

De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht: wat er (niet) gaat veranderen

Pieter Frans Lock*

1. Inleiding

Per 1 januari 2025 zal de Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht in werking treden.¹ De wet vereenvoudigt en verduidelijkt de mogelijkheden voor partijen om vooraf en tijdens een civiele procedure informatie te krijgen over een geschil, en de rechter en partijen krijgen meer duidelijkheid over de ruimte die de rechter tijdens de zitting heeft voor het bespreken van informatie met partijen, aldus het nieuwsbericht van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.² De nieuwe regels gelden voor procedures die na 1 januari 2025 bij de desbetreffende instantie aanhangig worden gemaakt; als een procedure vóór deze datum is aangevangen, blijven de huidige regels gelden totdat de procedure bij die instantie is geëindigd.³

Aan het medio 2020 ingediende wetsvoorstel⁴ lag ten grondslag het advies van de expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht (hierna: de expertgroep) uit 2017.⁵ Dit advies was op zijn beurt weer onderdeel van een ontwikkeling die is ingezet met de invoering in 1988 van het nieuwe bewijsrecht en onder andere een vervolg kreeg met het wetsvoorstel tot vernieuwing van het inzagerecht.⁶ Dat voorstel heeft nooit de eindstreep gehaald, maar de behandeling daarvan heeft tot het inzicht geleid dat een nieuwe regeling voor het inzagerecht moest passen in het bredere verband van het bewijsrecht.⁷ De expertgroep heeft die handschoen opgepakt en de nieuwe wet is de resultante van de zoektocht naar dat bredere verband en de in dat verband wenselijk geachte vernieuwingen en vereenvoudigingen.⁸

De wet is niet zonder slag of stoot tot stand gekomen. In de consultatiefase heeft het wetsvoorstel veel reacties opgeroepen, en over het voorstel en het daaraan ten grondslag liggende

* Mr. F.J.P. Lock is raadsheer in de civiele kamer van de Hoge Raad.

1 *Stb.* 2024, 62 en *Stb.* 2024, 72. De met onderdeel I van de wet in het Rv te wijzigen of nieuw aan te brengen bepalingen zullen hierna worden aangeduid met Rv-nieuw. Onderdeel II is vervallen (zie de samenloopbepaling in art. XXVI van de Wet technische eenmaking Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *Stb.* 2023, 41).

2 Zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2024/03/22/vereenvoudiging-en-verduidelijking-van-bewijsrecht-in-civiele-procedures-per-1-januari-2025.

3 Art. XIII A; *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 7, p. 3.

4 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 1.

5 A. Hammerstein, R.H. de Bock & W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

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, 33079, nrs. 1-3.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33079, nr. 6 en *Kamerstukken II* 2017/18, 33079, nr. 7.

8 Over de achtergrond van het wetsvoorstel is al veel geschreven (zie voetnoot 9); ik houd het voor nu daarom daarover kort.

advies is veel gezegd en geschreven.⁹ De parlementaire behandeling heeft enige tijd stilgelegen doordat het wetsvoorstel in verband met de demissionaire status van het kabinet-Rutte III controversieel werd verklaard.¹⁰ Na de val van het kabinet-Rutte IV is de behandeling van het wetsvoorstel wel voortgezet. Tijdens de parlementaire behandeling zijn op wezenlijke onderdelen amendementen ingediend,¹¹ en aangenomen.¹²

In deze bijdrage probeer ik op hoofdlijnen een overzicht te geven van de in mijn ogen belangrijkste veranderingen die de wet voor het burgerlijk procesrecht met zich brengt.¹³ Ik zal dat doen aan de hand van de volgende thema's:

- voorlopige bewijsverrichtingen (par. 2);
- inzagerecht (par. 3);
- getuigen- en deskundigenbewijs tijdens de procedure (par. 4);
- rol van de rechter (par. 5);
- bewijsbeslag en proces-verbaal van constatering (par. 6).

Ik sluit af met een korte slotsom (par. 7).

2. Voorlopige bewijsverrichtingen (art. 196-204 Rv-nieuw)

2.1 Gecombineerd verzoek voorlopige bewijsverrichtingen

Een belangrijk voorstel van de expertgroep dat de wetgever heeft overgenomen, is dat de verschillende bestaande mogelijkheden om voorafgaande aan een procedure via de rechter aan informatie en bewijs te komen, worden samengevoegd. De afzonderlijke bepalingen over het voorlopig getuigenverhoor (art. 186-193 Rv), het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging (hierna ook kortweg: descende) (art. 202-207 Rv) verdwijnen en in plaats daarvan komt er één regeling voor voorlopige bewijsverrichtingen. Daarin is ook plaats ingeruimd voor het voorafgaande aan een procedure kunnen verkrijgen van inzage in of afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens (hierna ook kortweg: inzage); art. 843a en 843b Rv komen daarmee te vervallen (zie ook par. 3).

Art. 196 Rv-nieuw opent de mogelijkheid om, voordat een zaak aanhangig is of voordat een aanhangig geding op de rol is ingeschreven, de rechter te verzoeken een of meer bewijsverrichtingen te bevelen. Dat kan gaan om het horen van getuigen, het onderzoek door een deskundige, een descende en/of de inzage in gegevens. Een partij kan nog steeds om afzonderlijke voorlopige bewijsverrichtingen vragen, maar zij kan die ook combineren. Bovendien kan de behandeling van het verzoek ook worden gecombineerd met verzoeken van de wederpartij of andere belanghebbenden om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen (art. 196 lid 1, tweede volzin, Rv-nieuw). De wetgever beoogt daarmee de efficiëntie bij het verzamelen van informatie te bevorderen en het verzoeken om rechterlijke tussenkomst eenvoudiger te maken.¹⁴ Tegelijkertijd biedt het de rechter mogelijkheden tot regie over welke vorm van informatieverzameling en bewijslevering in het stadium waarin op het verzoek of de verzoeken wordt beslist het meest passend en geëigend is.¹⁵

De invoering van het 'verzoek voorlopige bewijsverrichtingen' kan moeilijk los worden gezien van de aan het advies van de expertgroep ten grondslag liggende gedachte dat de belangrijkste verbeteringen van het bewijsrecht moeten worden gezocht in het (vroeg)tijdig (bij aanvang van de procedure) en zo volledig mogelijk aanleveren van het bewijsmateriaal door partijen. Dit betekende volgens de expertgroep dat veel meer aandacht dient uit te gaan naar de bewijsgaring vóór de aan-

9 O.a. H. Hofhuis, 'Uitgangspunten Advies van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 155-161; O.M. Jans, 'De rol van de gerechtsdeurwaarder in een gemoderniseerd civiel bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 162-167; M.A.J.G. Janssen, 'De Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht over getuigenbewijs', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 168-175; J. Ekelmans, 'De drie keuzes over het inzagerecht van de expertgroep bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 176-184; Y.A. Wehrmeijer & E.M. Hoogervorst, 'Naar een moderner burgerlijk bewijsrecht', *TCR* 2018, afl. 1, p. 1-9; B. Jakic, 'De mars naar een modern bewijsrecht', *BER* 2018, afl. 1, p. 27-30; M.A.J.G. Janssen, 'Het deskundigenbewijs in het rapport "Modernisering burgerlijk bewijsrecht"', *EE&R* 2018, afl. 2, p. 71-75; C. Janssens & V. Hofman, 'Modernisering bewijsrecht en de rol van de advocaat in de voorfase', *Advocatenblad* 2018, afl. 7, p. 70-73; P.M.P. Frenken, 'Modernisering van het bewijsrecht. Meer mogelijkheden, maar ook meer verplichtingen voorafgaand aan de procedure', *BER* 2018, afl. 8, p. 15-19; S.L. Boersen & T.R.B. de Greve, 'Information overload en de meevoerende rechter. Kanttekeningen bij het Conceptwetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht', *BER* 2018, afl. 8, p. 20-25; T.R.B. de Greve, H.J.R. Kaptein & F.J.P. Lock, *Vernieuwing in het civiele bewijsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018; F.J.P. Lock, 'Nieuw bewijsrecht, maar geen recht op bewijs?', *TCR* 2018, afl. 4, p. 91-92; R.E. Ubels & T.A. van Amsterdam, 'Een kritische beschouwing over het Wetsvoorstel ter vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht', *TCR* 2019, afl. 1, p. 22-32; M.J.A.M. Ahsmann, 'Het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht en artikel 24 lid 2 Rv; eindelijk een nieuwe balans!', *TvPP* 2021, afl. 1, p. 1-4; J. Ekelmans, 'Het wetsvoorstel ter vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht: drie makkelijke mogelijkheden om het voorstel evenwichtiger te maken', *AA* 2021, p. 445-449; W.D.H. Asser, 'Bewijsrecht', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 241-247; R.H. de Bock, 'Het fundament en de pijlers van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 248-251; F.J.P. Lock, 'De rol van de civiele rechter en de aanvulling op artikel 24 Rv', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 252-262; G. de Groot, 'Voorlopige bewijsverrichtingen', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 263-271; A. Hammerstein, 'Ontwikkelingen rond het inzagerecht', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 272-279; G.J.P. Molkenboer, 'De bewarende maatregelen in het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 280-291; Y.E. Schuurmans, 'De preprocesuele bewijsverzamelingsplicht', *RMTthemis* 2022, afl. 6, p. 292-297; J.C. Heuving, 'De advocatuur blijft tegen, maar waarom? Het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht: de plicht tot informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure', *TvPP* 2023, afl. 5, p. 161-164; M.J.A.M. Ahsmann, *De regierolrecht van de rechter. Naar harmonie tussen effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 26), Deventer: Wolters Kluwer 2024, nrs. 430-433.

10 *Kamerstukken II* 2020/21, 35718, nr. 1.

11 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nrs. 8-11 en 14-15.

12 Amendement Ellian-Sneller (*Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 15), waarin de voorgestelde aanvulling op art. 21 Rv is geschrapt (zie par. 2.1).

13 Ik zeg bewust: op hoofdlijnen (hoewel ik op enkele punten wat meer in detail treed); deze bijdrage heeft niet de pretentie een uitputtend, artikelsgewijs commentaar te zijn, en sommige onderwerpen heb ik moeten laten liggen.

14 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 12.

15 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 22.

vang van de procedure. Het verzamelen door partijen van zo veel mogelijk relevante informatie over hun geschil voorafgaand aan een procedure werd in navolging van het advies zelfs het eerste uitgangspunt van het wetsvoorstel.¹⁶ Het voorzorg daartoe in een nieuw tweede lid bij art. 21 Rv, waarin werd bepaald dat partijen, voordat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd, de gegevens verzamelen waarover zij redelijkerwijs kunnen beschikken en die redelijkerwijs voorzienbaar van belang zijn voor de beoordeling van hun vordering, verzoek of verweer, en deze in de procedure aan de rechter verstrekken. Op dit voorstel kwam veel kritiek, met name van de zijde van de advocatuur;¹⁷ de onderbouwing van deze als vergaand ervaren wijziging werd ontoereikend geacht en er werd gevreesd voor Angelsaksische ‘disclosure’- en ‘discovery’-achtige toestanden. Deze kritiek bleek niet aan dovemansoren gericht,¹⁸ en heeft geleid tot amendementen om deze aanvulling op art. 21 Rv te schrappen.¹⁹ Het voorstel heeft het daardoor niet gehaald. Dat geldt ook voor het voorstel om partijen te verplichten om zo veel mogelijk voorafgaande aan de procedure schriftelijke getuigenverklaringen te verzamelen.²⁰ Van de – in mijn optiek: goede²¹ – bedoelingen van de expertgroep en de minister om partijen te stimuleren om, meer dan nu al het geval is, de informatieverstrekking aan de rechter naar voren te halen, komt daardoor uiteindelijk aanzienlijk minder terecht dan de bedoeling was.

De nadruk op het zo veel mogelijk voorafgaande aan de procedure verzamelen van informatie en bewijs is nog wel een beetje terug te zien in de regeling van het verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen. Anders dan nu bij de afzonderlijke verzoeken om voorlopige bewijslevering het geval is, kan een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen niet meer tijdens een al lopende procedure worden gedaan. In die fase zijn partijen aangewezen op verzoeken aan de behandelend rechter om bewijs te mogen leveren (zie par. 4.4). Overigens kan tussen de uitspraak in eerste aanleg en de inschrijving van een hoger beroep daartegen op de rol van het hof ook weer om voorlopige bewijsverrichtingen worden verzocht. Dat hangt samen met de herkansingsfunctie van het hoger beroep.²²

Het opmerken waard is verder nog dat de huidige beperking in de bewijswaarde van het resultaat van een voorlopig

getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige descente in het geval niet alle partijen daarbij aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest, komt te vervallen. De bepaling dat de rechter in dat geval de afgelegde verklaringen buiten beschouwing kan laten (art. 192 lid 2 en 207 lid 2 Rv), komt niet terug. De waardering wordt aan het vrije oordeel van de rechter overgelaten.

2.2 Beoordelingscriteria en inhoud verzoekschrift

Met het samenvoegen van de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen worden de criteria voor toewijzing van de daartoe strekkende verzoeken meer op elkaar afgestemd. De expertgroep constateerde al dat niet te rechtvaardigen is dat voor het verkrijgen van toegang tot informatie verschillende criteria bestaan, al naargelang sprake is van mondelinge dan wel schriftelijke informatie.²³ In de toelichting op het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat die verschillende criteria de toepasbaarheid of toelaatbaarheid van de verschillende bewijsmiddelen verwarrend maken en ertoe leiden dat niet altijd op de meest effectieve wijze naar relevante informatie wordt gezocht. Het tweede lid van art. 196 Rv-nieuw regelt de criteria waaraan de rechter moet toetsen daarom voor alle voorlopige bewijsverrichtingen op dezelfde wijze. Die criteria zijn een *medley* geworden van de criteria die in de loop van de tijd zijn ontwikkeld voor de beoordeling van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht (‘toewijzen, tenzij’)²⁴ en die voor de beoordeling van een inzageverzoek op de voet van art. 843a Rv. Uitgangspunt is dat de rechter het verzoek toewijst, tenzij deze van oordeel is dat:

- de informatie die verlangd wordt niet voldoende bepaald is;
- onvoldoende belang bij de voorlopige bewijsverrichting bestaat;
- het verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen in strijd is met de goede procesorde;
- sprake is van misbruik van bevoegdheid; of
- andere gewichtige redenen bestaan die zich verzetten tegen de voorlopige bewijsverrichting.

Daarmee lijkt vooral het inzagerecht laagdrempeliger te zijn geworden dan nu het geval is,²⁵ omdat ook daarvoor het ‘toewijzen, tenzij’-criterium gaat gelden. Voor de andere voorlopige bewijsverrichtingen lijkt er wat de afwijzingsgronden betreft weinig te veranderen; ieder van de gronden is al in de rechtspraak van de Hoge Raad te herkennen. Dat het moet

16 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 9.

17 Zie o.a. het advies van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 30 juli 2018, de reactie van Stibbe d.d. 24 augustus 2018, de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken d.d. 17 september 2018 en de reactie van Houthoff d.d. 17 juli 2018, alle uitgebracht in reactie op het conceptwetsvoorstel in de consultatiefase.

18 Zie de kritische vragen vanuit de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid, *Kamerstukken II* 2020/21, 35498, nr. 5, p. 3-9 en, op hun beurt kritisch daarover, Asser 2022, p. 244-245 en Hammerstein 2022, p. 277.

19 Het gaat uiteindelijk nog om het amendement Ellian-Sneller (*Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 15), dat in de vergadering van 30 januari 2024 met algemene stemmen is aangenomen.

20 Zie art. 30a lid 5 en 30i lid 6 van het conceptwetsvoorstel.

21 Zie daarover mijn lezing op de najaarsvergadering van de NVvP in 2017: ‘Waarheidsvinding, preprocesuele bewijsgeving en de feitelijke grondslag in de civiele procedure’, gepubliceerd in: De Greve, Kaptein & Lock 2018, p. 13-21.

22 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 43-44.

23 Hammerstein, De Bock & Asser 2017, p. 49-51; zie daarover ook Lock 2018, p. 91-92.

24 Vgl. o.a. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, r.o. 4.2.3: volgens vaste rechtspraak kan een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, als het overigens aan de eisen voor toewijzing daarvan voldoet, worden afgewezen op de grond dat van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt (art. 3:13 BW), op de grond dat het verzoek strijdig is met een goede procesorde, en op de grond dat het verzoek afstuit op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar; voorts bestaat geen bevoegdheid tot het verzoeken van een voorlopig getuigenverhoor indien de verzoeker bij toewijzing daarvan onvoldoende belang heeft (art. 3:303 BW).

25 Zo ook Ekemans 2017, p. 177 en Hammerstein 2022, p. 275.

gaan om bewijsgaring ten behoeve van een burgerrechtelijk geding²⁶ is niet gecodificeerd, maar zal ook onder het nieuwe recht nog gelden.

De poging van de wetgever om de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen zo veel mogelijk over één kam te scheren, kan niet geheel verbloemen dat iedere vorm van bewijslevering zijn eigen karakter behoudt. Zo zullen in het verzoekschrift niet alleen een ‘kernachtige omschrijving van het geschil of de gebeurtenis waarop het verzoek betrekking heeft, en de gronden van het verzoek’ (art. 197 lid 2 Rv-nieuw; nota bene op straffe van niet-ontvankelijkheid als dit niet gebeurt²⁷) moeten worden vermeld, maar zal ook per soort bewijsverrichting nadere – overigens nogal voor de hand liggende – informatie moeten worden gegeven (art. 197 lid 3 Rv-nieuw). Nieuw is dat bij het verzoek om een deskundigenbericht de verzoeker ook de naam en hoedanigheid van een of meer door de rechter te benoemen deskundigen moet vermelden.²⁸

2.3 Mondelinge behandeling

De expertgroep stond voor ogen dat in het geval om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen zou worden verzocht, altijd een zogenoemde preprocesuele mondelinge behandeling zou plaatsvinden. Daar zouden niet alleen afspraken kunnen worden gemaakt over de wijze waarop de bewijslevering vormgegeven zou kunnen worden, maar zouden partijen ook verdergaand hun geschil, en de mogelijke inkadering en wijze van beslechting daarvan, kunnen bespreken met de rechter. Zo ver heeft de wetgever niet willen gaan. Net als in de huidige praktijk kan een mondelinge behandeling achterwege blijven als geen bezwaar bestaat tegen de toewijzing van het verzoek. De wetgever benadrukt dat de regiefunctie van de rechter in deze voorfase van de procedure is gericht op het door partijen zo effectief mogelijk verzamelen van informatie en bewijsmateriaal.²⁹ Daarnaast kan de rechter de mondelinge behandeling benutten voor het beproeven van een schikking (art. 199 lid 1 Rv-nieuw).

Op de voet van art. 199 lid 2 Rv-nieuw kan de rechter op verzoek van (een van) partijen of ambtshalve ook nadat de voorlopige bewijslevering heeft plaatsgevonden een mondelinge behandeling bevelen. Deze mogelijkheid bestaat nu al na afloop van een voorlopig getuigenverhoor (zie art. 191 Rv) en geldt dus straks voor alle voorlopige bewijsverrichtingen. Die zitting kan worden benut om een schikking te beproeven of om de verdere wijze van behandeling van het geschil te bespreken.³⁰ De gemaakte afspraken kunnen worden vastgelegd in een proces-verbaal (art. 199 lid 3 Rv-nieuw).

2.4 Hoger beroep en cassatie

De wetgever lijkt te hebben geworsteld met de kwestie of tegen een beslissing op een verzoek om (een) voorlopige bewijsver-

richting(en) een beroepsmogelijkheid zou moeten bestaan, en zo ja, welke.

De huidige asymmetrische beroepsmogelijkheid (wel een rechtsmiddel tegen een afwijzing, niet tegen een toewijzing) bij de verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige descende wilde de minister uit een oogpunt van eenvoud en gelijkheid niet handhaven, en hij streefde naar een uniforme regeling voor alle voorlopige bewijsverrichtingen. Dit resulteerde aanvankelijk in het voorstel tot een rechtsmiddelenverbod ten aanzien van alle voorlopige bewijsverrichtingen, met een mogelijkheid voor de rechter om, al dan niet op verzoek, een rechtsmiddel open te stellen.³¹

In de loop van de parlementaire behandeling leek de minister zich te realiseren dat dit schuurde met de (onder de nieuwe wet blijvende) mogelijkheid om in kort geding inzage in gegevens te vorderen; tegen een beslissing in kort geding staat immers wel altijd, zonder toestemming van de rechter, een rechtsmiddel open.³² Uiteindelijk hebben ‘signalen uit de praktijk’ de minister ertoe bewogen om (alleen) voor preprocesuele beslissingen over het inzage-recht hoger beroep en cassatie mogelijk te maken.³³ Vanwege het veelal vertrouwelijke karakter van gegevens waarvan inzage wordt verzocht, is het voor de praktijk belangrijk dat een beslissing over het inzage-recht, of het nu om een toe- of een afwijzing gaat, aan een hogere rechter kan worden voorgelegd zonder dat hiervoor eerst rechterlijke toestemming nodig is, aldus de minister.³⁴ Voor de andere vormen van voorlopige bewijsverrichtingen blijft gelden dat een rechtsmiddel alleen kan worden ingesteld nadat dit door de rechter is opengesteld; in dit opzicht worden dus niet alle voorlopige bewijsverrichtingen gelijkgeschakeld.

Art. 200 lid 1 Rv-nieuw bepaalt dat tegen de beslissing op het inzageverzoek hoger beroep kan worden ingesteld binnen vier weken na de dag van de uitspraak. Het eerste lid rept alleen over hoger beroep, maar uit de toelichting valt af te leiden dat de wetgever hiermee ook beroep in cassatie heeft bedoeld.³⁵ De termijn van vier weken voor het instellen van hoger beroep is betrekkelijk kort. Dit heeft te maken met het doel van het inzage-recht en het voorkomen van grote vertraging bij het verkrijgen van relevante informatie over een geschil.³⁶ De termijn voor het instellen van beroep in cassatie bedraagt, op grond van art. 402 lid 2 Rv,³⁷ acht weken.

Voor de overige voorlopige bewijsverrichtingen gelden op grond van het tweede lid (dat overigens spreekt over ‘hogere voorziening’, en dus niet – zoals lid 1 – alleen over ‘hogere beroep’) dezelfde termijnen, maar dan dus alleen als de rechter

26 Zie o.a. HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1433, NJ 2019/412, m.nt. H.B. Krans en T. Kooymans, r.o. 3.6.2.

27 Zie daarover kritisch De Groot 2022, p. 269.

28 Zie hierover *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 60.

29 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 22 en 62.

30 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 62.

31 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 63-65; *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 5, p. 40.

32 *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 41.

33 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 12, p. 3.

34 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 13, p. 2.

35 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 12, p. 3; *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 13, p. 2.

36 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 13, p. 2.

37 Anders dan waarvan de toelichting (*Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 12, p. 3) uitgaat.

heeft bepaald dat beroep mogelijk is.³⁸ In dat geval geldt dat de termijn begint te lopen vanaf de dag van de uitspraak waarbij het beroep is opengesteld.³⁹

3. Inzagerecht (art. 194-195a Rv-nieuw)

3.1 Algemeen

Het nu in art. 843a en 843b Rv geregelde recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden wordt ingepast in de wettelijke regeling van het bewijsrecht – overeenkomstig het eerdere wetsvoorstel tot aanpassing van het inzagerecht (wetsvoorstel 33079)⁴⁰ – en gestroomlijnd met de andere bewijsverrichtingen. In art. 194 Rv-nieuw wordt het inzagerecht geregeld zonder dat hiervoor tussenkomst van de rechter nodig is. Art. 195 en 195a Rv-nieuw 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 geven van inzage.

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.⁴¹ In de nieuwe regeling is daarom expliciet vooropgesteld dat een partij zonder tussenkomst van de rechter aanspraak kan maken op inzage zowel tegenover de wederpartij als tegenover derden; die zijn in beginsel gehouden om daaraan mee te werken.

Het inzagerecht geldt niet langer als een soort *ultimum remedium* waaraan alleen kan worden toegekomen als andere vormen van bewijslevering niet volstaan.⁴² Integendeel, het wordt door de minister juist gepresenteerd als een goedkoop, eenvoudig, snel en betrouwbaar alternatief voor bijvoorbeeld een getuigenverhoor of een deskundigenbericht.⁴³ Een bepaling zoals nu is opgenomen in art. 843a lid 4 Rv, 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, keert dan ook niet terug.

Het inzagerecht blijft deels zijn eigen karakter behouden, met onder andere de mogelijkheid om ook in kort geding inzage te vorderen.⁴⁴

Opmerkelijk is dat een andere vorm van inzage niet in de stroomlijning is betrokken, namelijk de in art. 162 Rv (zie ook art. 3:15j BW) geregelde ‘openlegging van boeken’. Deze regeling, die naar mijn idee een nogal teruggetrokken leven leidt, blijft als afzonderlijke regeling bestaan. Ik heb daarvoor in de wetsgeschiedenis geen verklaring kunnen vinden.⁴⁵

3.2 Preprocessuele medewerkingsplicht

De wederpartij en de derde zijn gehouden om mee te werken aan de informatiegaring en om de verzochte gegevens te verstrekken, tenzij zij zich kunnen beroepen op een verschoningsrecht of gewichtige redenen zich daartegen verzetten (art. 194 lid 1 en 2 Rv-nieuw). In de toelichting is terecht opgemerkt dat een wettelijke geheimhoudingsplicht waaraan in de wet (of, voeg ik toe: blijkens de strekking of wetsgeschiedenis)⁴⁶ geen verschoningsrecht is toegekend, een gewichtige reden kan opleveren die zich tegen openbaarmaking van de informatie verzet.

Art. 194 lid 1 Rv-nieuw bepaalt dat dit inzagerecht toe komt aan een ‘partij bij een rechtsbetrekking’ die daarbij ‘voldoende belang’ heeft. Dit ‘partij bij een rechtsbetrekking’ moet ruim worden opgevat. Het bestaan van een rechtsbetrekking hoeft nog niet vast te staan. De inzet van een procedure kan immers juist bestaan in de vraag of tussen partijen al dan niet een rechtsbetrekking bestaat. De partij die om inzage verzoekt, hoeft volgens de wetsgeschiedenis niet eerst voldoende aannemelijk te maken dat zij een vorderingsrecht heeft.⁴⁷ Dit is anders dan de Hoge Raad onder de regeling van art. 843a Rv nog oordeelde.⁴⁸

In art. 194 Rv-nieuw is niet langer het begrip ‘bescheiden’ gebruikt, maar wordt gesproken over ‘bepaalde gegevens’. Onder ‘gegevens’ vallen alle vormen van bewijsmateriaal, dus niet alleen schriftelijke stukken maar iedere vorm van informatie vastlegging. Dat is in zoverre niet nieuw ten opzichte van art. 843a Rv dat ook onder die bepaling het begrip ‘bescheiden’ al ruim wordt opgevat,⁴⁹ maar het is nu wel duidelijker (en moderner) verwoord. Of de gegevens voldoende ‘bepaald’ zijn (wat blijkens de wetsgeschiedenis wil zeggen: voldoende nauwkeurig zijn afgebakend),⁵⁰ zal – net als nu – afhangen van de omstandigheden van het geval. Daarbij gaat het niet zozeer om de hoeveelheid gegevens, als wel om de scherpheid van de afbakening daarvan.

Een bijzondere positie is ingeruimd voor de overheid als derde. Art. 194 lid 3 Rv-nieuw regelt dat de overheid, voor zover zij geen partij is bij de rechtsbetrekking in geschil, geen

38 De doorbrekingsjurisprudentie is waarschijnlijk wel van toepassing (vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 65; *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 4, p. 4), zodat onder aanvoering van in de rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde doorbrekingsgronden ook een rechtsmiddel kan worden ingesteld zonder dat de rechter die de bestreden beslissing heeft gegeven daarvoor toestemming heeft gegeven.

39 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 13, p. 2, onder verwijzing naar HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1924; in de NV (*Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 41) werd dit nog niet onderkend.

40 Zie uitgebreid daarover Hammerstein 2022.

41 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 13.

42 Zie in die zin ook al voorzichtig HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518, *NJ* 2018/306, m.nt. H.B. Krans.

43 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 13.

44 Die mogelijkheid bestaat niet voor de andere voorlopige bewijsverrichtingen, zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 57, en par. 2.

45 Ook bij Hammerstein 2022 lees ik hierover niet, ook niet onder het kopje ‘Samenloop met andere in de wet geregelde inzagerechten’.

46 Vgl. voor getuigenbewijs o.a. HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:722, *NJ* 2023/238, m.nt. P. Mevis en C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

47 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 47. Zie ook Hammerstein 2022, p. 278; volgens hem moet bij de eis van ‘voldoende belang’ wel worden getoetst of er een vorderingsrecht bestaat en in hoeverre dit recht voldoende aannemelijk is, maar dit zie ik in de wetsgeschiedenis niet terug.

48 HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251, *NJ* 2022/288, m.nt. Krans, r.o. 3.1.4-3.1.5.

49 Zie o.a. Jans 2017, p. 164.

50 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 48.

inzage hoeft te geven, voor zover zij daartoe op grond van de Wet open overheid ook niet gehouden zou zijn.

De regeling van het inzage-recht beoogt te waarborgen dat tussen partijen geen informatie-asymmetrie bestaat die inbreuk maakt op het beginsel van een eerlijk proces.⁵¹ Nu de wetgever zo uitdrukkelijk en met dit doel een partij het recht geeft om ook buiten de rechter om gegevens van anderen te verzamelen, en anderen de plicht om daaraan mee te werken, doet dit de vraag rijzen of partijen er ook op kunnen worden afgerekend als zij van dit recht geen gebruik maken of aan deze plicht niet voldoen. In de huidige praktijk komt de rechter een partij die op een informatie-achterstand staat nogal eens tegemoet door lichtere eisen te stellen aan de stel- en motiveringsplicht van die partij of door op de wederpartij in wier domein de informatie zich bevindt een verzwaarde motiveringsplicht te leggen (inmiddels is dit ook wel de ‘domeinleer’⁵² genoemd).⁵³ Een partij die niet zelf actie heeft ondernomen door de benodigde gegevens, al dan niet met tussenkomst van de rechter, bij de wederpartij op te vragen, verspeelt daarmee niet haar bewijspositie. Hoewel de voorgestelde introductie van een pre-processuele informatiegaring- en bewijsverzamelingsplicht (zie par. 2.1) door de wetgever niet is overgenomen, valt niet uit te sluiten dat met de in art. 194 Rv-nieuw gecodificeerde nadruk op pre-processuele informatiegaring de rechter toch eerder geneigd zal zijn een partij erop af te rekenen als zij niet al voorafgaand aan de procedure de moeite heeft genomen om voor de beoordeling van het geschil relevante informatie bij de wederpartij of een derde op te vragen om haar stellingen of verweren daarmee te kunnen onderbouwen. Spiegelbeeldig geldt dan natuurlijk hetzelfde ten aanzien van een partij die ten onrechte niet heeft meegewerkt aan het verstrekken van gevraagde informatie.⁵⁴ Hoe dan ook, dit zou er niet toe moeten leiden dat verkeerde inschattingen voorafgaand aan de procedure over wat wel en niet relevant is voor de beslissing van de rechter, in de procedure niet meer zouden kunnen worden hersteld.⁵⁵

3.3 Inzageverzoek met tussenkomst van de rechter

Als een wederpartij of een derde niet meewerkt aan een buitengerechtelijk inzageverzoek op de voet van art. 194 Rv-nieuw, staan voor de verzoekende partij verschillende wegen open om alsnog aan de gevraagde gegevens te komen. Allereerst kan op de voet van art. 196 e.v. Rv-nieuw een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen worden gedaan (zie par. 2). De huidige *inzagevordering* van art. 843a Rv wordt daarbij omgezet in een *inzageverzoek*. Daarnaast staat voor spoedeisende gevallen ook nog steeds de weg van het kort geding open (zie art. 197 lid 1, laatste volzin, Rv-nieuw).⁵⁶ Ook in kort geding gelden, naar mag worden aangenomen, de criteria van art. 196 lid 2 Rv-nieuw.

Is eenmaal een procedure aanhangig, dan kan niet meer in een afzonderlijk geding om voorlopige bewijsverrichtingen worden verzocht. In dat geval kan een partij op de voet van art. 195 en 195a Rv-nieuw aan de rechter die de hoofdzaak behandelt, verzoeken de wederpartij of een derde te bevelen om inzage te geven. Voor een verzoek tegen de wederpartij ligt voor de hand dat dit gebeurt bij wijze van incident.⁵⁷ Dit kan al in het eerste processtuk (de dagvaarding/het verzoekschrift of de conclusie van antwoord/het verweerschrift) worden gedaan, of bij een afzonderlijk processtuk.⁵⁸ Op grond van art. 195 en 195a lid 1, laatste volzin, Rv-nieuw zijn op de beoordeling van een dergelijk verzoek van toepassing de voorwaarden zoals genoemd in art. 194 lid 2 Rv-nieuw, en dus kennelijk niet ook de afwijzingsgronden van art. 196 lid 2 Rv-nieuw. Zo lijkt het alsof voor een voorlopig inzageverzoek andere criteria gelden dan voor een verzoek tijdens de procedure. De wetsgeschiedenis maakt evenwel duidelijk dat het verschil slechts te maken heeft met het processuele stadium waarin het verzoek wordt gedaan, en dat geen inhoudelijk verschil is beoogd.⁵⁹ Zo moet ook een tijdens de procedure op de voet van art. 195 of 195a Rv-nieuw gedaan verzoek kunnen worden afgewezen als sprake is van strijd met de eisen van een goede procesorde of van misbruik van bevoegdheid, ook al bepaalt art. 194 lid 2 Rv-nieuw dat niet met zoveel woorden; die sloten op de deur gelden bij iedere procesrechtelijke regel.

De wet is er niet geheel duidelijk over of tijdens een lopende procedure ook in kort geding nog een inzageverzoek (of eigenlijk dan: *inzagevordering*) kan worden gedaan. De mogelijkheid om in spoedeisende gevallen in kort geding inzage te vorderen, is geregeld in art. 197 lid 1, laatste volzin, Rv-nieuw en daarmee dus in de paragraaf over voorlopige bewijsverrichtingen; kennelijk ziet de wetgever een *inzagevordering* in kort geding als een vorm van voorlopige bewijsverrichting. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een *inzageverzoek* of *-vordering* niet meer zelfstandig, ook niet in kort geding, kan worden gedaan als inmiddels de hoofdzaak loopt. Deze uitleg zou stroken met de gedachte van de wetgever dat wanneer de zaak in een bodemprocedure wordt behandeld, bewijsverrichtingen moeten lopen via de rechter die met de bodemzaak is belast, en dat een voorlopige bewijsverrichting die lopende procedure niet mag doorkruisen (zie ook hierna par. 4.3).⁶⁰

Over de wijze waarop een in de lopende procedure tegen de wederpartij gericht verzoek moet worden behandeld, regelt de wet verder niets. Het is evident dat de rechter pas op het verzoek beslist als de wederpartij in de gelegenheid is gesteld om daarop te reageren, maar de wijze waarop die gelegenheid wordt gegeven is aan de rechter.⁶¹ De rechter heeft daarbij een zekere speelruimte, waarbij de aanpak kan verschillen al naar-

51 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 13-14.

52 Vgl. ECLI:NL:PHR:2024:324, onder 3.23 en 3.27.

53 Zie bijv. HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, r.o. 3.2.

54 Zie Ekelmans 2017, p. 183.

55 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 30; zie hierover ook uitgebreid De Groot 2022, p. 265-268.

56 Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 13 en *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 41.

57 Vgl. over art. 843a Rv HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7774; zie over het gemakkelijk inlezen van een verzoek of vordering tot inzage ook J.R. Sijmonsma, *Het inzage-recht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IX), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 286 e.v.

58 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 53.

59 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 57.

60 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 44.

61 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 53.

gelang het verzoek wordt gedaan in een dagvaardings- of in een verzoekschriftprocedure en al naargelang het stadium waarin de procedure zich bevindt op het moment dat het verzoek wordt gedaan.

Als het verzoek zich richt tegen een derde, zal die derde uiteraard ook in de procedure moeten worden betrokken. Dat regelt art. 195a lid 2 Rv-nieuw. Hoewel dat uit de redactie van art. 195a Rv-nieuw niet duidelijk blijkt, en uit de memorie van toelichting iets anders lijkt te volgen,⁶² is het blijkens de verdere totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling kennelijk de bedoeling van de wetgever dat een dergelijk verzoek tegen een derde in een afzonderlijke (verzoekschrift)procedure wordt behandeld en beslist, en dus niet bij wijze van incident of door oproeping van de derde in het geding op de voet van art. 118 Rv.⁶³ Ik neem aan dat wel bedoeld is dat het verzoek dan wordt ingediend bij en behandeld door de rechter bij wie de hoofdzaak loopt.⁶⁴ De bepaling gaat ervan uit dat een mondelinge behandeling van het verzoek zal plaatsvinden, waarvoor niet alleen de verzoeker en de derde, maar ook de wederpartij in de hoofdzaak moeten worden opgeroepen. Of de wederpartij en de derde ook een verzoekschrift mogen indienen, is niet geregeld, maar blijkens de wetsgeschiedenis mag (in ieder geval) de derde dat,⁶⁵ en ik maak me sterk dat dit ook voor de wederpartij geldt.

Als de rechter het inzageverzoek toewijst, bepaalt hij de voorwaarden waaronder, de wijze waarop en de termijn waarbinnen inzage moet worden verstrekt (art. 195 lid 2 Rv-nieuw, vergelijk art. 843a lid 2 Rv).⁶⁶ Het vonnis of de beschikking waarbij het verzoek om inzage wordt toegewezen, levert een executoriale titel op tot afgifte van de bepaalde gegevens, die via de weg van art. 491 Rv ten uitvoer kan worden gelegd.⁶⁷

Een beslissing op een inzageverzoek tegen de wederpartij in de loop van het geding zal moeten worden aangemerkt als een tussenuitspraak, waartegen alleen met toestemming van de rechter tussentijds een rechtsmiddel kan worden aangewend, en die in de regel dus pas kan worden aangevochten na de

einduitspraak.⁶⁸ De wetgever heeft zich dit gerealiseerd.⁶⁹ Hij heeft geregeld (art. 195 lid 3 Rv-nieuw) dat als de beslissing waarbij inzage is bevolen in hoger beroep of cassatie wordt vernietigd, de gegevens moeten worden teruggegeven en kopieën moeten worden vernietigd. Dat zal evenwel zijn doel voorbij-schieten als inmiddels (mede) op basis van die gegevens is voortgeprocedeerd en einduitspraak is gedaan. Een partij die inzage moet bieden, zal tegen een dergelijke beslissing dan ook tussentijds willen kunnen opkomen. En dat geldt evenzeer als een inzageverzoek wordt afgewezen, aangezien in de beleving van de verzoekende partij de gevraagde gegevens nodig zullen zijn voor de behandeling en beslissing van de zaak en zij niet zal willen dat zij die gegevens pas in een eventuele volgende instantie kan presenteren. Het ligt daarom in de rede dat een rechter bij (ingrijpende) inzagevorderingen niet gemakkelijk toestemming tot het instellen van tussentijds hoger beroep zal weigeren. Een terughoudende toepassing van de bevoegdheid om toestemming te verlenen zou zich ook moeilijk verdragen met de in het kader van de voorlopige bewijsverrichtingen door de minister geuite (en in art. 200 lid 1 Rv-nieuw neergelegde) gedachte dat het vanwege het veelal vertrouwelijke karakter van gegevens waarvan inzage wordt verzocht, belangrijk is dat een beslissing over het inzage-recht, of het nu om een toe- of een afwijzing gaat, aan een hogere rechter kan worden voorgelegd zonder dat hiervoor eerst rechterlijke toestemming nodig is (zie ook par. 2).⁷⁰

Als het verzoek zich richt tegen een derde, moet de beslissing daarop wel als een einduitspraak worden aangemerkt,⁷¹ naar mag worden aangenomen ten opzichte van alle bij de uitspraak betrokken partijen, nu een dergelijk verzoek in een aparte procedure zal worden behandeld en beslist. Het aanwenden van een rechtsmiddel tegen die beslissing kan ertoe leiden dat in afwachting van de uitkomst daarvan de hoofdzaak wordt aangehouden.

4. Getuigen- en deskundigenbewijs tijdens de procedure (art. 163-192 Rv-nieuw)

4.1 Partijgetuige

Op grond van art. 88 lid 2 en 164 lid 2 Rv kan de verklaring van een partij (op de mondelinge behandeling of als getuige) op wie de bewijslast rust geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij – in het geval van art. 164 lid 2 Rv – de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Op deze bepalingen

62 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 54: '(...) 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 art. 195a daartoe een verzoek indienen.'

63 *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 53-54: '(...) is de suggestie van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht gevolgd om hiervan een aparte procedure te maken volgens de regels van de verzoekschriftprocedure, (...)'

64 Vgl. het advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht waarop e.e.a. kennelijk is gebaseerd (cursivering door mij): 'Tussen de partij die het verzoek doet en de derde zal in het kader van het hoofdgeding tussen de procespartijen een aparte procedure moeten plaatsvinden, waarin de derde als belanghebbende wordt opgeroepen, evenals de wederpartij in het hoofdgeding van degene die het verzoek doet.'

65 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 54.

66 Zie voor allerlei voorbeelden van dergelijke voorwaarden *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 53-54.

67 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 53.

68 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, *NJ* 2013/288, m.nt. H.B. Krans.

69 *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 41. In de in de vorige voetnoot genoemde uitspraak heeft de Hoge Raad de argumenten die pleiten voor een tussentijds hoger beroep tegen de toewijzing van een inzageverzoek in een lopend geding te licht bevonden om af te wijken van art. 337 lid 2 en 401a lid 2 Rv; wellicht heeft de wetgever die conclusie (stiltzwijgend) tot de zijne gemaakt?

70 *Kamerstukken II* 2022/23, 35498, nr. 13, p. 2.

71 *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 54.

gen bestaat al langere tijd kritiek.⁷² De bepalingen kunnen gemakkelijk worden omzeild (bijvoorbeeld door schriftelijke verklaringen in het geding te brengen, waarvoor de beperking in bewijskracht niet geldt)⁷³ en er blijkt weinig draagvlak meer te bestaan om de rechterlijke vrijheid bij de waardering van het bewijs in dit opzicht te beperken. De wetgever heeft dan ook de gelegenheid aangegrepen om deze bepalingen te laten vervallen. De waardering van de verklaringen die door een partij ter zitting of tijdens een getuigenverhoor zijn afgelegd, kan aan het vrije oordeel van de rechter worden toevertrouwd. De rechter mag dus voortaan ook op grond van de verklaring van een partij zelf een feit in haar voordeel bewezen achten. Terecht wijst de minister erop dat de rechter met verklaringen van een getuige die belang heeft bij de uitkomst van de zaak behoedzaam zal omgaan.⁷⁴

Het onderscheid ten aanzien van de partijgetuige komt ook te vervallen bij het ondervragingsrecht (art. 179 lid 3 Rv).

4.2 *Verschoningsrecht*

In art. 165 Rv-nieuw wordt, op advies van de Raad voor de rechtspraak, het relationele en strafrechtelijke verschoningsrecht (dat ik op deze plaats behandel, maar dat natuurlijk ook geldt bij voorlopige bewijsverrichtingen) uitgebreid tot de (ex-)levensgezel, en komt de levensgezel in dit opzicht dus op gelijke voet te staan met echtgenoten en geregistreerde partners. Volgens de minister past dit bij de modernisering van het bewijsrecht en bij de ontwikkeling in het strafrecht, waarin (ex-)levensgezellen ook de mogelijkheid krijgen zich op het verschoningsrecht te beroepen.⁷⁵ Waar de Hoge Raad (en de regering) eerdere uitbreidingen van het (functionele) verschoningsrecht tot bijvoorbeeld mediators nog afwees op de grond dat ‘mediator’ een ruim en niet duidelijk afgebakend begrip is, de groep weinig vastomlijnd is en een dergelijke uitbreiding gemakkelijk tot geschillen over de daarbij te hanteren criteria zou leiden,⁷⁶ ziet de wetgever nu wel brood in een uitbreiding tot de weinig duidelijk afgebakende groep ‘levensgezellen’. De term blijkt te zijn ontleend aan art. 237 lid 1 Rv (over compensatie van proceskosten, een toch wel heel wat minder principieel aspect van de procedure dan het verschoningsrecht), en de minister heeft heel wat woorden, en gezichtspunten, nodig om uit te leggen wie als levensgezel in de zin van art. 165 Rv-nieuw zou mogen gelden.⁷⁷ Het komt er uiteindelijk op neer dat of iemand een levensgezel is en zich op die grond op het

verschoningsrecht kan beroepen, steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval door de rechter zal moeten worden beoordeeld, waarbij het erom gaat of er een nauwe persoonlijke betrekking van een zekere hechtheid is.⁷⁸ Gelet op het grote belang van waarheidsvinding, dat meebrengt dat slechts in bijzondere gevallen op de getuigplicht van art. 165 lid 1 Rv een uitzondering mag worden gemaakt, zal de rechter niet al te gemakkelijk mogen aannemen dat sprake is van een levensgezel zoals hier bedoeld. Dat vereist dus een zorgvuldige afweging. Dit zal onontkoombaar soms tot een ingewikkeld debat over de juistheid en aannemelijkheid van de in dit verband aangedragen feiten en omstandigheden leiden (hoe affectief is de relatie; hoelang is al sprake van een gemeenschappelijke huishouding; is sprake van een voldoende nauwe lotsverbondenheid?). Dit alles kan de voortgang van de bewijslevering (en daarmee van de procedure) behoorlijk in de weg zitten. Maar voor de wetgever wegen de maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van ongehuwd en ongeregistreerd samenwonen in dit opzicht kennelijk thans zwaarder. En natuurlijk is het wenselijk dat het strafprocesrecht en het burgerlijk procesrecht in dit opzicht zo veel mogelijk parallel lopen.

De nu in art. 284 lid 3 Rv gemaakte uitzondering op het relationele verschoningsrecht in bepaalde procedures van familie- en jeugdrecht wordt afgeschaft.⁷⁹

4.3 *Geen verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen*

In het aanvankelijke idee van de expertgroep en de minister om aan art. 21 Rv een bepaling toe te voegen die partijen ertoe verplicht om, voor zover redelijkerwijs mogelijk, voorafgaand aan de procedure alle voor de beoordeling van het geschil relevante informatie te verzamelen, waartoe soms het initiëren van voorlopige bewijsverrichtingen nodig zou zijn, paste het om verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen tijdens de procedure niet meer mogelijk te laten zijn.⁸⁰ De preprocesuele informatieverzamelingsplicht is uiteindelijk niet in de wet opgenomen (zie par. 2.1), maar de uitsluiting van de mogelijkheid om tijdens een procedure om voorlopige bewijsverrichtingen te verzoeken is gehandhaafd.⁸¹ Als een zaak al inhoudelijk wordt behandeld, moeten bewijsverrichtingen lopen via de rechter aan wie de zaak is toebedeeld en mag een voorlopige bewijsverrichting de lopende procedure niet doorkruisen.⁸²

In de praktische uitwerking van dit ‘verbod’ op voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een lopende procedure zal de soep evenwel niet zo heet worden gegeten als die lijkt te worden opgediend. Weliswaar kunnen partijen in dat stadium niet meer in een afzonderlijke procedure verzoeken om (voorlopige) bewijsverrichtingen, maar zij kunnen een vergelijkbaar verzoek – bij wijze van ‘bewijsaanbod’ of incident – wel richten aan de

72 Zie o.a. M.J. Vos, ‘Beperking bewijskracht partij-getuigenverklaring nog van deze tijd?’, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda’s conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 529-540 en R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, nr. 6.8.

73 HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9384; zie daarover ook *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 38.

74 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 39.

75 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 39-40; *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 4, p. 5.

76 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

77 De wetgever heeft ook in het kader van de herziening van het Wetboek van Strafvordering nader beschreven wie in het recht als levensgezel wordt erkend: *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 253-254; en daarvoor al in *Kamerstukken II* 2002/03, 28484, nr. 5, p. 5.

78 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 40.

79 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 77.

80 Vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 10.

81 Het amendement Sneller (*Kamerstukken II* 2023/24, 35498, nr. 14), dat ertoe strekte om de mogelijkheid te behouden tijdens een aanhangig geding om voorlopige bewijsverrichtingen te verzoeken, is verworpen.

82 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 44.

behandelend rechter. Daarbij, zo zag de minister het in ieder geval voor zich, kan de rechter in elk stadium van de procedure bewijs laten leveren en ook met voorrang en met spoed een bepaalde bewijsverrichting gelasten als dat nodig is om bewijs niet verloren te laten gaan, of als om andere redenen bewijslevering vooruitlopend op de materiële beoordeling van het geschil wenselijk of geboden is.⁸³

4.4 Getuigenbewijs tijdens de procedure

Aan art. 166 Rv worden enkele zinnen toegevoegd over het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling. In de mogelijkheid om, met toestemming van de rechter, direct tijdens de mondelinge behandeling getuigen te horen is al voorzien in art. 87 lid 3 Rv (overgenomen uit art. 30k Rv-KEI). De bewijsrechtelijke bepalingen worden daaraan nu aangepast. Daarnaast blijft het mogelijk om de rechter te verzoeken om een getuigenverhoor op een afzonderlijke zitting (in de praktijk ‘enquête’ genoemd) te bevelen.

Het recht van partijen op getuigenbewijs na een daartoe strekkend bewijsaanbod blijft ongewijzigd (art. 166 lid 1, laatste volzin, Rv-nieuw). Ook hier blijft dus in wezen gelden dat de rechter een verzoek tot het horen van getuigen moet toewijzen, tenzij zich een afwijzingsgrond voordoet. De wetgever heeft er niet voor gekozen om de in de rechtspraak van de Hoge Raad daarvoor ontwikkelde nadere criteria (waarvan de belangrijkste misschien wel is dat een bewijsaanbod voldoende concreet en specifiek moet zijn)⁸⁴ te codificeren, maar die rechtspraak zal ook onder het nieuwe bewijsrecht relevant blijven. Pleitbaar is dat daarmee de eisen voor het bewijsaanbod in een lopende procedure niet zozeer strenger zijn dan die voor een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, maar dat de toepassing daarvan wel verschilt in verband met het stadium waarin het verzoek wordt gedaan. Omdat in een bodemprocedure al veel duidelijker is wat er wordt gevorderd, wat daaraan ten grondslag ligt en wat er al dan niet wordt betwist,⁸⁵ kan ook het verzoek tot het horen van getuigen al meer en beter worden toegespitst (en mag dat ook van partijen worden verlangd). In zoverre is de drempel wel hoger.⁸⁶

De rechter blijft bevoegd een partij ambtshalve bewijs door getuigen op te dragen. Deze ambtshalve bevoegdheid ziet op zowel het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling als een afzonderlijke zitting. Interessant is dat art. 166 lid 2 Rv-nieuw uitdrukkelijk de rechter de bevoegdheid geeft om personen als getuigen aan te wijzen. Deze mogelijkheid stond voor de verzoekschriftprocedures al in de wet (art. 284 lid 2 Rv)⁸⁷ en wordt nu ook gecodificeerd voor de dagvaardingsprocedure. Dit biedt rechters dus de mogelijkheid om ervoor te zorgen dat al tijdens de mondelinge behandeling (of

eventueel later in een afzonderlijk verhoor) relevante getuigen worden gehoord, ongeacht of partijen deze (of andere) getuigen voordragen. Het is aan de rechter overgelaten of partijen de getuigen moeten oproepen, of dat de griffier dit doet (art. 166 lid 2, tweede volzin, Rv-nieuw).

De mogelijkheid om getuigen tijdens de mondelinge behandeling te horen, werkt door in de bepaling over de bewijsopdracht (art. 166 lid 4 Rv-nieuw). Als de rechter toestemming verleent (of ambtshalve beslist) om getuigen op de mondelinge behandeling te (laten) horen, beslist deze voor zover mogelijk wie van de partijen met het bewijs van welke feiten wordt belast. De bewijsopdracht kan ook in een afzonderlijk bericht worden opgenomen, bijvoorbeeld in de zittingsagenda. Een bewijsopdracht voorafgaand aan de mondelinge behandeling is – anders dan bij het getuigenverhoor op een afzonderlijke zitting – evenwel niet vereist; de rechter verstrekt alleen een bewijsopdracht als dat gelet op de aard van de zaak nodig is.⁸⁸ Voor partijen is de behoefte om, ter inschatting van de bewijspositie, voorafgaand aan de getuigenverhoren te weten wie de bewijslast draagt overigens ook minder groot geworden, nu de beperking in de bewijswaarde van de met het bewijs belaste partijgetuige zal verdwijnen (zie par. 4.1).

De laagdrempeligheid van het getuigenverhoor tijdens de mondelinge behandeling werkt ook door in de voorschriften rondom het proces-verbaal. Art. 90 lid 4 Rv-nieuw bepaalt dat de rechter mag volstaan met aantekening van de summier inhoud van de tijdens een mondelinge behandeling afgelegde verklaring. Deze mogelijkheid bestaat al voor kantonzaken waarin geen hoger beroep openstaat (art. 181 Rv). Het horen van getuigen op de mondelinge behandeling wordt daarmee minder belastend.

Over het proces-verbaal valt nog meer te zeggen. Zo is in art. 180 lid 5 Rv-nieuw de griffier als medeondertekenaar van het proces-verbaal (zie ook art. 190 lid 5 Rv-nieuw voor wat betreft het proces-verbaal van het mondeling verslag door de deskundige) stilletjes van het toneel verdwenen, zoals dit al het geval was bij het proces-verbaal van de mondelinge behandeling (art. 89 lid 1 en 90 lid 5 Rv). Ook op een ander vlak worden de bepalingen over de mondelinge behandeling doorgetrokken naar het getuigenverhoor. Zo kan op grond van art. 180 lid 6 Rv-nieuw (zie ook art. 190 lid 6 Rv-nieuw ten aanzien van het deskundigenverhoor) het proces-verbaal worden vervangen door een beeld- of geluidsopname (vergelijk art. 90 lid 7 Rv). Hierop is in de rechtspraak al eens geanticipeerd.⁸⁹

4.5 Deskundigenbewijs tijdens de procedure

Wat hiervoor is opgemerkt over de veranderingen ter zake van het getuigenbewijs geldt, *mutatis mutandis*, ook voor het deskundigenbewijs. Partijen kunnen de rechter verzoeken om, net als bij getuigen, hun eigen deskundige(n) mee te mogen nemen naar de mondelinge behandeling (art. 192 lid 1 Rv-

83 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 44.

84 O.a. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser.

85 Vgl. o.a. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1112, *NJ* 2022/276, r.o. 3.3.

86 Zie hierover ook Hammerstein, De Bock & Asser 2017, p. 35 en Ekelmans 2017, p. 177.

87 Deze bepaling komt in verband met de komst van art. 166 lid 2 Rv-nieuw te vervallen.

88 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 41.

89 Rb. Oost-Brabant 29 november 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:5545, kritisch geannoteerd door B. van Zelst en F.J.P. Stoop in *JBPr* 2024/30.

nieuw), en zelfs ook naar een getuigenverhoor of een descende (art. 192 lid 2 Rv-nieuw).

Aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter om al dan niet een deskundige te benoemen wordt niet getornd; anders dan bij getuigenbewijs en inzage in gegevens bestaat er nog steeds geen recht op deskundigenbewijs tijdens de procedure. In zoverre zijn de verschillende bewijsverrichtingen dus nog steeds niet gelijkgeschakeld.

Nieuw is het bepaalde in art. 186 lid 5 Rv-nieuw: de rechter kan in beginsel pas een andere deskundige benoemen nadat de rechter de oorspronkelijke deskundige in de gelegenheid heeft gesteld om een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting of aanvulling te geven. Hiermee beoogt de wetgever een (onnodige) opeenstapeling van deskundigenrapporten te voorkomen (alsof dat bij door de rechter benoemde deskundigen zo vaak voorkomt, maar dat terzijde). Pas als uit het verhoor of het nadere bericht van de deskundige(n) blijkt dat aanvullend onderzoek door (een) andere deskundige(n) nodig is voor de waarheidsvinding en de beslechting van het geschil, kan de rechter na overleg met partijen (een) andere deskundige(n) benoemen.⁹⁰ Dit is op grond van art. 192 lid 5 Rv-nieuw ook van toepassing als de rechter een deskundige wil benoemen terwijl een of beide partijen al een bericht van een eigen deskundige in de procedure hebben ingebracht. Hiermee wil de wetgever uitdrukkelijk breken met het (in mijn beleving wel wijdverbreide) gebruik dat als beide partijen ieder een eigen deskundige hebben ingeschakeld en die deskundigen tot verschillende conclusies zijn gekomen, de rechter deze impasse doorbreekt door dan maar zelf een deskundige te benoemen.⁹¹ De rechter die overweegt dit te doen, wordt nu verplicht de al door partijen aangezochte deskundigen te horen of hun de gelegenheid te geven hun rapport toe te lichten. Tegelijkertijd lijkt die verplichting weinig hard, nu de rechter op grond van de laatste deelzin van art. 186 lid 5 Rv-nieuw dit niet hoeft te doen als deze een nadere toelichting of aanvulling niet zinvol acht. Ik verwacht dat de rechter, vooral in het geval van elkaar tegensprekende partijdeskundigen, niet zelden naar deze ‘tenzij’ zal uitwijken.

5. De rol van de rechter

5.1 Algemeen

Effectieve rechtspraak die geschillen duurzaam en daadwerkelijk oplost, vraagt om een actieve houding van de rechter bij de behandeling van de zaak. De memorie van toelichting onderkent dat de idee van de lijdelijke rol van de rechter achterhaald is; de nieuwe wet onderstreept de ontwikkeling naar een steeds actievere rol van de civiele rechter.⁹² Dit komt op diverse plaatsen tot uiting, niet alleen waar het gaat om de ruimte die de rechter zou moeten hebben in het gesprek met partijen en het opvragen van informatie, maar ook waar het gaat om de eigen verantwoordelijkheid van de rechter in de omgang met vertrouwelijke informatie. Ik stip enkele punten aan.

5.2 Vertrouwelijkheid

Op grond van art. 22 Rv 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. De nu ook al bestaande regel dat partijen dit op grond van gewichtige redenen kunnen weigeren, wordt in het vierde t/m zevende lid van art. 22 Rv-nieuw verder uitgewerkt en de soms noodzakelijke geheimhouding van vertrouwelijke gegevens (ook hier wordt niet meer de term ‘bescheiden’ gebruikt) wordt preciezer geregeld.

De rechter die op het beroep op geheimhouding heeft beslist en in dat verband kennis heeft genomen van inlichtingen of stukken, kan niet verder deelnemen aan de behandeling van de zaak en moet de zaak dus overdragen aan een andere rechter als de gegevens niet gebruikt mogen worden bij de uitspraak. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als de rechter heeft beslist dat de gegevens 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 gegevens te verstrekken. Ook kan de situatie zich voordoen dat de rechter de gegevens vertrouwelijk acht en deze dus niet ter kennisneming van de wederpartij behoeven te worden gebracht. De rechter kan dan alleen mede op grondslag van die informatie uitspraak doen als de wederpartij toestemt met eenzijdige kennisneming door de rechter. Wordt die toestemming niet gegeven, dan moet de zaak verder behandeld worden door een andere rechter. In beide gevallen kan de andere rechter uit de proceshouding van de weigerachtige partij (dat kan dus in het ene geval de partij zijn die weigert om de gegevens te verstrekken en in het andere geval de partij die weigert om toestemming te verlenen voor eenzijdige kennisneming door de rechter) de gevolgtrekking maken die de rechter graden acht.

Het zesde lid biedt nog een andere route dan de hiervoor beschreven weg. De rechter die de zaak behandelt, kan het beroep op geheimhouding ook meteen door een andere kamer laten beoordelen. Dan houdt die rechter zelf de handen vrij om de zaak te 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 gegevens die een partij als vertrouwelijk bestempelt en van het stadium waarin de procedure zich bevindt. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld dat een partij op de mondelinge behandeling weigert stukken in het geding te brengen; dan kan het efficiënter zijn dat een andere rechter beslist op het beroep op geheimhouding, omdat anders – als het beroep op geheimhouding slaagt – de in de zaak ingelezen rechter de behandeling niet kan voortzetten.⁹³ Maar de rechter is daartoe dus niet verplicht. Soms kan de rechter op het beroep op geheimhouding beslissen zonder eerst van de stukken

90 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 45.

91 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 46.

92 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 11; zie ook Asser 2022, p. 242.

93 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 32.

kennis te nemen, bijvoorbeeld omdat een partij een verschoningsrecht toekomt.

Overigens kan de rechter ook nog bepalen dat bij de beoordeling van de vraag of de weigering of eenzijdige kennisneming gerechtvaardigd is, de kennisneming van de stukken voorbehouden is aan een gemachtigde die advocaat of arts is of voor de kennisneming bijzondere toestemming van de rechter heeft gekregen (zie art. 22a Rv); maar dat is niet nieuw.

Wel nieuw is het zevende lid van art. 22 Rv-nieuw, dat bepaalt dat de regels rondom geheimhouding ook van toepassing zijn als niet de rechter een bevel geeft, zoals in het eerste lid bedoeld, maar een partij zelf bepaalde stellingen wil toelichten of bepaalde gegevens over wil leggen.

Art. 22 en 194 Rv-nieuw kunnen elkaar aanvullen. Waar art. 22 Rv-nieuw de mogelijkheid biedt om bepaalde informatie voor de wederpartij geheim te houden, kan de rechter op grond van art. 194 lid 2 Rv-nieuw de voorwaarden bepalen 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.⁹⁴

5.3 Actieve rol bij de waarheidsvinding

Met het tweede lid van art. 24 Rv-nieuw wil de wetgever verduidelijken dat de rechter – binnen de bestaande bevoegdheden en binnen de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd – ambtshalve de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verweer of verzoek ten grondslag hebben gelegd, met hen mag bespreken. De toevoeging beoogt degenen die 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, zonder dat ze beoogt de verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen partijen en de rechter te veranderen.⁹⁵ Het is, aldus de minister, maatschappelijk niet aanvaardbaar dat materiële aanspraken in strijd met de waarheid worden vastgesteld, of dat een partij zou kunnen profiteren van juridische onkunde van haar wederpartij of mogelijke verzuimen doordat deze partij relevante aspecten niet heeft opgemerkt of niet heeft doorzien.⁹⁶ Daarom mag de rechter het debat actief bijsturen, en kunnen ook die feiten worden besproken die in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen zonder dat zij door partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag zijn gelegd. De meerwaarde van deze codificatie is volgens de toelichting gelegen in het 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.⁹⁷ Eerder vatte ik deze met art. 24 lid 2 Rv-nieuw gecodificeerde stand van zaken aldus samen, dat de rechter de ruimte heeft om vragen te stellen, inlichtingen in te winnen en suggesties te doen (ook als dat tot een wijziging van de grondslag van de eis of het verweer zou leiden), mits de rechter daarvoor voldoende aanknopingspunten heeft in het processuele debat en partijen het laatste woord wordt gelaten.⁹⁸

Of de gewenste duidelijkheid hiermee ook daadwerkelijk is gecreëerd, is nog maar de vraag.⁹⁹ Op diverse bijeenkomsten heb ik prominente juristen verschillende duidingen aan art. 24 lid 2 Rv-nieuw horen geven. Voor wie de geschiedenis kent, is dat ook niet zo verwonderlijk. De wetgever heeft nu weliswaar een uitdrukkelijke wettelijke grondslag gegeven voor een actieve houding van de rechter en diens verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding, maar in het zoeken naar een balans tussen de bevoegdheid van partijen om zelf invulling te geven aan de procedure en de plicht van de rechter een juiste beslissing te geven zullen op zijn minst accentverschillen blijven bestaan. Wat het debat over deze al sinds eeuwen gevoelige materie ons wellicht zou moeten leren, is dat het weinig vruchtbaar lijkt om het te voeren langs de lijnen van begrippen als partijautonomie en de al dan niet actieve of lijdelijke rechter. Als het gaat om de rol van de verschillende deelnemers aan de civiele procedure zou het gesprek veeleer moeten worden gevoerd langs de lijnen van materiële en procedurele rechtvaardigheid; de rechterlijke taak om zo veel mogelijk op basis van hetgeen zich in werkelijkheid heeft voorgedaan tot een rechtvaardige uitkomst te komen, en tegelijkertijd in het oog te houden dat partijen een gelijk speelveld hebben door steeds toepassing te geven aan het beginsel van hoor en wederhoor.

In die zoektocht naar de waarheid en het streven naar een rechtvaardige uitkomst wil de wetgever¹⁰⁰ de rechter (en partijen) nog een extra handje helpen door in art. 111 lid 2 onder m Rv-nieuw te bepalen dat in de dagvaarding de wederpartij ook moet worden gewezen op de waarheidsplicht van art. 21 Rv en de in art. 149 Rv genoemde rechtsgevolgen die intreden als de in de dagvaarding gestelde feiten en rechten door de gedaagde niet of voldoende worden betwist.¹⁰¹ Achtergrond daarvan is dat een gedaagde, zeker die in persoon procedeert, niet altijd tijdig op de hoogte is van de noodzaak om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren en de relevante informatie te vergaren, en van de gevolgen als niet wordt voldaan aan de stelplicht en de door eiser gestelde feiten en rechten niet voldoende worden betwist.¹⁰²

94 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 37. Zie in dit verband ook nog art. 28 lid 1 onder c Rv-nieuw.

95 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 11.

96 *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 34.

97 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 4, p. 3; *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6, p. 32-38.

98 Het voert in het kader van dit artikel te ver om hierop uitgebreider in te gaan. Ik verwijs daarvoor graag naar Asser 2022, p. 243-244 en naar mijn bijdrage in hetzelfde themanummer van *RMTthemis* (p. 252-262). Zie ook F.J.P. Lock, 'De suggestiebevoegdheid van de civiele rechter, niets nieuws onder de (Caribische) zon', *AA* 2019, afl. 2, p. 92-93.

99 Zie hierover uitgebreid Lock 2022.

100 Op advies van de Raad voor de rechtspraak, zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 38.

101 Dit op straffe van nietigheid van de dagvaarding, zie art. 120 lid 1 Rv.

102 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 38.

Ook de gevolgen die de rechter kan verbinden aan het niet in acht nemen van de substantiëringsplicht en de bewijsaan-draagplicht zijn aangescherpt. Waar onder het huidige recht de desbetreffende voorschriften in wezen tandoos waren (art. 120 lid 4 en 128 lid 5 Rv bepalen slechts dat de rechter kon bevelen de ontbrekende gegevens alsnog te verstrekken), is daar nu van gemaakt dat de rechter de gevolgtrekking kan maken die deze geraden acht. Dit biedt de rechter meer mogelijkheden om afhankelijk van de omstandigheden van het geval een passende maatregel te treffen. Die maatregel kan nog steeds bestaan uit een bevel 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.¹⁰³ De substantiërings- en bewijsaan-draagplicht worden ook van toepassing in verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de zaak of de procedure zich daartegen verzet (art. 278 lid 1 Rv-nieuw).

6. Bewijsbeslag en proces-verbaal van constatering (art. 205-207 Rv-nieuw)

6.1 Algemeen

In de nieuwe paragraaf 9 worden enkele maatregelen opgenomen tot bescherming van bewijs. Het gaat om het leggen van conservatoir beslag op bewijsmateriaal en het opmaken van een proces-verbaal van constateringen door de deurwaarder. Deze maatregelen vallen niet onder de voorlopige bewijsverrichtingen (zie par. 2) en kunnen zo nodig ook nog tijdens een al aanhangige procedure worden verzocht.¹⁰⁴

Ten opzichte van conservatoir bewijsbeslag beschouwt de wetgever het proces-verbaal van constateringen als een lichtere maatregel om bewijs veilig te stellen. Bij de keuze tussen de ene of de andere maatregel moeten steeds overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit worden betrokken.¹⁰⁵ Daarmee lijkt de wetgever te suggereren dat verlov tot bewijsbeslag pas mag worden verleend als een proces-verbaal van constateringen niet volstaat.¹⁰⁶

6.2 Bewijsbeslag

Conservatoir bewijsbeslag is nu alleen wettelijk geregeld voor zaken die gaan over intellectuele eigendomsrechten (art. 1019b e.v. Rv). De Hoge Raad heeft beslist dat ook in geschillen die niet over IE-zaken gaan, conservatoir bewijsbeslag kan worden gelegd.¹⁰⁷ 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 die rechtspraak gecodificeerd.¹⁰⁸

Conservatoir bewijsbeslag is mogelijk na verlov van de rechter en geeft uitsluitend aanspraak op het veiligstellen van

bewijsmateriaal. Het rechterlijk verlov 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 eerst een verzoek tot inzage worden gedaan 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.¹⁰⁹ Als het inzageverzoek wordt afgewezen, moeten de gegevens onverwijld worden teruggegeven, onder gelijktijdige vernietiging van alle eventuele gemaakte kopieën door de deurwaarder.¹¹⁰

Art. 205 Rv-nieuw regelt het verzoek tot het leggen van beslag op bewijsmateriaal. Art. 206 Rv-nieuw regelt de wijze waarop het bewijsbeslag wordt gelegd en uitgevoerd, en wanneer het beslag eindigt.

Bij de beoordeling van het verzoek moet worden getoetst of aan de voorwaarden van art. 194 lid 1 Rv-nieuw (inzage zonder procedure) is voldaan en of zich geen van de afwijzingsgronden van art. 196 lid 2 Rv-nieuw (inzage via de rechter voorafgaand aan de procedure) voordoet. De eisen die aan het verzoekschrift worden gesteld, stemmen daarmee overeen. Er moet daarnaast vrees voor verduistering worden gesteld. Als de in beslag te nemen gegevens (mede) uit digitale bestanden bestaan die met codes zijn beveiligd of zijn versleuteld, moet ook de naam van een IT-specialist worden genoemd die de deurwaarder kan bijstaan.

Net als bij een gewoon conservatoir beslag wordt de wederpartij of de derde onder wie beslag wordt gelegd niet gehoord, en is de beoordeling summier. De volle toets komt pas later, als om inzage in het in beslag genomen bewijsmateriaal wordt verzocht. Een bijzonderheid is dat als wordt verzocht om beslag te leggen onder een financiële instelling, de rechter de instelling steeds wel in de gelegenheid moet stellen om te worden gehoord, ongeacht of de instelling de wederpartij is of een derde. De achtergrond daarvan is 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, waardoor het verzoek om bewijsbeslag onder zo'n instelling niet snel toegewezen zal zijn.¹¹¹

Tegen verlovverlening staat geen voorziening open, tegen de afwijzing van een verzoek om verlov wel.

6.3 Proces-verbaal van constateringen

Een andere mogelijkheid om te voorkomen dat bewijs van bepaalde feiten verloren gaat, is een gedetailleerde beschrijving van die feiten. In het IE-recht bestaat daarvoor al een voorziening en die wordt nu, in de vorm van een door de deurwaarder op te stellen proces-verbaal van constateringen, in art. 207 Rv-nieuw opengesteld voor alle zaken.¹¹² Voor het opmaken van een proces-verbaal van constateringen is, net zoals bij een conservatoir beslag, verlov van de voorzieningenrechter nodig,

103 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 38.

104 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 67.

105 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 67.

106 Zie ook Molkenboer 2022, p. 283-284.

107 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958.

108 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 15. Voor een gedetailleerde bespreking verwijs ik graag naar Molkenboer 2022.

109 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 15.

110 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 18.

111 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 71. Kritisch hierover: Molkenboer 2022, p. 285.

112 *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 15.

maar alleen als het gaat om een beschrijving op een niet voor het publiek toegankelijke plaats.¹¹³ Art. 205 Rv-nieuw is van overeenkomstige toepassing. De deurwaarder moet ter plaatse waar hij zijn waarneming verricht, de feiten die hij persoonlijk waarneemt nauwkeurig en op objectieve wijze beschrijven.

Het proces-verbaal van constatering is een authentieke akte met dwingende bewijskracht.¹¹⁴

7. Slotsom

De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht bevat geen heel ingrijpende wijzigingen ten opzichte van het huidige burgerlijk procesrecht.¹¹⁵ Voor een belangrijk deel gaat het om codificatie van bestaande praktijken en rechtspraak, voor een ander deel betreft het harmonisatie van mogelijkheden tot bewijsverzekering en aanscherping van al bestaande processuele verplichtingen van partijen.¹¹⁶

Van de nadruk in het wetsvoorstel op meer informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaande aan de procedure is minder terechtgekomen dan de bedoeling was. De in dit verband voorgestelde toevoeging aan art. 21 Rv wordt niet ingevoerd. Wel zijn de regels voor de toegang tot de verschillende soorten bewijsmiddelen voorafgaande aan een procedure gecodificeerd (bewijsbeslag), verbeterd (inzagerecht) en tot op zekere hoogte geüniformeerd (voorlopige bewijsverrichtingen). Daarbij vallen op de afstemming van het inzagerecht op de andere voorlopige bewijsmogelijkheden (voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht en voorlopige descente) en de onmogelijkheid om tijdens een lopende procedure nog in een afzonderlijk geding om voorlopige bewijsverrichtingen te vragen. Aan de in de wet geregelde bewijsmiddelen wordt het proces-verbaal van constatering door de deurwaarder toegevoegd, en het relationele en strafvorderlijke verschoningsrecht wordt uitgebreid tot (ex-)levensgezellen.

Op de keper beschouwd verandert de wet ook weinig aan de rol van de rechter zoals daaraan nu al in de praktijk uitvoering wordt gegeven. De wet biedt wel duidelijkere regels voor de rechter ten aanzien van geheimhouding van vertrouwelijke informatie tijdens de procedure. De rechter krijgt iets meer ruimte bij de waardering van partij(getuigen)verklaringen. De wet geeft met de toevoeging in het tweede lid van art. 24 Rv-nieuw uitdrukking aan de al bestaande regiefunctie van de rechter, diens (gedeelde) verantwoordelijkheid voor en actieve rol bij de waarheidsvinding, en diens mogelijkheden om op de mondelinge behandeling het geschil met partijen te bespreken. De gedachte dat de civiele rechter een lijdelijke rechter zou zijn, heeft de wetgever uitdrukkelijk van de hand gewezen.

Met deze toch wel beperkte ‘vereenvoudiging’ en ‘modernisering’ van het bewijsrecht zal de rechtspraak het voorlopig moeten doen. Voor sommigen zal het resultaat wat teleur-

stellend zijn, anderen zullen zijn gerustgesteld dat de wijzigingen weinig revolutionair zijn gebleven. Hoe de wet ook wordt gewaardeerd, bij de toepassing ervan staat het devies van de expertgroep fier overeind: het gaat erom mogelijk te maken dat de rechter op basis van een zo volledig en correct mogelijk vastgesteld feitencomplex een juiste en rechtvaardige beslissing neemt. De regels van bewijsrecht, ook de nieuwe, staan uiteindelijk ten dienste van dat doel.

113 *Kamerstukken II 2022/23*, 35498, nr. 13, p. 2.

114 *Kamerstukken II 2021/22*, 35498, nr. 6, p. 43.

115 Vgl. De Bock 2022, p. 251: ‘Het wetsvoorstel kan bepaald niet als een aardverschuiving worden gezien’, en ‘Het zou goed kunnen zijn (...) dat we dus alleen te maken hebben met een stroomlijning en vereenvoudiging van de huidige regelingen.’

116 *Kamerstukken II 2021/22*, 35498, nr. 6, p. 10.