voorgestelde tweede lid van artikel 24 is vooral van belang voor de rechter in eerste aanleg. In hoger beroep is de ruimte om het partijdebat bij te sturen aan de hand van de aanknopingspunten die de appelrechter in de stellingen van partijen aantreft, beperkt door de zogenaamde tweeconclusieregel (artikel 347). Deze regel houdt in dat het partijdebat na de eerste conclusiewisseling (de memorie van grieven en de memorie van antwoord) in beginsel niet meer uitgebreid mag worden met verandering of vermeerdering van de vordering of het verzoek of mag worden aangevuld met nieuwe verweren. Door het grievenstelsel is de rechtsstrijd zodanig begrensd dat minder ruimte bestaat om de door partijen aangevoerde feitelijke grondslag met partijen ter discussie te stellen. Dat neemt niet weg dat ook de rechter in hoger beroep moet streven naar het doen van een uitspraak die zoveel mogelijk recht doet aan de materiële waarheid. In cassatie geldt dat de ruimte voor bespreking van de feitelijke grondslag niet bestaat, omdat de feitelijke grondslag van de cassatiemiddelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en de stukken van het geding en de Hoge Raad gebonden is aan hetgeen in de bestreden uitspraak over de feiten is vastgesteld (artikel 419).

Soms zal de actieve rol van de rechter tot een andere wending van het debat kunnen leiden. Die mogelijkheid bestaat nu ook. Antwoorden van partijen op vragen van de rechter en inlichtingen die zij de rechter desgevraagd verstrekken, kunnen een partij aanzetten tot het aanpassen of aanvullen van de feitelijke grondslag van haar vordering, verzoek of verweer. Als een partij door de bespreking van de feitelijke grondslag op het spoor wordt gezet om haar vordering of verzoek te veranderen of te vermeerderen, kan dit tot gevolg hebben dat de rechter een extra schriftelijke ronde moet toestaan of een nieuwe mondelinge behandeling moet bevelen. De wederpartij moet immers kunnen reageren op de verandering of vermeerdering. De hierdoor ontstane vertraging in de procedure is onvermijdelijk zolang de wending van het debat past binnen de door partijen omlinjende rechtsstrijd en gericht is op een uitkomst van de procedure die zo veel mogelijk aansluit bij de materiële waarheid. Dit is nu niet anders en is inherent aan de verantwoordelijkheid van de rechter voor een goede rechtsbedeling.

Onderdeel D (artikel 28)

Artikel 28 strekt ertoe te voorkomen dat partijen (en eventueel derden) mededeling doen over vertrouwelijke gegevens. Voorgesteld wordt om, zoals in wetsvoorstel 33079 is gedaan, het eerste lid van artikel 28 aan te

vullen met een nieuw onderdeel. De verplichting tot geheimhouding ziet daarmee uitdrukkelijk ook op gegevens die door een partij aan de wederpartij zijn verstrekt, hetzij op diens verzoek (artikel 194), hetzij na een rechterlijk bevel op grond van artikel 22 of na daartoe door de rechter op verzoek van de wederpartij te zijn veroordeeld. Vanwege het uitgangspunt dat procedures in beginsel openbaar zijn, geldt de verplichting tot geheimhouding alleen als de wederpartij bij het verstrekken van de gegevens dat verlangt. De plicht tot geheimhouding kan op verzoek van een partij die daarbij belang heeft eventueel worden versterkt met een dwangsom (artikel 611a).

Artikel 22 en het voorgestelde artikel 194 (nieuw) kunnen aanvullende werking hebben. Artikel 22 biedt de mogelijkheid om bepaalde informatie voor de wederpartij geheim te houden. Op grond van artikel 194, tweede lid, (nieuw) bepaalt de rechter de voorwaarden waaronder en de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel van gegevens moet worden verstrekt. Voor partijen en de rechter bestaan dus diverse mogelijkheden om informatie voor anderen geheel of gedeeltelijk geheim te houden als degene die over de informatie beschikt, dat verlangt.

Onderdeel E (artikel 29a)

Artikel 29a betreft het huidige artikel 838 dat ziet op het verstrekken van afschriften of uittreksels uit de openbare registers door griffiers en andere bewaarders. Deze bepaling sluit aan op de verstrekking van afschriften van rechterlijke uitspraken in civiele zaken door griffiers op grond van artikel 29. Bij de verplaatsing is de redactie van artikel 838 gemoderniseerd zonder dat inhoudelijke wijziging zijn beoogd.

Onderdeel F (artikel 88)

In artikel 88 vervalt de eerste volzin van het tweede lid. Dit hangt samen met het afschaffen van de beperkte bewijskracht van een partijgetuigenverklaring in artikel 164, tweede lid. Het opheffen van de beperkte bewijskracht van verklaringen van de partij op wie het bewijsrisico rust, draagt bij aan de vereenvoudiging van het bewijsrecht en bevordert een praktische omgang met de voorhanden bewijsmiddelen. De waardering van de verklaringen die door een partijgetuige ter zitting of tijdens een getuigenverhoor zijn afgelegd, kan aan het vrije oordeel van de rechter worden toevertrouwd (zie hierover verder de toelichting op artikel 164).

Onderdeel G (artikel 90)

Op grond van artikel 90, vierde lid, kan de rechter bepalen dat de op de mondelinge behandeling afgelegde verklaring van een partij, getuige of deskundige geheel in het proces-verbaal zal worden opgenomen. Om het verhoor van een getuige of deskundige tijdens de mondelinge behandeling eenvoudiger en effectiever te maken, wordt voorgesteld dat bij dat verhoor kan worden volstaan met een aantekening van de summier inhoud van de verklaring van de getuige of deskundige. De rechter kan zich dan rekenschap geven van de verklaring bij zijn uitspraak en de motivering daarvan. Deze uitzondering op artikel 180, eerste lid, bestaat al voor (kanton)zaken waarin geen hoger beroep openstaat (zie artikel 181). Met deze wijziging wordt gevolg gegeven aan het advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht om de mogelijkheid van het horen van getuigen en deskundigen op de mondelinge behandeling beter te laten inpassen bij de huidige belasting van de civiele afdelingen van de gerechten. Wordt van het verhoor wel een proces-verbaal opgemaakt (hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van een partij die daar belang bij heeft), dan wordt de verklaring onverwijld op schrift gesteld en aan de getuige of deskundige voorgehouden, die daarin wijzigingen mag aanbrengen, zoals het huidige vierde lid nu bepaalt.

Onderdeel H (artikel 111)

Met de toevoeging van een nieuw onderdeel m in artikel 111, tweede lid, worden de aanzeggingen in de dagvaarding uitgebreid. De eiser moet de gedaagde in de dagvaarding wijzen op de verplichting van artikel 21 om de feiten die voor de beslissing van de rechter van belang zijn, volledig en naar waarheid aan te voeren en om gegevens, voor zover deze in de gegeven omstandigheden van belang zijn en de gedaagde daarover kan beschikken, in het geding te brengen. Daarnaast moet de gedaagde worden gewezen op de in artikel 149 genoemde rechtsgevolgen die intreden als hij de door de eiser in de dagvaarding gestelde feiten en rechten niet of onvoldoende betwist. Met deze toevoeging wordt het advies van de Rvdr gevolgd. De Rvdr wees er in de consultatie op dat een gedaagde, zeker in zaken waarin hij in persoon kan procederen, niet altijd tijdig op de hoogte is van de noodzaak tot het vergaren van de relevante informatie en van de gevolgen als niet wordt voldaan aan de stelplicht en de door de eiser gestelde feiten en rechten niet of onvoldoende worden betwist.

In het derde lid krijgt de bewijsaandragplicht voor de eiser een meer verplichtend karakter. De aanscherping van de bewijsaandragplicht hangt samen met het uitgangspunt van dit wetsvoorstel dat partijen in de fase voorafgaand aan de procedure zo veel als mogelijk de relevante informatie verzamelen en deze bij het begin van de procedure aan de rechter voorleggen. Op het niet voldoen aan de substantiërings- en de bewijsaandragplicht wordt de sanctie gesteld dat de rechter de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht (zie artikel 120, vierde lid).

Onderdeel I (artikel 120)

Als de eiser niet voldoet aan de substantiërings- en bewijsaandragplicht van artikel 111, derde lid, kan de rechter op grond van het vierde lid van artikel 120 de eiser bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken. Voorgesteld wordt om in plaats van deze herstelmogelijkheid de sanctie te stellen dat de rechter daaraan de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht. Deze sanctie die in andere bepalingen van het burgerlijk procesrecht voorkomt, zoals bij schending van de waarheidsplicht van artikel 21 en de inlichtingenplicht van artikel 22, komt adequater voor dan het huidige bevel om alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken. Dit kan tot onnodige vertraging van de procesgang leiden, terwijl met het aanscherpen van de substantiërings- en bewijsaandragplicht juist is beoogd om tot een versnelling van de procedure te komen. De sanctie van de geraden gevolgtrekking biedt bovendien de mogelijkheid om afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval een passende maatregel te treffen. Die maatregel kan nog steeds bestaan uit een bevel aan de eiser om de ontbrekende gegevens alsnog in het geding te brengen, maar kan ook een andere gevolgtrekking zijn, zoals een veroordeling in de proceskosten die zijn veroorzaakt door inefficiënt procederen of andere vertragingstactieken, bijvoorbeeld als duidelijk wordt dat een partij bepaalde gegevens heeft achtergehouden.

Onderdelen J (artikel 128)

Net zoals bij de eiser (zie artikel 111, derde lid) krijgt de bewijsaandragplicht ook voor de gedaagde in dit wetsvoorstel een meer verplichtend karakter. Van de gedaagde wordt verlangd dat hij in zijn conclusie van antwoord niet alleen de bewijsmiddelen noemt waarover hij kan beschikken tot staving van de gronden van zijn verweer, maar ook de bewijsmiddelen waarover hij al beschikt. Bij het niet voldoen aan deze aangescherpte bewijsaandragplicht kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij in het gegeven geval geraden acht. Zie hierover verder de toelichting op de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 111, derde lid, en 120, vierde lid.

Onderdeel K (artikel 164)

Voorgesteld wordt om de beperkte bewijskracht van een partijgetuigenverklaring af te schaffen. Hierdoor komt het tweede lid van artikel 164 te vervallen en wordt het derde lid verplaatst naar het tweede lid. Het afschaffen van de beperkte bewijskracht is bepleit door de expertgroep modernisering bewijsrecht en vindt brede steun in de rechtspraak.³¹ In het huidige bewijsrecht geldt de beperking van de bewijskracht alleen voor een partijgetuigenverklaring over feiten waarvoor die partij het bewijsrisico draagt en waarvoor geen aanvullend bewijs voorhanden is. Als de verklaring strekt ter ondersteuning van ander bewijsmateriaal kan aan een partijgetuigenverklaring wel bewijswaarde worden toegekend. Ook als een partij als getuige een verklaring aflegt over feiten waarvoor niet zij, maar de wederpartij het bewijsrisico draagt, gelden er geen beperkingen aan de bewijswaardering van die verklaring door de rechter (artikel 164, tweede lid). Als een partij een verklaring aflegt op de mondelinge behandeling of tijdens het verhoor van andere (niet-partij)getuigen, kan die verklaring in het geheel geen bewijs in diens voordeel opleveren als de verklaring van die partij betrekking heeft op door die partij te bewijzen feiten (artikelen 88, tweede lid, en 179, vierde lid). De beperkte bewijskracht van een partijgetuigenverklaring geldt niet wanneer de verklaring van een partij op schrift is gesteld en in de procedure wordt overgelegd.³²

Het afschaffen van de beperking van de bewijskracht van partijgetuigenverklaringen in artikel 164, tweede lid, en van de uitsluiting daarvan in de artikelen 88, tweede lid, en 179, vierde lid, draagt bij aan de vereenvoudiging van het bewijsrecht en bevordert een praktische omgang met de beschikbare bewijsmiddelen. De bewijswaarde van de verklaringen van partijen tijdens de procedure wordt overeenkomstig artikel 152 aan het vrije oordeel van de rechter overgelaten, ongeacht wie van partijen met het bewijsrisico van de te bewijzen feiten is belast. Aan de rechter kan worden toevertrouwd dat hij bij de waardering van een partijgetuigenverklaring rekening houdt met de positie van de persoon die de getuigenverklaring heeft afgelegd, de belangen die deze persoon bij de zaak heeft en het overige bewijsmateriaal dat in de procedure is ingebracht, zoals hij dat bij elke andere getuige doet. Gezond verstand van de rechter brengt mee dat hij, in het kader van het adagium «één getuige is geen getuige», betwiste feiten niet snel bewezen zal achten op basis van de enkele verklaring van een partij die bij de uitkomst van de procedure een direct belang heeft. Ook zonder de wettelijke beperking van de artikelen 88, tweede lid, 164, tweede lid, en 179, vierde lid, moet de rechter dus in staat worden geacht behoedzaam om te gaan met verklaringen van partijen als er verder geen aanvullend bewijsmateriaal is dat de verklaring van een partij ondersteunt.

Onderdeel L (artikel 165)

In de consultatie heeft de Raad voor de rechtspraak geadviseerd het familiale verschoningsrecht te verruimen tot ongehuwd samenwonende partners. Gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen waarin ongehuwd samenwonen veelvuldig voorkomt, past het bij de modernisering van het bewijsrecht om het verschoningsrecht op gelijke voet als echtgenoten en geregistreerde partners aan levenspartners toe te kennen. Deze uitbreiding van het verschoningsrecht sluit aan bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering waarin levensgezellen en ex-levensgezellen ook de mogelijkheid krijgen zich op het verschoningsrecht te beroepen. De term «levensgezel» is ontleend aan het civiele recht

³¹ Advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, nr. 157 (met uitgebreide literatuurverwijzingen). Zie voor een overzicht van de kritiek op de beperkte bewijskracht van partijgetuigenverklaringen ook de conclusie van A-G Van Peursesem vóór HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1271.

³² HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE:9384, NJ 2003, 166.

en wordt ook gebruikt bij de mogelijkheid om de proceskosten geheel of gedeeltelijk te compenseren bij een familierelatie tussen partijen (zie artikel 237, eerste lid).

Bij de beoordeling of sprake is van een levensgezel is relevant i) of sprake is van een gemeenschappelijke huishouding, ii) de duur van de gemeenschappelijke huishouding, iii) of er een relatie van affectieve aard is en met name iv) of betrokkenen kennelijk uitgaan van een nauwe lotsverbondenheid. Het enkele bestaan van een gemeenschappelijke huishouding brengt nog niet mee dat sprake is van levensgezellen, hetzelfde geldt voor het enkele bestaan van een affectieve relatie. Doorslaggevend is dat er een nauwe persoonlijke betrekking van een zekere hechtheid is. Het moet gaan om een relatie die qua hechtheid vergelijkbaar is met die tussen echtgenoten en geregistreerd partners. Deze is niet per se met het enkele feit van het samenwonen gegeven en vereist ook niet per se dat betrokkenen met elkaar samenwonen.³³ Het begrip «levensgezel» hoeft dus niet samen te vallen met louter ongehuwd samenwonenden. Of iemand een levensgezel is en zich op die grond op het verschoningsrecht kan beroepen, zal in het concrete geval steeds door de rechter moeten worden beoordeeld. Daartoe zal degene die zich als levensgezel op het verschoningsrecht beroept, gegevens en omstandigheden moeten aanvoeren waaruit de hierboven genoemde aspecten blijken.

Onderdeel M (artikel 166)

Artikel 166, eerste lid, wordt aangepast aan de mogelijkheid in artikel 87, derde lid, om getuigen mee te nemen naar de mondelinge behandeling om daar te worden gehoord. Hiervoor is de toestemming van de rechter nodig om te voorkomen dat het verloop van de mondelinge behandeling kan worden verstoord doordat een groot aantal getuigen wordt meegenomen. Daarnaast blijft het mogelijk om de rechter te verzoeken om een getuigenverhoor op een afzonderlijke zitting te bevelen. Partijen die een of meer getuigen willen meenemen naar de mondelinge behandeling om door de rechter te worden gehoord, kunnen in de dagvaarding of conclusie van antwoord of in een afzonderlijke brief de rechter verzoeken om hiervoor toestemming te verlenen. Als partijen geen toestemming vragen of krijgen voor het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling, kunnen de getuigen op een afzonderlijke zitting worden gehoord, zoals in de huidige procedure gebruikelijk is. Het recht van partijen op getuigenbewijs dat door de wet is toegelaten na een daartoe strekkend en ter zake dienend bewijsaanbod blijft ongewijzigd. Daarnaast blijft de rechter ambtshalve bevoegd een partij bewijs door getuigen op te dragen. Deze ambtshalve bevoegdheid heeft zowel betrekking op het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling als op een afzonderlijke zitting.

Op grond van het voorgestelde tweede lid wordt het voor de rechter mogelijk om ook door hem aangewezen personen als getuigen op te roepen. Ook van deze bevoegdheid kan de rechter zowel gebruik maken voorafgaand aan de mondelinge behandeling als wanneer hij ambtshalve of op verzoek van een partij een getuigenverhoor op een afzonderlijke zitting beveelt. Deze bevoegdheid heeft de rechter nu alleen in verzoekschriftprocedures (artikel 284, tweede lid). Uitbreiding van deze rechterlijke bevoegdheid in dagvaardingszaken past bij de sterke regiefunctie van de rechter en sluit aan bij zijn verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding in de procedure. De Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht en de Hoge Raad zien dit als een belangrijke vernieuwing. Het door de Hoge Raad gesignaleerde risico dat een partij meer geholpen wordt dan de wederpartij of dat de ene rechter ruimer gebruik maakt van zijn bevoegdheid dan een andere rechter kan, zoals de Hoge Raad ook

³³ HR 28 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1075, rov. 3.2.2. en Hof Den Bosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018: rov. 3.8.3.

suggereert, worden ondervangen door het ontwikkelen van rechterlijke uitgangspunten. Verder wordt opgemerkt dat de rechter alleen een persoon ambtshalve als getuige zal oproepen als deze persoon door partijen in het partijdebat ter sprake is gebracht of als bijvoorbeeld een schriftelijke getuigenverklaring van deze persoon in het geding is gebracht. Daarmee blijft deze ambtshalve bevoegdheid binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals dat door partijen aan de rechter is voorgelegd. De oproeping van de personen die de rechter zelf als getuige wil doen horen, kan door de griffier worden verzorgd, zoals artikel 284, tweede lid, nu voor de verzoekschriftprocedure bepaalt. De rechter kan ook anders bepalen en de oproeping van de door hem aangewezen personen aan partijen opdragen.

In het derde lid wordt verduidelijkt dat het verhoor van getuigen steeds plaatsvindt op een mondelinge behandeling als bedoeld in artikel 87, derde lid, of op een andere, afzonderlijke zitting, zoals het huidige derde lid nu bepaalt. In de wettelijke bepalingen over het verhoor van getuigen ter zitting wordt steeds bedoeld het horen van getuigen op een van deze zittingen (de mondelinge behandeling of het afzonderlijke getuigenverhoor), tenzij uitdrukkelijk anders vermeld. Zo wordt in de artikelen 167 en 180 met de zitting alleen het afzonderlijke getuigenverhoor bedoeld, omdat hetgeen in die artikelen wordt geregeld voor de mondelinge behandeling is opgenomen bij de bepalingen over de mondelinge behandeling zelf.

Het vierde lid betreft het huidige tweede lid van artikel 166, aangepast aan de mogelijkheid om getuigen tijdens de mondelinge behandeling te horen. Als de rechter toestemming verleent of partijen opdraagt om getuigen mee te nemen naar de mondelinge behandeling, beslist de rechter voor zover mogelijk wie van de partijen met het bewijs van welke feiten wordt belast. Partijen krijgen dan op voorhand duidelijkheid over wat zij op de zitting kunnen verwachten bij het te leveren bewijs en kunnen zich voorbereiden op de bewijsrechtelijke onderbouwing van hun stellingen. Dit bevordert een doelmatige behandeling van de zaak. De rechter kan de bewijsopdracht opnemen in zijn beslissing waarbij hij toestemming verleent voor het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling of waarbij hij partijen ambtshalve opdraagt bepaalde personen als getuige mee te nemen. De bewijsopdracht kan ook worden opgenomen in een afzonderlijk bericht van de rechter of de griffier, bijvoorbeeld in een zogenaamde zittingsagenda. Een bewijsopdracht voorafgaand aan het horen van getuigen op de mondelinge behandeling is niet vereist.³⁴ De rechter verstrekt alleen een bewijsopdracht als dat gelet op de aard van de zaak al mogelijk is. Partijen worden verondersteld hun zaak te kennen en te weten wat hun vordering of verweer inhoudt en welke feiten zij ter onderbouwing daarvan hebben aangevoerd. Ook zonder voorafgaande bewijsopdracht moeten partijen die worden bijgestaan door professionele rechtsbijstandverleners dus in staat worden geacht te kunnen anticiperen op de bewijsrechtelijke aspecten van hun zaak. De mondelinge behandeling biedt partijen bovendien de gelegenheid om hun zaak in alle openheid met de rechter te bespreken, waaronder ook de eventuele bewijslastverdeling in de zaak. Als het verhoor van getuigen op de mondelinge behandeling wordt aangehouden of wordt uitgesteld, kan de rechter alsnog een bewijsopdracht verstrekken om het getuigenverhoor gericht te laten verlopen. Als het getuigenverhoor op een afzonderlijke zitting plaatsvindt, zal de rechter overeenkomstig het huidige tweede lid van artikel 166, wel steeds een bewijsopdracht verstrekken. De beslissing om een getuigenverhoor te bevelen, waarbij de bewijsopdracht wordt gegeven, kan een mondelinge

³⁴ Kamerstukken II, 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 71.

uitspraak zijn na afloop van de mondelinge behandeling (artikel 30p) of een schriftelijke uitspraak (artikel 232). De rechter vermeldt in die uitspraak ook de plaats waar en de dag en uur waarop de getuigen zullen worden gehoord. Bij een verhoor van getuigen op de mondelinge behandeling hoeft de rechter dat niet te vermelden, omdat de plaats en datum waarop de mondelinge behandeling wordt gehouden, al in de uitnodiging voor de mondelinge behandeling staan.

Onderdelen N en O (artikelen 167 en 180)

Het in de artikelen 167 en 180 bedoelde getuigenverhoor ziet, in afwijking van artikel 166, derde lid, alleen op een afzonderlijk getuigenverhoor. Dit wordt in de tekst van deze bepalingen verduidelijkt. De bevoegdheid van de rechter om te bepalen dat partijen bij het getuigenverhoor in persoon aanwezig moeten zijn (artikel 167), staat voor de mondelinge behandeling al in artikel 87, vijfde lid. De bepaling over het proces-verbaal van het getuigenverhoor (artikel 180) staat voor de mondelinge behandeling in artikel 90, vierde lid. In het vijfde lid van artikel 180 vervalt voorts de ondertekening van het proces-verbaal door de griffier. Dit sluit aan bij artikel 90, vijfde lid. Daarnaast wordt in een nieuw zesde lid in artikel 180 voor de rechter de mogelijkheid opgenomen om ter vervanging van het proces-verbaal van een getuigenverhoor een beeld- of geluidsopname te maken. Dit sluit aan op de mogelijkheid om een beeld- of geluidsopname te maken van de mondelinge behandeling op grond van artikel 90, zevende en achtste lid. Het naderhand opmaken van een schriftelijke weergave van het proces-verbaal dient een efficiënte behandeling van de zaak in hoger beroep of cassatie.

Onderdeel O (artikel 170)

Artikel 170 regelt de wijze waarop getuigen worden opgeroepen om door de rechter te worden gehoord en bepaalt in het eerste lid de termijn voor de kennisgeving aan de wederpartij en de griffier van de getuigen die een partij door de rechter wil doen horen. Deze termijn voor de kennisgeving wordt aangepast van ten minste een week in tien dagen. Deze aanpassing sluit aan op de termijn in artikel 87, zesde lid, waarin is bepaald dat processtukken tot uiterlijk tien dagen voor de mondelinge behandeling moeten zijn ingediend. De tiendagentermijn gaat dan ook gelden voor de kennisgeving van de getuigen die een partij wil meenemen naar de mondelinge behandeling. Het doel is te voorkomen dat na de termijn waarop stukken voor de mondelinge behandeling kunnen worden ingediend, nog een verzoek van een partij kan binnenkomen om een getuige op de mondelinge behandeling te doen horen.

Onderdeel P (artikel 179)

In het derde lid vervalt de beperking dat partijen elkaar geen vragen kunnen stellen als een van de partijen op dat moment door de rechter als getuige wordt gehoord. Deze beperking verdraagt zich niet goed met de waarheidsvinding in de procedure en sluit aan bij het afschaffen van de beperkte bewijskracht van een partijgetuigenverklaring. De hierop betrekking hebbende wijziging in het vierde lid van artikel 179 komt overeen met het schrappen van artikel 164, tweede lid (zie hierover verder de toelichting op artikel 164).

Onderdeel R (nieuwe paragrafen 5, 6, 7, 8 en 9)

De vijfde en achtste paragraaf in de afdeling over het bewijsrecht – het voorlopig getuigenverhoor (de artikelen 186 tot en met 193) en het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging (de artikelen 202 tot en met 207) – worden vervangen door een nieuwe paragraaf over voorlopige bewijsverrichtingen. In deze nieuwe paragraaf, getiteld «Voorlopige bewijsverrichtingen» worden de bepalingen uit de paragrafen 5 en 8 samengevoegd en aangevuld met een

nieuwe bepaling over de inzage in gegevens voorafgaand aan een procedure. De huidige paragrafen 6 en 7 – over deskundigen en de plaatsopneming en bezichtiging (de artikelen 194 tot en met 201) – worden hierbij vernummerd tot paragrafen 5 en 6. In de nieuwe paragraaf 7 met daarin de artikelen 194, 195 en 195a (nieuw) krijgt het inzagerecht tijdens een lopende procedure, dat nu nog is geregeld in de artikelen 843a en 843b, een wettelijke basis. Het inzagerecht wordt daarmee onderdeel van de wettelijke regeling van de bewijsmiddelen. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de aanbeveling van de expertgroep modernisering bewijsrecht om de regeling van het inzagerecht in te bedden in het bewijsrecht en daarbij aan te sluiten bij de andere bewijsverrichtingen.³⁵ Na de nieuwe paragraaf 8 over de voorlopige bewijsverrichtingen worden in een daaropvolgende paragraaf enkele bepalingen opgenomen over de bescherming van bewijsmateriaal. Dergelijke bepalingen bestaan al voor zaken over rechten van intellectuele eigendom (artikelen 1019b t/m 10109d), zie hierover verder de nieuwe paragraaf 9. Met het samenvoegen van de bepalingen over de afzonderlijke bewijsverrichtingen en de invoering van drie nieuwe paragrafen over het inzagerecht, de voorlopige bewijsverrichtingen en andere voorlopige maatregelen tot bescherming van bewijs wordt een aantal wetsartikelen vernummerd (zie de transponeringstabel in paragraaf 7 van het algemeen deel van de toelichting). Een aantal artikelen uit de paragrafen 5 en 8 over het voorlopig getuigenverhoor en over het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging – de artikelen 186, tweede lid (oud), 192 (oud), 202, tweede lid, (oud), 205, derde lid, (oud) en 207 (oud) – wordt hierbij niet overgeheveld naar de nieuwe paragraaf over de voorlopige bewijsverrichtingen, maar komt in de nieuwe regeling te vervallen.

Schrappen van de artikelen 186, tweede lid, 202, tweede lid, en 205, derde lid: geen voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een lopende procedure

De mogelijkheid van artikel 186, tweede lid, (oud) om tijdens een lopende procedure een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken, wordt beperkt. Dat geldt ook voor het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht en een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging tijdens een lopende procedure (artikel 202, tweede lid, (oud)). De beperking van de mogelijkheid om voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een eenmaal lopende procedure te verzoeken, houdt verband met de inspanningsverplichting van partijen om de relevante informatie zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure te verzamelen en bij het begin van een procedure aan de rechter voor te leggen. Hiermee wordt invulling gegeven aan de wens om een procedure zo efficiënt mogelijk te laten verlopen. Voorafgaand aan een procedure blijft het mogelijk om via een voorlopige bewijsverrichting, zoals een voorlopig getuigenverhoor, opheldering van feiten te verkrijgen en bewijs veilig te stellen. Als in een lopende procedure om een getuigenverhoor wordt verzocht, kunnen partijen in de procedure de rechter verzoeken om getuigen te horen of kan de rechter ambtshalve een getuigenverhoor bevelen. Als een procedure aanhangig is gemaakt, maar nog niet inhoudelijk wordt behandeld doordat de zaak nog niet bij de griffie is ingediend ter inschrijving op de rol, blijft de mogelijkheid bestaan om de rechter te verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting te bevelen. Dit kan bijvoorbeeld wenselijk zijn als een procedure aanhangig wordt gemaakt met het oog op het verlopen van een vervaltermijn, maar op korte termijn via een getuigenverhoor opheldering over de precieze feiten moet worden verkregen. Dit geldt ook voor de herkansingsfunctie in hoger beroep. Als de procedure in

³⁵ Zie de eerste aanbeveling van hoofdstuk 3 van het advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht.

eerste aanleg is geëindigd en hoger beroep is of wordt ingesteld, dan kan om een voorlopige bewijsverrichting worden verzocht zolang de zaak nog niet op de rol van het gerechtshof is ingeschreven. Op de vraag in de consultatie of om een voorlopige bewijsverrichting kan worden verzocht als een procedure in het buitenland loopt of een arbitragegeding aanhangig is gemaakt, wordt opgemerkt dat de toegang tot de Nederlandse overheidsrechter openstaat voor partijen die de burgerlijke rechter om een voorlopige bewijsverrichting willen verzoeken, op voorwaarde dat de Nederlandse overheidsrechter rechtsmacht toekomt (en geen procedure over het geschil bij de overheidsrechter in behandeling is). Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel hebben de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht en de stakeholders hun steun uitgesproken voor het voorstel om partijen tijdens een lopende procedure niet langer het recht op voorlopige bewijsverrichtingen te bieden. Als een zaak al inhoudelijk wordt behandeld, moeten bewijsverrichtingen via de rechter lopen aan wie de zaak is toebedeeld en moet een voorlopig getuigenverhoor de lopende procedure niet doorkruisen. Zoals de Adviescommissie in haar consultatiereactie heeft opgemerkt, verdraagt een andere keuze zich slecht met de sterke regiefunctie van de rechter en de beoogde efficiëntere procesvoering. De vrees dat zonder de mogelijkheid van een voorlopig getuigenverhoor tijdens een lopende procedure bewijs anders verloren dreigt te gaan – oorspronkelijk de gedachte achter artikel 186, tweede lid, (oud) – is niet meer gegrond. De rechter kan in elke stand van de procedure een mondelinge behandeling bevelen waarbij ook getuigen kunnen worden gehoord (artikel 87, eerste en derde lid), zo nodig met spoed, bijvoorbeeld als een getuige op sterven ligt of op het punt staat om naar het buitenland te vertrekken. Partijen hoeven met het horen van getuigen door de rechter dus niet meer steeds te wachten totdat de procedure in het stadium van bewijslevering verkeert. Zo nodig kunnen zij ook de rechter verzoeken met voorrang een bepaalde bewijsverrichting te gelasten als dat vooruitlopend op de beoordeling van het materiële geschil wenselijk of geboden is. Daarnaast bestaat voor partijen nog de mogelijkheid om in voorkomende gevallen op schrift gestelde verklaringen van getuigen in de procedure te brengen.

Aan artikel 205, derde lid, (oud) bestaat geen behoefte meer. Deze bepaling ziet op de situatie dat tussen partijen een geding aanhangig is over de vordering waarop het voorlopig deskundigenbericht betrekking heeft. Met het vervallen van de mogelijkheid van een voorlopige deskundigenbericht tijdens een lopende procedure, kan deze situatie zich niet meer voordoen.

Schrappen van de artikelen 192 en 207: vrije waardering getuigenverklaringen

Op grond van artikel 192 (oud) hebben getuigenverklaringen die zijn afgelegd in een voorlopig getuigenverhoor dezelfde bewijskracht als getuigenverklaringen die in een lopende procedure zijn afgelegd, tenzij niet alle partijen bij het voorlopig getuigenverhoor aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest. In dat geval kan de rechter de in het voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen buiten beschouwing laten. Een zelfde bepaling voor het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging staat in artikel 207 (oud). Voorgesteld wordt om deze bepalingen niet terug te laten komen in de nieuwe afdeling over de voorlopige bewijsverrichtingen. De waardering van de in een voorlopig getuigenverhoor, bij een voorlopig deskundigenbericht of bij een voorlopige plaatsopneming of bezichtiging afgelegde verklaringen in een nadien aanhangige procedure wordt aan het vrije oordeel van de rechter overgelaten overeenkomstig de hoofdregel van artikel 152, tweede lid. Hiermee worden de effectiviteit en het rendement van de verklaringen

die in de fase voorafgaand aan een procedure worden afgelegd, vergroot en wordt de wederpartij gestimuleerd om bij de voorlopige bewijsverrichting te verschijnen of zich te laten vertegenwoordigen. Diens aanwezigheid of vertegenwoordiging kan bovendien bijdragen aan een vroegtijdige oplossing van het geschil of kan de verzoekende partij ervan doen afzien om een procedure tegen hem te starten. Is een partij niet in de gelegenheid geweest om bij een voorlopig getuigenverhoor aanwezig te zijn of zich daar te laten vertegenwoordigen, dan kan de rechter, als daaraan in de procedure behoefte bestaat, de getuige opnieuw oproepen om te worden gehoord en door de wederpartij te worden ondervraagd. De rechter komt met zijn regiefunctie een grote mate van vrijheid toe om de procedure naar de behoefte van partijen en de aard van de zaak in te richten en het voorhanden bewijsmateriaal te waarderen.

Paragraaf 5 Verplaatsing regels deskundigenbewijs

In de nieuwe paragraaf 5 worden de huidige bepalingen over het deskundigenbericht (de artikelen 194 tot en met 200) verplaatst naar de artikelen 186 tot en met 192. Op enkele taalkundige aanpassingen na, worden deze artikelen ongewijzigd naar voren gehaald. Alleen in de artikelen 194 (oud)/186 (nieuw) en 200 (oud)/192 (nieuw) wordt een inhoudelijke wijziging aangebracht om de efficiëntie van procedures te bevorderen. Verder wordt in een nieuw zesde lid van artikel 198 (oud)/190 (nieuw) de mogelijkheid opgenomen om van het proces-verbaal van het verhoor van deskundigen een beeld- of geluidsopname op te maken, vergelijkbaar met de mogelijkheid van artikel 90, zevende en achtste lid, op de mondelinge behandeling (zie hiervoor de toelichting op artikel 180, zesde lid).

Artikel 194 (oud)/186 (nieuw)

Op grond van het vijfde lid van artikel 194 (oud)/186 (nieuw) kan de rechter de door hem benoemde deskundigen bevelen een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting of aanvulling te geven of, na overleg met partijen, een of meer andere deskundigen benoemen. De bevoegdheid om een nadere toelichting of aanvulling te bevelen wordt in beginsel een verplichting als de rechter het voornemen heeft om een of meer andere deskundigen te benoemen. Hiermee wordt beoogd een (onnodige) opeenstapeling van deskundigenrapporten met toenemende kosten voor partijen en vertraging van de procedure te voorkomen. Door eerst opheldering van de al aangezochte deskundigen te vragen, wordt voorkomen dat een deskundigenrapport te snel ter zijde wordt geschoven en de rechter andere deskundigen gaat benoemen die zich vervolgens over dezelfde onderzoeksvraag buigen. Als over een deskundigenbericht discussie ontstaat, bijvoorbeeld doordat partijen de conclusies van de deskundigen anders uitleggen, de vragen van de rechter niet volledig zijn beantwoord of de bevindingen van de deskundigen voor partijen en de rechter niet eenduidig zijn geformuleerd, moet de rechter dus eerst de aangezochte deskundigen in de gelegenheid stellen om hun antwoorden aan te vullen of hun onderzoeksbevindingen te verhelderen. Pas als uit het verhoor of nadere bericht van de deskundigen blijkt dat aanvullend onderzoek door andere deskundigen nodig is voor de waarheidsvinding en de beslechting van het geschil, kan de rechter na overleg met partijen andere deskundigen benoemen.

Voor de kosten van de deskundigen voor hun aanwezigheid op de zitting wordt aangesloten bij de regeling van het getuigenverhoor, voor zover deze kosten niet meer binnen het voorschot van het deskundigenonderzoek kunnen worden begroot (vgl. artikel 200, vijfde lid (oud) dat een groot aantal bepalingen van overeenkomstige toepassing verklaart op het horen van niet door de rechter benoemde deskundigen).

Als de noodzaak tot het benoemen van een of meer andere deskundigen bij voorbaat al vaststaat, is de rechter niet verplicht om de aangezochte deskundigen eerst nog uit te nodigen voor het geven van een mondelinge of schriftelijke toelichting of aanvulling. Een verhoor of nader bericht van de deskundigen kan dus achterwege blijven als de rechter dat niet zinvol acht. Vasthouden aan de hier voorgestelde hoofdregel zou alsnog leiden tot een rituele dans met onnodige vertraging van de procedure en kosten voor partijen.

Artikel 200 (oud)/192 (nieuw)

Artikel 200 (oud)/artikel 192 (nieuw) wordt in twee opzichten gewijzigd. De eerste wijziging betreft de aanpassing van het eerste lid overeenkomstig artikel 166 voor het bewijs door getuigen. Naast getuigen kunnen partijen eigen deskundigen (partijdeskundigen, dat wil zeggen: niet door de rechter benoemde deskundigen) meenemen naar de mondelinge behandeling om te worden gehoord (artikel 87, derde lid). Ook hiervoor is de toestemming van de rechter nodig. Verwezen wordt naar de toelichting op artikel 166, eerste lid. De rechter kan partijdeskundigen ook horen op een afzonderlijke zitting, zie artikel 166, derde lid, dat van overeenkomstige toepassing wordt verklaard in het vierde lid van artikel 192 (nieuw).

De tweede wijziging betreft het vijfde lid. Daarin wordt artikel 186, vijfde lid, (nieuw) van overeenkomstige toepassing verklaard ingeval de rechter een deskundige wil benoemen terwijl een of beide partijen al een eigen deskundige hebben ingeschakeld van wie een deskundigenbericht in de procedure is ingebracht. Eerst moet de rechter de partijdeskundige in de gelegenheid stellen om zijn rapport mondeling of schriftelijk toe te lichten of aan te vullen. Na het mondelinge verhoor of nadere schriftelijke bericht van de partijdeskundige, of als beide partijen ieder een eigen deskundige hebben ingeschakeld, na een confrontatie van deze deskundigen met elkaars bevindingen, kan het benoemen van een deskundige door de rechter niet (meer) nodig blijken. Voor de inzet van de aangezochte deskundige en de door een partij gemaakte kosten is het ook onbevredigend en inefficiënt als de rechter een deskundigenrapport terzijde legt zonder dat de deskundige heeft kunnen reageren op eventuele bezwaren van de wederpartij tegen diens rapport. Ook als beide partijen ieder een eigen deskundige hebben ingeschakeld en de deskundigen tot andere conclusies komen, moet worden voorkomen dat de rechter een hierdoor ontstane impasse automatisch doorbreekt door een eigen, derde deskundige te benoemen. Voordat de rechter daartoe overgaat, wordt hij daarom verplicht de al door partijen aangezochte deskundigen te horen of de gelegenheid te geven hun rapport toe te lichten, tenzij bij voorbaat al vaststaat dat een andere deskundige moet worden benoemd. Hiermee kan de rechter ook invulling geven aan zijn verantwoordelijkheid in artikel 20 voor een voortvarend verloop van de procedure. Verwezen wordt verder naar de toelichting op het voorgestelde vijfde lid van artikel 194 (oud)/186 (nieuw).

Paragraaf 6 Verplaatsing regels plaatsopneming en bezichtiging (artikel 193)

In de nieuwe paragraaf 6 wordt de huidige bepaling over de plaatsopneming en bezichtiging (artikel 201 (oud)) verplaatst naar artikel 193 (nieuw) en op een enkele wetstechnische en taalkundige aanpassing na ongewijzigd overgenomen. Alleen in het vierde lid wordt de mogelijkheid opgenomen om van het proces-verbaal van de plaatsopneming of bezichtiging desgewenst een beeld- of geluidsopname op te maken, vergelijkbaar met de mogelijkheid van artikel 90, zevende en achtste lid (en artikel 180, zesde lid, en 190, zesde lid (nieuw)). Zie hierover de toelichting op artikel 180.

Paragraaf 7 Nieuwe regels inzage, afschrift of uittreksel van gegevens (artikelen 194, 195 en 195a)

De nieuwe paragraaf 7 bevat een regeling over het inzagerecht. Het inzagerecht, dat nu nog is geregeld in de artikelen 843a en 843b, krijgt een wettelijke basis in de voorgestelde artikelen 194, 195 en 195a en wordt daarmee een integraal onderdeel van de wettelijke regeling van de bewijsmiddelen. In het voorgestelde artikel 194 wordt het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden geregeld zonder dat hiervoor de tussenkomst van de rechter nodig is. De voorgestelde artikelen 195 en 195a zijn bepalingen op grond waarvan een partij tijdens een lopende procedure de rechter kan verzoeken om de wederpartij of een derde te bevelen tot het verstrekken van inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens.

Artikel 194, eerste lid: recht op informatie

Het voorgestelde artikel 194 beoogt te voorzien in een regeling op grond waarvan partijen makkelijker, zonder tussenkomst van de rechter, hun rechten en verplichtingen kunnen bepalen bij het uitwisselen van informatie. Op grond van het eerste lid, eerste volzin, heeft een partij bij een rechtsbetrekking recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens over die rechtsbetrekking tegenover degene die over deze gegevens beschikt. Net zoals het huidige artikel 843a bepaalt, moet voor het recht op inzage, afschrift of uittreksel (hierna: het recht op inzage) aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Ten eerste moet degene die informatie van een ander verlangt, partij zijn bij een rechtsbetrekking. Daarnaast moet de verlangde informatie voldoende bepaald zijn en voorts moet een partij een voldoende belang hebben bij haar informatieverzoek.

Partij bij een rechtsbetrekking

Onder een «rechtsbetrekking» worden alle burgerrechtelijke betrekkingen tussen twee of meer partijen verstaan. Hieronder vallen de rechten en plichten van partijen bij een tussen hen gesloten overeenkomst en bij verbintenissen uit de wet, zoals een onrechtmatig daad. Het bestaan van een rechtsbetrekking hoeft nog niet in rechte vast te staan. Partij bij een rechtsbetrekking kan een ieder zijn die bij een rechtsbetrekking is of wordt betrokken. Ook degene die zich op het standpunt stelt dat er helemaal geen rechtsbetrekking bestaat waarbij hij partij is, kan aanspraak maken op bepaalde gegevens om dat aan te tonen. De inzet van een procedure kan juist bestaan in de vraag of tussen partijen al dan niet een rechtsbetrekking bestaat. Vaak zijn bepaalde feiten die van belang zijn voor het helder, de inhoud of de omvang van een rechtsbetrekking nog niet helder. Precies om die reden kan een partij aanspraak maken op bepaalde gegevens waarover zij niet zelf beschikt, maar een ander wel. Uit de verkregen informatie kan ook blijken dat een partij die meende bij een rechtsbetrekking betrokken te zijn, dat toch uiteindelijk niet is, waardoor een potentieel geschil tussen partijen vroegtijdig kan worden beëindigd. Gelet op het doel om opheldering van de feiten te verkrijgen en geschillen zo effectief mogelijk op te lossen, moet het begrip «partij bij een rechtsbetrekking» ruim worden opgevat. Naar aanleiding van enkele consultatiereacties wordt opgemerkt dat de partij die om inzage verzoekt, niet eerst voldoende aannemelijk hoeft te maken dat zij een vorderingsrecht heeft, zoals in zaken van intellectuele eigendom (IE-zaken) is vereist. Die eis hangt samen met dit specifieke rechtsgebied en artikel 1019a dat de implementatie vormt van artikel 6 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG, PbEG 2004, L 195/16).

Bepaalde gegevens

Recht op inzage bestaat alleen van *bepaalde* gegevens die relevant zijn voor de rechtsbetrekking waarbij de informatieverzoeker partij is. Een partij bij een rechtsbetrekking kan nu ook aanspraak maken op informatie die rechtstreeks verband houdt met die rechtsbetrekking en tot die informatie is haar recht op inzage beperkt. Voorgesteld wordt om in artikel 194 (nieuw), in plaats van de in artikel 843a voorkomende term «bescheiden», het ruimere en modernere begrip «gegevens» te gebruiken.³⁶ Onder «gegevens» vallen alle vormen van bewijsmateriaal, dus niet alleen schriftelijke stukken, maar ook andere vormen van informatie, zoals beeld- en geluiddragers, computerbestanden en overige elektronische informatie, en bepaalde voorwerpen. Dit sluit aan bij een van de hoofdregels van het bewijsrecht, dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen (artikel 152).

Het bepaalbaarheidsvereiste gaat niet zover dat de verzochte gegevens precies moeten worden aangeduid, waarbij elk stuk afzonderlijk moet worden omschreven³⁷, of dat moet worden vermeld waar deze gegevens zich bevinden (in een archiefkast, op een gegevensdrager of in de «cloud»). Omdat een partij die om informatie vraagt niet over die informatie beschikt, kan deze nadere concretisering niet van haar worden verlangd. Wel mag van haar worden gevergd dat zij aanvoert waarom een redelijke grond bestaat dat die ander over die informatie beschikt en dat zij voldoende concreet vermeldt waarom die informatie relevant is voor haar rechtspositie in een potentieel of ontstaan geschil over een rechtsbetrekking waarbij zij partij is.

Het informatieverzoek moet dus voldoende nauwkeurig worden afgebakend onder aanduiding van het geschil of het feitencomplex met het oog waarop de informatie wordt opgevraagd. Een verzoek om «alle onderhoudsrapporten die betrekking hebben op een specifieke machine» kan als voldoende bepaald worden beschouwd, net zoals «alle bankafschriften van een met naam en toenaam genoemde bankrekening over een bepaalde periode» waarover de (in te stellen) vordering zich uitstrekt. Een ander voorbeeld is het verzoek om «alle met een specifiek aangeduide partij gewisselde correspondentie voorafgaand aan het nemen van een bepaald besluit», dat aan het geschil ten grondslag ligt. Het verzoek om inzage in een volledige bedrijfsadministratie of in een volledig dossier is te weinig specifiek en kan daarom niet als voldoende bepaald worden aangemerkt. Met het bepaalbaarheidsvereiste wordt beoogd een passend evenwicht te vinden tussen de belangen van de informatieverzoeker en die van de informatiebezitter: de positie van de partij die om informatie vraagt, wordt enerzijds niet onredelijk bemoeilijkt doordat de gegevens waarover zij zelf niet beschikt, niet afzonderlijk hoeven te worden gespecificeerd. Anderzijds wordt de positie van de partij die over de informatie beschikt niet onredelijk geschaad, doordat het onderwerp waarop de verlangde gegevens betrekking hebben, voldoende nauwkeurig moet zijn afgebakend.³⁸

³⁶ Zoals ook voorgesteld door de expertgroep modernisering bewijsrecht, zie het Advies Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, nr. 109, en eerder door de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht in haar advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken («discovery»), TCR 2008, nr. 4, p. 128.

³⁷ Zie HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9244, NJ 2013, 220 m.nt. E. Verhulp (X/Theodoor Gilissen Bankiers N.V.), rov. 3.8.2.

³⁸ Zie het advies van de expertgroep, Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, nr. 107.

Voldoende belang

De derde voorwaarde voor het recht op inzage van bepaalde gegevens is dat een partij daarbij een voldoende belang heeft. In het huidige recht moet sprake zijn van een rechtmatig belang. In navolging van de experts wordt voorgesteld dit vereiste te vervangen door de eis van «voldoende belang». Dit begrip sluit meer aan bij de criteria voor toewijzing van de overige (voorlopige) bewijsverrichtingen, zoals een voorlopig getuigenverhoor, en is bovendien een in de rechtspraak praktijk vertrouwd begrip vanwege de bepaling van artikel 3:303 BW. Op grond van die bepaling komt zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toe. Als een partij aannemelijk heeft gemaakt dat zij belang heeft bij het verkrijgen van inzage van bepaalde gegevens, moet inzage worden verstrekt, tenzij bij degene die over de verlangde gegevens beschikt, gewichtige redenen bestaan die zich tegen de gegevensverstrekking verzetten of die partij een beroep op een verschoningsrecht kan doen. De bescherming van de belangen van degene bij wie informatie wordt opgevraagd, wordt geregeld in het tweede lid van artikel 194 (nieuw). Bij het inzageverzoek dat is gericht tot een derde die geen partij is bij de rechtsbetrekking, kan voldoende belang bij het inzageverzoek ontbreken als de gegevens waarvan inzage wordt verzocht ook bij de wederpartij kunnen worden opgevraagd. Voor de beoordeling door die derde of zij moet voldoen aan het informatieverzoek, mag van de informatieverzoeker worden verlangd dat hoe verder die derde buiten de rechtsbetrekking van partijen staat, hoe helderder en concreter zij haar belang bij het verzoek en het (potentiele of ontstane) geschil omschrijft. De kosten die met het opzoeken en verstrekken van de verlangde informatie zijn gemoeid, kan de derde voor rekening van de informatieverzoeker laten komen (zie hierna over de kosten van de gegevensverstrekking).

Degene die over gegevens beschikt

Het recht op inzage van bepaalde gegevens over een rechtsbetrekking bestaat tegenover degene die over die gegevens beschikt. Van het beschikken over gegevens is in elk geval sprake als een partij de gegevens waarvan inzage wordt verlangd, fysiek onder zich heeft. Het kan ook zijn dat de aangesproken partij de gegevens niet fysiek ter beschikking heeft, maar deze wel gemakkelijk van een derde kan verkrijgen. Gelet op de verplichting van een partij bij een rechtsbetrekking om mee te werken aan de opheldering van feiten en aan de oplossing van een geschil moet de zinsnede «tegenover degene die daarover beschikt» zo ruim worden uitgelegd dat de aangesproken partij ook in dat geval gehouden is om de gegevens bij die derde op te vragen. De ruime strekking impliceert voorts dat gegevens over een rechtsbetrekking niet alleen bij de wederpartij kunnen worden opgevraagd, maar ook rechtstreeks bij een derde die zelf geen partij is bij de rechtsbetrekking waarover het onderliggende geschil gaat.³⁹ Het gaat erom dat de gegevens waarvan inzage wordt verlangd, betrekking hebben op een rechtsbetrekking waarbij de partij die de gegevens opvraagt zelf partij is. De verplichting voor partijen en derden om inzage in gegevens te verstrekken over een rechtsbetrekking waarbij de informatieverzoeker partij is, sluit aan op al bestaande informatie- en medewerkingsplichten in het bewijsrecht, waaronder de verplichting tot medewerking aan een deskundigenonderzoek (artikel 198, derde lid, (oud)/artikel 190, derde lid, (nieuw)) en de getuigplicht van artikel 165, eerste lid.

Of degene die over bepaalde gegevens beschikt daarvan inzage, afschrift of uittreksel moet verstrekken, zal voornamelijk afhangen van de aard van

³⁹ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, NJ 2016, 50 m.nt. W.D.H. Asser (Schietsincident Alphen a/d Rijn).

de gegevens, al naar gelang het bijvoorbeeld gaat om op schrift gestelde documenten, om bepaalde voorwerpen of om digitale bestanden. Overeenkomstig het normale taalgebruik wordt onder «inzage» het inzien van de gegevens ter kennisneming verstaan, onder «afschrift» een kopie, print, of letterlijke weergave van het oorspronkelijke stuk en onder «uittreksel» een afschrift van een gedeelte van het oorspronkelijke stuk. Uitgangspunt is dat de gegevens in hun oorspronkelijke vorm worden aangeboden aan de partij die om de gegevens verzoekt. Dit is in het bijzonder van belang bij elektronisch opgeslagen gegevens, omdat digitaal bewijs aan veranderingen onderhevig is als het overgaat op een andere gegevensdrager. Ook kunnen elektronisch opgeslagen gegevens bepaalde metadata bevatten die bij het overhevelen van de informatie verloren kunnen gaan, maar wel van belang zijn. In voorkomende gevallen kan dit betekenen dat inzage op de originele gegevensdrager moet worden verstrekt.

De kosten van de gegevensverstrekking

De kosten die voor het verstrekken van inzage, afschrift of uittreksel moeten worden gemaakt, komen voor rekening van de partij die om de gegevensverstrekking heeft gevraagd, tenzij het gaat om persoonsgegevens van de informatieverzoeker zelf (zie het vierde lid van het voorgestelde artikel 194). Voor vergoeding in aanmerking komen alleen de noodzakelijke kosten voor het verstrekken van de verlangde informatie. Tot deze kosten behoren in ieder geval de kosten die moeten worden gemaakt om de gevraagde informatie op te sporen en daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verstrekken. Hieronder kunnen ook de kosten van juridische bijstand worden gerekend die een derde in redelijkheid heeft moeten maken.

De NOvA heeft in de consultatie erop gewezen dat een derde behoefte kan hebben aan rechtsbijstand om te beoordelen of zij aan een informatieverzoek gevolg moet geven of hoe zij moet omgaan met conflicterende belangen of verplichtingen. Voor de wederpartij ligt deze kostenvergoeding minder voor de hand, omdat zij rechtstreeks bij de rechtsbetrekking en het daaraan ten grondslag liggende geschil betrokken is en het informatieverzoek daardoor beter kan beoordelen. De kosten die voor vergoeding in aanmerking komen, kunnen door de rechter in de procedure over het materiële geschil in de proceskostenveroordeling worden betrokken. Net als bij het getuigenbewijs behoren de kosten die samenhangen met het verstrekken van inzage uiteindelijk ten laste te komen van de partij die door de rechter in het ongelijk wordt gesteld in het geschil over de rechtsbetrekking waaromtrent de gegevens werden opgevraagd.

Artikel 194, tweede lid: uitzonderingen op medewerking aan inzagerecht

Gelet op het belang dat relevante informatie zo veel mogelijk vroegtijdig op tafel komt, dienen partijen bij een geschil over een rechtsbetrekking en derden die over informatie beschikken die voor deze rechtsbetrekking relevant is, in beginsel aan een inzageverzoek mee te werken. Er kunnen echter omstandigheden zijn waardoor deze medewerking niet van partijen of van een derde kan worden geleverd. Het tweede lid van het voorgestelde artikel 194 bevat twee gronden die de informatiebezitser ontheffen van de verplichting om bepaalde informatie aan een ander te verstrekken. Dat is het bestaan van een verschoningsrecht of van zwaarwegende belangen die zich tegen het verstrekken van informatie verzetten.

Artikel 194, tweede lid, onder a: een verschoningsrecht

Artikel 194, tweede lid, onder a, (nieuw) houdt rekening met een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 165, tweede lid. Daarin is zowel een familiaal als een functioneel verschoningsrecht voor getuigen geregeld. De overeenkomstige toepassing van artikel 165, tweede lid, op de verstrekking van gegevens brengt in de eerste plaats mee dat een (vroegere) echtgenoot, partner of levensgezel, de bloed- of aanverwanten van een partij of van diens echtgenoot, partner of levensgezel, tot de tweede graad ingesloten, kan weigeren aan de gegevensverstrekking mee te werken, behalve als een partij in hoedanigheid optreedt (artikel 165, tweede lid, onder a). Vanwege deze laatste uitzondering kan het familiaal verschoningsrecht niet altijd worden ingeroepen. Een beperking van het verschoningsrecht staat bijvoorbeeld in artikel 1:83 BW.

Daarnaast wordt een functioneel verschoningsrecht gerespecteerd, zoals dat nu in artikel 843a, derde lid, is geregeld en voor getuigen in artikel 165, tweede lid, onder b. Degenen die een beroep kunnen doen op dit verschoningsrecht hoeven niet mee te werken aan het verstrekken van informatie die zij uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking onder zich hebben en geheim moeten houden of die hun in die hoedanigheid is toevertrouwd. Als bepaalde gegevens zich niet bij een functioneel verschoningsgerechtigde, zoals een arts of een advocaat bevinden, maar bij diens patiënt of cliënt, zijn laatstgenoemden niet zonder meer gehouden inzage van de verlangde gegevens te verstrekken. Het professionele verschoningsrecht zou anders eenvoudig kunnen worden omzeild. Dat geldt ook voor het onderliggende belang dat een ieder de mogelijkheid moet hebben om vrijelijk een vertrouwenspersoon te raadplegen zonder vrees voor openbaarmaking van wat aan deze vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd. Ook hoeft geen informatie te worden verstrekt wanneer de verlangde gegevens zich niet bevinden bij de verschoningsgerechtigde (de arts of advocaat), maar bij een derde. Dit in de rechtspraak afgeleide verschoningsrecht komt toe aan degenen die werkzaamheden hebben verricht voor een functioneel verschoningsgerechtigde en aan wie uit dien hoofde tot geheimhouding is verplicht of informatie is toevertrouwd. De persoon die over de verlangde gegevens beschikt en de plaats waar deze gegevens zich toevallig bevinden, zijn dus niet doorslaggevend, wel de aard van de vertrouwensrelatie.

Met het functioneel verschoningsrecht wordt gewaarborgd dat geen inzage, afschrift of uittreksel van gegevens hoeft te worden verstrekt als uit de inhoud, strekking en of totstandkomingsgeschiedenis van een wettelijke bepaling duidelijk blijkt dat een uitdrukkelijke afweging is gemaakt dat informatie vertrouwelijk moet blijven.⁴⁰ Een wettelijke geheimhoudingsplicht waaraan in de wet geen verschoningsrecht is toegekend, valt niet onder artikel 194, tweede lid, onder b, (nieuw), maar kan wel een gewichtige reden opleveren die zich tegen openbaarmaking van de informatie verzet.

Artikel 194, tweede lid, onder b: gewichtige redenen

Artikel 194, tweede lid, onder b, (nieuw) bepaalt dat de verplichting tot informatieverstrekking niet geldt als daarvoor gewichtige redenen bestaan. Het begrip gewichtige redenen is een bekend begrip in het huidige procesrecht (artikel 843a, vierde lid, en artikel 22). Voor de uitleg van wat in het voorgestelde artikel 194 als gewichtige redenen moet worden beschouwd, wordt net als onder artikel 843a, vierde lid, en artikel

⁴⁰ Zie Ekemans, Het inzagerecht verbeterd?, Het wetsontwerp over inzage in bescheiden, NTBR 2012/10, p. 5 en HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0997, NJ 1990/779, rov. 3.2.

22 aangesloten bij de bestaande jurisprudentie. Onder gewichtige redenen valt in ieder geval persoonlijke, medische en financiële gegevens en vertrouwelijke bedrijfsinformatie. Van gewichtige redenen kan ook sprake zijn als de bescherming van persoonsgegevens van derden niet kan worden gewaarborgd, bijvoorbeeld doordat deze niet voor het geschil ter zake doende gegevens, niet of niet eenvoudig kunnen worden weggelakt of zwartgemaakt. Voorts valt te denken aan het bestaan van een wettelijke geheimhoudingsplicht die niet is erkend door toekenning van een verschoningsrecht, maar die wel de voor toekenning van een verschoningsrecht vereiste afweging in zich draagt. Toezichthouders moeten bijvoorbeeld gegevens die zij in het kader van het door hun uit te oefenen toezicht vertrouwelijk hebben ontvangen, geheim houden. De plicht tot geheimhouding strekt tot het bevorderen van effectief toezicht. Daartoe moet gewaarborgd zijn dat informatie door degenen die onder toezicht staan en derden vertrouwelijk en zonder terughoudendheid aan de toezichthouder kan worden verstrekt. In andere gevallen zal het steeds van de concrete omstandigheden afhangen in hoeverre een gewichtige reden van degene die over informatie beschikt, zwaarder moet wegen dan het belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en partijen over alle relevante informatie beschikken die van belang is voor de oplossing van hun geschil.

Artikel 194, derde lid: verhouding tot Wob

Artikel 194, derde lid, (nieuw) regelt dat de overheid als derde geen inzage, afschrift of uittreksel van gegevens hoeft te verstrekken voor zover zij op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) daartoe ook niet gehouden is. De overheid neemt een bijzondere positie in als het gaat om informatieverstrekking, waarbij de Wob in specifieke criteria voor openbaarmaking voorziet. Met het derde lid wordt zeker gesteld dat de overheid op grond van dit wetsvoorstel niet gehouden is tot het verstrekken van informatie over bijvoorbeeld het Koninklijk Huis, de formatie en de ministerraad als de overheid op grond van de Wob ook niet gehouden is die informatie te verstrekken. Het gelijktrekken van de grenzen van informatieverstrekking met de Wob betekent overigens niet dat de overheid het verstrekken van bepaalde gegevens altijd kan weigeren met een beroep op de Wob. In sommige gevallen kan de overheid bijvoorbeeld volstaan met het weglakken of zwartmaken van onderdelen die niet geopenbaard mogen worden of die voor het geschil niet relevant zijn. Naar aanleiding van enkele consultatiereacties wordt opgemerkt dat van de in de Wob genoemde weigeringsgronden een zekere reflexwerking kan uitgaan ten behoeve van niet tot de overheid behorende derden. Zij kunnen een verzoek om informatie over een rechtsbetrekking waarbij zijzelf geen partij zijn weigeren met een beroep op gewichtige redenen als de daaraan ten grondslag liggende weigeringsgrond van de Wob ook voor hen toepassing kan vinden.

Artikel 194, vierde lid: inzage in persoonsgegevens

Artikel 194, eerste tot en met derde lid, is niet van toepassing voor zover de gegevens waarvan inzage wordt verzocht de persoonsgegevens van de verzoekende partij zelf betreffen. Op grond van de AVG is degene die over die gegevens beschikt, verplicht om deze kosteloos te verstrekken en kan tegenover de betrokkene geen beroep op een verschoningsrecht of het bestaan van gewichtige redenen worden gedaan (zie de artikelen 12, vijfde lid, en 15 AVG). Als inzage wordt verzocht van gegevens waarin ook persoonsgegevens van derden voorkomen die gelet op het doel van inzageverzoek niet kunnen worden weggelakt of zwartgemaakt, is artikel 194 met de daarin opgenomen voorwaarden, kostenregeling en weigeringsgronden onverkort van toepassing.

Artikel 195 (nieuw) heeft betrekking op het verzoek om inzage tijdens een lopende procedure. Voorwaarde voor dit verzoek is dat een partij op grond van artikel 194, eerste lid, eerste volzin, recht heeft op die gegevens. De verzoeker moet dus voldoende belang hebben bij het krijgen van de gegevens, de gegevens moeten relevant zijn voor de rechtsbetrekking waarbij de verzoeker partij is en de verzoeker moet voldoende concreet kunnen omschrijven om welke gegevens het gaat. Verder zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat de wederpartij over die gegevens beschikt of deze eenvoudig van een derde kan verkrijgen. De met het verstrekken van inzage gemoeide kosten komen voor rekening van de partij die om inzage verzoekt. De wederpartij is niet verplicht tot het geven van inzage als zij een beroep kan doen op een verschoningsrecht of als gewichtige redenen daaraan in de weg staan. Artikel 194, eerste lid, tweede volzin, tweede, derde en vierde lid, (nieuw) is van overeenkomstige toepassing op het inzageverzoek tijdens een procedure. Het verzoek om inzage kan in de dagvaarding of het verzoekschrift worden gedaan of later bij afzonderlijke conclusie. Dezelfde mogelijkheid heeft de verweerder in zijn conclusie van antwoord of verweerschrift of later bij incidentele conclusie. Op het verzoek wordt pas beslist nadat de rechter de wederpartij op het verzoek heeft gehoord. De rechter is vrij in de wijze waarop hij partijen over het verzoek hoort. Hij kan de wederpartij schriftelijk in de gelegenheid stellen om op het verzoek te reageren, bijvoorbeeld in een verweerschrift of in een apart processtuk. De rechter kan het verzoek ook behandelen op een mondelinge behandeling, al dan niet tegelijk met de hoofdzaak. De wijze en het moment waarop de rechter de wederpartij in de procedure op het verzoek hoort, zal sterk afhangen van het moment waarop, door welke procespartij en onder welke omstandigheden het inzageverzoek wordt gedaan. Soms zal het voor de hand liggen dat het verzoek in de vorm van een incidenteel verzoek wordt gedaan en behandeld. In andere gevallen, als de eiser in de dagvaarding een verzoek tot inzage doet met het oog op zijn bewijspositie in de procedure, kan het aangewezen zijn dat de wederpartij de gelegenheid krijgt zich voor alle wesen over het verzoek uit te laten, waarna de rechter eerst op het inzageverzoek beslist. Als de beslissing een veroordeling inhoudt tot het verstrekken van gegevens en aan die veroordeling is voldaan, kan de eiser zo nodig zijn vordering daaraan aanpassen, waarna de gedaagde zijn verweer daarop weer kan afstemmen. Dit bevordert een efficiënt verloop van de procedure. Het vonnis of de beschikking waarbij het verzoek om inzage wordt toegewezen, levert een executoriale titel tot afgifte van de bepaalde gegevens op die via de weg van artikel 491 ten uitvoer kan worden gelegd.

Als de rechter het inzageverzoek toewijst, bepaalt hij de voorwaarden, de wijze waarop en de termijn waarbinnen inzage moet worden verstrekt. Deze bepaling in het tweede lid van artikel 195 (nieuw) is ontleend aan artikel 843a, tweede lid. Aan het inzageverzoek kan de rechter bijvoorbeeld de voorwaarde verbinden dat de partij aan wie inzage moet worden verstrekt, betrouwbaar met de verkregen informatie omgaat. Een andere voorwaarde kan inhouden dat de informatie alleen op de griffie ter inzage hoeft te worden gedeponereerd om te voorkomen dat de gegevens verder worden verspreid. Bij de wijze waarop de gegevensverstrekking moet plaatsvinden, kan de rechter bijvoorbeeld bepalen dat de informatie naar de zitting wordt meegenomen, zodat ook de rechter daarvan kan kennisnemen. Verder valt te denken aan het aanwijzen van een onpartijdige derde die de gegevens mag inzien en daarvan bijvoorbeeld slechts mededeling mag doen aan de verzoeker. De rechter kan partijen ook bevelen samen een of meer deskundigen aan te wijzen die een selectie maken van de gegevens waarop wel en waarop geen recht op inzage

bestaat. Met een dergelijke door de rechter voorgeschreven procedure voor inzage in bepaalde gegevens kan worden gewaarborgd dat bijvoorbeeld bedrijfsgeheimen van een van de partijen niet onnodig worden geopenbaard, terwijl tegelijkertijd een ongerechtvaardigde informatieongelijkheid tussen partijen zo veel mogelijk wordt voorkomen.⁴¹ Zo bestaan voldoende waarborgen dat bepaalde informatie vertrouwelijk kan blijven. De termijn waarbinnen inzage moet worden gegeven, zal voornamelijk afhangen van de aard en hoeveelheid van de gegevens. Voorts kan de rechter bepalen dat binnen een bepaalde termijn een voorschot voor de te maken kosten moet worden voldaan en dat pas inzage hoeft te worden verstrekt nadat het voorschot is voldaan. De termijn voor de voldoening van het voorschot kan een of meermalen worden verlengd. Deze voorschotregeling is vergelijkbaar met de regeling die geldt bij een onderzoek door deskundigen (zie de artikelen 187 en 188 (nieuw)).

Wordt de beslissing van de rechter waarbij inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens is bevolen, in hoger beroep of cassatie vernietigd, dan bestaat achteraf beschouwd geen recht op kennisneming van de verstrekte gegevens. Het voorgestelde derde lid van artikel 195 bepaalt dat zodra die beslissing onherroepelijk is geworden («in kracht van gewijsde is gegaan»), de gegevens waarvan inzage, afschrift of uittreksel is verstrekt onverwijld, zonder onredelijke of onnodige vertraging, aan de wederpartij worden teruggegeven. Kopieën, elektronisch opgeslagen bestanden en andere gegevens die zich niet voor teruggave lenen, moeten tegelijkertijd worden vernietigd. Het achterhouden van deze gegevens is onrechtmatig en kan tot schadeplechtigheid leiden.

Artikel 195a: informatie van een ander dan de wederpartij

Artikel 195a (nieuw) betreft de situatie dat het inzageverzoek niet gericht is tot degene die partij is bij de rechtsbetrekking die inzet is van de procedure, maar tot een derde die over bepaalde gegevens beschikt. Voor het in rechte afdwingen van inzage hoeft een partij niet een afzonderlijke procedure tegen de derde aan te spannen, maar kan zij in een lopende procedure op grond van het voorgestelde artikel 195a daartoe een verzoek indienen. Ook voor dit verzoek geldt de voorwaarde dat een partij recht heeft op inzage, afschrift of uittreksel van gegevens overeenkomstig artikel 194, eerste lid, eerste volzin (nieuw). De artikelen 194, eerste lid, tweede volzin, tweede, derde lid en vierde lid, en 195 (nieuw) zijn van overeenkomstige toepassing. Hiermee wordt verzekerd dat het inzageverzoek dat tot een derde is gericht met dezelfde waarborgen is omkleed als het verzoek dat zich tot de wederpartij richt. De derde wordt geen partij in de aanhangige hoofdzaak, maar moet wel in de gelegenheid worden gesteld om op het verzoek te worden gehoord. De derde kan een verweerschrift indienen, waarna een mondelinge behandeling van het informatieverzoek volgt. De wederpartij in de hoofdzaak van de partij die het inzageverzoek doet, geldt hierbij als belanghebbende. De oproeping voor deze mondelinge behandeling vindt plaats overeenkomstig de regels voor de verzoekschriftprocedure. Na de beslissing op het inzageverzoek en de informatieverstrekking (als het inzageverzoek is toegewezen en is nagekomen) wordt de procedure in de hoofdzaak weer voortgezet. De beslissing van de rechter op het inzageverzoek levert in de verhouding tussen de partij die informatie van de derde verzoekt en die derde een vonnis of beschikking op waarmee een einde wordt gemaakt aan het geschilpunt of de derde de verlangde gegevens moet verstrekken.

Paragraaf 8 Voorlopige bewijsverrichtingen (artikel 196 t/m 204)

⁴¹ Vgl. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, NJ 2019, 70 m.nt. Ch. Gielen en A.I.M. van Mierlo, rov. 5.1.4.

In de nieuwe paragraaf 8 worden de verschillende verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting (het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht, de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging en het verzoek om inzage) samengevoegd tot één verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen. Met deze nieuwe paragraaf wordt uitvoering gegeven aan aanbeveling 5 uit hoofdstuk 2 van het advies van de expertgroep modernisering bewijsrecht.

De invoering van één verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen heeft tot doel om in de fase voorafgaand aan een procedure te voorzien in een eenvoudige procedure om opheldering te krijgen over een bepaalde feitelijk gebeuren of om bewijs veilig te stellen met het oog op een potentieel of ontstaan geschil. Het samenvoegen van de bestaande voorlopige bewijsverrichtingen maakt het eenvoudiger om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen te combineren. Een partij kan bijvoorbeeld verzoeken om een of twee getuigen te horen in combinatie met inzage in bepaalde stukken. Hiervoor hoeft niet meer afzonderlijk een voorlopig getuigenverhoor te worden verzocht en daarnaast een inzagevordering te worden ingesteld. Als het verzoek op een zitting wordt behandeld, kan de rechter met partijen overleggen welke bewijsverrichting het meest effectief is om de nog ontbrekende informatie te verzamelen of het bewijs van bepaalde feiten of rechten vast te leggen. In samenspraak met de rechter kunnen partijen tot de conclusie komen dat mogelijk een andere bewijsverrichting dan waar om werd verzocht passender is, zonder dat zij daartoe een nieuw verzoek hoeven in te dienen.

Met het samenvoegen van de bestaande bewijsverrichtingen worden ook de toetsingscriteria die gelden voor de afzonderlijke verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting op elkaar afgestemd, zodat voor alle afzonderlijke bewijsverrichtingen dezelfde toe- en afwijzingscriteria gaan gelden. Het voorstel om de bestaande voorlopige bewijsverrichtingen samen te voegen en de toetsingscriteria gelijk te trekken, heeft in de verschillende bijeenkomsten die zijn gehouden in het kader van de voorbereiding van dit wetsvoorstel en ook in de consultatie, brede steun gekregen.

Artikel 196: mogelijkheid voorlopige bewijsverrichting en weigeringsgronden

Het eerste lid van artikel 196 (nieuw) komt inhoudelijk overeen met de huidige artikelen 186, eerste lid, en 202, eerste lid, alsook met het destijds voorgestelde artikel 162b uit wetsvoorstel 33079. Het regelt wanneer een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen kan worden gedaan. Dat kan zolang een procedure over een geschil nog niet bij de rechter aanhangig is gemaakt of, als een procedure al aanhangig is gemaakt, zolang de zaak nog niet op de rol van het gerecht is ingeschreven en door het gerecht wordt behandeld. Voor het begrip «aanhangig» en de inschrijving op de rol wordt verwezen naar artikel 125. Wordt de zaak ingeschreven op de rol van het gerecht, dan gaat de zaak lopen en zullen verzoeken tot nadere waarheidsvinding of bewijslevering in de procedure zelf moeten worden gedaan. Na een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen kan de wederpartij eenzelfde verzoek indienen dat de rechter vervolgens in die procedure gelijktijdig kan behandelen. Een gezamenlijke behandeling bevordert niet alleen de waarheidsvinding en de efficiëntie, maar ook een adequate bespreking bij de rechter van het geschil van partijen. Dit draagt bij aan het daadwerkelijke oplossen van geschillen tussen partijen. Naar aanleiding van een opmerking van de Rvdr wordt opgemerkt dat artikel 196 (nieuw) onder de reikwijdte van artikel 284, eerste lid, valt. Dit brengt mee dat in zaken waarin de aard van de zaak zich verzet tegen de overeenkomstige toepassing van het bewijsrecht, bijvoorbeeld in jeugdbeschermingszaken, het niet mogelijk is om een voorlopige bewijsverrichting te verzoeken.

Onder de voorlopige bewijsverrichtingen vallen het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht, de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging en het verzoek om inzage. Het verzoek kan een van deze bewijsverrichtingen of een combinatie daarvan omvatten, bijvoorbeeld een verzoek tot het horen van getuigen en een gerechtelijke plaatsopneming of een verzoek om inzage en de benoeming van een deskundige. Het verzoek kan worden gedaan door iedere belanghebbende partij. Belanghebbenden zijn degenen die het aanhangig maken van een procedure bij de rechter overwegen, degenen die verwachten als verweerder in een procedure te worden betrokken en verder diegenen die anderszins bij een ophanden zijnde procedure belang hebben. Met deze kring van belanghebbenden wordt aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over de strekking van het voorlopig getuigenverhoor en de in dat verband genoemde personen die bevoegd zijn tot het doen van een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor.⁴²

Het verzoek wordt gedaan door het indienen van een verzoekschrift. Voor de inhoud daarvan geeft artikel 197 (nieuw) nadere voorschriften.

Toetsingscriteria

In het tweede lid van artikel 196 (nieuw) staan de toetsingscriteria voor het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen. Uitgangspunt is dat de rechter het verzoek toewijst, tenzij zich een van de afwijzingscriteria voordoet. Het beginsel van «toewijzen, tenzij» sluit aan bij het belang van de waarheidsvinding in een civiele procedure en het daarmee samenhangende doel van de voorlopige bewijsverrichtingen. Dat doel is gelegen in het snel verkrijgen van opheldering over omstreken of onbekende feiten en het voorkomen dat bewijs daarvan verloren gaat. Aan de hand van de verkregen informatie of het vastgelegde bewijs kunnen partijen hun positie in een mogelijke procedure of in de onderhandelingen beter inschatten en beoordelen of het raadzaam is om een procedure te beginnen. De voorlopige bewijsverrichtingen dienen hierbij als middel om het vinden van een buitengerechtelijke oplossing van het geschil te faciliteren of, als dat niet mogelijk is en een procedure nodig is om het geschil te beëindigen, in een vroeg stadium van de procedure te beschikken over de relevante feiten waardoor de procedure voortvarend kan verlopen.

Ondanks dat de drempel voor de toewijzing van voorlopige bewijsverrichtingen laag is, kunnen er gegronde redenen zijn om een verzoek toch niet toewijsbaar te achten. Voorgesteld wordt om de vijf afwijzingscriteria op te nemen die de expertgroep in haar advies heeft geformuleerd.⁴³ Deze criteria zijn deels afkomstig uit de jurisprudentie van de Hoge Raad over het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht⁴⁴ en toepasbaar op het inzagerecht, deels rechtstreeks ontleend aan het inzagerecht (artikel 843a). Het gaat om de volgende criteria: a) onvoldoende bepaaldheid van de verlangde informatie, b) het ontbreken van voldoende belang, c) strijd met de goede procesorde, d) misbruik van bevoegdheid en e) het bestaan van gewichtige redenen. De afwijzingscriteria gelden voor alle bronnen van informatie. Hierdoor bestaan geen noemenswaardige verschillen meer al naar gelang wordt verzocht om inzage in schriftelijke informatie, mondelinge informatie afkomstig van getuigen, een oordeel van deskundigen of een plaatsopneming en bezichtiging. Met het gelijkstellen van de afwijzingsgronden voor een verzoek om inzage met die voor de andere voorlopige bewijsverrichtingen

⁴² Zie HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1683, NJ 1998, 414, m.nt. P. Vlas.

⁴³ Zie het advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, par. 3.5.3–3.5.7.

⁴⁴ HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6809, NJ 2005, 42 m.nt. W.D.H. Asser en HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3938, NJ 2008, 608.

worden ook de nu in de praktijk lastig toepasbare criteria voor de beoordeling van een inzageverzoek vereenvoudigd en verduidelijkt.

Voordat de afwijzingscriteria afzonderlijk worden toegelicht, wordt nog opgemerkt dat de afwijzingscriteria geen van elkaar afgescheiden criteria vormen, maar min of meer in elkaar overlopen en om die reden naast elkaar van toepassing kunnen zijn. De criteria beogen de rechter houvast te geven om een verzoek tot informatie af te wijzen als daarvoor een gegronde reden aanwezig is. Van een onderlinge rangorde is daarom geen sprake, hoewel het vierde en vijfde criterium (misbruik van bevoegdheid en het bestaan van gewichtige redenen) als sluitstuk fungeren. Daarmee wordt bedoeld dat een verzoek dat de toetsingsgronden a), b), of c) doorstaat, alsnog kan worden afgewezen op grond van de criteria d) of e). Aan de hand van deze vijf criteria kan de rechter bij de beslissing op het verzoek om informatie verschillende aspecten in zijn oordeel meewegen, zoals de aard van het geschil, de aard en hoeveelheid van de verzochte informatie, de beschikbaarheid ervan, de kosten, de moeite die het kost om de informatie te verzamelen en te verstrekken, de betrouwbaarheid van bepaalde informatie en de hoedanigheid van partijen en van eventuele derden.

De vijf voorgestelde gronden vertonen deels overlap met de voorwaarden waaronder een recht op inzage bestaat. Dat geldt voor het eerste, tweede en vijfde criterium (de bepaaldheidseis, voldoende belang en gewichtige redenen). Deze in artikel 194, eerste en tweede lid, (nieuw) voorgestelde voorwaarden betreffen de materiële gronden voor de toewijzing van een verzoek om inzage en zijn meer gericht op een inhoudelijke beoordeling van een inzageverzoek. De vijf processuele gronden van artikel 196, tweede lid, zijn bedoeld als toetsingscriteria voor de toewijzing van een voorlopige bewijsverrichting, waaronder een inzageverzoek, voorafgaand aan een procedure en zien vooral op het processuele belang van een partij bij een voorlopige bewijsverrichting. Met de overlap tussen de materiële en processuele toetsingsgronden is verder geen inhoudelijk verschil beoogd.

a) onvoldoende bepaaldheid van de verlangde informatie

Het eerste criterium betreft een van de bestaande voorwaarden voor toewijzing van een vordering tot inzage op grond van artikel 843a die terugkomt in het voorgestelde artikel 194. Het gaat om de eis dat de vordering betrekking heeft op *bepaalde* bescheiden. Als een partij niet voldoende concreet kan omschrijven welke stukken haar aanleiding geven tot het indienen van een verzoek om inzage, moet het verzoek op grond van artikel 196, tweede lid, onder a, (nieuw) worden afgewezen om de reden dat de verlangde informatie onvoldoende nauwkeurig bepaald is. Het bepaalbaarheids criterium is ook toepasbaar op de overige voorlopige bewijsverrichtingen. Als een partij niet voldoende concreet kan omschrijven waarom bepaalde getuigen moeten worden gehoord of deskundigen moeten worden benoemd, bijvoorbeeld omdat hun betrokkenheid bij een bepaald voorval niet duidelijk wordt gemaakt of omdat een partij niet duidelijk maakt waarover een deskundige zich precies moet uitlaten, kan de rechter tot het oordeel komen dat de verlangde informatie niet voldoende bepaald is en het verzoek om die reden afwijzen.

b) onvoldoende belang

Een voorlopig getuigenverhoor kan worden afgewezen als het op zichzelf aan de eisen voor toewijzing daarvan voldoet, maar de verzoeker daarbij geen belang heeft als bedoeld in artikel 3:303 BW, dat bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Voorgesteld wordt om voor alle voorlopige bewijsverrichtingen het hebben van voldoende belang wettelijk voor te schrijven, in aansluiting op de algemene bepaling van artikel 3:303 BW. Van onvoldoende belang is sprake wanneer de verzoeker niet duidelijk vermeldt wat hij met de

voorlopige bewijsverrichting wil bereiken of niet concreet omschrijft welk potentieel of gerezen geschil aan het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen ten grondslag ligt. Onvoldoende belang kan ook aanwezig zijn als aanneemelijk is dat een andere voorlopige bewijsverrichting minder belastend is en daarmee meer voor de hand ligt voor het verkrijgen van de verlangde informatie dan de bewijsverrichting waarom is verzocht. In het bijzonder bij een inzageverzoek dat tot een derde is gericht, kan onvoldoende belang zich voordoen als de verzoeker niet aanneemelijk weet te maken dat alleen die derde over de informatie beschikt en niet ook de wederpartij bij de rechtsbetrekking waarbij de verzoeker partij is. Ook kan de rechter bij de beoordeling van het verzoek tegenover een derde meewegen hoe belastend het informatieverzoek voor die derde is. Afwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit van het inzageverzoek liggen aldus besloten in het criterium van voldoende belang.

c) strijd met de goede procesorde

Een voorlopig getuigenverhoor kan ook worden afgewezen als het strijdig is met de eisen van een goede procesorde. Dit afwijzingscriterium gaat gelden voor alle voorlopige bewijsverrichtingen. Anders dan de overige criteria, heeft dit criterium vooral betrekking op het moment waarop het verzoek wordt gedaan. Dit afwijzingscriterium biedt de rechter de mogelijkheid om zowel voorbarige als tardieve verzoeken af te wijzen. Als een procedure over het geschil bijvoorbeeld al inhoudelijk wordt behandeld, is het te laat voor een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen en is het verzoek dus niet toewijsbaar. De bewijsverrichting moet dan in de procedure zelf plaatsvinden om te voorkomen dat een voorlopige bewijsverrichting de bewijslevering in de lopende procedure doorkruist. Ook als nog geen procedure is aangespannen, kan een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting ontijdig zijn als zich bijvoorbeeld nog helemaal geen geschil aftekent waarover feiten moeten worden opgehelderd. Het criterium van strijd met de goede procesorde strekt zich ook uit tot de proceshouding van een partij en biedt de rechter de mogelijkheid om bijvoorbeeld herhaalde verzoeken met steeds dezelfde inhoud af te wijzen.

d) misbruik van bevoegdheid

Een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenonderzoek kan voorts, als het overigens aan de eisen voor toewijzing daarvan voldoet, worden afgewezen als van deze voorlopige bewijsverrichtingen misbruik wordt gemaakt. Het misbruikcriterium is ontleend aan artikel 3:13 BW dat bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze niet kan inroepen als hij daar misbruik van maakt. Het criterium «misbruik van bevoegdheid» wordt in dit wetsvoorstel uitdrukkelijk voor alle voorlopige bewijsverrichtingen als afwijzingsgrond opgenomen en geldt als een belangrijke waarborg tegen de toewijzing van zogenaamde fishing expeditions.

e) gewichtige redenen

Het laatste afwijzingscriterium is ook bekend in de rechtspraak. Het criterium van gewichtige redenen vormt een weigeringsgrond voor het delen van informatie na een bevel van de rechter op grond van artikel 22 of na een inzagevordering op grond van artikel 843a. In de jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dit criterium ook als een afwijzingsgrond voor het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht (in de zin van het bestaan van zwaarwegende bezwaren). Het begrip gewichtige redenen omvat het bestaan van een geheimhoudingsplicht die door toekenning van een verschoningsrecht is erkend. Ook als geen wettelijk verschoningsrecht bestaat, kan het vertrouwelijke karakter van gegevens, bijvoorbeeld persoonlijke of bedrijfsgevoelige informatie, zich ertegen verzetten dat deze informatie voorafgaand aan een procedure met de wederpartij en/of de rechter wordt gedeeld. In reactie op een vraag in de consultatie wordt opgemerkt dat de bescherming van een bedrijfs-

geheim in een potentieel of ontstaan geschil waarin de inbreuk op dat bedrijfsgeheim niet de kern of aanleiding van dat geschil vormt, ook onder het begrip gewichtige redenen valt. De invulling van het criterium gewichtige redenen wordt verder, net als in het huidige recht, nader overgelaten aan de rechtspraak.

Artikel 197: bevoegdheid rechter en eisen aan verzoekschrift

Artikel 197, eerste lid, (nieuw) regelt welke rechter bevoegd is om van het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen kennis te nemen. Deze bepaling komt overeen met artikel 187, eerste lid, (oud) voor het voorlopig getuigenverhoor, artikel 203, eerste lid, (oud) voor het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging, en het destijds voorgestelde 162b, tweede lid, in het wetsvoorstel 33079. In spoedeisende gevallen kan het verzoek ook worden gedaan aan de voorzieningenrechter. De vraag in de consultatie of de mogelijkheid blijft bestaan om in een kort geding procedure om inzage te vragen, wordt dus bevestigend beantwoord.

Het tweede en derde lid geven voorschriften over de inhoud van het verzoekschrift. In het tweede lid staan de gegevens die de verzoeker in aanvulling op artikel 278 in het verzoekschrift moet vermelden. Het derde lid bepaalt voor elke bewijsverrichting die wordt verzocht, welke specifieke, op die bewijsverrichting afgestemde gegevens de verzoeker nog meer moet vermelden.

Op grond van het tweede lid moet het verzoekschrift waarbij om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen wordt verzocht, de volgende gegevens bevatten:

- a. een kernachtige omschrijving van het geschil of het feitencomplex waarop het informatieverzoek betrekking heeft, waaronder de feiten en rechten waarover informatie wordt verlangd of bewijs wordt verzameld. Dit vereiste dwingt een partij scherp en tot in de kern het (potentiele) geschil of feitelijk gebeuren te omschrijven met het oog waarop en ter opheldering waarvan zij een voorlopige bewijsverrichting verzoekt. Hierdoor wordt voor de rechter en de wederpartij voldoende duidelijk wat de aard en strekking van het verzoek is. De eis van een kernachtige omschrijving biedt daarnaast een belangrijke waarborg tegen onbegrensde informatieverzoeken en het houden van oeverloze getuigenverhoren. Door van partijen te verlangen dat zij hun verzoek om informatie preciseren, kunnen ongewenste fishing expeditions makkelijker worden ontmaskerd en kan worden bevorderd dat de meest passende bewijsverrichting wordt ingezet voor de opheldering van de nog ontbrekende informatie of het verzamelen van bewijsmateriaal. De suggestie van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht om naleving van de eis van kernachtigheid op straffe van niet-ontvankelijkheid af te dwingen, is overgenomen. Een partij die niet in staat is de aanleiding van haar verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen kernachtig te omschrijven, wordt door de rechter niet-ontvankelijk verklaard (zie de slotzin van het tweede lid). Dit vormt een extra waarborg tegen mogelijke fishing expeditions en tegen moeizame en tijdrovende behandelingen van ongestructureerde verzoeken door de rechter. Het staat een partij overigens vrij een nieuw verzoek in te dienen als zij op een later moment beter in staat is het geschil of de feitelijke gebeurtenis waarop het informatieverzoek betrekking heeft, te preciseren.
- b. de aard en het beloop van de vordering of het verzoek. Dit vereiste dat is overgenomen van artikel 187, tweede lid, onder b, (oud), artikel 203, tweede lid, onder b, (oud) en artikel 162b, vierde lid, onder a, van het wetsvoorstel 33079, is vooral van belang voor de rechter om te

beoordelen of hij bevoegd is om van het verzoek kennis te nemen. De vraag bij welke rechter het verzoek moet worden ingediend, wordt geregeld in het eerste lid van artikel 197 (nieuw).

- c. de naam en woonplaats van de wederpartij of de reden waarom de wederpartij onbekend is. Dit onderdeel komt overeen met artikel 187, derde lid, onderdeel d, (oud), artikel 203, tweede lid, onderdeel c, (oud) en het destijds voorgestelde artikel 162b, vierde lid, onderdeel e, van het wetsvoorstel 33079. Als de wederpartij nog niet bekend is, zal de verzoeker gemotiveerd moeten uiteenzetten waarom hij nog niet weet tegen wie zijn vordering of verzoek is gericht of wie belanghebbenden bij zijn informatieverzoek zijn. Dit biedt een belangrijke waarborg om misbruik van het verzoek om informatie tegen te gaan.

Het derde lid bevat vier afzonderlijke gegevens die moeten worden vermeld voor zover om een bepaalde bewijsverrichting wordt verzocht:

- a. Onderdeel a heeft betrekking op het horen van getuigen. De vermelding van de namen en woonplaatsen die de verzoeker als getuigen wil doen horen, is overgenomen van artikel 187, derde lid, onder c, (oud).
- b. Aan onderdeel b wordt toegekomen als wordt verzocht om een onderzoek door deskundigen. De verzoeker zal dan in het verzoekschrift de punten moeten opgeven waarover het oordeel van deskundigen wordt gevraagd, overeenkomstig artikel 203, tweede lid, onder b, (oud). Ook moet de verzoeker de naam en hoedanigheid vermelden van de deskundigen die hij op het oog heeft. Deze nieuwe eis strekt ertoe de benoeming van een of meer deskundigen efficiënt te laten verlopen en een onnodige en kostenverhogende opeenstapeling van deskundigenrapporten te voorkomen. Voorkomen moet worden dat een partij eerst zelf een partijdeskundige inschakelt, waarna de wederpartij zich genoodzaakt voelt een contra-expertise in te winnen, partijen vervolgens elkaars deskundigenrapport onderuit-halen en de rechter in een reflex een derde deskundige benoemt. Deze «rituele drieslag»⁴⁵ bij deskundigenrapportages kan achterwege blijven als een partij in plaats van zelf een deskundige in te schakelen, deze door de rechter laat benoemen. Door vermelding van diens naam en hoedanigheid in het verzoekschrift kunnen bezwaren van de wederpartij tegen de persoon of expertise van de deskundige bij voorbaat worden weggenomen of kan de wederpartij zelf een andere deskundige voorstellen. Als een mondelinge behandeling volgt, kan de rechter meteen met partijen afspraken maken over de benoeming van een of meer andere deskundigen, de vraagstelling en de verdere procedure. Als beide partijen elk een eigen deskundige voorstellen, kan de rechter ook de beide deskundigen opdracht geven om gezamenlijk een deskundigenrapport uit te brengen of om na het uitbrengen van ieders eigen rapport met elkaar in overleg te treden en tot een gezamenlijk standpunt te komen (vgl. een «joint statement» van de deskundigen). Ook kan de rechter de deskundigen na het uitbrengen van ieders eigen rapport op een zitting horen en de deskundigen in aanwezigheid van partijen confronteren met elkaars bevindingen (vgl. het organiseren van «concurrent expert evidence» ter zitting of «hot tubbing»⁴⁶).
- c. Voor een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging moet in het verzoekschrift de plaats of zaak worden vermeld die de rechter moet bezichtigen of bekijken (vgl. het huidige artikel 203, tweede lid, onder b).

⁴⁵ R.H. de Bock, Hoe maken we het deskundigenbericht weer aantrekkelijk?, *Expertise en Recht 2017-6*, p. 241–242.

⁴⁶ Zie het advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht, nr. 158.

- d. Als om inzage van gegevens wordt verzocht, is onderdeel d van toepassing, dat is ontleend aan het destijds voorgestelde artikel 162b, vierde lid, onderdelen c en d, van het wetsvoorstel 33079. De aanduiding van de gegevens betreft een nadere invulling van het bepaaldheidsvereiste. De vermelding van de namen en woonplaatsen van degenen die de gegevens tot hun beschikking hebben, maakt voor de rechter inzichtelijk of het informatieverzoek gericht is tegen de wederpartij bij de rechtsbetrekking van de verzoeker of tegen een derde.

Artikel 198: oproeping mondelinge behandeling voorlopige bewijsverrichting

Op grond van het eerste lid van artikel 198 (nieuw) wordt op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen pas beslist nadat een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. De verzoeker en de wederpartij worden hiervoor opgeroepen. Als het verzoek de inzage van stukken bij een ander dan de wederpartij betreft, is deze derde de wederpartij bij de voorlopige bewijsverrichting en geldt de wederpartij in het ontstane of potentiële geschil als belanghebbende bij de beslissing op het verzoek om de voorlopige bewijsverrichting. Gelet op het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor wordt zowel de wederpartij als de belanghebbende voor de mondelinge behandeling van het verzoek opgeroepen. Dit volgt uit het voorgestelde artikel 195a, tweede lid, dat bepaalt dat de verzoeker, de derde en de wederpartij in de hoofdzaak (het eigenlijke geschil) voor de mondelinge behandeling van het inzageverzoek worden opgeroepen. De overeenkomstige toepassing van het voorgestelde artikel 195a volgt uit artikel 204 (nieuw) dat in aanvulling op dit artikel geldt.

De oproeping vindt plaats op de wijze die is voorgeschreven in artikel 279. De verweerder kan een verweerschrift indienen. Als de wederpartij niet bekend is of in geval van onverwijlde spoed, kan op het verzoek worden beslist zonder dat daaraan een mondelinge behandeling is voorafgegaan. Deze bepaling sluit aan bij artikel 187, vierde lid, (oud) en artikel 203, derde lid, (oud). In de consultatie is gebleken dat in de praktijk de opgeroepen wederpartij wordt uitgenodigd schriftelijk mee te delen geen bezwaar tegen de toewijzing van het verzoek te hebben, zodat niet steeds een mondelinge behandeling hoeft plaats te vinden.⁴⁷ In de voorgestelde bepaling wordt uitdrukkelijk bij deze praktijk aangesloten en kan de mondelinge behandeling achterwege blijven als de wederpartij, net als nu, afstand doet van het recht op een mondelinge behandeling. Alleen bij een verzoek om inzage zal altijd een mondelinge behandeling plaatsvinden en zal de rechter het verzoek dus niet «ex parte» toewijzen. Het verschil met de andere voorlopige bewijsverrichtingen is dat het inzageverzoek steeds gericht is tot een specifieke partij van wie de verzoeker kennelijk niet vrijwillig, buiten de rechter om, inzage, afgifte of uittreksel van bepaalde gegevens krijgt. Die specifieke partij kan de wederpartij bij de rechtsbetrekking zijn of een derde die over de verzochte gegevens beschikt. Bij het verzoek om inzage voorafgaand aan een procedure geldt de derde dan als de wederpartij van de verzoeker en wordt de wederpartij bij de rechtsbetrekking beschouwd als de belanghebbende. Als de verzochte informatie niet vrijwillig wordt verstrekt, zal de wederpartij ook bezwaar hebben tegen de toewijzing van het inzageverzoek door de rechter. De bezwaren tegen de verstrekking van de verzochte informatie zal deze partij dan bij de rechter willen herhalen. Van onbekendheid van de wederpartij is bij een inzageverzoek om die reden geen sprake. In geval van onverwijlde spoed kan het verzoek ook in kort geding worden gedaan, net zoals dat nu bij een vordering op grond van

⁴⁷ Zie ook Van Nispen, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 187 Rv, aant. 6.

artikel 843a mogelijk is. De wederpartij en eventuele andere belanghebbenden zullen dan volgens de gewone regels die voor het kort geding gelden, in de procedure worden opgeroepen.

Het tweede lid sluit aan bij de huidige artikelen 188, eerste lid, en 190, eerste lid, alsmede de huidige artikelen 204, eerste lid, en 206, eerste lid. Wordt het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen geheel of gedeeltelijk toegewezen, dan bepaalt de rechter in zijn beschikking de dag waarop de verzoeker uiterlijk een afschrift van het verzoekschrift (als dat nog niet was gebeurd) en van de beschikking aan de wederpartij moet doen toekomen. Om te waarborgen dat deze afschriften de geadresseerde ook bereiken, wordt verzending per aangetekende brief of betekening door een deurwaarder voorgeschreven. De verplichting voor de rechter om te controleren of de verzoeker aan dit voorschrift heeft voldaan, wordt per bewijsverrichting afzonderlijk geregeld, omdat het controlemoment door de rechter per bewijsverrichting verschilt.

Artikel 199: mondelinge behandeling voorlopige bewijsverrichting

Als op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen een mondelinge behandeling volgt, stelt de rechter partijen in de gelegenheid zich over het verzoek uit te laten. De behandeling van het verzoek kan de rechter aanleiding geven om van partijen nadere inlichtingen te vragen of om partijen aanwijzingen te geven die hij geraden acht. Ook kan de rechter een schikking beproeven of lopende schikkingsonderhandelingen bevorderen als hij daartoe aanleiding ziet en de behoefte van partijen daarop ook lijkt te zijn gericht. De regierol van de rechter is in deze fase er vooral op gericht de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure zo efficiënt mogelijk te laten plaatsvinden. De voor de ontvankelijkheid van het informatieverzoek vereiste kernachtige omschrijving van het geschil of de gebeurtenis waarop het verzoek betrekking heeft, biedt de rechter de mogelijkheid adequaat sturing te geven aan de behoefte aan informatie en het vinden van een oplossing van het geschil. Daarbij kan de rechter proberen om door enige inkadering van het dreigende of ontstane geschil te voorkomen dat het geschil onnodig wordt gejuridiseerd of tussen partijen escaleert. Ook in deze voorfase van de procedure geldt dat de rechter steeds de partijautonomie moet respecteren. Met inachtneming hiervan kan de rechter in samenspraak met partijen overleggen wat de meest passende bewijsverrichting is voor het verkrijgen van de nog ontbrekende informatie of het vastleggen van bepaald bewijsmateriaal. Als de rechter van oordeel is dat ook op een andere, minder bezwaarlijke wijze de verzochte informatie kan worden verkregen of veiliggesteld, kan hij dit aan partijen voorleggen. De verzoeker kan de suggestie van de rechter overnemen of volharden in de door hem verzochte bewijsverrichting. De rechter beslist uitsluitend op het verzoek aan de hand van de in artikel 196, tweede lid, (nieuw) genoemde gronden. Wanneer de rechter een verzochte bewijsverrichting niet zinvol acht, kan hij het verzoek om die bewijsverrichting dus alleen afwijzen op de grond dat bijvoorbeeld voldoende belang bij die bewijsverrichting ontbreekt.

Het tweede lid voorziet in de mogelijkheid om op verzoek van partijen of van een van hen of ambtshalve een mondelinge behandeling te bevelen nadat een of meer voorlopige bewijsverrichtingen hebben plaatsgevonden. Deze mogelijkheid die nu alleen na afloop van een voorlopig getuigenverhoor bestaat (zie artikel 191 (oud)), wordt opengesteld voor alle voorlopige bewijsverrichtingen. Op de mondelinge behandeling na afloop van een of meer voorlopige bewijsverrichtingen kan de rechter met partijen een schikking beproeven of partijen verzoeken tot het geven van inlichtingen. Ook kan de rechter met partijen de verdere wijze van behandeling van geschillen over de vordering bespreken. Net als in het

huidige recht zal van deze mogelijkheid alleen gebruik worden gemaakt als de rechter of partijen dat in de gegeven omstandigheden passend en wenselijk achten. Het gaat dus niet om een standaard mondelinge behandeling.

Het derde lid maakt het mogelijk dat tijdens de mondelinge behandeling gemaakte afspraken op verzoek van een partij in een proces-verbaal worden vastgelegd, dat door partijen wordt ondertekend. Deze faciliteit van artikel 191, tweede lid, (oud) voor het voorlopig getuigenverhoor krijgt in dit wetsvoorstel een breder toepassingsbereik.

Artikel 200: geen rechtsmiddel, tenzij door de rechter opengesteld

Op grond van het voorgestelde artikel 200 staat tegen de beslissing op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen geen hoger beroep of cassatie open, tenzij de rechter dat ambtshalve of op verzoek van een of beide partijen openstelt. Het rechtsmiddelenverbod geldt voor alle voorlopige bewijsverrichtingen en geldt zowel bij de toewijzing als bij de afwijzing van het verzoek. Hiermee komt het huidige asymmetrische appelverbod te vervallen, op grond waarvan bij een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging uitsluitend tegen de afwijzing daarvan een rechtsmiddel kan worden ingesteld (zie de artikelen 188, tweede lid, en 204, tweede lid, (oud)). Voor alle voorlopige bewijsverrichtingen gaat dus een uniforme regeling gelden.

Geen hoger beroep en cassatie, tenzij

Voorgesteld wordt een appelverbod waarbij de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie niet helemaal wordt afgesloten. Aan deze keuze ligt ten grondslag dat de doelstellingen van de fase voorafgaand aan een procedure niet samen gaan met de mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel tegen beslissingen op verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen. De beslissing op deze verzoeken moet partijen in staat stellen voort te kunnen met de informatiegaring en bewijsverzameling en het vinden van een oplossing voor hun geschil. Bij een toewijzende beslissing op het verzoek betekent dit dat de voorlopige bewijsverrichting kan plaatsvinden; bij een afwijzing van het verzoek bestaat geen recht op het verkrijgen of vastleggen van de verlangde informatie. Het instellen van een rechtsmiddel leidt tot vertraging en geeft over het algemeen eerder aanleiding tot juridisering en escalatie van het geschil en staat daarmee in de weg aan opheldering van de feiten en conflictoplossing. Vanwege het bestaande asymmetrische appelverbod leidt het voorgestelde systeem niet tot een wijziging van het huidige recht bij de toewijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht of plaatsopneming en bezichtiging (daar geldt het appelverbod). Alleen bij de afwijzing van het verzoek geldt nu geen appelverbod. Met het schrappen van het asymmetrische appelverbod wordt de positie van de verzoeker en de verweerder om al dan niet tegen de beslissing op het verzoek op te komen, gelijkgesteld. Bovendien kan een partij na een afwijzing van het verzoek opnieuw een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting indienen als de omstandigheden anders zijn komen te liggen. De afwijzende beslissing van de rechter kan eventueel ook aan de orde worden gesteld in de procedure als die wordt gestart. Als daartoe aanleiding bestaat, kan de bewijsverrichting op verzoek van de belanghebbende partij dan alsnog plaatsvinden.

Voor het verzoek om inzage wijzigt het huidige recht wel, omdat nu zowel tegen de toe- als de afwijzing van een inzagevordering hoger beroep en cassatie kan worden ingesteld. Het uitgangspunt van het inzagerecht in dit wetsvoorstel is dat een partij bij een rechtsbetrekking in beginsel recht

heeft op voor die rechtsbetrekking relevante gegevens (behalve als degene die over de informatie beschikt zich op een verschoningsrecht of andere gewichtige redenen kan beroepen). Wordt het verzoek om inzage toegewezen, dan zal degene die over de verzochte informatie beschikt, deze informatie moeten delen met de verzoekende partij, zo nodig onder bepaalde voorwaarden, zoals een verplichting tot geheimhouding of de tussenkost van een deskundige of andere, onafhankelijke derde. In de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht en in de stakeholders-bijeenkomst is de zorg geuit dat het uitsluiten van hoger beroep tegen een toewijzende beslissing op een verzoek tot inzage tot onomkeerbare gevolgen leidt, omdat na de toewijzing van het verzoek inzage moet worden verleend zonder dat de gegrondheid van dat verzoek door een andere rechter kan worden getoetst. Hierover wordt opgemerkt dat de rechter hoger beroep kan openstellen (zie hierna). Bovendien geldt, evenals in het huidige recht, dat als de toewijzing van de inzagevordering uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, ook inzage moet worden verleend. Het hoger beroep tegen die beslissing kan de inzageverstrekking niet meer terugdraaien. Het verschil tussen een verzoek om inzage en een verzoek om een van de andere voorlopige bewijsverrichtingen is minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Ook na de toewijzing van het verzoek om inzage kan een tussenstap worden ingebouwd, zoals bij een toegewezen verzoek tot het houden van een getuigenverhoor. Bij het getuigenbewijs wordt eerst het verzoek beoordeeld en vervolgens als de getuige wordt opgeroepen en zich beroept op een verschoningsrecht, wordt de getuigplicht nog eens afzonderlijk beoordeeld. Een soortgelijke waarborg kan bij het verzoek om inzage worden ingebouwd door de voorwaarden die de rechter op verzoek van de wederpartij of ambtshalve kan verbinden aan de inzage. De rechter kan bijvoorbeeld de eis stellen dat eerst een voorschot wordt voldaan of de tussenkost van een deskundige bevelen. Ook kan de rechter op verzoek van de verweerder gebruik maken van de mogelijkheid die de artikelen 22 en 22a bieden voor het geheimhouden van stukken. De rechter zal de stukken waarvan inzage wordt verlangd, dan eerst zelf bekijken of door een andere rechter laten bekijken voordat op het beroep op geheimhouding wordt beslist. Ook kan de rechter bepalen dat de kennisneming van de stukken blijft voorbehouden aan een bepaalde gemachtigde.

Uitzondering op het appelverbod

Bij de beslissing op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen kan de rechter hoger beroep of cassatie daarvan toelaten. Het is aan het beleid van de rechter overgelaten om een rechtsmiddel al dan niet toe te staan. Partijen kunnen de rechter hierom uitdrukkelijk vragen. De verzoekende partij kan de rechter vragen om een rechtsmiddel open te stellen als zij bij de (eventuele) afwijzing van haar verzoek vreest dat de feiten die zij opgehelderd wenst te zien of de bewijsmiddelen die zij wil veiligstellen, verloren zullen gaan en die feiten of bewijsmiddelen volgens haar niet op andere wijze of door andere bronnen van informatie kunnen worden verkregen. Voor de verwerende partij kan een zwaarwegend belang tegen het verzoek om een voorlopige bewijsverrichting reden zijn om de rechter te vragen om hoger beroep of cassatie open te stellen tegen de (eventuele) toewijzing van het verzoek, bijvoorbeeld vanwege het vertrouwelijke karakter van gegevens waarvan inzage wordt verzocht. Zoals bij de beoordeling van een vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad, zal de rechter bij zijn beslissing om een rechtsmiddel open te stellen de belangen van partijen in de voorfase van een mogelijke procedure tegen elkaar moeten afwegen met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Voorstelbaar is dat wanneer een partij een relevant bezwaar heeft aangevoerd tegen het delen van informatie, de rechter eerder geneigd zal zijn hoger beroep en cassatie tegen zijn

beslissing open te stellen dan wanneer de weigering van een partij om aan het inzageverzoek mee te werken voornamelijk voortkomt uit onwil van die partij.

Hoger beroep en cassatie worden in dit wetsvoorstel vooral beoogd voor die gevallen waarin de vraag of een voorlopige bewijsverrichting moet worden toegestaan omstreden is, principieel ligt of nieuwe vragen opwerpt waarbij enige rechtsontwikkeling gewenst is. Het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en cassatie in het belang der wet tegen beslissingen op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen blijven mogelijk. Dat geldt ook voor het invoeren van de doorbrekingsgronden die in de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn ontwikkeld.⁴⁸ Bij het niet in acht nemen van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor bijvoorbeeld kan op grond van deze «doorbraakjurisprudentie» een rechtsmiddel tegen de bestreden beslissing worden ingesteld. Verder blijft voor een derde die niet op het verzoek tot een voorlopige bewijsverrichting door de rechter is gehoord, omdat hij in het daartoe strekkende verzoek niet als wederpartij of belanghebbende partij was genoemd, de mogelijkheid bestaan om de beslissing op die grond in een hogere instantie te bestrijden.⁴⁹

Termijn voor het instellen van het rechtsmiddel

Voorgesteld wordt om de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel na daartoe verkregen verlof van de rechter op vier weken te stellen. Deze termijn is vergelijkbaar met de appeltermijn van uitspraken die in kort geding zijn gewezen. De reden voor deze kortere termijn is dat het hoger beroep of cassatie geen betrekking heeft op een in de vorige instantie uitgeprocedeerd geschil, maar uitsluitend op de vraag of recht bestaat op een voorlopige bewijsverrichting voor het ophelderen van feiten of het vastleggen van bewijs. De beoogde doelstellingen van de waarheidsvinding, het inschatten van de eigen procespositie en het vinden van een buitengerechtelijke oplossing voor het geschil rechtvaardigen een kortere beroepstermijn dan de gebruikelijke termijn van drie maanden.

Artikel 201: aanvullende regels voor het voorlopig getuigenverhoor

Het voorgestelde artikel 201 bevat in aanvulling op de voorgaande bepalingen enkele regels die uitsluitend van toepassing zijn op het voorlopig getuigenverhoor en die zijn overgenomen van het huidige recht. Het eerste lid komt overeen met artikel 188, eerste lid, (oud). Wanneer het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor wordt toegevoegd, bepaalt de rechter in zijn beschikking de tijd, plaats en uur waarop het getuigenverhoor zal plaatsvinden. Voor het overige zijn de bepalingen omtrent het getuigenverhoor tijdens een lopende procedure van overeenkomstige toepassing, zoals artikel 189 (oud) dat nu ook bepaalt. Het tweede lid betreft het huidige artikel 190, eerste lid, laatste volzin (oud). Voordat de rechter overgaat tot het houden van het voorlopig getuigenverhoor, controleert hij of de verzoeker heeft voldaan aan zijn verplichting om de wederpartij in kennis te stellen van het door de rechter toegestane verzoek om een voorlopig getuigenverhoor. Met deze verplichting wordt gewaarborgd dat de wederpartij zo veel mogelijk wordt betrokken bij het voorlopig getuigenverhoor. Daarmee wordt ook de bewijskracht van de in het voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen versterkt doordat beide partijen de getuigen vragen hebben kunnen stellen en de wederpartij van de verzoeker in een contra-enquête desgewenst tegenbewijs heeft kunnen leveren.

⁴⁸ Zie voor deze doorbraakjurisprudentie HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4989, NJ 1986/242 m.nt. L. Wichers Hoedt en W.H. Heemskerk.

⁴⁹ HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1809, NJ 1996, 159, m.nt. H.E. Ras.

Het derde lid betreft het overgehevelde artikel 190, tweede lid, (oud). Het recht van de wederpartij op het verhoor van getuigen tot het leveren van tegenbewijs volgt uit artikel 168 en geldt op grond van de schakelbepaling van artikel 189 (oud), dat in dit wetsvoorstel terugkomt in artikel 201, eerste lid, (nieuw), ook bij een voorlopig getuigenverhoor als de wederpartij bij het verhoor van de getuigen aanwezig is geweest. In het vierde lid is de bepaling van artikel 193 (oud) overgenomen. Hiermee blijft gewaarborgd dat een partij die als getuige bij een voorlopig getuigenverhoor wordt opgeroepen, wordt behandeld overeenkomstig de positie van partijgetuige en daarmee niet gegijzeld kan worden (artikel 173), het verhoor niet kan worden overdragen aan een andere rechter (artikel 174) en de partijgetuige het verhoor van alle andere getuigen kan bijwonen ongeacht of hij zelf nog niet is gehoord (artikel 179).

Artikel 202: aanvullende regels voor het voorlopig deskundigenbericht

In het voorgestelde artikel 202 worden in aanvulling op de artikelen 196 tot en met 200 (nieuw) enkele specifieke regels gegeven voor het voorlopig deskundigenbericht. Het eerste lid komt overeen met artikel 194 (oud): de rechter die het verzoek om een voorlopig bericht of verhoor van deskundigen toewijst, benoemt na overleg met partijen een of meer deskundigen met de opdracht aan de rechter schriftelijk bericht of mondeling verslag uit te brengen. In de toewijzende beschikking vermeldt de rechter de punten waarover het oordeel van de deskundigen wordt gevraagd. Het voorlopig deskundigenbericht verloopt verder volgens dezelfde regels als het deskundigenbericht tijdens een lopende procedure, zoals artikel 205, eerste lid, (oud) dat nu ook bepaald.

Het tweede lid betreft de overgehevelde bepaling van artikel 205, tweede lid, (oud). Deze bepaling voorziet in een kostenregeling van het voorlopig deskundigenbericht of -verhoor in het geval partijen geen voorschot hoeven te voldoen en de kosten van deskundigen voorlopig in debet zijn gesteld.

Het derde lid vormt de invulling van het voorgestelde artikel 198, tweede lid, (nieuw) voor het voorlopig deskundigenbericht en heeft dezelfde strekking als het voorgestelde artikel 201, tweede lid, (nieuw): waarborgen dat de wederpartij in kennis wordt gesteld van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht. Deze bepaling komt overeen met de laatste volzin van artikel 206 (oud).

Artikel 203: aanvullende regels voor de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging

Het voorgestelde artikel 203 voorziet in aanvulling op de artikelen 196 tot en met 200 (nieuw) in specifieke bepalingen voor de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging. Wanneer een partij de rechter verzoekt om een plaatselijke situatie op te nemen of een zaak te bezichtigen die niet of bezwaarlijk naar een zitting kan worden meegenomen en de rechter dat verzoek toewijst, zal de rechter vervolgens bepalen wanneer en waar de plaatsopneming of bezichtiging zal plaatsvinden. In de beschikking moet de rechter ook bepalen binnen welke termijn het door de griffier op te maken proces-verbaal van de plaatsopneming of bezichtiging aan partijen moet zijn verstrekt. Het eerste lid verklaart voor het overige de regeling van de plaatsopneming en bezichtiging tijdens een lopende procedure (artikel 193 nieuw) van overeenkomstige toepassing (vgl. artikel 205, eerste lid (oud)).

Het tweede lid is overgenomen van artikel 206 (oud). Deze bepaling regelt, net als de voorgestelde artikelen 201, tweede lid, en 202, derde lid, dat de rechter controleert of de wederpartij in kennis is gesteld van het verzoek voordat hij tot de verrichting overgaat.

Artikel 204: aanvullende regels inzage voorafgaand aan een procedure

Het voorgestelde artikel 204 betreft in aanvulling op de artikelen 196 tot en met 200 (nieuw) een specifieke bepaling voor het inzageverzoek dat in de fase voorafgaand aan een procedure door de rechter wordt toegewezen. De bepalingen over het recht op inzage, afschrift of uittreksel van gegevens, zoals in dit wetsvoorstel geregeld in de voorgestelde artikelen 194, 195 en 195a, zijn van overeenkomstige toepassing op het verzoek voorafgaand aan een procedure. De overeenkomstige toepassing brengt mee dat de kosten die met de gegevensverstrekking samenhangen voor rekening komen van de verzoeker (tenzij het om persoonsgegevens van de verzoeker zelf gaat) en dat de rechter aan de gegevensverstrekking nadere voorwaarden kan verbinden, kan bepalen hoe de gegevensverstrekking moet plaatsvinden, een termijn kan stellen en eventueel kan verlangen dat eerst een voorschot voor de kosten wordt voldaan. De overeenkomstige toepassing van de criteria voor de toewijzing van het verzoek om inzage, afschrift of uittreksel van gegevens volgt uit de toetsingscriteria voor de voorlopige bewijsverrichtingen (artikel 196, tweede lid, (nieuw)) en de eisen die aan het verzoekschrift worden gesteld (artikel 197, tweede en derde lid, onderdeel a, (nieuw)). Anders dan bij de overige voorlopige bewijsverrichtingen, wordt in dit artikel niet apart geregeld dat de rechter eerst nagaat of de verzoeker bij toewijzing van het inzageverzoek een afschrift van het verzoekschrift en van de beschikking aan de wederpartij heeft toegezonden of heeft laten betekenen. Een vergelijkbaar controlemoment door de rechter voorafgaand aan de bewijsverrichting doet zich bij inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens niet voor, omdat de inzageverstrekking zonder verdere rechterlijke tussenkomst wordt uitgevoerd. Daarnaast zal de rechter een verzoek om inzage, afschrift of uittreksel van gegevens niet toewijzen zonder dat de wederpartij op het verzoek is gehoord. Door de wens om gegevens te verkrijgen waarover de verzoekende partij zelf niet beschikt, maar de wederpartij of een derde wel, is het inzageverzoek altijd gericht tot die wederpartij of derde. Zogenaamde ex parte beslissingen op een verzoek tot inzage zijn dus, anders dan bij de andere voorlopige bewijsverrichtingen, niet goed denkbaar.

Paragraaf 9 Maatregelen tot bescherming van bewijs (artikelen 205 t/m 207)

In de nieuwe paragraaf 9 worden enkele maatregelen voorgesteld tot bescherming van bewijs. Het gaat om het leggen van conservatoir beslag op bewijsmateriaal (artikelen 205 en 206 (nieuw)) en het opmaken van een proces-verbaal van constateringen door een deurwaarder (artikel 207 (nieuw)). In zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom kan al om deze bewijsbewarende maatregelen worden verzocht (zie de artikelen 1019b t/m 1019d). In dit wetsvoorstel worden vergelijkbare bepalingen in de afdeling over het bewijsrecht neergelegd, waardoor in alle soorten zaken om deze maatregelen kan worden verzocht. De maatregelen zijn in een aparte paragraaf opgenomen, omdat het geen voorlopige bewijsverrichtingen betreffen. Zo nodig kan ook tijdens een aanhangig gemaakte procedure om deze maatregelen worden verzocht.

Het door een deurwaarder laten opmaken van een proces-verbaal van constateringen betreft een lichtere maatregel om bewijs van bepaalde feiten veilig te stellen dan het leggen van conservatoir beslag op bepaald bewijsmateriaal. Een beschrijving door een deurwaarder van door hem persoonlijk waargenomen feiten kan soms een afdoende maatregel zijn om hetzelfde doel te bereiken. Bij de keuze voor een bewijsbeschermende maatregel moeten daarom steeds overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit worden betrokken.

De artikelen 205 en 206 (nieuw) betreffen de codificatie van de in de rechtspraak van de Hoge Raad erkende mogelijkheid om conservatoir bewijsbeslag te leggen in andere zaken dan over intellectuele eigendom (hierna: IE-zaken). Dit zijn alle zaken die niet vallen onder de regeling van titel 15 van het derde Boek van Rv. Met de codificatie van het arrest van de Hoge Raad (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958) en de naar aanleiding daarvan ontwikkelde bewijsbeslagpraktijk (beschreven in de Beslagsyllabus⁵⁰) wordt een algemeen bewijsbeslag ingevoerd naast de al bestaande, specifieke regeling voor IE-zaken in de artikelen 1019b en 1019c. Het in de artikelen 205 en 206 (nieuw) geregelde bewijsbeslag strekt uitsluitend tot het veiligstellen van bewijsmateriaal waarbij de vrees bestaat dat het anders wordt vernietigd, verduisterd of anderszins verloren gaat. Het leggen van conservatoir bewijsbeslag geeft geen verdere aanspraken op dat bewijsmateriaal.

Het voorgestelde artikel 205 regelt het verzoek tot het leggen van beslag op bewijsmateriaal. In het voorgestelde artikel 206 wordt de beslaglegging door de deurwaarder geregeld en bepaald wanneer het beslag vervalt. Bij de vormgeving van deze regeling is er rekening mee gehouden dat het bewijsbeslag enerzijds een effectief middel is om bewijsmateriaal veilig te stellen en anderzijds, zoals de Hoge Raad in zijn arrest overwoog, een ingrijpend dwangmiddel is dat in bepaalde situaties aanzienlijke hinder of zelfs schade kan meebrengen voor de wederpartij of de derde onder wie het beslag wordt gelegd. De voorgestelde regeling beoogt daarom te voorzien in het veiligstellen van bepaald bewijsmateriaal ten behoeve van een juiste vaststelling van de feiten in een procedure met adequate waarborgen voor de bescherming van de wederpartij en eventuele derden die door het bewijsbeslag worden getroffen.

Artikel 205, eerste lid: voorafgaand rechterlijk verlof

Een belangrijke voorwaarde voor het leggen van conservatoir bewijsbeslag is het verkrijgen van voorafgaand rechterlijk verlof. Het eerste lid van artikel 205 (nieuw) bepaalt dat het verlof kan worden verzocht door het indienen van een verzoekschrift bij de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen wiens rechtsgebied het bewijsmateriaal zich bevindt of waar de wederpartij of de degene onder wie het beslag moet worden gelegd, woonplaats heeft. Voor het verkrijgen van het verlof moet de verzoeker zijn belang bij de beslaglegging voldoende aannemelijk maken. De hoge eisen die in dit verband aan de stelplicht van de verzoeker worden gesteld, komen in de verplichte vermeldingen in het verzoekschrift tot uitdrukking (zie hierover het tweede lid van artikel 205 (nieuw)). Net als bij een gewoon conservatoir beslag (zie artikel 700, tweede lid, tweede volzin), beslist de voorzieningenrechter na een summier onderzoek. Een summiere toets van de voorwaarden voor het recht op inzage van artikel 194 (nieuw) en de afwijzingsgronden van artikel 196 (nieuw) volstaat bij een conservatoir bewijsbeslag. Het bewijsbeslag betreft alleen een voorlopige, bewarende maatregel die vooraf gaat aan een verderstrekend verzoek om kennisneming van het in beslag te nemen bewijsmateriaal. Het verzoek om verlof tot beslaglegging en het verzoek om kennisneming moeten dus van elkaar worden onderscheiden. Zouden voor de stelplicht van de verzoeker/beslaglegger bij het verzoek tot het verlenen van verlof hogere eisen gelden, dan zou de rechter niet meer afzonderlijk hoeven te beslissen of ook recht op kennisneming van het in beslag te nemen bewijsmateriaal bestaat. De beoordeling van dat verzoek zou dan samenvallen met de beslissing of verlof tot beslaglegging

⁵⁰ De beslagsyllabus, versie februari 2019, raadpleegbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Beslagsyllabus.pdf>.

kan worden verleend. Er is verder ook geen reden om voor het verzoek tot het verkrijgen van verlof voor het leggen van bewijsbeslag een andere toets aan te leggen dan voor andere conservatoire beslagen. Vanwege de mogelijk ingrijpende gevolgen van deze vorm van beslag moet voor het verzoek tot het leggen van bewijsbeslag wel vrees voor verduistering worden gesteld. Daarnaast kan de rechter aan het verlof tot beslaglegging op bewijsmateriaal voorwaarden verbinden en bestaan er verschillende remedies als het bewijsbeslag te zwaar drukt of (achteraf) onrechtmatig blijkt te zijn gelegd. De in de rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde hogere eisen aan de stelplicht in IE-zaken bij het inzagerecht en het bewijsbeslag, hangen samen met de bijzondere context van deze zaken en de specifieke bepalingen in dat rechtsgebied waaraan een Europese richtlijn ten grondslag ligt.

Omdat het bewijsbeslag een vorm van conservatoir beslag is, wordt in deze regeling aansluiting gezocht bij de bepalingen van de vierde titel van het derde Boek van Rv over middelen tot bewaring van zijn recht. Het eerste lid van artikel 205 (nieuw) bepaalt daarom dat de artikelen 700 e.v. van overeenkomstige toepassing zijn. Dat geldt alleen niet voor artikel 709, derde lid. De wederpartij van de verzoeker wordt niet vooraf op het verzoek tot beslaglegging gehoord, ook niet wanneer een gerechtelijk bewaarder wordt aangewezen aan wie de in beslag te nemen gegevens of zaken (mede) kunnen worden afgegeven (zie verder artikel 205, derde lid (nieuw)).

Artikel 205, tweede lid: inhoud verzoekschrift

In artikel 205, tweede lid, (nieuw) staan de eisen die aan het verzoekschrift worden gesteld. De te vermelden gegevens komen grotendeels overeen met de voorwaarden die aan het recht op inzage worden gesteld, zij het dat de voorzieningenrechter bij dit verzoek alleen summierlijk toetst of het leggen van bewijsbeslag niet om een ander doel wordt verzocht. Een diepgaandere toets vindt plaats bij het verzoek om kennisneming van de inhoud van het in beslag te nemen bewijsmateriaal.

- a. De eerste eis houdt in dat de verzoeker zo nauwkeurig mogelijk omschrijft welke gegevens of zaken in beslag moeten worden genomen en de plaats vermeldt waar deze zich bevinden. De eis van een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving als in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de verzoeker kan worden verlangd, sluit aan bij het bepaaldheidsvereiste van artikel 194, eerste lid (nieuw). Deze eis strekt tot het voorkomen van zogenaamde fishing expeditions en beoogt de rechter en de uitvoerende deurwaarder bij de beslaglegging duidelijkheid te bieden over welke gegevens of zaken precies in beslag moeten worden genomen. De vermelding van de plaats(en) waar het beslag moet worden gelegd, geeft de rechter informatie over de aard van de plaats van de beslaglegging. Als om bewijsbeslag in een woning wordt verzocht, kan de rechter dat in zijn beslissing betrekken en bij het afwegen van de proportionaliteit en subsidiariteit van het verzoek tot beslaglegging meewegen in hoeverre het noodzakelijk is dat de deurwaarder zich de toegang moet verschaffen tot plaatsen die niet publiekelijk toegankelijk zijn.
- b. Ten tweede moet de verzoeker de rechtsbetrekking vermelden die aan het verzoek tot beslaglegging ten grondslag ligt. Deze eis geeft de rechter inzicht in het kader waarvan het bewijsbeslag wordt verzocht en moet ook voorkomen dat het bewijsbeslag niet zonder het bestaan van een concreet (ontstaan of dreigend) geschil wordt gelegd.
- c. In de derde plaats moet de verzoeker de naam van de wederpartij vermelden. Als het beslag niet onder de wederpartij, maar onder een derde moet worden gelegd, zal de verzoeker dat uitdrukkelijk moeten

vermelden. Deze eis strekt tot het identificeren van de wederpartij en van eventuele derden die met een bewijsbeslag worden belast. Bij de afweging van de proportionaliteit en subsidiariteit (de eis onder d) kan de rechter de omstandigheid dat een derde wordt geconfronteerd met een conservatoir bewijsbeslag over een rechtsbetrekking waarbij hijzelf geen partij is, in zijn beslissing meewegen.

- d. De vierde eis betreft de vermelding van het belang bij het verzoek tot het leggen van beslag op bepaald bewijsmateriaal en van de feiten en omstandigheden die dat belang staven door gegronde vrees dat als het bewijsmateriaal niet in beslag wordt genomen, het wordt vernietigd, verduisterd of anderszins verloren gaat. In deze eis ligt besloten dat de verzoeker voldoende aannemelijk moet maken dat het bewijs van bepaalde feiten niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden verkregen en dat het leggen van beslag de enige mogelijkheid is om het bewijsmateriaal veilig te stellen. Hierbij toetst de rechter aan de algemene eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In het kader van subsidiariteit is het bewijsbeslag een te ingrijpend middel als bepaald bewijsmateriaal zich bijvoorbeeld bij een derde bevindt dat ook na een enkel inzageverzoek kan worden verkregen. Als aannemelijk is dat ook de wederpartij over het bewijsmateriaal beschikt, zal het vereiste van subsidiariteit meebrengen dat het bewijsbeslag alleen onder de wederpartij mag worden gelegd en de derde, die geen partij is bij de rechtsbetrekking, niet met een bewijsbeslag moet worden belast.
- Bij de afweging van de proportionaliteit weegt de rechter de belangen van de verzoeker af tegen de mate waarin het bewijsbeslag ingrijpt in de belangen van de wederpartij en eventuele derden en tegen de kans op hinder of schade van het bewijsbeslag. Als het verzoek strekt tot het leggen van beslag in een woning, zal de rechter dat in de belangenafweging meewegen en daarbij betrekken in hoeverre de persoonlijke levenssfeer van degene onder wie het beslag wordt gelegd, wordt gerespecteerd. Het belang van bescherming van vertrouwelijke (persoonlijke of bedrijfsmatige) gegevens en geheimhouding daarvan vormt alleen een afwijzingsgrond als de vertrouwelijkheid van de in beslag te nemen gegevens niet kan worden gewaarborgd bij de enkele inbeslagneming (zie het vijfde lid van artikel 205 (nieuw)). Verkregen verlof tot beslaglegging omvat nadrukkelijk niet ook recht op toegang tot de gegevens of zaken.
- e. In de vijfde plaats moet de verzoeker vermelden wat de aard en het beloop is van de vordering die hij heeft ingesteld of gaat instellen of van het verzoek dat hij heeft ingediend of van plan is in te dienen. Zoals bij elk verzoek om conservatoir beslag, moet de beslaglegging worden gevolgd door een eis in de hoofdzaak (zie hierover verder het vierde lid). De aard en het beloop van de aan het bewijsbeslag ten grondslag liggende vordering of verzoek biedt de rechter inzicht in het (financiële) belang van de zaak dat hij in zijn beslissing op het verzoek kan betrekken.
- f. Als zesde eis geldt de vermelding van de naam van de door de verzoeker voorgedragen IT-specialist die de deurwaarder kan bijstaan bij het leggen van het beslag als de in beslag te nemen gegevens mede uit digitale bestanden bestaan die met bepaalde codes of op bepaalde wijze zijn versleuteld. Door vermelding van de naam van de IT-specialist in het verzoekschrift kan de rechter beoordelen of de voorgedragen IT-specialist voldoende onafhankelijk is en of de vertrouwelijkheid van de in beslag te nemen gegevens voldoende is gewaarborgd. Ook kan de verzoeker de voorzieningenrechter verzoeken om het aanstellen van een gerechtelijk bewaarder als bedoeld in artikel 709. In de praktijk is al een IT-specialisme op dit terrein ontwikkeld. Een certificeringsstelsel voor IT-specialisten hiervoor is op dit moment niet aan de orde.

Artikel 205, derde lid, (nieuw) bepaalt dat de wederpartij van de verzoeker, de derde als onder een ander dan de wederpartij beslag moet worden gelegd, en eventuele andere belanghebbenden niet op het verzoek tot beslaglegging worden gehoord. Dit hangt samen met de noodzaak tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag, namelijk de gegronde vrees dat het bewijsmateriaal wordt verduisterd, vernietigd of anderszins verloren gaat als de wederpartij, de derde-beslagene of andere belanghebbenden voor de beslaglegging op de hoogte worden gebracht van het verzoek. De voorzieningenrechter kan in voorkomende gevallen van dit uitgangspunt afwijken en partijen en andere belanghebbenden in de gelegenheid stellen om op het verzoek tot beslaglegging te worden gehoord. Gelet op het door de verzoeker te stellen gevaar voor verduistering of verlies van het bewijsmateriaal zal dit horen meer uitzondering dan regel zijn. Als wordt verzocht om beslag te leggen onder een financiële instelling, moet de rechter de instelling steeds in de gelegenheid stellen om op het verzoek te worden gehoord, ongeacht of de financiële instelling de wederpartij bij de rechtsbetrekking van de verzoeker is of de derde-beslagene. De NVB heeft in de consultatie naar voren gebracht dat bij professionele houders van gegevens, zoals onder toezicht staande instellingen, niet snel sprake zal zijn van gegronde vrees voor verduistering of verlies van bewijsmateriaal. Het verzoek tot het leggen van bewijsbeslag zal om die reden niet snel voor toewijzing vatbaar zijn. Het gaat echter te ver om bepaalde instellingen met wettelijke zorg- en bewaarplichten categorisch uit te sluiten van de mogelijkheid om onder hen bewijsbeslag te leggen. Daarom is, vergelijkbaar met de hoorplicht in artikel 700, vierde lid, voor de financiële instellingen die in artikel 212a van de Faillissementswet worden genoemd, zoals kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, vastgelegd dat deze instellingen steeds in de gelegenheid worden gesteld om op het verzoek tot beslaglegging te worden gehoord. Anders dan in artikel 700, vierde lid, is de hoorplicht niet beperkt tot gevallen waarin ten laste van de financiële instellingen beslag wordt gelegd, maar ook wanneer het bewijsbeslag een derdenbeslag betreft.

Het vierde lid van artikel 205 (nieuw) bevat – naast het vereiste van voorafgaand rechterlijk verlof – een andere belangrijke voorwaarde voor het leggen van conservatoir bewijsbeslag. Die voorwaarde houdt in dat het bewijsbeslag moet plaatsvinden binnen het kader van een lopende procedure of, als nog geen procedure is gestart, moet worden gevolgd door een eis in de hoofdzaak. De eis in de hoofdzaak zal bij het bewijsbeslag vaak bestaan in een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting, in het bijzonder een verzoek om inzage als bedoeld in artikel 204 (nieuw). Het verzoek kan ook het gelasten van een onderzoek van de in beslag genomen gegevens door een deskundige zijn als bedoeld in artikel 202 (nieuw). De eis in de hoofdzaak is niet beperkt tot een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen. Ook een vordering tot schadevergoeding is denkbaar. Voor het kennismaken van de inhoud van het in beslag genomen bewijsmateriaal zal dan in de dagvaarding een incidentele vordering tot inzage of onderzoek door een deskundige moeten worden ingesteld. Met de voorwaarde van een in te stellen eis in de hoofdzaak is de tijdelijkheid van het conservatoire bewijsbeslag gegeven en wordt gewaarborgd dat dit ingrijpende middel gebruikt wordt waarvoor het bedoeld is: het veiligstellen van bewijsmateriaal om daarvan na toestemming van de rechter kennis te krijgen en te gebruiken voor bewijslevering in de procedure. Als in het verzoekschrift niet wordt verwezen naar een al aanhangige procedure over de rechtsbetrekking waarover het geschil gaat (zie het tweede lid, onder e), bepaalt de rechter in de verlobbeschikking de termijn waarbinnen de verzoeker de eis in de

hoofdzaak moet instellen. Voor het bepalen van de termijn kan de voorzieningenrechter aansluiten bij de in artikel 700, derde lid, genoemde termijn die op verzoek van de beslaglegger voorafgaand aan het verstrijken van die termijn zo nodig kan worden verlengd. In het voorgestelde artikel 205, vierde lid, wordt nadrukkelijk bevestigd dat overschrijding van de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak het beslag doet vervallen. De voorzieningenrechter kan verlov verlenen tot het leggen van het bewijsbeslag op alle dagen en uren.

Verder wordt in het vierde lid geregeld dat de rechter nadere voorwaarden kan verbinden aan de beslaglegging of aanwijzingen kan geven die hij geraden acht. Bij de nadere voorwaarden kan worden gedacht aan het stellen van zekerheid door de beslaglegger voor eventuele schade die door het beslag wordt veroorzaakt (artikel 701) of het aanstellen van een gerechtelijk bewaarder (artikel 709). Ook kan de voorzieningenrechter op verzoek van de beslaglegger een dwangsom opleggen om de medewerking van de beslagene bij de beslaglegging af te dwingen als de informatie zich bijvoorbeeld «in the cloud» bevindt. Om de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie te waarborgen kan de voorzieningenrechter voorts aanwijzingen aan de uitvoerende deurwaarder geven voor het selecteren en bewaren van de gegevens of zaken die onder het bewijsbeslag vallen. De voorzieningenrechter kan bijvoorbeeld bepalen dat van bepaalde gegevens geen kopieën door de deurwaarder mogen worden gemaakt, maar dat de in beslag te nemen gegevens of zaken alleen aan een gerechtelijk bewaarder mogen worden afgegeven. Andere aanwijzingen van de rechter kunnen betrekking hebben op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder de beslaglegging moet plaatsvinden. Te denken valt aan het aantal personen dat bij de beslaglegging aanwezig mag zijn, de middelen waarmee het beslag mag of moet worden gelegd of de plaats waar de in beslag genomen gegevens of zaken moeten worden bewaard. Naar aanleiding van een aantal consultatiereacties wordt voorts uitdrukkelijk geregeld dat de voorzieningenrechter bij het verlenen van verlov tot beslaglegging ambtshalve kan bepalen dat eerst een voorschot voor de kosten moet worden voldaan, vergelijkbaar met de mogelijkheid bij de toewijzing van een inzageverzoek (zie het voorgestelde artikel 195, tweede lid). In het bijzonder als bewijsbeslag wordt gelegd onder een derde die zelf geen partij is bij de rechtsbetrekking ten behoeve waarvan het verlov tot beslaglegging wordt verzocht, kan het gerechtvaardigd zijn dat de beslaglegger een voorschot voldoet waaruit de kosten van die derde kunnen worden voldaan. Bij deze kosten valt in de eerste plaats te denken aan de redelijkerwijs te maken uitvoeringskosten van het beslag. Ook eventuele kosten vanwege het stilleggen van een productieproces en onder omstandigheden de redelijkerwijs te maken kosten van juridische bijstand kunnen hieronder vallen. Op grond van artikel 706 kan de beslaglegger het gedeponeerde voorschot, net als de andere kosten van het beslag, in de hoofdzaak van de beslagene terugvorderen.

De bepaling dat verlov tot het leggen van beslag niet wordt verleend als de bescherming van vertrouwelijke gegevens niet kan worden gegarandeerd (lid 5), is rechtstreeks ontleend aan artikel 1019b, vierde lid. Deze bepaling is bedoeld als extra waarborg voor de wederpartij of de derde als het beslag onder een ander dan de wederpartij wordt gelegd. Met het vijfde lid wordt opnieuw benadrukt dat het verlov tot bewijsbeslag geen aanspraak geeft op toegang tot de in beslag genomen gegevens of zaken. De gegevens of zaken blijven vertrouwelijk en worden niet aan de verzoeker geopenbaard totdat de rechter in de procedure of na een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen daarover een oordeel heeft gegeven.

Tegen beschikkingen waarbij verlop in het kader van een bewijsbeslag is toegestaan, staat geen hogere voorziening open (lid 6). Dit is bij andere vormen van beslag niet anders, zie bijvoorbeeld artikel 700, tweede lid, laatste volzin. Een opheffingsverzoek door de wederpartij of de derde-beslagene kan steeds worden ingediend (zie hierover verder artikel 206, vierde lid (nieuw)).

Artikel 206, eerste en tweede lid: de beslaglegging door de deurwaarder

Artikel 206, eerste en tweede lid, (nieuw) regelen de wijze waarop het bewijsbeslag wordt gelegd en wordt uitgevoerd. Het bewijsbeslag wordt gelegd door een deurwaarder bij exploit (overeenkomstig artikel 440, eerste lid, voor het beslag op roerende zaken). Het beslag wordt daarmee gelegd op het moment waarop de deurwaarder de beslagene het beslag aanzegt en afschrift achterlaat van zijn exploit. Vanaf dat moment wordt het in beslag te nemen bewijsmateriaal tegen mogelijke verduistering of verlies veiliggesteld. Het beslagexploit moet naast de gewone formaliteiten op straffe van nietigheid het verkregen rechterlijk verlop vermelden. Zo spoedig mogelijk na de beslaglegging of anders uiterlijk op de dag daarop gaat de deurwaarder over tot een meer nauwkeurige aanduiding van de in beslag genomen gegevens of zaken (zie artikel 443, eerste lid, voor de gang van zaken bij een executoriaal beslag op roerende zaken). De meer nauwkeurige omschrijving geeft de wederpartij en de derde, als het beslag onder een ander dan de wederpartij is gelegd, meer duidelijkheid over de precieze gegevens of zaken die door de deurwaarder in beslag zijn genomen. Deze gedetailleerde omschrijving wordt in een proces-verbaal opgenomen dat uiterlijk binnen drie dagen moet worden betekend aan de wederpartij en de derde-beslagene als het beslag onder een derde is gelegd, en als de rechter een bewaarder heeft aangewezen, ook aan de bewaarder. In het proces-verbaal dat is bestemd voor de beslaglegger geeft de deurwaarder alleen een globale aanduiding van de in beslag genomen gegevens of zaken. Het opmaken van twee verschillende processen-verbaal van beslaglegging biedt andermaal een waarborg dat de beslaglegger geen inzage krijgt in de in beslag genomen gegevens of zaken voordat de rechter zich daarover afzonderlijk heeft uitgesproken. Voor kennisneming van het in beslag genomen bewijsmateriaal moet eerst een daartoe strekkend verzoek bij de rechter worden ingediend, waarop de rechter beslist nadat hij zowel de beslaglegger als de wederpartij en eventuele andere belanghebbenden heeft gehoord. Het leggen van conservatoir bewijsbeslag geeft de beslaglegger uitdrukkelijk alleen recht op het veiligstellen van bewijsmateriaal voor in een procedure. Zodra de rechter in de hoofdzaak heeft beslist over de kennisneming van het in beslag genomen bewijsmateriaal, moeten eventuele derden van wie persoonsgegevens onder het bewijsbeslag vallen, over het beslag worden geïnformeerd als bedoeld in de artikelen 13 en 14 van de AVG.

Uitgangspunt is dat de beslaglegging plaatsvindt zonder dat de beslaglegger daarbij aanwezig is. Diens afwezigheid waarborgt dat de verzoeker van het bewijsbeslag tijdens de beslaglegging niet al kennis krijgt van de in beslag te nemen gegevens of zaken voordat de rechter daarover afzonderlijk heeft beslist. Bij het verlenen van het verlop kan de rechter in zijn beschikking wel toestaan dat de beslaglegger of zijn gemachtigde of advocaat aanwezig mag zijn, bijvoorbeeld als de rechter dat nodig acht voor het aanwijzen van de in beslag te nemen gegevens of zaken en de vertrouwelijkheid daarvan niet in gevaar komt. Ook de deurwaarder kan de aanwezigheid van de beslaglegger of een vertegenwoordiger verlangen als hij dat noodzakelijk acht ter aanwijzing van de in beslag te nemen gegevens of zaken (zie artikel 443, tweede lid in verbinding met artikel 702). De bescherming van vertrouwelijke gegevens moet in deze

situaties te allen tijde worden gewaarborgd. Degene onder wie het beslag wordt gelegd mag wel bij de beslaglegging aanwezig zijn en is verplicht zijn medewerking bij de tenuitvoerlegging van het bewijsbeslag te verlenen als de deurwaarder daarom vraagt. De medewerkingsplicht gaat niet zover dat de beslagene ook inzage moet verstrekken van de in beslag genomen gegevens of zaken. Als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de in beslag te nemen gegevens zich bevinden op een gegevensdrager waarop een of meer versleutelde of met een toegangscode beveiligde bestanden staan, kan de deurwaarder deze gegevensdrager zelf in beslag nemen en hoeft de beslagene de bestanden niet voor de deurwaarder toegankelijk te maken.⁵¹ Wanneer bij de tenuitvoerlegging van het bewijsbeslag onduidelijkheid ontstaat over de reikwijdte van het rechterlijk verlot of de uitvoering van de beslaglegging, kan de deurwaarder net als nu de voorzieningenrechter benaderen voor het stellen van praktische vragen of het verkrijgen van nadere aanwijzingen.

Op de tenuitvoerlegging van het verlot tot beslaglegging zijn verder de artikelen 440, tweede lid, 444, 444a en 444b van overeenkomstige toepassing. Dat brengt mee dat de deurwaarder zich kan laten bijstaan door getuigen en zich de toegang kan verschaffen tot elke plaats waarbij de medewerking van eventuele derden verplicht is.

Artikel 206, derde en vierde lid: opheffing en verval van het beslag

Het voorgestelde artikel 206, derde lid, regelt wanneer het bewijsbeslag eindigt. Daarbij moet worden onderscheiden tussen de situatie waarin de rechter in de aanhangige procedure (op het incidentele verzoek tot inzage) of op de ingestelde eis in de hoofdzaak (bijvoorbeeld het verzoek tot een of meer voorlopige bewijsverrichtingen) heeft beslist dat geen recht op kennisneming van de inhoud van het in beslag genomen bewijsmateriaal bestaat en de situatie waarin dat recht naar het oordeel van de rechter wel bestaat. Als de rechter in de lopende procedure of in de aanhangig gemaakte hoofdzaak afwijzend heeft beslist op het verzoek om inzage (de eerste situatie), vervalt het beslag automatisch («van rechtswege») als die afwijzende beslissing onherroepelijk is geworden («in kracht van gewijsde is gegaan»).

Heeft de rechter het verzoek om inzage toegewezen en beslist dat de verzoeker de in beslag genomen gegevens of zaken mag gebruiken voor bewijslevering in een procedure (de tweede situatie), dan blijft het bewijsbeslag liggen totdat de rechter uitspraak heeft gedaan in de procedure over de vordering of het verzoek waarvoor het bewijsmateriaal is veiliggesteld. Zodra die uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, vervalt het beslag van rechtswege. Het moment waarop het bewijsbeslag vervalt, sluit aan bij de regeling voor IE-zaken in artikel 1019c en waarborgt dat het in beslag genomen bewijsmateriaal intact blijft totdat in het materiële geschil tussen partijen over de hoofdvordering, bijvoorbeeld een vordering tot vergoeding van schade, definitief door de rechter is beslist.⁵² De toewijzende beslissing van de rechter op het verzoek tot kennisneming van het in beslag genomen bewijsmateriaal levert een executoriale titel tot inzage, afgifte of uittreksel daarvan op. Het conservatoir gelegde bewijsbeslag gaat dan over in de executoriale fase, overeenkomstig artikel 704, eerste lid, artikel 735, tweede lid, en artikel 861, tweede lid.

Zodra de beslaggrond is weggevallen (omdat geen recht op kennisneming bestaat of omdat het bewijs is gebruikt voor de onderbouwing van de vordering in de hoofdzaak) en het beslag is vervallen, moeten de in beslag

⁵¹ Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, rov. 3.9.8–3.9.9.

⁵² Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, rov. 6.1.2.

genomen gegevens of zaken onverwijld, dus zonder onredelijke of onnodige vertraging, worden teruggegeven aan degene onder wie het beslag is gelegd. Eventueel gemaakte kopieën en elektronisch opgeslagen gegevens moeten gelijktijdig worden vernietigd. Het niet naleven van deze verplichting kan tot schadeplichtigheid leiden. Als de in beslag genomen gegevens of zaken in gerechtelijke bewaring zijn gegeven, is de bewaarder verplicht tot afgifte van de gegevens of zaken aan de beslagene. De rechter kan op verzoek van partijen of ambtshalve bij het vervallen van het beslag anders bepalen, bijvoorbeeld dat vernietiging door de verzoeker van de in beslag genomen gegevens niet nodig is, en verder de aanwijzingen geven die hij geraden acht, bijvoorbeeld dat de beslagene of een vertegenwoordiger aanwezig mag zijn bij het vernietigen van de door de verzoeker verkregen digitale bestanden.

Op verzoek van de wederpartij of de derde, als het beslag onder een ander dan de wederpartij is gelegd, kan het beslag eerder vervallen. Het vierde lid van artikel 206 (nieuw) bevestigt dat iedere belanghebbende op grond van artikel 705 bij de voorzieningenrechter de opheffing van het beslag kan vorderen. Daarnaast kan de wederpartij in de procedure waarin de beslaglegger de eis in de hoofdzaak heeft ingesteld via een eis in reconventie als bedoeld in artikel 136 de opheffing van het beslag vorderen. Deze vordering of de eis in reconventie kan ook strekken tot het wijzigen van de beschikking van de voorzieningenrechter die het verlof heeft verleend, zoals het inperken van de omvang van het beslag, het (alsnog) stellen van zekerheid voor de schade als gevolg van de beslaglegging of het opheffen of wijzigen van de dwangsom die is verbonden aan de (niet-) medewerking door de beslagene.

Artikel 207: proces-verbaal van constatering

In artikel 207 (nieuw) wordt voorzien in de mogelijkheid om rechterlijk verlof te verzoeken voor het opmaken van een proces-verbaal van constatering door een deurwaarder ter vastlegging van bepaalde feiten. Een proces-verbaal van constatering kan een waardevolle bijdrage leveren aan de waarheidsvinding in een vroeg stadium van een geschil en kan de noodzaak van een voorlopige plaatsopneming of bezichtiging door de rechter wegnemen. In dit wetsvoorstel wordt de juridische status van het proces-verbaal van constatering in de Gerechtsdeurwaarderswet versterkt. Verwezen wordt naar de toelichting op het nieuwe onderdeel f in artikel 2 van die wet. Daar wordt ervan uitgegaan dat de deurwaarder een proces-verbaal van constatering opmaakt zonder dat de medewerking of aanwezigheid van de wederpartij en eventueel andere belanghebbenden moet worden afgedwongen.

Soms is de medewerking of aanwezigheid van de wederpartij of andere belanghebbenden ter plaatse noodzakelijk, bijvoorbeeld omdat de deurwaarder voor de feitenvastlegging toegang moet hebben tot een bepaalde plaats die niet publiekelijk toegankelijk is. In andere gevallen is het wenselijk om de wederpartij of derden hierbij juist niet vooraf te betrekken, bijvoorbeeld omdat er vrees voor verduistering van een bepaalde feitelijke toestand bestaat. Voor die gevallen waarin de deurwaarder zich de toegang tot niet-openbare plaatsen moet verschaffen, eventueel met behulp van de sterke arm, of waarin het wenselijk is dat de deurwaarder zijn waarnemingen op een onaangekondigd tijdstip verricht, is voorafgaand rechterlijk verlof nodig. Dit verlof wordt geregeld in het hier voorgestelde artikel 207. Deze voorlopige maatregel komt overeen met de mogelijkheid van gedetailleerde beschrijving en monsterneming in zaken over rechten van intellectuele eigendom (IE-zaken), zie artikel 1019d.

Voor het opmaken van een proces-verbaal van constatering is, net zoals bij een conservatoir beslag, verlop van de voorzieningenrechter vereist. Artikel 205 is van overeenkomstige toepassing. Ook hier beslist de voorzieningenrechter dus na een summier onderzoek waarin hij overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit betreft. In het bijzonder zal de voorzieningenrechter toetsen in hoeverre het doen van waarnemingen door de deurwaarder en de verslaglegging daarvan, gelet op het daarbij door de verzoeker gestelde belang, een inbreuk op de belangen van de wederpartij of andere belanghebbenden rechtvaardigen. Als de voorzieningenrechter het verlop verleent, bepaalt hij de termijn waarbinnen de deurwaarder zijn waarneming moet doen. De rechter kan ook nadere aanwijzingen aan de deurwaarder geven als hij dat in het gegeven geval nodig acht. De instructies van de rechter kunnen betrekking hebben op het tijdstip van de te verrichten waarneming, de aanwezigheid van partijen en hun rechtsbijstandsverleners of een deskundige.

De deurwaarder moet ter plaatse waar hij zijn waarneming verricht, de feiten die hij persoonlijk waarneemt nauwkeurig en op objectieve wijze beschrijven, zoals hij dat ook doet bij de beschrijving en monsterneming in IE-zaken (artikel 1019d) en bij het aanduiden van de in beslag te nemen zaken (artikel 443). Voor de reikwijdte van de bevoegdheid van de deurwaarder wordt verwezen naar de toelichting op artikel 2, onderdeel f, van de Gerechtsdeurwaarderswet. In aanvulling daarop wordt hier opgemerkt dat de deurwaarder voor het verrichten van zijn waarnemingen gebruik kan maken van technische hulpmiddelen, waaronder beeld- en geluidmateriaal, maar bijvoorbeeld ook door het plaatsen van een camera. Het maken van kopieën van bepaalde documenten is geen persoonlijke waarneming van feiten en valt dus buiten de waarnemingsbevoegdheid van de deurwaarder in artikel 207 (nieuw). Daarvoor is verlop tot beslaglegging nodig. Na zijn waarneming maakt de deurwaarder zo spoedig mogelijk een proces-verbaal van constatering op, waarin ook het rechterlijk verlop wordt vermeld. Het proces-verbaal wordt binnen drie dagen nadat de waarneming heeft plaatsgevonden, betekend aan het adres waar de deurwaarder zijn verrichtingen heeft gedaan. Net als bij het leggen van conservatoir bewijsbeslag, bevat het proces-verbaal dat bestemd is voor de opdrachtgever alleen een summier verslaglegging van de verrichtingen van de deurwaarder. Van de nauwkeurige beschrijving van de door de deurwaarder waargenomen feiten mag hij pas kennis nemen nadat de rechter in de procedure in de hoofdzaak daarover afzonderlijk heeft beslist. De Hoge Raad heeft in de consultatie er terecht op gewezen dat het proces-verbaal van constatering van de deurwaarder anders niet verenigbaar is met wat bij de gedetailleerde beschrijving en monsterneming in IE-zaken wordt aangenomen en ook niet met de gedachte dat de beschrijving door de deurwaarder een lichtere, minder ingrijpende variant van het bewijsbeslag is.

Op het proces-verbaal van constatering dat wordt opgesteld na daartoe verkregen rechterlijk verlop, is het voorgestelde artikel 206, eerste en tweede lid, van overeenkomstige toepassing. Dit brengt mee dat de vertrouwelijkheid van de door de deurwaarder waar te nemen feiten op overeenkomstige wijze als bij het leggen van een bewijsbeslag moet worden gewaarborgd. Daarnaast is nog een aantal bepalingen van overeenkomstige toepassing op het verrichten van de waarneming door de deurwaarder. Het gaat om artikel 440, tweede lid, waardoor de deurwaarder zich kan laten bijstaan door een deskundige of door getuigen en artikel 443, waardoor de verzoeker niet bij de beschrijving door de deurwaarder aanwezig mag zijn, behalve als de deurwaarder dit noodzakelijk acht. Verder zijn de artikelen 444, 444a en 444b over de toegang tot elke plaats en de verplichte medewerking van derden van overeenkomstige toepassing.

De kosten van de deurwaarder komen voor rekening van de partij die de deurwaarder opdracht heeft gegeven tot het doen van zijn waarneming en de vastlegging daarvan in het proces-verbaal van constateringen. Deze deurwaarderskosten kunnen in de procedure over de hoofdzaak bij de proceskostenvergoeding worden betrokken (artikelen 237 en 240).

Onderdelen S tot en met U en GG (artikelen 233, 244, 248 en 1019r)

De verwijzing in deze artikelen naar de bepalingen in de regeling van het bewijsrecht wordt aangepast aan de in dit wetsvoorstel voorgestelde vernummering. Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel R en de transponeringstabel op p. 18–20.

Onderdeel V (artikel 278)

De substantiërings- en bewijsaandragplicht zijn opgenomen in de bepalingen voor de dagvaardingsprocedure en zijn daarmee niet van toepassing in verzoekschriftprocedures. Deze verplichtingen en het daaraan ten grondslag liggende doel van snellere en efficiëntere procedures kunnen ook in verzoekschriftprocedures nuttig zijn, bijvoorbeeld in alimentatiezaken waarin vaak veel bewijsstukken worden overgelegd. Daarom wordt voorgesteld om in artikel 278, eerste lid, de artikelen 111, derde lid, en 120, vierde lid, van overeenkomstige toepassing te verklaren. Hierdoor geldt ook voor de verzoeker dat hij de door de verweerder tegen zijn verzoek aangevoerde verweren en gronden daarvoor moet vermelden en de bewijsstukken waarover hij beschikt en nog kan beschikken ter staving van de aldus betwiste gronden van het verzoek en eventueel de getuigen die hij kan doen horen.

Net als de toepasselijkheid van de bepalingen over de mondelinge behandeling (artikel 279, zesde lid) en over het bewijsrecht (artikel 284, eerste lid), geldt de overeenkomstige toepassing van de substantiërings- en bewijsaandragplicht alleen in verzoekschriftprocedures als de aard van de zaak of de procedure zich daartegen niet verzet.

Onderdeel W (artikel 284)

Het tweede en derde lid van artikel 284 komen te vervallen. De bevoegdheid van de rechter in het tweede lid om ambtshalve door hem aangewezen personen als getuige op te roepen in geval hij een getuigenverhoor beveelt, wordt opgenomen in artikel 166. Hierdoor kan de rechter ook in dagvaardingsprocedures van deze ambtshalve bevoegdheid gebruik maken. Door de schakelbepaling van artikel 284, eerste lid, behoudt de rechter deze bevoegdheid in verzoekschriftprocedures ondanks het vervallen van het tweede lid van artikel 284. Op grond van het huidige derde lid kan het verschoningsrecht in een aantal familiezaken niet worden ingeroepen, behalve door ouders en de kinderen van de echtgenoten of geregistreerde partners in echtscheidingsprocedures. De Rvdr heeft geadviseerd het verschoningsrecht ook in andere familiezaken dan echtscheidingszaken toe te kennen aan (vroegere) echtgenoten of (vroegere) geregistreerde partners. Dit advies is gevolgd. Het opheffen van de uitzondering op het verschoningsrecht leidt tot een vereenvoudiging van het getuigenbewijs. Bovendien geldt dat als in familiezaken een verhoor van de in artikel 165, tweede lid, onder a, genoemde personen is toegelaten en daarmee voor hen een getuigplicht geldt op grond van artikel 165, eerste lid, zij ook een beroep op een verschoningsrecht zouden moeten kunnen doen.

In het huidige vierde lid – dat wordt vernummerd tot het tweede lid – wordt de daarin opgenomen verwijzing naar de bepalingen over het deskundigenbericht aangepast aan de in dit wetsvoorstel voorgestelde vernummering. Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel R en de transponeringstabel op p. 18–20.

Onderdeel X (vervallen van de artikelen 843a en 843b)

Met de voorgestelde regeling van het inzagerecht in de artikelen 194, 195 195a en 196 tot en met 200 en 204 (nieuw) kan artikel 843a worden geschrapt. Hetzelfde geldt voor artikel 843b. Op grond van deze laatste bepaling kan inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden worden gevorderd die tot bewijs kunnen dienen van een verloren gegaan bewijsmiddel. Deze mogelijkheid valt geheel onder de voorgestelde regeling van het inzagerecht, zodat aan een afzonderlijke bepaling als bedoeld in artikel 843b geen behoefte meer bestaat. De enige nog resterende bepaling in de eerste afdeling van de zevende titel van het derde Boek (artikel 838) wordt verplaatst naar artikel 29a (zie de toelichting op dat artikel).

Onderdelen Y tot en met CC (*opschrift afdeling 1A en artikelen 844, 845, 847 en 849*)

In de artikelen 844, 845, 847 en 849, ingevoerd ter implementatie van de Richtlijn handhaving privaatrechtelijke mededinging (Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 (PbEU 2016, L349/1)), wordt verwezen naar artikel 843a. Het daarin geregelde recht op afschrift van bescheiden wordt in dit wetsvoorstel vervangen door de nieuwe regeling van het inzagerecht in de afdeling over het bewijsrecht. De verwijzingen zijn daarop aangepast. Daarnaast wordt de term «bescheiden» vervangen door het ruimere en modernere begrip «gegevens» overeenkomstig het voorgestelde artikel 194. Verder wordt deze afdeling door het vervallen van de eerste afdeling van de zevende titel vernummerd tot afdeling 1.

Onderdelen DD en HH (*artikelen 1018a en 1019ij*)

In de artikelen 1018a en 1019ij is een verschijning van partijen geregeld voor massazaken om een collectieve schikking te beproeven voor de collectieve schadeafwikkeling en voor deelgeschillen betreffende letsel- en overlijdensschade. De daarin opgenomen verwijzing naar de mogelijkheid in artikel 191, tweede lid, om op de zitting gemaakte afspraken desgewenst in een proces-verbaal vast te leggen, wordt aangepast aan de verplaatsing van die bepaling naar artikel 199, derde lid, (nieuw).

Onderdelen EE en FF (*artikelen 1019a en 1019h*)

De artikelen 1019a en 1019h in de vijftiende titel, die gaan over rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom, bevatten verwijzingen naar artikel 843a. Het daarin geregelde recht op afschrift van bescheiden wordt in dit wetsvoorstel vervangen door de nieuwe regeling van het inzagerecht in het bewijsrecht. De verwijzingen zijn daarop aangepast.

Onderdelen II en JJ (*artikelen 1022b en 1074b*)

De artikelen 1022b en 1074b bieden partijen bij een overeenkomst tot arbitrage de mogelijkheid om de gewone rechter of, bij een overeengekomen arbitrage buiten Nederland, de Nederlandse rechter te verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting te bevelen. De in deze artikelen genoemde voorlopige bewijsverrichtingen worden vervangen door «een of meer voorlopige bewijsverrichtingen». Dit sluit aan bij het samenvoegen in dit wetsvoorstel van de verschillende verzoeken om een voorlopige bewijsverrichting.

Opgemerkt wordt dat met de voorgestelde wijziging in artikel 1074b een partij bij een overeenkomst tot arbitrage buiten Nederland bij de Nederlandse rechter nu uitdrukkelijk ook een inzageverzoek kan doen. Deze mogelijkheid is dus niet nieuw, omdat een partij bij buitenlandse arbitrage via artikel 1074a in verbinding met artikel 843a bij de kortgeding-rechter nu ook om inzage, afschrift en uittreksel van bescheiden kan

verzoeken.⁵³ Met de voorgestelde wijziging in artikel 1074b wordt het voor een partij eenvoudiger om een inzageverzoek te combineren met een andere voorlopige bewijsverrichting.

Artikel II

Artikel II hangt samen met het bestaan van twee versies van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering sinds een begin is gemaakt met de gefaseerde inwerkingtreding van de wetgeving van 2016 in verband met de vereenvoudiging en digitalisering van het burgerlijk procesrecht. Alleen voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad geldt op dit moment het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dit luidt na invoering van de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht (Stb. 2016, 288–294). Sinds de inwerkingtreding van de Wet van 2 juli 2019 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Stb. 2019, 241), geldt voor alle andere procedures en gerechten het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat luidt zonder invoering van de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht. De wijzigingsvoorstellen in artikel I gelden voor deze versie van Rv.

In artikel II zijn de voorgestelde wijzigingsbepalingen uit artikel I overgenomen voor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht is ingevoerd. Enkele bepalingen zijn daarbij niet overgenomen, omdat die niet in deze versie van Rv kunnen worden doorgevoerd. Hetzelfde artikel heeft een andere inhoud of is in deze versie vervallen. De desbetreffende wijzigingen zijn daarom opgenomen in andere artikelen (zie de toelichting op de onderdelen F t/m J).

Onderdelen A tot en met E, L tot en met P en R tot en met DD

De voorgestelde wijzigingen in de artikelen 21, 22, 24, 28 en 29a (onderdelen A t/m E), 233, 244, 248, 278 en 284 (onderdelen L t/m P), het vervallen van de zevende titel van het derde Boek en de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 844, 845, 847, 849, 1018a, 1019a, 1019h, 1019r, 1019ij, 1022b en 1047b (onderdelen R t/m DD) komen overeen met de voorgestelde wijzigingen in artikel I dat geldt voor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht niet is ingevoerd. Verwezen wordt naar de toelichting op deze artikelen in artikel I van dit wetsvoorstel.

Onderdelen F tot en met J

In de artikelen 30a, 30i en 120 zijn de voorgestelde wijzigingen van artikel I, onderdelen H, I en J (de artikelen 111, 120, vierde lid, en 128, vijfde lid) overgenomen. Artikel 30a komt in de versie van Rv waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht is ingevoerd, overeen met artikel 111 van de versie waarvoor deze wetgeving niet is ingevoerd. Voor artikel 30i is het corresponderende wijzigingsvoorstel in de andere versie van Rv opgenomen in artikel 128. De verschillen in de voorgestelde wijzigingsbepalingen hangen samen met de verschillende terminologie in de beide versies van Rv en met de eisen die in die versies aan de dagvaarding dan wel de procesinleiding en het oproepingsbericht worden gesteld. Deze eisen staan in de versie van Rv waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering niet is ingevoerd in artikel 111. In de versie van Rv waardoor deze wetgeving wel is ingevoerd, staan

⁵³ Meijer, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1074b Rv, aant. 1.

de eisen die aan de procesinleiding en het oproepingsbericht worden gesteld deels in artikel 30a en deels in artikel 111. Voor de gedaagde staan de eisen die aan het verweerschrift worden gesteld in de versie waarvoor de genoemde wetgeving is ingevoerd niet meer in artikel 128, maar in artikel 30i. In artikel 120 is opgenomen wat de gevolgen zijn als niet is voldaan aan de eisen die aan de dagvaarding dan wel de procesinleiding en het oproepingsbericht worden gesteld. Artikel 120 is in beide versies van Rv aangepast aan de opzet van dit artikel in samenhang met artikel 30a en artikel 111. Inhoudelijke verschillen zijn niet beoogd.

In de artikelen 30l, tweede lid, en 30n, vierde lid, zijn de voorgestelde wijzigingen van artikel I, onderdelen F en G (de artikelen 88, tweede lid, en 90, vierde lid), overgenomen. In artikel 30n, zevende lid, zijn verder de verwijzingen naar de artikelen in de afdeling over het bewijsrecht geschrapt overeenkomstig de corresponderende bepaling in artikel 90. In die artikelen wordt in dit wetsvoorstel rechtstreeks voorzien in de mogelijkheid van een beeld- of geluidsopname ter vervanging van het proces-verbaal.

Onderdelen K en Q

De afdeling over het bewijsrecht is op grond van artikel 418a van overeenkomstige toepassing in cassatie. Voorgesteld wordt om deze overeenkomstige toepassing over te hevelen naar een nieuw tweede lid. Daarin wordt de afdeling over het bewijsrecht (Afdeling 9 van Titel 2 van Boek 1) in de versie van Rv waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht niet is ingevoerd, van overeenkomstige toepassing verklaard voor de versie van Rv waarvoor deze wetgeving wel is ingevoerd. Dit betekent dat in de versie van Rv waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht is ingevoerd, de negende afdeling van de Tweede titel kan worden geschrapt. Met de overeenkomstige toepassing van het bewijsrecht uit de andere versie van Rv wordt voorkomen dat er ook twee versies van het bewijsrecht moeten komen met tal van terminologische aanpassingen, terwijl deze bepalingen in cassatie vrijwel geen praktische toepassing hebben. De Hoge Raad beoordeelt in cassatieprocedures of het bewijsrecht juist is toegepast aan de hand van de bepalingen die gelden voor de feitelijke instanties. Dat zijn de bepalingen die zijn opgenomen in de versie van Rv waarvoor de genoemde wetgeving niet is ingevoerd.

In een aantal bepalingen buiten de afdeling van het bewijsrecht wordt verwezen naar een artikel in de afdeling van het bewijsrecht dat in dit wetsvoorstel vervalt of wordt vernummerd. In het voorgestelde artikel 418a wordt daarom opgenomen dat verwijzingen naar bepalingen uit de negende afdeling van de tweede titel worden gelezen als verwijzingen naar de versie van Rv waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering niet is ingevoerd. Wanneer in de versie van Rv waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht is ingevoerd, wordt verwezen naar (vernummerde of vervallen) artikelen in de afdeling over het bewijsrecht, wordt dus bedoeld te verwijzen naar artikelen in de afdeling over het bewijsrecht in de versie waarvoor de genoemde wetgeving niet is ingevoerd en zoals aangepast als in artikel I van dit wetsvoorstel voorgesteld. Met de verwijzing naar artikel XII, eerste lid, van dit wetsvoorstel wordt verder verduidelijkt welke versie van Rv wordt bedoeld met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor de wetgeving inzake vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht niet is ingevoerd.

Artikelen III, IV, VI tot en met XI

In enkele wetten wordt verwezen naar bepalingen in de regeling van het bewijsrecht. Deze verwijzingen worden aangepast aan de in dit

wetsvoorstel voorgestelde vernummering. Zie hierover verder de toelichting op onderdeel R en de transponeringstabel op p. 18–20. Naar aanleiding van een vraag van de NOvA in de consultatie wordt opgemerkt dat de in artikel 7 van de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 genoemde artikelen nog lijken te verwijzen naar het Wetboek van Rv van vóór 2002. De artikelen die het derde respectievelijk het vijfde lid van artikel 7 van de Zaaizaad- en plantgoedwet van overeenkomstige toepassing verklaart op de getuige respectievelijk het getuigenverhoor, betreffen bepalingen over het deskundigenbericht, terwijl deze vóór 2002 betrekking hadden op het getuigenverhoor. De klaarblijkelijk aan de wetswijziging van 2002 vergeten aanpassing wordt bij deze gelegenheid alsnog doorgevoerd.

Artikel V

Artikelen A en C (*artikelen 2 en 20 Gerechtsdeurwaarderswet*)

De juridische status van het proces-verbaal van constateringen wordt in de Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw) versterkt. Het opmaken van een schriftelijke verklaring over door een gerechtsdeurwaarder persoonlijk waargenomen feiten is nu alleen een nevenwerkzaamheid van de deurwaarder (artikel 20, derde lid, onder e, Gdw). Hierdoor heeft het proces-verbaal van constateringen de status van een onderhandse akte als bedoeld in artikel 156, derde lid, waaraan vrije bewijskracht in de zin van artikel 152 toekomt. Voorgesteld wordt om van het opmaken van een proces-verbaal van constateringen een ambtshandeling te maken, waardoor het proces-verbaal van constateringen een authentieke akte wordt als bedoeld in artikel 156, tweede lid. Daarmee levert de door een deurwaarder opgemaakte beschrijving van een door hem persoonlijk waargenomen feitelijke toestand tegenover iedereen dwingende bewijskracht op (artikel 157, eerste lid). Tegenbewijs blijft hiertegen vrijstaan (artikel 151, tweede lid). De voorgestelde bepaling in Rv (artikel 205 nieuw) betreft de situatie dat rechterlijk verlof nodig is voor het opmaken van een proces-verbaal van constateringen door de deurwaarder. De wijziging in de Gdw ziet op de situatie dat een partij zelf verzoekt om een proces-verbaal van constateringen, zonder dat hierbij de medewerking of aanwezigheid van de wederpartij moet worden afgedwongen.

In een proces-verbaal van constateringen legt de gerechtsdeurwaarder op verzoek van een of beide partijen door hem persoonlijk waargenomen feiten vast. De schriftelijke vastlegging van een bepaalde rechtstoestand in een vroeg stadium van een geschil kan bijdragen aan de opheldering van de feiten en daarmee aan een oplossing van het geschil. Ook kan het proces-verbaal van constateringen worden gebruikt om bewijs van een bepaalde feitelijke situatie veilig te stellen. In een procedure kan het proces-verbaal van constateringen aan de rechter worden voorgelegd, zodat van de daarin opgenomen feiten geen bewijs meer hoeft te worden bijgebracht. In de huidige praktijk stelt de deurwaarder met enige regelmaat dergelijke processen-verbaal op, waarbij het aantal toepassingen groot is. In bepaalde zaken, zoals ontruimingszaken of geschillen over de vaststelling van de erfgrens, blijkt het proces-verbaal van constateringen een nuttig en goedkoop middel dat een (voorlopige) plaatsopneming of bezichtiging door de rechter kan vervangen. Het versterken van de juridische status vergroot de bewijskracht die aan het proces-verbaal van constateringen toekomt. Hierdoor zullen partijen mogelijk vaker van dit bewijsmiddel gebruik maken en aldus bij het verzamelen van informatie over een (ontstaan of dreigend) geschil feiten op een relatief eenvoudige en goedkope manier met kracht van authenticiteit kunnen vastleggen. De bevoegdheid van de deurwaarder is beperkt tot het vastleggen van door hem zelf waargenomen, evidente materiële

feiten, zoals de vaststelling van beschadigingen en veranderingen na het verlaten van een verhuurde woning, de inventarisatie van een inboedel of de vaststelling dat bepaalde software op een computer aanwezig is. De deurwaarder mag aan de feiten die hij waarneemt geen persoonlijke interpretaties toevoegen, gissingen doen of een oordeel geven over een rechtstoestand.

Door het toevoegen van een onderdeel f aan het eerste lid van artikel 2 Gdw wordt het opmaken van een proces-verbaal dat bestemd is om in civiele procedures tot bewijs te dienen van daarin door de gerechtsdeurwaarder opgenomen, persoonlijk waargenomen feiten een ambtshandeling van de gerechtsdeurwaarder. Het begrip «procedures voor de burgerlijk rechter» moet ruim worden opgevat. Daaronder vallen bijvoorbeeld ook executiegeschillen die ontstaan na afloop van een civiele procedure. Daarnaast blijft het opmaken van een proces-verbaal van constateringen een nevenwerkzaamheid van de gerechtsdeurwaarder (artikel 20, derde lid, onderdeel e, Gdw). De NOvA en de KBvG hebben in de consultatie op het behoud van deze mogelijkheid gewezen. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan om een schriftelijke verklaring van bepaalde feiten op te maken die niet direct is bedoeld om te worden gebruikt in een civiele procedure en daarmee buiten de ambtshandelingen van de gerechtsdeurwaarder valt. In artikel 20, derde lid, onder e, wordt alleen de beperking tot de waarneming van feiten van stoffelijke aard geschrapt. In het huidige tijdperk levert dit een zinledige beperking op. Opgemerkt wordt verder dat het vastleggen van bepaalde waarnemingen niet bij uitsluiting van ieder ander aan gerechtsdeurwaarders wordt opgedragen. Naast de deurwaarder behoudt de notaris zijn bevoegdheid om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dat aan hem opdraagt of een partij dat van hem verlangt (artikel 2 Wet op het notarisambt). Notariële akten kunnen volgens artikel 37 van de Wet op het notarisambt behalve partij-akten ook proces-verbaal-akten zijn die slechts de waarneming van de notaris en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen bevatten. De deurwaarder en de notaris behouden in dit wetsvoorstel ieder hun eigen wettelijke taken en expertise. De expertise van de deurwaarder ligt gelet op zijn andere wettelijke taken vooral bij het doen van waarnemingen en de verslaglegging daarvan in conflictueuze situaties en procedures in het civiele recht (zoals het leggen van beslag). Daarnaast oefent de deurwaarder een ambulante beroep uit, dat wil zeggen dat hij vaak op pad is en langs de deur gaat om zijn ambtshandelingen te verrichten. Hierdoor heeft de deurwaarder ervaring met het inroepen van bijstand van de politie in gevallen waarin hij tot het doen van de van hem gevraagde waarnemingen zich de toegang moet verschaffen tot plaatsen waar hij die ambtshandelingen moet verrichten. Het belang van het vergroten van de waarde van een proces-verbaal van constateringen is ook hierin gelegen.⁵⁴

Artikel B (artikel 3a)

Het uitgangspunt om de relevante informatie zo veel mogelijk voorafgaand aan een procedure te verzamelen, gaat in het bijzonder ook gelden voor procedures over ambtshandelingen van de deurwaarder die zijn gericht tegen vreemde staten.

Artikel 3a Gdw verplicht de gerechtsdeurwaarder om de Minister van Justitie en Veiligheid in kennis te stellen van een door hem ontvangen opdracht tot het verrichten van een ambtshandeling als hij redelijkerwijs rekening moet houden met de mogelijkheid dat het verrichten van die ambtshandeling in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Op grond van artikel 13 van de Wet algemene bepalingen is de

⁵⁴ Reactie van de Adviescommissie van de NOvA van 5 juli 2016 op een aantal vragen van de Minister van Veiligheid en Justitie met betrekking tot het proces-verbaal van constatering.

rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en authentieke akten beperkt door het volkenrecht. De soevereiniteit van vreemde staten brengt mee dat zij immuniteit van jurisdictie en executie genieten. Dit houdt onder meer in dat goederen die vreemde staten in eigendom toebehoren niet vatbaar zijn voor beslag en executie, behalve als de goederen voor commerciële, niet-publieke doeleinden zijn bestemd. Als er vanuit het volkenrecht bezwaren bestaan tegen het verrichten van een ambtshandeling door de gerechtsdeurwaarder, bijvoorbeeld het leggen van beslag op eigendommen van een vreemde staat, kan de minister een aanzegging aan de gerechtsdeurwaarder doen. De aanzegging leidt ertoe dat de gerechtsdeurwaarder onbevoegd wordt de handeling te verrichten (bijvoorbeeld het beslag te leggen), op straffe van nietigheid (lid 5). Is de ambtshandeling al verricht en betrof dat het leggen van beslag, dan leidt de aanzegging tot een verplichting van de gerechtsdeurwaarder het beslag op te heffen en de gevolgen ervan ongedaan te maken (lid 6).

Om de immuniteit van vreemde staten te respecteren, volgt steeds een aanzegging als tegen de door een gerechtsdeurwaarder voorgenomen of al verrichte ambtshandeling volkenrechtelijke bezwaren (lijken te) bestaan. Doet de minister deze aanzegging op basis van onvolledige informatie, dan bestaat het risico dat de Staat op grond van het nationale recht aansprakelijk wordt gesteld als bijvoorbeeld beslaglegging (achteraf gezien) onnodig is geblokkeerd. Acht de minister op basis van onvolledige informatie een aanzegging niet nodig, dan bestaat weer het risico dat in strijd wordt gehandeld met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Om dit spanningsveld te doorbreken, wordt voorgesteld om in het eerste lid van artikel 3a toe te voegen dat de gerechtsdeurwaarder en diens opdrachtgever de minister zo volledig mogelijk moeten informeren. Dit houdt in dat de gerechtsdeurwaarder bij de kennisgeving alle informatie moet verstrekken waarover hij redelijkerwijs kan beschikken en die hem redelijkerwijs doen vermoeden dat de voorgenomen of al verrichte ambtshandeling mogelijk in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Alleen dan kan de minister op goede gronden beslissen of een aanzegging achterwege kan blijven. Bij een ambtshandeling die bestaat uit het leggen van beslag zal de beslaglegger in elk geval gegevens moeten aandragen over de goederen waarop de hij beslag wil leggen of waarop het beslag al ligt en over de doeleinden waarvoor de goederen van de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd. Dit sluit aan bij de presumptie van immuniteit en bij de stelplicht en bewijslast die zoals de Hoge Raad ook in standaardjurisprudentie heeft beslist, bij de beslaglegger liggen.⁵⁵

Op grond van het zevende lid is het mogelijk om de aanzegging van de minister aan de rechter ter toetsing voor te leggen. De voorzieningenrechter kan de in lid 5 en 6 genoemde gevolgen van de aanzegging opheffen. Voorgesteld wordt dat deze procedure met bekwame spoed moet worden ingesteld, op straffe van niet-ontvankelijkheid tot het instellen van de procedure. De voorgestelde termijn van veertien dagen strekt ertoe de onzekerheid over de onverenigbaarheid van een ambtshandeling met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat niet langer te laten duren dan noodzakelijk is. Dit geldt andersom ook voor de onzekerheid over de nationaalrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat. Daarnaast moeten de gegevens die bij de kennisgeving aan de minister zijn verstrekt bij het begin van de procedure in het geding worden gebracht. Hiermee wordt verduidelijkt dat de inzet van de procedure in het zevende lid bestaat uit het toetsen van de juistheid van de aanzegging aan

⁵⁵ Zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017, 190, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5.3 en HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017, 191, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.4.2 en 3.5.2.

de hand van de gegevens die aan de ministeriële beslissing ten grondslag liggen. De procedure in het zevende lid is niet bedoeld om de (on)verenigbaarheid van een ambtshandeling met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat opnieuw door de rechter te laten beoordelen. Tijdens de procedure kunnen dus niet allerlei nieuwe gegevens worden overgelegd die al beschikbaar waren bij het doen van de kennisgeving door de gerechtsdeurwaarder of waarover de gerechtsdeurwaarder en diens opdrachtgever redelijkerwijs konden beschikken. Alleen als na de aanzegging de doeleinden waarvoor de goederen van de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd wijzigen, doordat de eigendommen van de vreemde staat een commerciële, niet-publieke bestemming hebben gekregen, moet deze informatie in de rechterlijke oordeelsvorming kunnen worden betrokken. Dat geldt ook voor nieuwe feiten en omstandigheden die een partij bekend worden na de aanzegging van de minister. In die gevallen kan de opdrachtgever van de gerechtsdeurwaarder nog gegevens aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat bepaalde goederen van vreemde staten wel vatbaar zijn voor beslag en executie (en dat de aanzegging van de minister dus ten onrechte is gedaan).

De voorgestelde wijzigingen in het zevende lid gelden ook voor de gerechtsdeurwaarder als deze de procedure tot opheffing op grond van artikel 438, vierde lid, start. De termijn van veertien dagen en de verplichting tot het overleggen van de relevante informatie aan het begin van de procedure beogen mede de deurwaarder op een snelle en efficiënte wijze te helpen uit de impasse waarin hij zich kan bevinden. Bij een opdracht tot het verrichten van een ambtshandeling tegen vreemde staten kan de gerechtsdeurwaarder klem komen te zitten tussen enerzijds zijn ministerieplicht die hij tegenover zijn opdrachtgever heeft, en anderzijds de aanzegging die hij van de minister ontvangt en die hem belet zijn ambtshandeling te verrichten of hem verplicht zijn ambtshandeling ongedaan te maken. Met een snelle en efficiënte procedure waarin de aanzegging van de minister in rechte wordt getoetst, krijgt de deurwaarder eerder duidelijkheid.

Artikel XII

Dit artikel is opgenomen in verband met het bestaan van twee versies van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vanaf de gefaseerde inwerkingtreding van de wetgeving van 2016 in verband met de vereenvoudiging en digitalisering van het burgerlijk procesrecht (Stb. 2016, 288–294). De twee versies zijn: het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor deze wetgeving nog niet is ingevoerd (onderdeel a) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarvoor deze wetgeving wel is ingevoerd (onderdeel b). De versie genoemd in onderdeel b geldt na de inwerkingtreding van de Wet van 2 juli 2019 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Stb. 2019, 241) op dit moment alleen voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad. De versie genoemd in onderdeel a geldt na de genoemde wet van 2019 voor alle andere procedures en gerechten. Voor de beide versies wordt verwezen naar de wetgeving van 2016 en het Koninklijk Besluit (Stb. 2017, 16) waarmee deze wetgeving niet (voor de versie van onderdeel a) en wel (voor de versie van onderdeel b) in werking is getreden. Artikel XII strekt ertoe duidelijk te maken dat de wijzigingsvoorstellen in artikel I van dit wetsvoorstel gelden voor de versie waarvoor de wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht niet is ingevoerd en de wijzigingsvoorstellen in artikel II van dit wetsvoorstel zien op de versie waarvoor deze wetgeving wel is ingevoerd.

Artikel XIII

Dit artikel regelt de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel.

Artikel XIV

Dit artikel bevat de citeertitel van dit wetsvoorstel.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker