

HOUTHOFF

REACTIE OP HET CONSULTATIEVOORSTEL TOT AANPASSING VAN HET WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING IN VERBAND MET DE VEREENVOUDIGING EN MODERNISERING VAN HET BEWIJSRECHT

HOUTHOFF

27 juli 2018

1. Inleiding

- 1.1. Wij hebben met interesse kennisgenomen van het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht. Aan dit wetsvoorstel ligt in belangrijke mate het adviesrapport ten grondslag¹ dat in 2017 is uitgebracht door een expertgroep onder leiding van A. Hammerstein.² In navolging van dit adviesrapport is het doel van dit wetsvoorstel om het bewijsrecht in civiele procedures te vereenvoudigen en te moderniseren door de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand en tijdens de procedure te verbeteren. Het wetsvoorstel bevat hiertoe een aantal concrete wijzigingen.
- 1.2. Wij maken graag van deze consultatie gebruik om opmerkingen te maken over een aantal van deze voorgestelde wijzigingen. Hierna zal worden ingegaan op de codificatie van bestaande rechtspraak (§ 2), de preprocesuele informatieplicht (§ 3), de regiefunctie van de rechter (§ 4), de vereenvoudiging en uniformering van voorlopige bewijsverrichtingen (§ 5), het inzagerecht (§ 6) en het getuigenbewijs (§7), gevolgd door een afsluiting (§ 8).

2. Codificatie bestaande rechtspraak

- 2.1. Het wetsvoorstel beoogt bestaande rechtspraak te codificeren. Het betreft in het bijzonder artikel 22 Rv (nieuw) met betrekking tot de beoordeling van een beroep op gewichtige redenen na een rechterlijk bevel en de artikelen 206-207 Rv (nieuw) met betrekking tot het bewijsbeslag. De voorgestelde codificatie komt de kenbaarheid en overzichtelijkheid van het procesrecht ten goede.
- 2.2. In artikel 22 Rv (nieuw) wordt in de leden 4 tot en met 8 de in de arresten *Lightning Casino*³ en *De Telegraaf/Staat*⁴ ontwikkelde rechtspraak in de wet vastgelegd. Het betreft de procedure over kennisneming en toetsing door de rechter van gegevens die een partij na een daartoe strekkend bevel van de rechter niet zomaar wil overleggen wegens gewichtige redenen. In de genoemde jurisprudentie wordt ervan uitgegaan dat de rechter die kennis heeft genomen van de vertrouwelijke informatie en tot de slotsom komt dat deze niet hoeft te worden verstrekt, zich van verdere betrokkenheid bij de zaak moet onthouden. Het wetsvoorstel bepaalt dat beoordeling van het beroep op gewichtige redenen zal worden beoordeeld door een andere kamer, waarna de zaaksrechter de behandeling van de zaak kan voortzetten. Dat lijkt ons een nuttige praktische aanpak, die voorkomt dat een goed ingelezen zaaksrechter zich moet

¹ Zie memorie van toelichting, p. 1

² 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, hierna aangeduid als "adviesrapport".

³ HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, NJ 2004/4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino*).

⁴ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, NJ 2009/451 m.nt. E.J. Dommering (*De Telegraaf/Staat*).

onttrekken. Het zou wat ons betreft aanbevelenswaardig zijn indien per rechterlijke instantie een vaste kamer wordt aangewezen met rechters die voortvarend en volgens een uitgewerkte procedure over een dergelijk beroep beslissen. Zo wordt de rechtseenheid op dit punt bevorderd en kan onduidelijkheid en onnodige vertraging in de procedure worden voorkomen.

- 2.3. De artikelen 206 Rv (nieuw) en 207 Rv (nieuw) bevatten een nader uitgewerkte regeling inzake het bewijsbeslag in niet-IE zaken. Deze regeling sluit aan bij de bestaande rechtspraak en richtlijnen.⁵ De regeling kent overeenkomstig de voorgestelde inzageregeling in artikel 149b Rv (nieuw) de nuttige verruiming dat bewijsbeslag – net als in het IE-recht – op ieder denkbaar bewijsmateriaal kan worden gelegd. Waar denkelijk nog meer aandacht voor zou kunnen zijn, is het kostenaspect van een bewijsbeslag, in het bijzonder bij een bewijsbeslag onder derden. In de toelichting wordt ten aanzien van het inzage-recht opgemerkt dat inzage plaatsvindt op kosten van degene die inzage verlangt, maar ook dat alleen de noodzakelijke kosten voor het verschaffen van inzage voor vergoeding in aanmerking komen. Volgens de toelichting vallen daaronder wel de kosten die moeten worden gemaakt om de gevraagde informatie op te sporen en daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verstrekken, maar niet de kosten van juridische bijstand. De te vergoeden kosten kunnen als vermogensschade in de zin van artikel 6:96, tweede lid, onder b en c, BW in aanmerking worden genomen of als een procedure is aangespannen, in de proceskostenveroordeling worden betrokken.⁶
- 2.4. Het is de vraag hoe redelijk deze benadering in de praktijk uitwerkt, in het bijzonder jegens derden. Het wetsvoorstel gaat niet nader in op de mogelijk omvangrijke kosten van de derde bij een bewijsbeslag. Zodoende kan een 'haalplicht' ontstaan voor een derde die de kosten vergoed wil zien. Wellicht zou onder omstandigheden aansluiting kunnen worden gezocht bij de voorgestelde regeling voor de uitoefening van het inzage-recht. In de toelichting bij artikel 194 Rv (nieuw) is opgenomen dat de rechter kan bepalen dat inzage pas hoeft te worden verstrekt wanneer een voorschot voor de te maken kosten is voldaan. De rechter die het beslagverlof verleent zou een vergelijkbare voorwaarde kunnen stellen en kunnen bepalen dat de beslaglegger eerst een voorschot moet deponeren waaruit de kosten van de derde zouden kunnen worden voldaan. Dat voorschot zou kunnen zien op redelijkerwijs gemaakte uitvoeringskosten alsook de redelijkerwijs gemaakte juridische kosten. Dergelijke voldane kosten kunnen dan net als 'gewone' beslagkosten door de beslaglegger worden gevorderd in de procedure ten behoeve waarvan het beslag is gelegd.

⁵ Zie HR 13 september 2013, ECLI:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest/Begeer en Marijnissen*) en de Beslagsyllabus.

⁶ Zie memorie van toelichting, p. 29.

- 2.5. Tot slot zou het bewijsbeslag systematisch wellicht beter in een andere paragraaf kunnen worden opgenomen dan in § 8 waar de voorlopige bewijsverrichtingen worden geregeld.⁷ Het bewijsbeslag is strikt genomen geen voorlopige bewijsverrichting maar slechts een conservatoire maatregel. Een bewijsbeslag zelf geeft nog geen toegang tot de beslagen gegevens.

3. Preprocessuele informatieplicht

- 3.1. De expertgroep heeft in haar adviesrapport het uitgangspunt geformuleerd dat partijen verplicht zijn voorafgaand aan de procedure zoveel mogelijk informatie te verzamelen. Het wetsvoorstel strekt ertoe een dergelijke verplichting in de wet op te nemen. Artikel 149a van het voorstel luidt:

"Elke partij verzamelt, voordat een zaak aanhangig is, de informatie die zij redelijkerwijs kan verkrijgen en die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de beoordeling van de feiten of rechten waarop deze partij zich beroept ter onderbouwing van haar vordering of verweer. In de procedure kan de rechter uit het niet overleggen door een partij van de informatie, bedoeld in de vorige zin, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht."

- 3.2. Sinds de herziening van het procesrecht in 2002 wordt van partijen verwacht dat zij hun kaarten direct op tafel leggen. Deze algemene plicht om in een vroeg stadium informatie aan te leveren wordt, met het oog op een nog efficiënter en effectiever verloop van de procedure, in het wetsvoorstel nader aangescherpt. Het overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen wordt gestimuleerd, voorlopige bewijsverrichtingen zijn niet langer beschikbaar tijdens de procedure en het *recht* op het horen van getuigen tijdens de procedure komt te vervallen.⁸
- 3.3. Wij onderschrijven uiteraard de gedachte dat voorkomen moet worden dat een procedure onnodig lang duurt omdat partijen essentiële informatie achterhouden en pas in een laat stadium overleggen. Wij onderschrijven ook de gedachte dat partijen een belangrijke taak hebben om voorafgaand aan de procedure informatie en bewijs te verzamelen. Wij hebben echter aarzelingen bij de mogelijke sancties: indien partijen zich onvoldoende hebben ingespannen om informatie te verzamelen, kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Dat betekent bijvoorbeeld dat de rechter in de procedure zal kunnen afzien van nadere bewijslevering door getuigen of deskundigen. Onze aarzelingen bij de introductie van een preprocesuele informatieplicht zoals neergelegd in artikel 149a Rv (nieuw) vinden hun grond in twee punten: een gebrek aan empirische onderbouwing en het risico van *front-loading*.

⁷ Bijvoorbeeld in een nieuwe paragraaf in Boek 1, Titel 2, Afdeling 9 (§ 9), Boek 1, Titel 4, of in Boek 3, Titel 4.

⁸ Zie artikelen 30a, 30i, 166 en 196 Rv van dit wetsvoorstel.

- 3.4. In het adviesrapport noch in de memorie van toelichting blijkt op welke empirische gegevens de noodzaak tot het invoeren van een preprocessuele informatieplicht is gestoeld. Het door de wetgever geconstateerde probleem is de lange duur en complexiteit van procedures. De vraag is evenwel of de invoering van een preprocessuele informatieplicht daarvoor een oplossing biedt. Of leidt zij slechts tot een verschuiving of zelfs toename van kosten (waarover hierna meer)? Wellicht dat rechtsvergelijkend onderzoek enige aanknopingspunten biedt om antwoorden te formuleren. Wij wijzen bijvoorbeeld op de werking van *pre-action protocols* in Engeland en Wales.⁹ De ervaringen daar zijn geenszins onverdeeld positief, met name waar het gaat om algemene regelingen die voor alle procedures gelden.¹⁰ Wel blijken regelingen waarin voor specifieke categorieën van zaken is bepaald welke informatie precies moet worden overgelegd en uitgewisseld goed te werken.
- 3.5. In het adviesrapport van de expertgroep wordt (onzes inziens terecht) gewezen op het risico van *front-loading*. De kans is reëel dat de preprocessuele informatieplicht zijn doel voorbijschiet. Het op voorhand verzamelen van informatie en bewijs kan immers leiden tot kosten die, naar later blijkt, onnodig zijn gemaakt. Het wetsvoorstel gaat niet nader in op het risico van *front-loading*.¹¹ Een voorzichtige advocaat zal echter niet afhankelijk willen zijn van het oordeel van de rechter achteraf over de vraag of hij zijn preprocessuele informatieplicht heeft geschonden. Bovendien weet hij niet op voorhand welke sancties hij om de oren krijgt. De hoge werkdruk bij de rechterlijke macht zou kunnen meebrengen dat rechters geneigd zijn verzoeken tot nadere bewijslevering met een beroep op artikel 149a Rv (nieuw) af te wijzen. Er bestaan nu immers ook al aanwijzingen dat (te) veel zaken op de stelplicht worden afgedaan.¹² Een (te) genuanceerd systeem dat ruimte biedt voor maatwerk is onzeker en noopt advocaten ertoe de zaak (te) grondig voor te bereiden. Dit leidt tot hogere kosten voor de procespartijen. Dit leidt ook tot hogere kosten voor de rechterlijke macht die geconfronteerd zou kunnen worden met onnodig lange processtukken en te veel producties.

⁹ Zie ook het adviesrapport, noot 26.

¹⁰ Zie in dit verband *Review of Civil Litigation Costs: Final Report, The Stationary Office 2010*, p. xxii: "6.1 Pre-action protocols (chapter 35). There are ten pre-action protocols for specific types of litigation. By-and-large they perform a useful function, by encouraging the early settlement of disputes, which thereby leads (in such cases) to the costs of litigation being avoided. I recommend that these specific protocols be retained, albeit with certain amendments to improve their operation (and to keep pre-action costs proportionate). 6.2 On the other hand, the Practice Direction - Pre-Action Conduct, which was introduced in 2009 as a general practice direction for all types of litigation, is unsuitable as it adopts a "one size fits all" approach, often leading to pre-action costs being incurred unnecessarily (and wastefully). I recommend that substantial parts of this practice direction be repealed. (...)".

¹¹ Wel wijst de toelichting op de mogelijkheid dat de rechter de kosten die in de preprocessuele fase moeten worden gemaakt, meeweegt bij de toepassing van artikel 149a Rv.

¹² Zie bijv. K. van der Kraats, 'De stelplicht: geen kraaienpoot maar een 'sinkhole'', AA 2018, p. 262-266.

- 3.6. Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel dat in totaal tien stellingen worden aangevoerd ter onderbouwing van een vordering. Moet dan ten aanzien van al deze stellingen informatie worden uitgewisseld, schriftelijke getuigenverklaringen worden opgesteld en (overig) bewijs worden verzameld? Het komt veel voor dat de wederpartij een groot aantal stellingen niet betwist, zodat het juist van een efficiënte procesvoering getuigt af te wachten ten aanzien van welke stellingen nader bewijs nodig is.
- 3.7. Een tweede voorbeeld: in sommige handelszaken, kartelschadezaken of collectieve acties wordt eerst een regiezitting gepland waarin rechter en partijen afspreken welke rechtsvragen, zoals de bevoegdheid, ontvankelijkheid, verjaring of de geldigheid van exoneratiebedingen, op voorhand zullen worden beantwoord alvorens verder op het inhoudelijke geschil in te gaan. Een dergelijke procesvoering komt de efficiëntie en effectiviteit van een procedure ten goede. Deze praktijk zou doorkruist worden door partijen te verplichten op voorhand alle informatie te verzamelen waarvan redelijkerwijs voorzienbaar, maar geenzins zeker is dat deze relevant kan zijn.
- 3.8. Samenvattend: het wetsvoorstel is op dit punt niet voorzien van een empirische onderbouwing. Het is als gevolg daarvan minst genomen onduidelijk of de beoogde effecten zullen worden gerealiseerd. Wij hebben daarbij ernstige twijfels omdat wij het risico reëel achten dat de voorgestelde regeling zal leiden tot een toename van de kosten (*front loading*). Wij vragen ons dan ook af of het prudent is om op dit moment een dergelijke grootschalige wijziging in het procesrecht in te voeren: de vorige stelselwijziging – die digitaal procederen mogelijk moet maken – is bij lange na nog niet geïmplementeerd. Wellicht dat andere minder ingrijpende oplossingen kunnen worden gevonden om de gepercipieerde problemen te adresseren, zoals de strengere handhaving van de bestaande normen.

4. Regiefunctie van de rechter

- 4.1. In het wetsvoorstel wordt de verantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding in de procedure benadrukt. Wij onderschrijven dat de rechter ook een actieve rol kan en mag spelen bij de waarheidsvinding. Dat de rechter een regiefunctie toekomt en moet waken over het ordelijk verloop van de procedure is geldend recht.¹³ Daarnaast heeft de rechter van oudsher de bevoegdheid ambtshalve opheldering te vragen over het standpunt van een partij, ambtshalve stukken op te vragen, of uit eigener beweging getuigen te horen of een deskundige te benoemen.¹⁴ Voorts is de rechter ambtshalve gehouden de rechtsgronden aan te vullen.¹⁵ In uitzonderingsgevallen kan of moet hij daarbij zelfs buiten de grenzen van het

¹³ Zie o.m. artikel 20 Rv.

¹⁴ Zie o.m. artikel 22, 166, 194 Rv.

¹⁵ Zie artikel 25 Rv.

HOUTHOFF

partijdebat treden, bijvoorbeeld bij toetsing van algemene voorwaarden in consumentenzaken. De hoofdregel is echter dat ook een actieve rechter de partijautonomie moet respecteren.

- 4.2. Het voorstel gaat een stap verder dan het bestaande recht. Artikel 24 lid 2 Rv (nieuw) kent de rechter de bevoegdheid toe partijen ambtshalve te wijzen op de mogelijkheid de grondslag van hun vordering aan te vullen:

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

- 4.3. In de toelichting wordt verwezen naar (terughoudende) rechtspraak van de Hoge Raad waarin is geoordeeld dat het niet zo is *"dat het de rechter nimmer zou vrijstaan de eigen-schuld-vraag ambtshalve aan de orde te stellen."* Als de rechter dat doet, dan dient hij volgens de Hoge Raad partijen hierover te laten debatteren en moet hij zich van een oordeel onthouden als partijen dit debat niet wensen te voeren.¹⁶ Volgens de toelichting komt met artikel 24 lid 2 Rv (nieuw) niet de partijautonomie in het gedrang, maar geeft het de rechter louter de mogelijkheid actief aan waarheidsvinding te doen. De rechter kan een partij vragen of een eigenschuldverweer wordt gevoerd als daarvan uit de stukken blijkt, of wat de omstandigheden waren waaronder een bepaalde afspraak is gemaakt. De betreffende partij kan een suggestie van de rechter oppakken en haar feitelijke grondslag aanvullen. Uiteraard moet het beginsel van hoor- en wederhoor hierbij worden toegepast, aldus de toelichting.

- 4.4. Wij menen dat artikel 24 lid 2 Rv (nieuw) aan de rechter een ruimere wettelijke mogelijkheid tot ingrijpen biedt dan onder het bestaande recht.¹⁷ Op grond van de tekst van deze bepaling mag de rechter suggereren nieuwe feiten of juridische argumenten aan te voeren, ook als deze niet in het verlengde van het partijdebat liggen. Wij hebben bedenkingen bij een te ruime algemene bevoegdheid van de rechter om suggesties te doen. Naar wij aannemen, zal een rechter niet zomaar een suggestie doen. Hij doet dat alleen als hij er iets in ziet. Feitelijk geeft een (te) ruime uitleg van artikel 24 lid 2 Rv (nieuw) een wettelijke basis om één partij met een winnend argument de helpende hand te bieden. De rechter moet in zo'n geval wel beide partijen horen. Het beginsel van de partijautonomie kan evenwel niet worden gereduceerd tot toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor. De partijautonomie hangt ook nauw samen met het uitgangspunt dat partijen een in beginsel gelijk speelveld hebben en dat de rechter niet de suggestie mag wekken één van partijen in haar procesvoering te helpen. Onderdeel van een eerlijk proces is immers ook dat de rechter onpartijdig is.

¹⁶ HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, NJ 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken (*Regiopolitie/Hovax*).

¹⁷ Zie voor de stand van zaken bijv. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/263.

5. Vereenvoudiging en uniformering voorlopige bewijsverrichting

- 5.1. Het wetsvoorstel stelt overeenkomstig het adviesrapport voor (1) de criteria voor de behandeling van voorlopige bewijsverrichtingen gelijk te trekken en (2) mogelijk te maken meerdere voorlopige bewijsverrichtingen te combineren in één verzoek.¹⁸ Deze uniformering en vereenvoudiging valt toe te juichen. Daarmee worden de beoordelingscriteria van de voorlopige bewijsverrichtingen inhoudelijk zoveel mogelijk gelijkgetrokken. Uitgangspunt wordt zodoende 'toewijzen, tenzij zich een van de vijf afwijzingsgronden voordoet', kort gezegd: (1) onvoldoende bepaaldheid van de verlangde informatie, (2) onvoldoende belang, (3) strijd met de goede procesorde, (4) misbruik van bevoegdheid en (5) gewichtige redenen.¹⁹ Met name ten aanzien van het inzagerecht is dat een belangrijke vereenvoudiging. Het combineren van voorlopige bewijsverrichtingen via één verzoek gevolgd door een verschijning van partijen kan doelmatig zijn om relevant bewijsmateriaal te verkrijgen.

6. Het inzagerecht

- 6.1. Het inzagerecht wordt van artikel 843a Rv verplaatst naar artikel 149b Rv (nieuw) en de artikelen 194, 195 en 204 Rv (nieuw). Inhoudelijk vindt een aantal wijzigingen plaats. De meest in het oog springende zijn de vervanging van het vereiste 'rechtmatig belang' door 'voldoende belang' en het begrip 'bescheiden' door 'gegevens'. Het begrip 'rechtsbetrekking' wordt verduidelijkt. Voorts wordt een nieuwe bepaling ingevoerd die het mogelijk maakt bij derden gegevens op te vragen. Tot slot keert lid 4 (slot) van het bestaande artikel 843a Rv niet meer terug.
- 6.2. De voorgestelde wijzigingen bevatten verbeteringen en verduidelijken de regels die gelden voor het inzagerecht.
- 6.3. Ten eerste geldt dat voor de introductie van het begrip 'voldoende belang'. Dat begrip sluit aan bij het vereiste belang bij de overige voorlopige bewijsverrichtingen en lijkt daarmee lichter dan het begrip 'rechtmatig belang'. De bewoordingen maken helderder waarom het bij dit vereiste gaat, namelijk dat een partij voldoende belang moet hebben in de zin van artikel 3:303 BW bij inzage in de opgevraagde gegevens.²⁰
- 6.4. Ten tweede sluit het begrip 'gegevens' beter aan bij de ruime uitleg die nu reeds in de rechtspraak aan het begrip 'bescheiden' wordt gegeven. Vermeldenswaardig is nog de gelijkschakeling van de inspanningsplicht ten aanzien van een partij waartegen een inzageverzoek wordt gericht. De toelichting vermeldt op dit punt:

¹⁸ Zie memorie van toelichting, p. 36-37.

¹⁹ Zie artikel 196 Rv (nieuw), memorie van toelichting, p. 44. Artikel 149b Rv (nieuw) kent daarnaast nog materiële gronden die de informatiebeziiter ontheffen van diens informatieplicht. Zie memorie van toelichting, p. 29.

²⁰ Zie memorie van toelichting, p. 28.

*"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."*²¹

Daarmee beoogt het wetsvoorstel verdere stroomlijning met overige voorlopige bewijsverrichtingen.

- 6.5. Ten derde gaat het voorstel terecht uit van een ruim begrip van de 'rechtsbetrekking'. De opmerking in de toelichting dat de rechtsbetrekking nog niet in rechte hoeft vast te staan, roept nog wel de vraag op welke mate van aannemelijkheid geldt ten aanzien van de rechtsbetrekking.²² De toelichting maakt duidelijk dat de drempel die geldt voor toewijzing van voorlopige bewijsverrichtingen laag is.²³ De lat ten aanzien van de 'aannemelijkheid' van de rechtsbetrekking die hier aan de orde is, ligt denkkelijk lager dan de lat die geldt voor de aannemelijkheid van een inbreuk bij de IE-inzagevariant van artikel 1019a Rv. Het is voor de praktijk aanbevelenswaardig dat de wetgever op dit punt nog duidelijker positie bepaalt.
- 6.6. Ten vierde maakt de gelijkschakeling met de criteria voor de overige voorlopige bewijsverrichtingen dat een inzageverzoek moet worden toegewezen tenzij sprake is van een van de afwijzingsgronden die voor alle voorlopige bewijsverrichtingen gelden. De uitzondering van artikel 843a lid 4 (slot) Rv, dat bepaalt dat degene van wie inzage wordt verlangd niet is gehouden daaraan te voldoen indien kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd, vervalt daarmee. Die keuze valt te billijken, nu inzage in gegevens in de praktijk een belangrijke, eenvoudige, betrouwbare en kostenefficiënte manier is om bewijs te vergaren.
- 6.7. Wel signaleren wij ten aanzien van het inzagerecht een principiële procesrechtelijk punt, namelijk de vraag in hoeverre het inzagerecht via een kort geding kan worden geëffectueerd. Het wetsvoorstel onderkent het inzagerecht in artikel 149b Rv (nieuw). Het wetsvoorstel gaat uit van twee varianten om inzage in rechte af te dwingen: de verzoekroute voorafgaand aan een procedure via artikel 204 Rv (nieuw) ofwel de verzoekroute tijdens een procedure via de artikelen 194-195 Rv (nieuw). De toelichting vermeldt:

"Als de wederpartij of de derde weigert de nog ontbrekende informatie te verstrekken, kan een partij de informatieverstrekking bij de rechter afdwingen, zowel

²¹ Zie memorie van toelichting, p. 28.

²² Zie memorie van toelichting, p. 26-27.

²³ Zie memorie van toelichting, p. 45.

*via het verzoek om een voorlopige bewijsverrichting (artikelen 196 (nieuw) en 201 (nieuw)) als in de procedure (artikelen 194 (nieuw) en 195 (nieuw))."*²⁴

De toelichting stelt in het kader van artikel 207 Rv (nieuw) als voorwaarde:

*"dat het bewijsbeslag moet plaatsvinden binnen het kader van een lopende procedure of, als nog geen procedure aanhangig is gemaakt, moet worden gevolgd door een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting".*²⁵

- 6.8. Deze passages zwijgen over de route van een kort geding. Is dat een bewuste keuze, dan betreft het een majeure koerswijziging ten opzichte van de huidige praktijk waar inzagevorderingen dikwijls in kort geding worden ingesteld (ook in reconventie als in kort geding opheffing van een bewijsbeslag wordt gevorderd).²⁶ Tegen een dergelijke koerswijziging bestaan ook diverse bezwaren, waaronder tijd (een kort geding kost beduidend minder tijd dan een verzoek tot een voorlopige bewijsverrichting) en het feit dat tegen een kort geding uitspraak onvoorwaardelijk hoger beroep openstaat, hetgeen niet het geval is bij een tussenuitspraak in een bodemzaak of bij een uitspraak op de voorziene voorlopige bewijsverrichtingen (zie artikel 200 Rv (nieuw)). Het zou goed zijn als de wetgever expliciteert dat een exhibitie kort geding in de beoogde nieuwe situatie nog steeds mogelijk is. Althans (en ten minste) dat wordt voorzien in de behoefte van de praktijk binnen korte (kort geding) termijn (in ieder geval) inzageverzoeken af te wikkelen met de onvoorwaardelijke mogelijkheid tegen een exhibitiebeslissing appel in te stellen.

7. Getuigenbewijs

- 7.1. Het wetsvoorstel heeft ingrijpende gevolgen voor het verhoor van getuigen die deels samenhangen met de meer algemene uitgangspunten de rechter een regiefunctie toe te kennen en partijen aan te sporen voorafgaand aan de procedure bewijs te verzamelen (zie § 3 en 4). Zo wordt de bewijsaandragplicht aangescherpt. Van partijen wordt verwacht dat zij in de procesinleiding en het verweerschrift niet alleen aangeven wie zij als getuigen kunnen horen maar ook dat zij schriftelijke getuigenverklaringen overleggen of uitleggen waarom deze niet zijn verkregen (artikelen 30a en 30i Rv (nieuw)).

²⁴ Zie memorie van toelichting, p. 26.

²⁵ Zie memorie van toelichting, p. 60.

²⁶ Overigens is het de vraag hoe onder KEI in kort geding zou moeten worden omgegaan met een combinatie van vorderingen en verzoeken in conventie en reconventie. Uit de memorie van toelichting op artikel 30b Rv KEI (Kamerstukken II, 2014/15, 34059, nr. 3, p. 17) volgt dat een combinatie van een vordering en verzoek mogelijk is alsook dat in een vorderingsprocedure een tegenverzoek kan worden gedaan, maar of dit ook in kort geding kan en of dat wenselijk is, is de vraag. In ieder geval bepalen artikel 30b leden 1 en 4 Rv KEI dat er tussen de vordering en het verzoek voldoende samenhang moet bestaan en dat de rechter de zaak splitst als de vordering en het verzoek zich niet voor gezamenlijke behandeling lenen.

- 7.2. Ingrijpend is met name dat het recht van partijen om getuigen te horen komt te vervallen. Het huidige artikel 166 Rv bepaalt dat de rechter een getuigenverhoor moet bevelen "zo vaak een van de partijen het verzoekt." Dat betekent kort gezegd dat het aan partijen is "om te bepalen wie als getuigen worden gehoord en hoeveel getuigen worden gehoord".²⁷ In het voorstel wordt de tekst van artikel 166 aangepast en komt de rechter een discretionaire bevoegdheid toe getuigen te horen. Dit biedt de rechter ruimte op basis van doelmatigheidsoverwegingen af te zien van het horen van getuigen. Wij menen dat op zichzelf goede gronden kunnen bestaan de rechten van partijen om getuigen te horen in te perken. Het is niet doelmatig in een relatief onbeduidende incassozaak met een belang van EUR 200 een middag te besteden aan het horen van getuigen. Anderzijds hebben wij wel twijfels bij de ruime discretionaire bevoegdheid die in het voorstel aan de rechter wordt toegekend. In de rechtspraak staat het recht getuigen te horen al onder druk. De voorgestelde regeling bevat onvoldoende waarborgen voor partijen dat zij bewijs kunnen leveren voor hun stellingen. Het gevaar bestaat dat rechters op oneigenlijke gronden – zoals een te hoge werkdruk – zullen afzien van het horen van getuigen.²⁸
- 7.3. Een andere beoogde wetwijziging die voor de praktijk grote gevolgen zou kunnen hebben, ziet op de wijze waarop het verhoor van getuigen in het proces wordt ingebed. Artikel 166 Rv (nieuw) bepaalt dat toestemming kan worden verleend "voor het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling". Het wetsvoorstel sluit daar aan bij artikel 30k Rv KEI, alsook bij het procesmodel dat internationaal gangbaar is. In de meeste jurisdicties vinden bewijslevering en de slotpleidooien waar mogelijk plaats tijdens één geconcentreerde behandeling.²⁹ Wij menen dat het voorstel een verbetering van de bestaande praktijk kan opleveren. Het bestaande Nederlandse procesmodel brengt mee dat – indien getuigen worden gehoord – veel verschillende zittingen moeten worden gepland: de comparitie, de enquête, de contra-enquête en daarna eventueel een slotpleidooi. Het bestaande model kan leiden tot onnodige vertragingen en kosten. In dit opzicht biedt het voorstel zicht op belangrijke verbeteringen.

8. Afsluiting

- 8.1. Wij menen dat het wetsvoorstel een aantal interessante wijzigingen biedt die de praktijk ten goede komen. Wij hebben echter bedenkingen ten aanzien van met name

²⁷ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:344, NJ 2017/350, m.nt. H. B. Krans (*Lidl/Achmea*), rov. 3.4.3.

²⁸ Zo signaleerde de (toenmalige) President van de Hoge Raad dat "[p]rikkels zouden bestaan om af te zien van het horen van getuigen, niet omdat het niet nodig is, maar omdat anders de kwantitatieve doelstellingen niet worden gehaald." G. Corstens, 'Doe iets voordat het te laat is!', *NRC Next*, maandag 4 februari 2013, p. 4.

²⁹ Zie bijv. American Law Institute and UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press 2005, Principle 9.

HOUTHOFF

het uitgangspunt van de preprocessuele informatiegaring en de bijbehorende sancties, de uitgebreide mogelijkheden voor de rechter om aan waarheidsvinding te doen, de rol van het inzage kort geding naast het verzoek tot inzage en het vervallen van het recht op het horen van getuigen. Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting op het bovenstaande.