

Modernisering burgerlijk bewijsrecht

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	9
1.1	Aanleiding voor het advies	9
1.2	Samenstelling en werkwijze expertgroep	10
1.3	Begrenzing adviezen	10
1.4	Inhoudelijke uitgangspunten	11
1.5	Indeling van het advies	13
2	Aandachtspunten en uitgangspunten	15
2.1	De context van de modernisering van het bewijsrecht	15
2.1.1	Vijf relevante rechtsontwikkelingen	15
2.1.2	Het uitgangspunt voor de advisering	17
2.2	Schets van de problematiek	17
2.2.1	Doel van informatiegaring en bewijsrecht	17
2.2.2	Eerste aandachtspunt: taakverdeling tussen partijen en rechter	18
2.2.3	Tweede aandachtspunt: omvang van de taak van de rechter	19
2.2.4	Derde aandachtspunt: onderlinge verhouding tussen partijen bij informatieverzameling	20
2.2.5	Vierde aandachtspunt: informatieverzameling vóór de procedure	21
2.3	Uitgangspunten voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering	23
2.3.1	Inleiding	23
2.3.2	Eerste uitgangspunt: preprocessuele bewijsverzameling	23
2.3.3	Tweede uitgangspunt: beperktere mogelijkheden voor bewijsverrichtingen tijdens de procedure	25
2.3.4	Derde uitgangspunt: medewerkingsplicht van partijen	26
3	Het inzagerecht	29
3.1	Inleiding	29
3.2	Achtergronden van het inzagerecht	29
3.2.1	Huidige wettelijke regeling	29
3.2.2	Relatie tot andere informatie- en mededelingsplichten in het bewijsrecht	30
3.2.3	Informatieverzameling voorafgaand aan versus informatieverzameling tijdens de procedure	34
3.2.4	Aan art. 843a Rv verwante inzageregelingen	36

INHOUDSOPGAVE

3.2.5	Relatie tot het bewijsbeslag	37
3.2.6	Internationaal perspectief	38
3.2.7	Arbitragerecht	41
3.3	Ontwikkelingen in de rechtspraak over het inzagerecht van art. 843a Rv	41
3.3.1	De in de rechtspraak gestelde eisen	41
3.3.2	In welke procedures inzage kan worden gevorderd	43
3.4	Het inzagerecht in het wetsvoorstel 33 079	43
3.5	Een gemoderniseerd inzagerecht	47
3.5.1	Algemene uitgangspunten	47
3.5.2	Toetsingscriteria inzagerecht gelijktrekken met criteria voor andere voorlopige bewijsverrichtingen	49
3.5.3	Eerste eis: bepaaldheid van de bescheiden	51
3.5.4	Tweede eis: voldoende belang	52
3.5.5	Derde eis: geen strijd met de goede procesorde	54
3.5.6	Vierde eis: geen misbruik van bevoegdheid	54
3.5.7	Vijfde eis: zwaarwegende belangen	57
3.5.8	Geen eis van aannemelijkheid van het bestaan van een 'rechtsbetrekking'	58
3.5.9	Geen eis van relevantie	58
3.6	Enkele beschouwingen en aanbevelingen met betrekking tot de plaats van het inzagerecht in het bewijsrecht	59
3.6.1	Eenheid van criteria, gedifferentieerde toepassing	59
3.6.2	De verhouding art. 19 lid 2 Rv en het inzagerecht	59
3.6.3	Het inzagerecht en art. 21 Rv	60
3.6.4	Het inzagerecht en art. 22 Rv	60
4	Bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs	63
4.1	Inleiding	63
4.2	Bewijsbeslag	64
4.2.1	Inleiding	64
4.2.2	Wettelijke grondslag voor het bewijsbeslag	64
4.2.3	Bewijsbeslag en inzagerecht	65
4.2.4	Eisen voor het leggen van bewijsbeslag	66
4.2.5	Plaats van een nieuwe regeling van het bewijsbeslag in de wet	69
4.3	Getuigenbewijs en deskundigenbewijs	69
4.3.1	Getuigen en deskundigen horen op de zitting	69
4.3.2	Schriftelijke getuigenverklaringen	71

4.3.3	Joint statement van deskundigen	76
4.4	Schriftelijk bewijs	77
4.4.1	Algemeen	77
4.4.2	Proces-verbaal van constatering	78
5	Omgaan met vertrouwelijke informatie	79
5.1	Inleiding	79
5.2	Gewichtige redenen	80
5.3	Beoordeling van de aanwezigheid van gewichtige redenen	81
5.4	Gevolgtrekkingen	86
5.5	Een moderne regeling voor geheimhouding van stukken: een stappenplan	87
5.6	Positie van de rechter na kennisneming van vertrouwelijk bewijsmateriaal	89
6	Aanbevelingen	91
	Bijlage	95

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING VOOR HET ADVIES

1. In de afgelopen jaren is een discussie gevoerd over de wenselijkheid van een modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures. Overwogen is om die modernisering mee te nemen in het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI). De minister van Veiligheid en Justitie besloot dit niet te doen, omdat tijdens de voorbereiding van het wetsvoorstel KEI al snel bleek dat de standpunten in de praktijk ten aanzien van de mogelijke aanpassing van het bewijsrecht sterk verdeeld zijn, voor de doelstellingen van het programma KEI wijziging van het bewijsrecht niet noodzakelijk is en discussies daarover tot vertraging van het wetsvoorstel zouden kunnen leiden.¹

2. De aanleiding voor het instellen van de expertgroep was de bespreking van het wetsvoorstel ter verbetering van het inzagerecht in de vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie.² Er bleken zeer veel vragen te leven over het wetsvoorstel.³ Naar aanleiding hiervan heeft de minister bij brief van 21 februari 2014 de Tweede Kamer laten weten dat de regeling van het inzagerecht niet op zichzelf kan worden gezien, maar moet passen in de brede context van het bewijsrecht, dat volop in beweging is, zowel op nationaal als op internationaal niveau.⁴ Een goede beantwoording van de vragen van de Kamercommissie was volgens de minister alleen mogelijk wanneer er eerst meer duidelijkheid is over deze ontwikkelingen op het terrein van het bewijsrecht.

3. Met het oog daarop heeft de minister besloten advies te vragen aan de voor dat doel ingestelde expertgroep modernisering bewijsrecht, alvorens de vragen van de Kamercommissie te beantwoorden. In afwachting daarvan is de behandeling van het wetsvoorstel stilgelegd.

1 Aldus resp. de nota naar aanleiding van het verslag en de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, resp. nr. 6, p. 44 en nr. 3, p. 61.

2 Wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 2.

3 Verslag, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 5.

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 079, nr. 6.

1.2 SAMENSTELLING EN WERKWIJZE EXPERTGROEP

4. Medio 2014 is een expertgroep modernisering bewijsrecht met de adviesvraag aan de slag gegaan. De expertgroep bestaat uit A. Hammerstein (voorzitter), W.D.H. Asser en R.H. de Bock, en vanuit het ministerie van Veiligheid en Justitie: G.M. ter Huurne, P.M.M. van der Grinten en als secretaris aanvankelijk A.M. Wolffram-van Doorn en later J.M.I. Vink. De expertgroep heeft de volgende werkwijze gevolgd:

- Het onderzoekstraject is opgedeeld in verschillende fasen, waarbij per fase een deelonderwerp op een terrein van het bewijsrecht is opgepakt.
- Per deelonderwerp is een notitie ('concept-deeladvies') met vraagpunten opgesteld.
- Elke notitie met vraagpunten is door de expertgroep in concept besproken met de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht.
- Vervolgens is elke notitie met vraagpunten in concept besproken in door het ministerie georganiseerde stakeholdersbijeenkomsten.⁵

5. Door deze werkwijze is gedurende het gehele onderzoekstraject inbreng verkregen vanuit de rechtspraak. Mede naar aanleiding van de verkregen inbreng heeft de expertgroep de notities over de verschillende deelonderwerpen afgerond. Bij het opstellen van de verschillende notities heeft de expertgroep zich gebaseerd op hetgeen bekend is uit literatuur en jurisprudentie en daarnaast op haar eigen ervaring in de rechtspraak en wetenschap.

1.3 BEGRENZING ADVIEZEN

6. In de voorliggende adviezen zijn geen algemene beschouwingen over het bewijsrecht opgenomen. Ook worden geen voorstellen gedaan met betrekking tot de algemene regels van bewijsrecht die zijn opgenomen in art. 149-155 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Deze regels bieden nog steeds bruikbare uitgangspunten voor het bewijsrecht. Rechtsvergelijkende gegevens zijn slechts in enkele gevallen opgenomen in de adviezen. De reden daarvoor is dat vooral is gezocht naar bij de Nederlandse praktijk passende oplossingen, die overigens aansluiten bij ontwikkelingen in andere Europese landen.

⁵ Zie bijlage 1 voor de samenstelling van de stakeholdersbijeenkomsten.

1.4 INHOUDELIJKE UITGANGSPUNTEN

7. Het bewijsrecht regelt het verzamelen en beoordelen van bewijs in een civiele procedure, die tot doel heeft een rechterlijke beslissing te verkrijgen in een geschil. ‘Bewijs’ is hierbij een ruim begrip: het beslaat in feite alle informatie die relevant kan zijn voor de rechterlijke beslissing. Het uiteindelijke doel van het bewijsrecht is mogelijk te maken dat de rechter op basis van een zo volledig en correct mogelijk vastgesteld feitencomplex een juiste en rechtvaardige beslissing neemt.

8. Daarmee kan het bewijsrecht niet los worden gezien van de in het civiele procesrecht geldende waarheids- en volledigheidsplicht (art. 21 Rv). Het belang van een zo veel mogelijk volledige en correcte vaststelling van de feiten is ons inziens zo groot, dat wij waarheidsvinding als een fundamenteel beginsel van procesrecht aanmerken.⁶ Zowel tegenover partijen als tegenover derden ontleent een rechterlijke beslissing mede haar legitimiteit aan een juiste feitelijke basis. Zonder een juiste feitelijke basis hangt de beslissing ‘in de lucht’. Dit ondergraaft het vertrouwen in rechtspraak.

9. Van belang is verder dat partijen in een procedure de verplichting hebben om elkaar juiste en volledige informatie te verschaffen. Dit uitgangspunt gold al lange tijd, maar is bij de herziening van het civiele procesrecht in 2002 meer op de voorgrond komen te staan. Toen zijn namelijk verschillende wijzigingen in het procesrecht doorgevoerd die erop waren gericht om partijen ertoe te brengen direct in de procedure zo volledig mogelijk informatie te geven. Naast de al genoemde waarheids- en volledigheidsplicht van partijen is de bewijsaandragplicht ingevoerd (art. 111 lid 3 en 128 lid 5 (oud) Rv). Met het oog op een volledige informatievoorziening is ook voorzien in een meer actieve rol van de rechter. Zo heeft de rechter de bevoegdheid gekregen om in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv).

10. Zowel de informatieplichten van partijen als de bevoegdheden van de rechter zijn opnieuw geëxpliciteerd in de vanaf 2017 in te voeren regels die zijn neergelegd in het

6 Zie over waarheidsvinding als beginsel van het civiele procesrecht R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 71-78; W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013/74 en 75. Giesen betwijfelt of waarheidsvinding als een beginsel kan worden aangemerkt: volgens hem is de verhouding tussen waarheidsvinding en het beginsel van partijautonomie nog onduidelijk en is waarheidsvinding als beginsel ook overigens nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Zie I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/83-89. Wat daarvan zij, algemeen wordt onderkend dat waarheidsvinding in de procedure van groot belang is.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in het kader van het programma KEI.⁷ Tot de belangrijkste doelstellingen van KEI-Rv behoren versnelling van de procedure en een efficiënter verloop van de civiele procedure. Zo is (wederom) bepaald dat partijen direct in hun processtukken alle relevante informatie moeten aandragen (art. 30a en 30i Rv). Daarnaast is de actieve rol van de rechter nader vormgegeven en versterkt door hem een algemene 'regiefunctie' toe te kennen (zie art. 19 lid 2 Rv). De rechter kan al vóór de zitting aansturen op het verkrijgen van meer informatie van partijen op de mondelinge behandeling (art. 30k lid 3 en 6 Rv). Verder kan de rechter de mondelinge behandeling benutten om het hem voorgelegde geschil in samenspraak met partijen nader te omlijnen en regie te voeren ten aanzien van het verdere verloop van de procedure. Daarbij is met name te denken aan de wijze waarop de waarheidsvinding gestalte dient te krijgen, onder meer door het overleggen van stukken, het geven van bepaalde informatie of inlichtingen of het horen van getuigen (art. 30k lid 1, 2, 5 en 6 en 30o Rv). Ook heeft de rechter meer bevoegdheden gekregen op het gebied van bewaking van de voortgang van de procedure (art. 30o Rv).

11. Ondanks deze wettelijke plichten voor partijen en bevoegdheden voor de rechter kenmerkt de praktijk van het civiele proces zich nog steeds door een, traditioneel bepaalde, terughoudende en afwachtende opstelling van procespartijen. Zolang zij niet worden gedwongen, neigen partijen ertoe op het gebied van informatievervalsing eerder minimalistisch dan volledig te zijn. Een dergelijke opstelling komt de efficiëntie van het civiele proces niet ten goede, omdat de voor een juiste beoordeling van de zaak vereiste informatievervalsing pas gaandeweg de procedure, stap voor stap, plaatsvindt. De cultuur van afwachten kan bovendien leiden tot complicaties en vertraging van de procedure. Ook de civiele rechter benut zijn bevoegdheden om alle relevante informatie van partijen te verkrijgen lang niet altijd ten volle. Veel rechters lijken eveneens vast te zitten in een traditioneel bepaalde, terughoudende en ten opzichte van partijen afwachtende (lijdelijke) opstelling, waarbij het aan partijen wordt overgelaten te bepalen welke informatie in de procedure wordt ingebracht. Overigens is op dit punt sprake van grote verschillen tussen rechters.

12. De expertgroep is van mening dat deze wijze van procesvoering niet meer voldoet aan de eisen van de tijd. De samenleving heeft behoefte aan voortvarende en effectieve civiele procedures, waarbij essentieel is dat een zorgvuldige wijze van procesvoering en een behoorlijke vaststelling van de feiten plaatsvinden. Dit is alleen mogelijk als direct bij

7 Wetten van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 288 (*Kamerstukken* 34 059, eerste aanleg), *Stb.* 2016/289 (*Kamerstukken* 34 138, hoger beroep en cassatie) en *Stb.* 2016, 290 (*Kamerstukken* 34 212, Invoeringswet). Zie KB 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 16, waarbij de nieuwe regels in werking zijn getreden voor civiele vorderingsprocedures bij de Hoge Raad.

aanvang van de procedure zo veel mogelijk alle relevante informatie beschikbaar is. De belangrijkste verbeteringen van het bewijsrecht moeten dan ook worden gezocht in het tijdig en zo volledig mogelijk aanleveren van bewijsmateriaal door partijen, waar nodig onder regie van de rechter. Tijdig is in beginsel: bij de aanvang van de procedure. Dit betekent dat veel meer aandacht dient uit te gaan naar de bewijsgaring *vóór* de aanvang van de procedure, in plaats van naar (zoals nu vaak het geval is) bewijslevering *tijdens* de procedure. Dat laatste is vaak de oorzaak van complicaties en vertraging van de procedure.

13. Om een voortvarend en effectief verloop van de civiele procedure mogelijk te maken, is het noodzakelijk dat zowel partijen als rechters een cultuuromslag maken. Zoals uit het voorgaande bleek, is het niet genoeg dat er wettelijke verplichtingen voor partijen en wettelijke bevoegdheden voor rechters zijn. Zowel partijen als rechters moeten óók overtuigd zijn van het belang van volledige informatieverstopping in een vroegtijdig stadium van de procedure. Pas dan kan er een procespraktijk ontstaan waarin het normaal is dat alle relevante informatie direct vanaf het begin van de procedure beschikbaar is voor zowel partijen als de rechter.

14. De kern van de aanbevelingen die in het voorliggende advies van de expertgroep zijn neergelegd, is een dergelijke procespraktijk te realiseren. Naar de mening van de expertgroep is dit noodzakelijk om de civiele procedure toekomstbestendig te maken.

1.5 INDELING VAN HET ADVIES

15. Na dit inleidende hoofdstuk volgen vier hoofdstukken die gebaseerd zijn op de hiervoor in nr. 4 genoemde notities ('concept-deeladviezen') die met de Adviescommissie en de diverse maatschappelijke stakeholders zijn besproken en die aan de hand van de uitkomsten van dat overleg zijn aangepast.⁸ Het laatste hoofdstuk van dit advies eindigt met een aantal op de eerdere hoofdstukken gebaseerde aanbevelingen voor modernisering van de wettelijke regeling van het bewijsrecht.

8 Hoofdstuk 2 correspondeert met de eerste notitie, hoofdstuk 3 met de tweede, hoofdstuk 4 met de derde en hoofdstuk 5 met de vierde notitie.

2 AANDACHTSPUNTEN EN UITGANGSPUNTEN

2.1 DE CONTEXT VAN DE MODERNISERING VAN HET BEWIJSRECHT

2.1.1 Vijf relevante rechtsontwikkelingen

16. In verschillende opzichten is het bewijsrecht op dit moment onderwerp van discussie. Daarbij is niet alleen de aanpassing van thans reeds geregelde onderwerpen aan de orde, zoals de herziening van het recht op inzage.¹ Ook de vraag of er behoefte is aan een regeling op het gebied van het bewijsbeslag is in het licht van de recente rechtspraak hierover van de Hoge Raad actueel.² Verder zijn er enkele specifieke rechtsgebieden waarop nadere wetgeving op het gebied van het bewijsrecht moet plaatsvinden, namelijk op het terrein van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, de bescherming van bedrijfsgeheimen en de bescherming van geheime stukken van inlichtingendiensten.³ Bovendien is in meer algemene zin sprake van hierna te bespreken (procesrechtelijke) ontwikkelingen die aanleiding geven om te komen tot een herijking van aspecten van de informatiegaring en de bewijslevering.

17. Van deze ontwikkelingen is in de eerste plaats te noemen *de sterk veranderde rol van de civiele rechter*, die is ingezet met de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 en thans in volle omvang zichtbaar is geworden. De rechter is in

1 Zie het aanhangige wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 1-5 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 079, nr. 6, Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 21 februari 2014.

2 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455 m.nt. H.B. Krans.

3 Aan de orde in resp. de Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, L 349/1, geïmplementeerd bij wet van 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 28 (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), de Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *PbEU* 2016, L 157/1 en bij de wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (wetsvoorstel 34 588) naar aanleiding van het rapport van de Commissie evaluatie Wiv 2002 (voorzitter C.W.M. Dessens), *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, uitgave Rijksoverheid, 2 december 2013, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2013/12/02/rapport-evaluatie-wiv-2002.

veel mindere mate afwachtend ten opzichte van partijen, maar heeft een actieve en sturende rol gekregen, zowel bij het onderzoek naar de feiten als bij het bepalen van het verloop van de procedure. Partijen zijn meer dan voorheen afhankelijk van de rechter bij het verloop van de procedure.

18. Deze gewijzigde rol van de rechter wordt nader aangezet bij de invoering van de *Wet KEI*. Dat is een tweede ontwikkeling. Daarmee wordt de regiefunctie van de rechter nog belangrijker. Bovendien wordt in de nieuwe wet een centrale plaats toebedacht aan de mondelinge behandeling (thans comparitie na antwoord) en is het streven erop gericht bewijslevering zo veel mogelijk reeds daar te doen plaatsvinden. Of die bedoeling in de praktijk zal slagen, is uiteraard onzeker en denkbaar is dat meer maatregelen nodig zijn om te bereiken dat bewijslevering zo vroeg mogelijk in de procedure zal plaatsvinden.

19. In de derde plaats is er steeds meer aandacht voor het *belang van een voortvarend verloop van de civiele procedure*, waardoor meer dan vroeger gevraagd wordt om een efficiënte wijze van procesvoering, informatievergaring en bewijslevering. Deze ontwikkeling wordt versterkt doordat rechters te maken hebben met een sterke sturing op efficiëntie en doorlooptijden, waardoor sprake is van een continu spanningsveld tussen voortvarend procederen en tijd inruimen voor nadere bewijslevering door partijen. Ook voor partijen is procederen kostbaar en er bestaat steeds meer behoefte aan rechterlijke uitspraken binnen een korte termijn. Dit brengt mee dat het wenselijk is dat procedures ook wat bewijslevering betreft zo doelmatig mogelijk worden gevoerd.

20. In de vierde plaats is, mede door de sterk toegenomen mogelijkheden tot opslag en beschikbaarheid van alle mogelijke soorten informatie, sprake van een *aangescherpte tegenstelling tussen enerzijds het recht op openbaarmaking van informatie en anderzijds het recht op geheimhouding daarvan*. Deze tegenstelling is aan de orde bij het reeds genoemde recht op inzage, maar is ook in bredere zin onderwerp van debat in maatschappij en recht. Het ligt voor de hand hierover in het kader van de optimalisering van de informatievergaring en bewijslevering verder na te denken.

21. Een vijfde ontwikkeling is ten slotte dat, meer dan vroeger, *van partijen verwacht wordt dat zij zelf buiten rechte hun geschillen oplossen*. In de praktijk worden de meeste geschillen al buitengerechtelijk opgelost. Maar mede onder druk van bezuinigingen wordt steeds meer van partijen verlangd dat zij pas in laatste instantie de gang naar de rechter maken; eerst moeten zij zelf trachten hun geschillen in der minne te regelen.

22. Deze ontwikkelingen vormen belangrijke indicatoren voor een modernisering van het bewijsrecht. Zij vormen de basis voor de aanbevelingen van de expertgroep.

2.1.2 *Het uitgangspunt voor de advisering*

23. Gelet op deze discussies en ontwikkelingen op het terrein van het bewijsrecht, meer algemeen het procesrecht, heeft de expertgroep als uitgangspunt voor haar advisering gekozen: het optimaliseren van de informatiegaring en de bewijslevering met als doel een effectieve en efficiënte geschilbeslechting. Daarbij ligt het accent bij de procedure in eerste aanleg.

2.2 SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK

2.2.1 *Doel van informatiegaring en bewijsrecht*

24. Informatiegaring heeft tot doel het onderbouwen van de feiten die nodig zijn om de materiële rechten van een partij te verwezenlijken, al dan niet in een juridische procedure. Binnen een civiele procedure is het doel van het bewijsrecht, heel kort gezegd, een regeling te bieden van de wijze waarop en de mate waarin partijen in de civiele procedure, ter onderbouwing van hun stellingen, bewijs mogen of moeten leveren. Daarbij regelt het bewijsrecht ook wat de gevolgen zijn indien een partij niet in staat is bewijs te leveren.⁴ Bewijs kan worden geleverd door schriftelijk bewijs (bewijsstukken, waaronder begrepen digitale bewijsmiddelen), mondeling bewijs (getuigenverklaringen), een deskundigenbericht of een gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging. Deze verschillende soorten bewijsmiddelen kunnen tezamen worden aangeduid als *informatie*.⁵ Uiteindelijk is het doel van de verplichting tot het geven van informatie ervoor te zorgen dat een adequate feitengaring plaatsvindt, die de rechter vervolgens in staat stelt een beslissing te nemen die zo veel mogelijk berust op een correcte vaststelling van het relevante feitencomplex.

25. In de huidige regels voor informatiegaring en het huidige bewijsrecht is naar hedendaagse inzichten een aantal aandachtspunten aan te wijzen, die hierna kort zullen worden omschreven. Deze aandachtspunten zijn bepalend voor de gedachtevorming over het optimaliseren van de informatiegaring en bewijslevering voor een effectieve en efficiënte geschilbeslechting.

4 Hiertoe voorziet het bewijsrecht door de bewijslastverdeling tussen partijen te regelen. Bewijslastverdeling is, zoals uiteengezet in nr. 6, geen onderwerp van dit advies.

5 Er is derhalve geen reden om bij een formulering van algemene uitgangspunten van bewijsrecht te differentiëren naargelang de *aard* van de informatie, door bijvoorbeeld getuigenbewijs anders te benaderen dan schriftelijk bewijs.

2.2.2 *Eerste aandachtspunt: taakverdeling tussen partijen en rechter*

26. In de eerste plaats is de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de rechter en partijen bij het vergaren dan wel het aandragen van informatie in de procedure niet altijd duidelijk. Enerzijds ligt het initiatief voor informatiegaring en bewijslevering bij partijen. Zij moeten in de processtukken alle relevante feiten naar voren brengen, en deze bovendien direct onderbouwen met bij te voegen bewijsstukken (substantiëringsplicht van art. 30a lid 3, aanhef en onder g, en 30i lid 6 Rv en bewijsaandraagplicht van art. 85 Rv). Deze plichten van partijen worden versterkt door de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv, die partijen niet toestaat welbewust informatie achter te houden of onjuiste informatie naar voren te brengen. Partijen moeten schriftelijk bewijsmateriaal uit eigen beweging in het geding brengen.⁶ Maar anderzijds zijn partijen voor het bijbrengen van mondeling getuigenbewijs of bewijs via door de rechter benoemde deskundigen afhankelijk van de rechter, die daarvoor opdracht moet geven. De rechter heeft op dit punt veel beslissingsruimte en partijen weten niet vooraf hoe de rechter van die beslissingsruimte (al dan niet) gebruik zal maken. Het komt naar het zich laat aanzien dan ook regelmatig voor dat partijen verwachten in de gelegenheid gesteld te worden tot nadere bewijslevering, maar in het vonnis moeten lezen dat hun dit niet wordt toegestaan.⁷ Niet alleen kan dit leiden tot frustratie bij de procesdeelnemers. Ook kan de waarheidsvinding tekort worden gedaan, doordat niet alle informatie die relevant is voor de rechterlijke beslissing beschikbaar is. In dit verband verdient vermelding dat partijen vaak onzeker lijken te zijn over het verweer van de wederpartij en het te verwachten oordeel van de rechter en daardoor moeite lijken te hebben hun bewijspositie in te schatten. Dat leidt tot een afwachtende houding, hetgeen afbreuk doet aan de kwaliteit van rechtspleging.

27. Het geschetste spanningsveld wordt gecompliceerd doordat op de rechter ook een eigen verantwoordelijkheid rust om de feiten zo goed en volledig mogelijk in kaart te brengen, naast diens verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling en de procedurele rechtvaardigheid. Dat de rechter deze verantwoordelijkheid voor het achterhalen van de waarheid heeft, wordt steeds meer onderkend, waarmee het klassieke uitgangspunt van partijautonomie op het punt van informatieverzameling in de procedure grotendeels is verlaten. Dit roept echter nieuwe vragen op ten aanzien van de invulling die de rechter en partijen in de praktijk geven aan hun verantwoordelijkheid op het punt van informatieverzameling. Daarop wordt ingegaan bij het volgende aandachtspunt.

6 HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, NJ 2012/174.

7 Naast de afwijzing van een verzoek tot het horen van getuigen of het inschakelen van getuigen, kan zich ook voordoen dat een partij verzoekt nadere stukken in het geding te mogen brengen. Volgens vaste jurisprudentie hoeft de rechter laatstbedoelde verzoeken niet te honoreren, zie HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, NJ 2012/174 en HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077, NJ 2015/453 m.nt. L. Strikwerda.

2.2.3 Tweede aandachtspunt: omvang van de taak van de rechter

28. Zoals gezegd ligt het initiatief bij de informatiegaring en bewijslevering bij partijen, maar heeft de rechter ook een eigen verantwoordelijkheid om de feiten zo goed mogelijk in kaart te brengen: de verantwoordelijkheid van de rechter voor de *waarheidsvinding*.⁸ Met het oog daarop geeft de wet de rechter verschillende bevoegdheden om ambtshalve aan waarheidsvinding te doen.⁹ In de praktijk lijkt de rechter zijn verantwoordelijkheid voor een juiste feitenvaststelling met name in te vullen door op de comparitie na antwoord partijen vragen te stellen over de feitelijke grondslag en achtergrond van hun geschil. Van de overige onderzoeksbevoegdheden maakt de rechter in veel mindere mate gebruik.¹⁰ Een consequentie hiervan is dat in zaken waarin geen comparitie van partijen plaatsvindt, de rechter naar het zich laat aanzien slechts in zeer beperkte mate ambtshalve aan waarheidsvinding doet.¹¹

29. Zowel bij partijen als bij de rechter zelf kan onduidelijkheid bestaan over de vraag wanneer van deze bevoegdheden gebruik zal of moet worden gemaakt, zeker in relatie tot de hiervoor beschreven initiatiefplicht van partijen en verantwoordelijkheid van de rechter voor een goede rechtsbedeling. Hierdoor weten partijen mogelijk niet wat zij kunnen verwachten en kunnen er grote verschillen bestaan tussen de wijze waarop rechters of rechtscolleges gebruik maken van hun ambtshalve bevoegdheden om aan waarheidsvinding te doen.

8 De Hoge Raad pleegt dit te omschrijven als 'het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling'. Zie onder meer HR 10 april 2009, NJ 2010/471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

9 Zoals het opvragen van stukken (art. 22 Rv), het gelasten van een mondelinge behandeling (art. 30o lid 1, aanhef en onder c, Rv) – voorheen van een comparitie (art. 88 Rv) of een getuigenverhoor (art. 166 Rv) – het bevelen van een deskundigenbericht (art. 194 Rv) of een gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging (art. 201 Rv).

10 Naar schatting wordt in minder dan 3% van de civiele zaken (inclusief incassozaken bij de kantonrechter) opdracht gegeven voor bewijsverrichtingen als getuigenbewijs of deskundigenbericht. In de afgelopen jaren wordt met name door advocaten regelmatig geklaagd dat rechters te weinig bereid zijn bewijslevering toe te laten en via het niet voldoen aan de stelplicht beslissen, zie W.D.H. Asser, Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding, TCR 2012, p. 107-108; M.J.A.M. Ahsmann, Bewijs, verschuiving van bewijzen naar stellen?, in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans en D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27.

11 In nagenoeg alle niet-kantonzaken vindt een comparitie na antwoord plaats. In kantongeschillen is dit in veel mindere mate het geval, namelijk, afhankelijk van de vraag bij welke rechtbank het geschil aanhangig is, in 20 tot 80% van de zaken (uitgezonderd de verstekzaken). Zie A.T. Marseille, H.B. Winter, M. Batting en C.E. Bloemhoff, *Korte en effectieve kantoncomparities? Uitdaging voor reflexieve rechters*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2014. In hoger beroep vindt geen comparitie na antwoord plaats. Indien een pleidooi plaatsvindt, zal de rechter daar partijen kunnen bevragen. Indien dat niet het geval is, resteren de overige, in de vorige noot genoemde, onderzoeksbevoegdheden. In de praktijk wordt daar spaarzaam gebruik van gemaakt.

30. De invoering van de KEI-wetten noopt tot nadere overdenking op dit punt. Enerzijds doordat de regiefunctie van de rechter versterkt wordt, en anderzijds doordat de mondelinge behandeling 'het hart van de procedure' moet worden en ernaar wordt gestreefd tijdens de mondelinge behandeling reeds getuigen en deskundigen te doen horen teneinde zo efficiënt mogelijk met de tijd om te gaan.¹²

2.2.4 *Derde aandachtspunt: onderlinge verhouding tussen partijen bij informatieverzameling*

31. Het recht verplicht partijen om bij aanvang van de procedure de rechter zo volledig mogelijk te informeren. Deze verplichting ligt besloten in de reeds genoemde (nr. 26) substantiërings- en bewijsaandragplicht. Ook de in nr. 8 en 26 al vermelde waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv verplicht partijen om openheid van zaken te geven. Doordat de schriftelijke procesgang zich in de regel beperkt tot een eenmalige stukkenwisseling (procesinleiding en verweerschrift),¹³ zou dit moeten betekenen dat partijen direct bij hun processtuk alle relevante informatie naar voren brengen, ook wanneer het gaat om informatie die voor hen nadelig is. De praktijk is echter vaak anders. Partijen plegen te volstaan met het in het geding brengen van informatie die hún standpunt onderbouwt en onwelgevallige informatie vooralsnog achter te houden. Ook is het niet gebruikelijk dat partijen voor aanvang van de procedure informatie waarover zij zelf niet beschikken bij hun wederpartij opvragen. Dergelijke informatie wordt ook lang niet altijd op voorhand verstrekt. Dit leidt ertoe dat partijen elkaar in de procedure (toch) regelmatig verrassen met bepaalde informatie, waardoor daarover *vervolgens* nog debat moet plaatsvinden. Ook kan de nieuwe informatie aanleiding zijn voor een partij om zelf weer met nieuwe informatie te komen. Dit staat in de weg aan een efficiënt verloop van de procedure en ondergraaft in zekere zin de doelstellingen van de substantiëringsplicht, bewijsaandragplicht en waarheids- en volledigheidsplicht. Het spreekt vanzelf dat hier onderscheid moet worden gemaakt tussen verstekprocedures en procedures op tegenspraak. De voorgaande overwegingen zien op de laatste categorie zaken en meestal gaat het om handelszaken met grote belangen. Voor de meeste kantonzaken zullen – mede in verband met het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging – wat betreft de mate waarin van partijen verwacht mag worden dat zij voorafgaand aan de procedure doen aan informatiegaring zeker ook wel andere maatstaven moeten worden aangelegd dan voor deze handelszaken. Dat neemt

12 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3 p. 70-71.

13 Wel kan de rechter op grond van art. 30o lid 1, aanhef en onder b, Rv partijen de gelegenheid geven verder schriftelijk op elkaars standpunten te reageren. Onder de oude wetgeving gaf de wet weliswaar de mogelijkheid dat een conclusie van re- en dupliek werd genomen (art. 132 (oud) Rv), maar in de praktijk gaf de rechter hiervoor slechts zelden toestemming. Ook het voordragen van pleitnota's bij gelegenheid van de comparitie na antwoord werd lang niet door alle rechters toegestaan.

niet weg dat het in veel procedures lang duurt voordat partijen daadwerkelijk overgaan tot bewijslevering.

32. Hierbij komt dat een partij niet zelden afwacht totdat de rechter een opdracht geeft om voor die partij nadelige informatie in het geding te brengen. De rechter kan dit eigener beweging doen op de voet van art. 22 Rv, dan wel op de voet van art. 843a Rv op verzoek van de wederpartij. Dit leidt er niet alleen toe dat pas later in de procedure de informatie beschikbaar komt. Ook bestaat de mogelijkheid – als de rechter geen gebruik maakt van zijn ambtshalve bevoegdheden of een partij nalaat een verzoek om inzage te doen – dat de desbetreffende informatie in het geheel niet in de procedure wordt ingebracht.

33. De gesignaleerde problematiek komt voort uit onduidelijkheid over de vraag of de genoemde verplichtingen tot informatieverzameling door een partij primair gelden tegenover de rechter of (ook) tegenover de wederpartij. Aan deze onduidelijkheid draagt bij het gegeven dat de rechter, zoals beschreven in par. 2.2.3, zelf ambtshalve bevoegdheden heeft om aan waarheidsvinding te doen. Intussen zal de door KEI sterk verruimde bevoegdheid van de rechter tot regievoering (art. 19 lid 2, 30k lid 1 en 30o Rv), als het goed is, ertoe gaan leiden dat partijen in een vroeg stadium zo veel mogelijk hun kaarten op tafel zullen moeten leggen.

2.2.5 *Vierde aandachtspunt: informatieverzameling vóór de procedure*

34. In het huidige bewijsrecht ligt de focus sterk op informatiegaring en bewijslevering in de procedure. Historisch gezien is dit begrijpelijk, maar in deze tijd wordt steeds meer benadrukt dat zo veel mogelijk voorkomen moet worden dat een geschil uitmondt in een rechterlijke procedure.¹⁴ Achtergrond is, volgens de concept-memorie van toelichting op het in noot 22 genoemde consultatiewetsvoorstel (par. 2.1), dat een goed functionerend rechtsbestel erdoor wordt gekenmerkt dat burgers met een geschil geholpen worden dat zo goed mogelijk op te lossen. Daarbij wordt een appel gedaan op rechtzoekenden zelf.

14 Zie bijvoorbeeld het in juli 2016 in consultatie gebrachte concept-wetsvoorstel met memorie van toelichting *Wet houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van mediators en het gebruik van mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing (Wet bevordering mediation)*. Daarmee krijgt de geregistreerde en beëdigde mediator een wettelijke status en wordt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onder meer een nieuw artikel opgenomen waarin de rechter bevoegd wordt partijen in elke stand van het geding te verwijzen naar mediation in die gevallen waarin hij van oordeel is dat het geschil zich ervoor leent om met toepassing van mediation te worden opgelost, en de rechter verplicht wordt in zaken die ter vrije bepaling van partijen staan en waarbij partijen zijn overeengekomen mediation toe te passen, indien zich een geschil voordoet omtrent een tussen hen bestaande rechtsbetrekking, te onderzoeken of een minnelijke oplossing met behulp van mediation mogelijk is. Zie voor het concept en de memorie van toelichting www.internetconsultatie.nl/wetmediation (laatstelijk geraadpleegd op 22 maart 2017).

Zelfredzaamheid en het actief zoeken naar de oplossing van een probleem staan centraal in de visie van de regering op de toegang tot het recht. Het is de taak van de overheid om deze eigen verantwoordelijkheid te faciliteren en waar mogelijk te stimuleren. Daartoe dient de overheid een zodanig stelsel van geschiloplossing tot stand te brengen en in stand te houden, dat partijen in staat zijn zelf zo veel mogelijk hun eigen verantwoordelijkheid voor het oplossen van hun geschillen te nemen, aldus de memorie van toelichting. Een ander aspect is dat met een buitengerechtelijke oplossing van geschillen kosten bespaard kunnen worden, waarbij het niet alleen gaat om de kosten van rechtspleging en de kosten van gesubsidieerde rechtsbijstand, maar ook om de kosten die een individuele partij moet maken om te procederen en de maatschappelijke kosten van procedures. Daarnaast is een buitengerechtelijke oplossing in de regel minder belastend voor partijen. Een voordeel van een vroegtijdige oplossing van geschillen is bovendien dat het geschil voor de procedure minder gejuridiseerd en gepolariseerd is, waardoor een oplossing eenvoudiger te bereiken kan zijn. Bovendien kunnen escalatie en uitbreiding van het geschil als gevolg van de procedure worden voorkomen.

35. Zeker in situaties waarin partijen op essentiële punten verschil van mening hebben over de feitelijke gang van zaken, of wanneer een van partijen in het duister tast over het feitencomplex, hebben zij er belang bij om reeds voorafgaand aan de procedure de beschikking te krijgen over alle relevante informatie. Hierdoor is er meer kans dat zij erin slagen een regeling te treffen. Wanneer dit niet lukt, kan in ieder geval meer inzicht in het relevante feitencomplex worden verkregen, waardoor een partij beter in staat is een inschatting te maken van haar procespositie en op grond daarvan kan beslissen al dan niet een procedure aanhangig te maken. Zo nodig hebben partijen de mogelijkheid om een voorlopig getuigenverhoor (art. 186 Rv), een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging (art. 202 Rv) te verzoeken, al wordt van deze mogelijkheden slechts in beperkte mate gebruik gemaakt, hoewel de rechter een verzoek tot preprocesuele bewijsverrichtingen in beginsel dient te honoreren en partijen hier dus in mindere mate afhankelijk zijn van de bereidheid van de rechter om bewijsverrichtingen toe te laten of daarvoor opdracht te geven.¹⁵ De vraag die hierbij aan de orde kan komen, is in hoeverre de rechter bij het toestaan van preprocesuele bewijsverrichtingen de eis van proportionaliteit mag stellen. Ook rijst de vraag of, en zo ja in welke mate, de rechter in de procedure gevolgen mag verbinden aan het nalaten door partijen om voorafgaand aan de procedure de benodigde informatie te verzamelen.

15 Zie hierover nader par. 2.3.2.

2.3 UITGANGSPUNTEN VOOR OPTIMALISERING VAN DE INFORMATIEGARING EN BEWIJSLEVERING

2.3.1 *Inleiding*

36. Voor de gedachtevorming over de hiervoor gesignaleerde aandachtspunten in de informatiegaring en de bewijslevering wordt hierna een aantal uitgangspunten voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering voorgesteld. Deze uitgangspunten zijn bedoeld om een oplossingsrichting voor te stellen en de discussie enige richting te geven, maar laten alle ruimte voor andere voorstellen; zij geven geen uitgewerkt voorstel voor wetgeving. Per uitgangspunt zal worden aangegeven wat de relatie is met de in par. 2.2 gesignaleerde aandachtspunten.

2.3.2 *Eerste uitgangspunt: preprocesuele bewijsverzameling*

37. Een eerste uitgangspunt voor de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering is dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure, derhalve in de preprocesuele fase, informatie verzamelen.

38. Dit uitgangspunt verheldert de taakverdeling tussen partijen en rechter, doordat duidelijker wordt dat partijen niet onvoorbereid de procedure kunnen ingaan, in afwachting van wat de rechter op het punt van bewijslevering van hen zal vragen (zie het eerste aandachtspunt, par. 2.2.2). Het uitgangspunt is in feite de logische consequentie van de reeds nu op partijen rustende verplichting om de door hen gestelde feiten te onderbouwen en hun bewijsmiddelen zo vroeg en volledig mogelijk in de procedure naar voren te brengen (zie het eerste aandachtspunt, par. 2.2.2). Het voordeel van preprocesuele informatieverzameling is dat de rechter zo veel mogelijk al vroeg in de procedure – namelijk uiterlijk op de zitting – beschikt over alle relevante informatie. Dat draagt bij aan een voortvarende afdoening van de procedure en voorkomt teleurstelling bij partijen die veronderstellen dat zij tijdens de procedure nog genoeg gelegenheid krijgen hun stellingen met bewijs te onderbouwen (zie het tweede aandachtspunt, par. 2.2.3). Verder wordt bevorderd dat partijen voorafgaand aan de procedure over alle relevante informatie beschikken, op grond waarvan zij zo veel mogelijk een buitengerechtelijke oplossing van hun geschil kunnen bereiken, of in ieder geval hun procespositie beter kunnen inschatten (zie het vierde aandachtspunt, par. 2.2.5). Ten slotte is een voordeel dat partijen niet afhankelijk zijn van een actieve opstelling van de rechter, waardoor ook de onpartijdigheid van de rechter minder gevaar loopt.

39. Het uitgangspunt brengt mee dat in het verlengde hiervan bekeken moet worden hoe partijen voorafgaand aan de procedure op ruimere schaal dan thans het geval is, mogelijkheden krijgen of benutten om zelf informatie te verzamelen. Daarnaast zou de mogelijkheid kunnen worden gecreëerd om een preprocesuele mondelinge behandeling in te voeren, zoals de rechter thans ook kan doen in aansluiting op een voorlopig getuigenverhoor.¹⁶ Ook in enkele deelgebieden van het recht bestaat sinds kort de mogelijkheid van een preprocesuele mondelinge behandeling (comparitie).¹⁷ Hiermee krijgen partijen de mogelijkheid om vroegtijdig en voorafgaand aan een ‘echte’ procedure hun geschil te bespreken met de rechter. Escalatie van het geschil kan zo worden voorkomen en onder leiding van de rechter kan het geschil worden ingekaderd en worden besproken welke wegen kunnen worden bewandeld om tot geschilbeslechting te komen. Meer in het bijzonder kan worden onderzocht welke informatie nog moet worden verkregen en op welke wijze dat het beste kan gebeuren. Dit laatste is mede van belang in relatie tot de hierna nog te bespreken voorlopige verzoeken tot bewijsverrichtingen en de proportionaliteitstoets bij het toestaan van voorlopige bewijsverrichtingen. De rol van de rechter is in deze fase meer het faciliteren van partijen dan het beslissen van geschillen. Tussenkoms van de rechter in een vroeg stadium van het geschil kan ook leiden tot stroomlijning van een mogelijk volgende procedure, en daarmee tot kostenbesparing (zie het vierde aandachtspunt, par. 2.2.5).

40. De verschuiving van informatieverzameling tijdens de procedure naar de preprocesuele fase kan tot *front-loading* van kosten leiden, in die zin dat kosten worden gemaakt *voorafgaand* aan de procedure. Daar staat tegenover dat, als het goed is, minder kosten hoeven te worden gemaakt tijdens de procedure, en dat er mogelijk minder geprocedeerd wordt. Voor zover partijen verplicht zijn om voorafgaand aan een eventuele procedure alle benodigde informatie te vergaren, zouden in rechtersregelingen opgenomen en via pilots geteste richtlijnen of protocollen (*roadmaps*) kunnen bijdragen aan een goede invulling hiervan, door voor partijen te verduidelijken welke informatie zij in de voorfase dienen te verzamelen voor bepaalde (soorten van) procedures.¹⁸ In zulke protocollen kunnen tevens aanwijzingen worden opgenomen voor een effectieve bewijslevering.

16 Art. 191 Rv. Ook het wetsvoorstel 33 079 biedt in het nieuwe art. 162b lid 7 Rv deze mogelijkheid. Zie hierna par. 3.4, nr. 92.

17 Sinds 1 juli 2013 kennen de WCAM (art. 1018a Rv) en de deelgeschilprocedure (art. 1019j Rv) de preprocesuele comparitie.

18 Tot op zekere hoogte is daarvan nu reeds sprake, indien partijen – bijvoorbeeld in alimentatiezaken – ‘boodschappenlijstjes’ krijgen toegezonden in de uitnodigingsbrief voor de comparitie. Verdere inspiratie kan worden gevonden bij de in het Verenigd Koninkrijk bestaande *pre-action protocols*. Zie daarvoor www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct#1.1.

2.3.3 *Tweede uitgangspunt: beperktere mogelijkheden voor bewijsverrichtingen tijdens de procedure*

41. Een tweede uitgangspunt voor de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering is dat aan de op partijen rustende verplichting om zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure hun informatie te verzamelen, in de procedure gevolgen worden verbonden, in de zin dat partijen die in gebreke zijn gebleven gebruik te maken van mogelijkheden van bewijslevering die redelijkerwijs voorhanden waren, tijdens de procedure in beginsel geen of slechts beperkt mogelijkheden krijgen voor nadere bewijsverrichtingen. Dit uitgangspunt ligt in het verlengde van het eerste uitgangspunt, dat inhoudt dat het zwaartepunt van informatievergaring vóór de procedure moet liggen. De keerzijde daarvan is dat partijen *tijdens* de procedure beperkt worden in hun mogelijkheden tot het doen van bewijsverrichtingen. Als deze keerzijde niet expliciet wordt benoemd, is de kans dat de met het eerste uitgangspunt beoogde voordelen worden behaald klein. Zo zou dan nog steeds onduidelijk blijven wat partijen direct bij aanvang in de procedure aan informatie moeten presenteren, en wanneer zij daar later alsnog de gelegenheid voor krijgen (eerste en tweede aandachtspunt). Ook wordt het doel om een efficiënte procesgang te verkrijgen niet bereikt. Ten slotte kan ook niet worden verwacht dat partijen goed zicht krijgen op de relevante feiten, om op grond daarvan een schikking te bereiken of hun procespositie goed in te schatten (zie het vierde aandachtspunt, par. 2.2.5).

42. Dit uitgangspunt maakt het noodzakelijk om nader te omschrijven wat de ‘in-beginseltoets’ inhoudt. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat (1) een partij niet de beschikking heeft kunnen krijgen over de benodigde informatie, (2) het debat tussen partijen een wending neemt die zij niet eerder hadden kunnen voorzien, bijvoorbeeld doordat de rechter anders tegen bepaalde aspecten van de zaak aankijkt dan partijen, of (3) de rechter niet over het geschil kan beslissen zonder nadere aanvullende informatie, omdat anders op een onjuiste (of onvolledige) feitelijke of juridische grondslag zou worden beslist (vergelijk de aan te leggen maatstaf bij het terugkomen op een eerdere eindbeslissing¹⁹).

43. Het is ongetwijfeld lastig een duidelijke grens te trekken tussen feiten die wel en die niet vooraf aangevoerd konden worden, maar in de kern doet de rechter dit thans ook al door een vordering af te wijzen wegens het niet voldoen aan de stelplicht met betrekking tot de feiten die nodig zijn om de vordering te kunnen toewijzen of door een verweer als onvoldoende onderbouwd te passeren zonder bewijsmogelijkheid. Hoewel aan het verplicht stellen van tijdig aandragen van bewijsmateriaal nadelen kleven, kan deze verplichting pas tot succes leiden als op het schenden daarvan een sanctie staat. Dat is het dilemma dat

¹⁹ HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, NJ 2010/634.

steeds aanwezig is als processuele normen gehandhaafd worden en het materiële gelijk als gevolg daarvan niet meer beoordeeld kan worden. In die zin moet de vraag in hoeverre toepassing van de voorgestelde sanctie gerechtvaardigd is, mede worden beoordeeld tegen de achtergrond van de verantwoordelijkheid van de rechter voor een goede rechtsbedeling en procedurele rechtvaardigheid.

2.3.4 *Derde uitgangspunt: medewerkingsplicht van partijen*

44. Een derde uitgangspunt voor de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering is dat partijen in de preprocessuele fase jegens elkaar de plicht hebben om mee te werken aan het verstrekken van alle informatie die redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de oplossing of beslissing van hun geschil, behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen. Dit derde uitgangspunt is niet los te zien van de eerste twee uitgangspunten, die een verschuiving voorstellen van de informatiegaring en bewijslevering *in* de procedure naar de informatiegaring en bewijslevering *voorafgaand aan of bij aanvang van* de procedure. Indien de informatiegaring plaatsvindt vóór de procedure, is daar, afgezien van de wettelijke voorlopige bewijsverrichtingen, geen sprake van rechterlijke bemoeienis. Dit brengt mee dat partijen zelf de verantwoordelijkheid dragen dat alle relevante informatie bij beide partijen beschikbaar is. Van een partij wordt verwacht dat zij voorafgaand aan de procedure ontbrekende informatie bij haar wederpartij opvraagt. Het hier geformuleerde uitgangspunt maakt duidelijk dat de wederpartij in beginsel de *verplichting* heeft om aan zo'n verzoek te voldoen (derde aandachtspunt).

45. Zoals besproken in par. 2.2.4 (derde aandachtspunt) ligt deze verplichting impliciet ook ten grondslag aan de thans reeds op partijen rustende substantiërings- en bewijsaandragplicht, alsmede de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv en de medewerkingsplicht die ingevolge art. 22-22b Rv op partijen rust. Ook de exhibitieplicht van art. 843a Rv (en, zij het in de vorm van mondelinge informatieverstrekking, ook de algemeen geldende getuigplicht (art. 166 lid 1 Rv)) gaat uit van de verplichting van partijen om in beginsel mee te werken aan informatieverstrekking aan hun wederpartij.

46. Om deze verplichtingen effectiever vorm te geven, zodat bereikt kan worden dat de rechter inderdaad bij aanvang van de procedure over alle relevante informatie beschikt (eerste aandachtspunt), is het van belang expliciet te maken dat de verplichting tot medewerking óók jegens de wederpartij geldt. Niet alleen omdat in de voorfase de rechter nog niet in beeld is. Belangrijker is dat daarmee een grondslag wordt gegeven aan de aan partijen te stellen eis, dat zij voorafgaand aan de procedure álle relevante informatie verzamelen, dus ook de informatie waarover de wederpartij beschikt. Ervan uitgaande dat helderheid

over de feiten een belangrijke bijdrage levert aan het treffen van een regeling tussen partijen, is dit nodig om te bereiken dat geschillen zo veel mogelijk beslecht worden voorafgaand aan een procedure (zie het vierde aandachtspunt, par. 2.2.5).

47. Indien de uitgangspunten worden onderschreven, wordt dus van partijen verwacht dat zij in de voorfase van de procedure bij hun wederpartij relevante informatie opvragen. Dit is thans geen gebruikelijke praktijk. Dat zou het echter wel moeten worden om op zinvolle wijze invulling te kunnen geven aan de eerste twee beginselen. Een afhoudende of weigerachtige reactie van een partij om desgevraagd informatie te geven aan haar wederpartij, zou dan een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of een partij in de procedure alsnog gelegenheid krijgt tot bewijslevering (zie par. 2.3.3).

48. Vervolgens rijst de vraag hoever de verplichting tot het verstrekken van informatie aan de wederpartij strekt. Voorkomen moet worden dat partijen lukraak of voor oneigenlijke doeleinden stukken opvragen bij hun wederpartij (*'fishing expeditions'*). Met het oog hierop moet rechterlijke tussenkomst mogelijk zijn. Feitelijk is hierin thans reeds voorzien in de regelingen van verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor (art. 186 Rv), een voorlopig deskundigenbericht of gerechtelijke plaatsopneming (art. 202 Rv) en inzage in stukken (art. 843a Rv).²⁰

49. Deze regelingen voorzien alle in toetsingscriteria voor ingediende verzoeken (hetzij in de vorm van afwijzingsgronden gevormd in de rechtspraak van de Hoge Raad,²¹ hetzij als in de regeling zelf genoemde vereisten voor toewijzing respectievelijk gronden voor afwijzing²²). In relatie tot de hiervoor bepleite invoering van een preprocesuele mondelinge behandeling verdient het aanbeveling in plaats van de afzonderlijke verzoeken tot een voorlopige bewijsverrichting, afhankelijk van het soort voorlopige bewijsverrichting dat wordt verzocht, één 'verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen' mogelijk te maken. Op de zitting naar aanleiding van een verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen kunnen partijen dan met de rechter overleggen welke informatie nog ontbreekt en welke voorlopige bewijsverrichting het meest passend en effectief is om die ontbrekende informatie te vergaren, en aldus de voorlopige bewijsverrichting nader omlijnen. De rechter kan zo een faciliterende rol bieden aan partijen, waarbij verschillende voorlopige bewijsverrichtingen zo nodig kunnen worden gecombineerd, bijvoorbeeld door het horen van een of twee getuigen in combinatie met het verstrekken van inzage in bepaalde stukken. Daarbij kunnen

20 Evenals in art. 162a lid 2 en 3 wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 2. Zie daarover par. 3.4.

21 Zie voor de door de Hoge Raad ontwikkelde afwijzingsgronden hieronder in nr. 69 en 106.

22 Zie art. 843a Rv en voor de toepassing van die bepaling in het mededingingsrecht art. 844-850 Rv.

de toetsingscriteria die nu gelden voor de verschillende verzoeken op elkaar worden afgestemd. Ook is denkbaar de in het ontwerp voor een nieuwe regeling van het inzagerecht gegeven rechterlijke bevoegdheid om voorwaarden te verbinden aan het inzagerecht en de wijze waarop inzage wordt gegeven, door te trekken naar het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht.²³

50. Aan uitbreiding van de toetsingscriteria met een algemene proportionaliteitstoets, waarbij getoetst wordt of het afstaan of openbaar maken van de informatie in een redelijke verhouding staat met het doel dat een partij wil bereiken met de informatie waarom wordt verzocht, bestaat geen behoefte. Zo'n toets ligt al besloten in de toetsing aan voldoende belang en wordt door de rechter waar nodig al toegepast. Dit is in het bijzonder van belang voor de positie van een derde. Deze kan worden geconfronteerd met een verzoek om schriftelijke informatie in het geding te brengen, ter onderbouwing van het standpunt van een partij in een rechtsbetrekking waar deze derde geheel buiten staat. Ook volgens het huidige recht is al mogelijk dat informatie wordt gevraagd bij een derde die geen partij is bij de rechtsbetrekking die onderwerp is van geschil, denk aan de getuigplicht van 'een ieder' (art. 165 Rv) en de derden die op de voet van art. 843a Rv kunnen worden verplicht tot het verstrekken van inzage.²⁴ Bij de toetsing of een partij voldoende belang heeft bij haar verzoek, kan de rechter meewegen hoe belastend het verzoek voor de derde is.

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 2, art. 162b lid 6 Rv.

24 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, NJ 2016/50 m.nt. M.J. Borgers en W.D.H. Asser.

3 HET INZAGERECHT

3.1 INLEIDING

51. Zoals bekend is het inzagerecht of de exhibitieplicht¹ thans geregeld in art. 843a Rv. In 2008 heeft de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht een advies uitgebracht over aanpassing van de regeling van art. 843a Rv,² dit tegen de achtergrond van het *Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*.³ Vervolgens is in 2011 wetsvoorstel 33 079 ingediend, dat beoogt de regeling van het inzagerecht te verbeteren.⁴

52. Zoals wij hebben geschetst in par. 1.1 is de behandeling van het wetsvoorstel stilgelegd omdat de regeling van het inzagerecht niet op zichzelf kan worden gezien, maar moet passen in de brede context van het bewijsrecht, dat volop in beweging is, zowel op nationaal als op internationaal niveau. Er diende eerst meer duidelijkheid te zijn over deze ontwikkelingen op het terrein van het bewijsrecht.

3.2 ACHTERGRONDEN VAN HET INZAGERECHT

3.2.1 Huidige wettelijke regeling

53. Onomstreden is dat er een regeling moet zijn om partijen in het kader van een civiele procedure aanspraak te geven op het inzien of het krijgen van afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden (hierna kortweg: het verkrijgen van inzage). Zo'n regeling is er nu al in het huidige art. 843a Rv, een artikel dat in zijn huidige vorm dateert van 1988,⁵ maar zijn oorsprong heeft in art. 1932 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van 1830.⁶ Deze bepaling gaf een partij het recht om de rechter te verzoeken de wederpartij te bevelen bepaalde

1 Het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden. Wij gebruiken op de voet van de tekst van art. 843a Rv en wetsvoorstel 33 079 korthedshalve de term inzagerecht.

2 Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht, *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*, Den Haag, 14 juli 2008. Gepubliceerd in *TCR* 2008, p. 128.

3 W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken (m.m.v. M. Tzankova), *Uitgebalanceerd: eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

4 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 2-5; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 079, nr. 6.

5 Het jaar waarin het Nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken werd ingevoerd.

6 Zie over de geschiedenis van het inzagerecht Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013/188-192; J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Art. 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5-41.

stukken, betreffende het geding, over te leggen. Het inzagerecht is dus geen ‘nieuwe uitvinding’.

54. Van art. 843a Rv wordt thans – naar uit de gepubliceerde jurisprudentie lijkt te volgen – op steeds grotere schaal gebruik gemaakt. De expertgroep is echter niet bekend met empirische gegevens over het gebruik van de bepaling, zodat niet kan worden vastgesteld in welke mate sprake is van een (sterke) toename van een beroep op het inzagerecht.

3.2.2 *Relatie tot andere informatie- en mededelingsplichten in het bewijsrecht*

55. Het inzagerecht kan niet los worden gezien van het inmiddels in het civiele procesrecht stevig verankerde belang van waarheidsvinding, dat is het belang dat de rechter zo veel mogelijk recht doet op basis van de correcte en volledige feiten (de ‘materiële waarheid’).⁷ Het belangrijkste doel van het inzagerecht is immers te zorgen voor opheldering van de feiten in of voorafgaand aan de procedure, bij voorkeur in een vroeg stadium. Het tijdig verkrijgen van opheldering van de feiten draagt bij aan een efficiënt verloop van de procedure en aan een goede rechtsbedeling: voorkomen wordt dat de rechter een vonnis wijst op basis van incomplete of onjuiste feitelijke gegevens. Bij een bespreking van het inzagerecht moet dit doel steeds voor ogen worden gehouden.

56. Zoals wij al in paragraaf 2.2.4 (derde aandachtspunt) en 2.3.4 (derde uitgangspunt) hebben uiteengezet, zijn partijen verplicht tot het spontaan verstrekken van informatie aan de rechter en de wederpartij. Uit de regels van stelplicht en bewijslast volgt dat voor toewijsbaarheid van een vordering of honorering van een verweer noodzakelijk is dat een partij de daarvoor vereiste feiten en omstandigheden aanvoert en haar vordering van een toereikende onderbouwing voorziet. De rechter heeft hier in beginsel geen taak; het ligt op de weg van partijen om de rechter van de benodigde informatie te voorzien. Het zijn ook partijen die de omvang van de rechtsstrijd bepalen (art. 24 Rv). Bovendien moeten partijen direct in hun processtukken aangeven over welke bewijsmiddelen zij beschikken ter onderbouwing van hun stellingen (de substantiëringsplicht, art. 30a lid 3 en 30i lid 6 Rv), terwijl de bewijsaandragplicht van art. 85 lid 1 Rv hen verplicht om gegevens waarop zij zich beroepen bij de processtukken te voegen. Aan schending van de genoemde voorschriften verbindt de rechter overigens doorgaans geen (zware) consequenties.

57. Dat ligt anders voor een schending van de eerder⁸ al genoemde waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv. Deze plicht houdt in dat partijen de voor de beoordeling van

⁷ Zie voor literatuur over waarheidsvinding noot 6.

⁸ Nr. 8, 26 en 31.

hun geschil relevante feiten naar waarheid en zo volledig mogelijk naar voren moeten brengen. Wanneer tijdens de procedure blijkt dat een partij opzettelijk de waarheids- en volledigheidsplicht heeft geschonden – door stukken achter te houden of onjuiste informatie in de processtukken te vermelden –, kan de rechter daar verstrekkende gevolgen aan verbinden. Zo kan het handelen in strijd met de bepaling leiden tot algehele afwijzing van de vordering.⁹ Wanneer niet blijkt dat opzettelijk informatie is achtergehouden of onjuiste informatie is verstrekt, zal schending van de waarheids- en volledigheidsplicht in het algemeen niet tot sancties leiden. De rechter heeft echter wel een ruime vrijheid bewijsrechtelijke consequenties te verbinden aan gebleken onvolledigheid of gebrekkigheid van de door een partij verschaft gegevens. De procesrechtelijke bevoegdheden van de rechter zijn in het kader van de KEI-wetgeving nog eens verruimd: zie art. 19 lid 2, 30k en 30o Rv.

58. Ondanks de hiervoor genoemde informatieplichten en de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv geven partijen in de praktijk lang niet altijd volledige opening van zaken. Informatie die bij de beoordeling van het geschil hun procesrechtelijke positie zou verzwakken, wordt dan achtergehouden. Zolang de wederpartij en de rechter niet *weten* dat informatie wordt achtergehouden, brengt dit een partij niet in problemen, maar de waarheidsvinding wordt hierdoor wel belemmerd.

59. Het achterhouden van gegevens of informatie, althans het niet spontaan verstrekken daarvan, kan de wederpartij ook benadelen. De wederpartij kan in de situatie komen dat zij zelf niet in staat is om voldoende gegevens of informatie te verzamelen om haar vordering dan wel haar verweer toereikend te onderbouwen, omdat die gegevens (uitsluitend) berusten bij de andere partij. Ook kan zich de situatie voordoen dat een derde, die niet betrokken is bij het geschil, beschikt over de betreffende gegevens of informatie.

60. Het bewijsrecht geeft een partij verschillende mogelijkheden om achtergehouden informatie of informatie die bij een derde berust, toch boven water te krijgen en ter kennis van de rechter te brengen. Zo kan worden verzocht om een getuigenverhoor, een deskundigenbericht of een plaatsopneming of bezichtiging. Deze verzoeken kunnen, zoals wij hebben gezien (par. 2.2.5), worden gedaan in de vorm van een voorlopige bewijsverrichting (voorafgaand of tijdens de procedure), dan wel in de vorm van een bewijsverrichting tijdens de procedure.¹⁰ Al deze bewijsmiddelen strekken in feite tot het verkrijgen van informatie

9 Zie hierover C.J.-A. Seinen, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht'. Sancties op schending van de waarheidsplicht, *TCR* 2014, p. 84-94.

10 Zie voor het voorlopig getuigenverhoor art. 186 Rv, het voorlopig deskundigenbericht art. 202 Rv, de voorlopige plaatsopneming of bezichtiging art. 202 Rv. Het getuigenverhoor tijdens de procedure is geregeld in art. 165 e.v. Rv, het deskundigenbericht in art. 194 e.v. Rv en de plaatsopneming of bezichtiging in art. 201 Rv.

in de procedure. Het gaat dan niet alleen om mondelinge informatie; het gebeurt niet zelden dat via een getuigenverhoor nieuwe schriftelijke stukken in het geding komen. Ook via een deskundigenbericht kan soms nieuwe schriftelijke informatie boven water komen. Soms wordt gebruik gemaakt van een verzwaarde motiveringsplicht om van een partij informatie los te krijgen (zie hierna nr. 65).

61. Het inzagerecht past in dit rijtje van mogelijkheden om een partij of een derde die niet spontaan met bepaalde informatie over de brug komt tot medewerking te dwingen. Ook een verzoek of vordering tot inzage kan zowel voorafgaand als tijdens de procedure worden gedaan.

62. Behalve partijen heeft de rechter zelf ook de mogelijkheid om aan waarheidsvinding te doen. De rechter kan zelf het initiatief nemen om ontbrekende informatie te verzamelen, die zijns inziens nodig is om een goede beslissing te nemen. Zo heeft de rechter de bevoegdheid om in elke stand van de procedure partijen te bevelen bepaalde stukken toe te lichten of bescheiden over te leggen (art. 22 Rv). De rechter kan te allen tijde een mondelinge behandeling gelasten (art. 30o Rv).¹¹ Ook kan de rechter ambtshalve of op verzoek van een partij een getuigenverhoor, een deskundigenonderzoek of een gerechtelijke plaatsopneming gelasten (art. 166, 194 en 201 Rv). Wanneer de rechter gebruik maakt van een van deze mogelijkheden, rust op partijen een medewerkingsplicht: zij moeten antwoord geven op vragen of de stukken waarom de rechter verzoekt in het geding brengen. Wanneer een partij dat niet doet, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken 'die hij geraden acht'.¹² Uit al deze bevoegdheden van de rechter blijkt dat het beeld van de civiele rechter als een 'lijdelijke rechter', zoals vroeger werd geleerd, niet (meer) klopt. De civiele rechter heeft vele mogelijkheden om zich actief op te stellen en zelf actief aan feitenonderzoek te doen. Voor de praktijk is daarvan verreweg het meest van belang de bevoegdheid die de rechter heeft om tijdens de mondelinge behandeling¹³ aan partijen vragen te stellen over de feiten. Het belangrijkste doel van deze vragen is het verkrijgen van opheldering over de feiten, zodat de rechter een zo correct en volledig mogelijk beeld krijgt van de feiten. Nagenoeg alle rechters benutten de zitting ook op deze wijze. Deze ontwikkeling wordt onder KEI versterkt: de mondelinge behandeling komt nog meer dan voorheen centraal te staan en de regiefunctie van de rechter wordt versterkt.

63. Maar van de bevoegdheid om op de voet van art. 22 Rv zelf stukken op te vragen maken rechters in veel mindere mate gebruik. Hier is de heersende opvatting van rechters kennelijk

11 Voorheen de inlichtingencomparitie van art. 88 Rv.

12 Dat is de formulering van art. 22 Rv.

13 Daarvoor diende vóór KEI de comparitie na antwoord. Zie ook wat is opgemerkt in noot 19.

dat partijen op dit punt een eigen verantwoordelijkheid hebben en zélf met de stukken moeten komen dan wel zélf het initiatief moeten nemen om – via art. 843a Rv – hun wederpartij met de betreffende stukken over de brug te laten komen.

64. Om de in art. 22 Rv neergelegde rechterlijke bevoegdheid om stukken op te vragen in het geheel van procesrechtelijke bepalingen op haar waarde te schatten, is het van belang te onderkennen dat deze bepaling evenals art. 30o, 166, 194 en 201 Rv geschreven zijn voor de *rechter*. Zij creëren niet een recht voor een partij jegens de wederpartij, en ook niet een recht voor een partij jegens de rechter. Het is aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter overgelaten of hij gebruik maakt van de mogelijkheid van, bijvoorbeeld, art. 22 Rv. Een partij moet afwachten of de rechter daadwerkelijk gebruik zal maken van die bevoegdheid. Een gemotiveerd verzoek aan de rechter om gebruik te maken van de bevoegdheid van art. 22 Rv zou meer serieus genomen moeten worden dan thans kennelijk de gangbare praktijk is.¹⁴

65. Aan het verkrijgen van opheldering over het feitencomplex kan ten slotte bijdragen het opleggen van een zogenoemde verzwaarde stelplicht aan een partij. Als hoofdregel geldt dat wie een vordering instelt de bewijslast daarvoor draagt. Dat betekent dat op de eisende partij de last ligt om alle informatie die nodig is voor het slagen van haar vordering te verzamelen en in de procedure te brengen. Wanneer een partij daarin niet slaagt, zal zij de procedure verliezen omdat het bewijsrisico bij haar ligt. Als echter duidelijk is dat een eisende partij niet de benodigde informatie *kan* verkrijgen, omdat die informatie geheel in het domein van haar wederpartij ligt, kan de rechter een verzwaarde stelplicht (eigenlijk een verzwaarde motiveringsplicht) op de wederpartij leggen. Dat betekent dat die wederpartij voldoende gegevens zal moeten verschaffen teneinde de andere partij aanknopingspunten te bieden voor het voldoen aan haar bewijslast.¹⁵

66. Ook hier geldt dat een partij niet zelf een verzwaarde stelplicht voor de wederpartij in het leven kan roepen, al wordt dat vaak geprobeerd. Het is aan de rechter overgelaten – in het bijzonder op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad – om te beslissen of in een bepaalde situatie een verzwaarde stelplicht op zijn plaats is.

14 Zie over het samenspel van de informatiebepalingen met art. 22 Rv A.G.F. Ancery, Informatie-uitwisseling tussen partijen in het civiele geding, *TvPP* 2015, p. 46-49.

15 Zie onder meer HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, *NJ* 2014/368 m.nt. T. Hartlief (*Reaal/Gemeente Deventer*); HR 15 juni 2007, *NJ* 2007/203 m.nt. Mok; HR 25 april 1986, *NJ* 1986/624. Zie voorts A. Hedeman, *De verzwaarde stelplicht. De afbakening van een processuele mededelingsplicht*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009; B.M. Paijmans, *De verzwaarde stelplicht revisited*, *NTBR* 2016/2, afl. 1.

67. Het effect van het opleggen van een verzwaarde stelplicht is in grote lijnen hetzelfde als het toewijzen van een vordering op de voet van art. 843a Rv: een partij wordt verplicht informatie in het geding te brengen waarover haar wederpartij zelf niet de beschikking had. De rechter krijgt daardoor een completer beeld van het feitencomplex, zodat een goed gefundeerde beslissing kan worden genomen over het geschil.

68. Het vorenstaande laat zien dat informatieverplichtingen van partijen nauw verbonden zijn met het beginsel van *equality of arms*. Dit beginsel houdt in dat een procespartij in een civiele procedure dezelfde kansen behoort te hebben om haar standpunt te verdedigen als de wederpartij.¹⁶ Het beginsel is ontwikkeld in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad en heeft veel verschillende aspecten.¹⁷ In relatie tot het bewijsrecht vloeit uit het beginsel van *equality of arms* onder meer voort dat een partij stukken die van belang zijn voor haar rechtspositie en waarover alleen haar wederpartij beschikt (bijvoorbeeld een bepaalde onderzoeksrapportage), bij die wederpartij moet kunnen opvragen. Op die manier kan een informatieasymmetrie, die zich met name zal voordoen tussen partijen met een verschil in maatschappelijke positie, tussen partijen worden gecompenseerd.¹⁸ Denk bijvoorbeeld aan de informatieachterstand van een patiënt ten opzichte van een ziekenhuis, van een cliënt ten opzichte van een bank of van een verzekerde ten opzichte van een verzekeraar.

3.2.3 *Informatieverzameling voorafgaand aan versus informatieverzameling tijdens de procedure*

69. Informatieverzameling voorafgaand aan en tijdens de procedure is niet op dezelfde wijze in de wet geregeld. Voorafgaand aan de procedure kan een partij de rechter verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging (hierna: voorlopige bewijsverrichtingen). Het doel van voorlopige bewijsverrichtingen is tweërlei: enerzijds om opheldering te verkrijgen over de feiten en anderzijds om te voorkomen dat bewijs verloren gaat. Door het vroegtijdig zorgen voor opheldering van de feiten kan een partij meer zicht krijgen op haar processuele positie, zodat zij beter kan inschatten hoe sterk zij staat in onderhande-

16 Zie over het beginsel onder meer *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/317-319.

17 Zie hierover uitvoerig A. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 129-131. Voor het Nederlandse bewijsrecht zijn met name van belang EHRM 27 maart 2012, AB 2012/240 m.nt. A.C. Hendriks (*Eternit/Frankrijk*); EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278 m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534 m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (*Dombo/Nederland*).

18 Hierover met name O.A. Haazen, *Het einde van het doofpotmodel. Tien redenen om wetsvoorstel 33 079 inzake het recht op afschrift van bescheiden aan te scherpen*, Deventer: Kluwer 2013.

lingen of in een eventuele juridische procedure. Vanwege deze doelen van voorlopige bewijsverrichtingen ligt de drempel voor toewijzing laag. Volgens vaste jurisprudentie mag een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht slechts worden afgewezen op de grond dat (1) de verzoeker daarbij geen belang als bedoeld in art. 3:303 BW heeft, (2) van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt – waarvan onder meer sprake kan zijn wanneer de verzoeker wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot toepassing van die bevoegdheid kan worden toegelaten –, (3) het verzoek strijdig is met een goede procesorde, dan wel (4) het moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.¹⁹ Dit komt eigenlijk neer op een ‘in-beginsel-plicht’ van de rechter tot toewijzing van een verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen. Opmerking verdient dat níét vereist wordt dat de vordering waarop de voorlopige bewijsverrichtingen betrekking hebben, voldoende aannemelijk is. Als de rechter moet oordelen over het verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen, ligt de toewijsbaarheid van de ingestelde of nog in te stellen hoofdvordering dus niet ter toetsing voor.²⁰

70. Wanneer een partij tijdens een aanhangige procedure de rechter verzoekt om informatieverzameling, ligt de drempel veel hoger. Een verzoek tot het horen van getuigen wordt door de rechter vaak afgewezen, zij het dat de rechter die afwijzing wel deugdelijk moet motiveren. Afwijzing van een verzoek om een getuigenverhoor vindt plaats wanneer (1) niet is voldaan aan de wettelijke eis dat het ter zake dienend is, dat wil zeggen betrekking heeft op feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, (2) de rechter het bewijsaanbod niet voldoende specifiek (dat wil zeggen concreet) vindt, of (3) een partij onvoldoende gesteld heeft. Deze twee laatste toetsingscriteria zijn beide tamelijk ruim.²¹ Ook een verzoek om een deskundigenbericht of een gerechtelijke plaatsopneming hoeft de rechter niet te honoreren. De rechter heeft hier een discretionaire bevoegdheid, waarbij nauwelijks motiveringseisen gelden. Dergelijke verzoeken worden in de praktijk dan ook zeer vaak afgewezen. Ook hoeft de rechter een partij die aanbiedt bepaald schriftelijk bewijs alsnog in het geding te brengen, daartoe niet in de gelegenheid te stellen.²² De gedachte achter deze ruime afwijzingsmogelijkheden is dat wanneer eenmaal een procedure aanhangig is,

19 Vaste rechtspraak sinds (met betrekking tot het voorlopig deskundigenbericht) HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3345, NJ 2004/18 m.nt. H.J. Snijders (*Uiterlinden/Van Zijp*) en (met betrekking tot het voorlopig getuigenverhoor) HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6809, NJ 2005/442 m.nt. W.D.H. Asser (*Frog/Floriade*) en laatstelijk HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3938, NJ 2008/608. Zie over de vier afwijzingsgronden uitvoerig E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 201-340.

20 HR 6 juni 2008, ECLI:NL:2008:BC3354, NJ 2008/323 (*R/Staat*) en HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172 (*Chipshol/Staat*).

21 Zie Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013/217-226.

22 HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077 (*NRSC/Kompas Overseas*); HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, NJ 2012/174 en HR 19 maart 1999, NJ 1999/496.

het de rechter is die bepaalt hoe de procedure moet verlopen en welke bewijsverrichtingen al dan niet aangewezen zijn.²³ De wensen van partijen leggen hierbij weinig gewicht in de schaal. Als een partij stukken in het geding had willen brengen, dan had zij dat maar eerder zelf moeten doen.

71. De systematiek van het hiervoor in nr. 69 en 70 geschetste systeem is enigszins verstoord doordat sinds 1988 partijen ook *tijdens* een aanhangige procedure kunnen verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen.²⁴ Dit heeft geleid tot een aanzienlijke verruiming van de mogelijkheid om voorlopige bewijsverrichtingen te laten plaatsvinden. De term 'voorlopige bewijsverrichtingen' is eigenlijk ook niet meer juist, omdat er in dit geval weinig voorlopigs is aan deze bewijsverrichtingen. Zij zullen ook niet meer plaatsvinden om in een vroeg stadium de eigen processuele positie te bepalen, maar ter opheldering van de feiten en, meer in het bijzonder, ter versterking van de bewijspositie in de procedure. Een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een aanhangige procedure moet bij afzonderlijk verzoek geschieden; het verzoek kan niet bij wijze van incident in de hoofdzaak worden opgeworpen.²⁵ De gang van zaken is dat tijdens de procedure in de hoofdzaak een parallelle verzoekprocedure aanhangig wordt gemaakt, waarbij een partij verzoekt om toewijzing van een voorlopige bewijsverrichting. Ook hier geldt dat de rechter een in-beginsel-plicht heeft tot toewijzing van het verzoek en het verzoek slechts mag afwijzen op de hiervoor in nr. 69 genoemde gronden. Dit leidt tot asymmetrie met de rechterlijke bevoegdheid die is omschreven in nr. 70.

72. Op grond hiervan zou men kunnen verwachten dat partijen op grote schaal gebruik maken van deze mogelijkheid, zodat zij niet afhankelijk zijn van de beslissing van de rechter in de hoofdzaak om al dan niet nadere bewijsverrichtingen toe te staan. Dit blijkt echter niet het geval te zijn.²⁶

3.2.4 *Aan art. 843a Rv verwante inzageregelingen*

73. Art. 843a Rv is niet de enige regeling die voorziet in een inzagerecht. Op grond van art. 162 Rv kan de rechter op verzoek van partijen of ambtshalve aan partijen openlegging bevelen van boeken, bescheiden en geschriften die zij ingevolge de wet moeten bewaren. Deze bepaling heeft uitsluitend betrekking op stukken die behoren tot een administratie en zij heeft derhalve een beperkt toepassingsbereik. Ook art. 3:15j BW geeft de bevoegdheid

23 Vgl. wat is opgemerkt in nr. 62.

24 Groot 2015, p. 39-40.

25 HR 19 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4346, NJ 1982/521 (*Banner Anstalt/Esbouw*).

26 Mogelijk overschatten partijen de kans dat de rechter in de hoofdzaak nadere bewijsverrichtingen toestaat.

om openlegging van een administratie te verlangen. Hiernaast zijn er enkele specifieke regelingen die een aanspraak op bescheiden geven, zoals het recht van de werknemer op inzage in de administratie van de werkgever indien zijn loon van de gegevens in die administratie afhangt (art. 7:619 lid 1 BW), of een vergelijkbaar recht van de handelsagent (art. 7:433 lid 2 BW).

74. Verder geeft art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv een specifieke regeling voor het inzagerecht in zaken van intellectuele eigendom (IE-zaken). Art. 1019a Rv implementeert art. 6 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn.²⁷ De regeling van art. 1019a Rv is enerzijds ruimer dan art. 843a Rv, doordat ook overlegging van ‘ander bewijsmateriaal’ dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, kan worden gevorderd, terwijl art. 843a Rv enkel betrekking heeft op ‘bescheiden’. Anderzijds is uit recente rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden dat de regeling hogere eisen stelt dan art. 843a Rv. Degene die inzage of afgifte van bewijsmateriaal verzoekt, kan namelijk niet volstaan met het stellen van een dreigende inbreuk op een recht van intellectuele eigendom, maar moet zodanige feiten en omstandigheden stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt.²⁸ Kort gezegd, degene die inzage of afgifte van bewijsmateriaal vordert, moet eerst *voldoende aannemelijk* maken dat hij een vorderingsrecht heeft. Op de vraag wat dit betekent voor het commune inzagerecht zal hierna, in par. 3.5.8, nog nader worden ingegaan.

3.2.5 *Relatie tot het bewijsbeslag*

75. De inzagevordering kan niet los worden gezien van de mogelijkheid van bewijsbeslag. Inmiddels heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 730 en 843a Rv voldoende grondslag bieden voor het leggen van een bewijsbeslag, ook in niet-IE-zaken.²⁹ Dit betekent dat een partij de mogelijkheid heeft om, indien aan de vereisten van art. 843a Rv is voldaan, conservatoir beslag te leggen op ‘bescheiden’ in de zin van art. 843a Rv, waaronder ook digitale bestanden worden begrepen. Ook op de voorwerpen waarop dergelijke bestanden zich bevinden, kan beslag worden gelegd. Het verlot om bewijsbeslag te leggen zal doorgaans

²⁷ Richtlijn 2004/48/EG, *PbEG* 2004, L 195/16.

²⁸ HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*). Zie over het arrest onder meer J. Ekelmans, *Efficiënt gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015*, *NTBR* 2016/7. Zie ook HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2643 en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas*), waar deze eis wordt ondergebracht in de eis van voldoende rechtmatig belang. Daarover hierna meer in par. 3.5.8.

²⁹ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455 m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek Invest BV/Begeer c.s.*).

worden verleend in een zogenoemde ‘ex parte-procedure’, dat wil zeggen een procedure waarin degene die de betreffende bescheiden onder zich heeft, niet wordt gehoord. Het verlot om het bewijsbeslag te leggen geeft nog geen aanspraak op afgifte, inzage of afschrift van de bescheiden: dit zal in een vervolgproucedure moeten worden beoordeeld door de rechter.³⁰ De mogelijkheid om bewijsbeslag te leggen is een belangrijke uitbreiding van de processuele middelen die een partij heeft wanneer haar wederpartij of een derde bepaalde gegevens of informatie achterhoudt. Met het bewijsbeslag kunnen die gegevens of informatie worden veiliggesteld, zodat vernietiging of verduistering daarvan wordt voorkomen. Op het bewijsbeslag wordt verder ingegaan in par 4.2.

3.2.6 *Internationaal perspectief*

76. Bij een bespreking van het inzagerecht kan niet voorbij worden gegaan aan wat het Europese recht in dit opzicht vraagt van Nederland. In nr. 74 is de Handhavingsrichtlijn al genoemd, waaraan uitvoering is gegeven in art. 1019a Rv. Hiernaast is inmiddels ook voor het mededingingsrecht een specifieke regeling van het inzagerecht getroffen, ter uitvoering van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2016 (*PbEU* 2016, L 349/1).³¹ Te wijzen valt ook op de Europese Bewijsverordening.³²

77. Te noemen zijn in dit verband ook de transnationale beginselen voor het civiele procesrecht die in 2004 zijn opgesteld door Unidroit en het American Law Institute, de ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure.³³ De beginselen zijn ontworpen voor grensoverschrijdende commerciële geschillen, maar zij dienen ook als leidraad bij een verdere harmonisatie van procesrecht.³⁴ Het ligt dan ook in de rede om rekening te houden met deze beginselen bij het opstellen van nieuwe regels van civiel procesrecht.

30 Zie r.o. 3.6.2 van het in de vorige noot genoemde arrest.

31 Zie de in noot 11 genoemde Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, *Stb.* 2017, 28, waarbij in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering naast art. 44a en 161a zijn ingevoegd art. 844-850.

32 Verordening van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 174.

33 ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

34 *Asser Procesrecht/Asser* 3 2013/24. Zie over de Principles nader N. Trocker, From ALI-Unidroit Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions, *Unif. Law Review* 2014, p. 239-291; N.H. Andrews, A modern procedural synthesis. The American Law Institute and Unidroit's *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, *TCR* 2009, p. 52-57; H.B. Krans, De *Principles of Transnational Civil Procedure* en het Nederlandse bewijsrecht, *TCR* 2009, p. 58-66. Zie ook C.H. van Rhee and A. Uzelac (eds.), *Evidence in contemporary civil procedure: Fundamental issues in a comparative perspective*, Antwerp: Intersentia 2015. Unidroit en het European Law Institute (ELI) zijn sinds 2013 doende een Europese versie van de *Principles and Rules* op te stellen. Dit project is in een gevorderde fase. Een afzonderlijk hoofdstuk zal gewijd zijn aan toegang tot informatie en bewijs. Zie

Met betrekking tot het inzagerecht is met name relevant Principle 16, dat als volgt luidt:

‘16. Access to Information and Evidence

16.1 Generally, the court and each party should have access to relevant and nonprivileged evidence, including testimony of parties and witnesses, expert testimony, documents, and evidence derived from inspection of things, entry upon land, or, under appropriate circumstances, from physical or mental examination of a person. (...)

16.2 Upon timely request of a party, the court should order disclosure of relevant, nonprivileged, and reasonably identified evidence in the possession or control of another party or, if necessary and on just terms, of a nonparty. It is not a basis of objection to such disclosure that the evidence may be adverse to the party or person making the disclosure.

16.3-16.4 (...)

16.5 A person who produces evidence, whether or not a party, has the right to a court order protecting against improper exposure of confidential information.

16.6 (...)

Voorts maakt Principle 17 het mogelijk om sancties te stellen op het schenden van een verplichting uit de Principles (zoals het niet geven van inzage in bewijsstukken):

‘17 Sanctions

17.1 The court may impose sanctions on parties, lawyers, and third persons for failure or refusal to comply with obligations concerning the proceeding.

17.2 Sanctions should be reasonable and proportionate to the seriousness of the matter involved and the harm caused, and reflect the extent of participation and the degree to which the conduct was deliberate.

(...)

Ook valt nog te wijzen op Principle 22, waarin het volgende staat:

‘22. Responsibility for Determinations of Fact and Law

22.1 The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law.

22.2 The court may, while affording the parties opportunity to respond:

daarover www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/transnational-civil-procedure (laastelijk geraadpleegd in maart 2017).

- 22.2.1 Permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly;
- 22.2.2 Order the taking of evidence not previously suggested by a party; or
- 22.2.3 Rely upon a legal theory or an interpretation of the facts or of the evidence that has not been advanced by a party.
- 22.3 The court ordinarily should hear all evidence directly, but when necessary may assign to a suitable delegate the taking and preserving of evidence for consideration by the court at the final hearing.
- 22.4 (...)'

78. Principle 16.1 geeft een heel ruim en algemeen geformuleerd inzagerecht aan partijen, dat niet is beperkt tot 'bescheiden', voor zover het gaat om bewijs dat *relevant* is en *non-privileged*.³⁵ Principle 16.2 maakt duidelijk dat partijen een inzagerecht slechts kunnen verzilveren, voor zover de wederpartij niet vrijwillig meewerkt, wanneer de rechter een vordering daartoe toewijst. Er is dus geen sprake van een ongelimiteerd *discovery*-systeem (zie hieronder nr. 79).³⁶ Verder beschrijft Principle 22 een systeem dat tamelijk dicht bij het Nederlandse ligt, waar het bepaalt dat het niet alleen partijen zijn die moeten zorgen dat alle van belang zijnde informatie in de procedure wordt ingebracht, maar dat de rechter hier ook een eigen verantwoordelijkheid heeft.

79. Ter afbakening van de wijze waarop een inzagerecht in het Nederlandse procesrecht moet worden vormgegeven, kan het verhelderend zijn heel kort in te gaan op het systeem van *discovery/disclosure*, zoals dat in de *common law*-landen geldt. Kenmerkend daarvoor is met name dat een partij *zonder rechterlijke tussenkomst* aanspraak kan maken op stukken die bij de wederpartij berusten en die relevant kunnen zijn voor een vordering of verweer. Bovendien is een partij verplicht om uit zichzelf over te gaan tot verstrekking van alle mogelijke relevante bescheiden (*disclosure*), voorafgaand aan de procedure.³⁷ Dit systeem

35 Zie het commentaar ad Principle 16a: "Relevant" evidence is probative material that supports, contradicts, or weakens a contention of fact at issue in the proceeding. A party should not be permitted to conduct a so-called "fishing expedition" to develop a case for which it has no support, but an opposing party may properly be compelled to produce evidence that is under its control. These Principles thereby permit a measure of limited "discovery" under the supervision of the court. Nonparties are in principle also obliged to cooperate.' En bij 16h: 'Sanctions may be imposed against the failure to produce evidence that reasonably appears to be within that party's control or access, or for a party's failure to cooperate in production of evidence as required by the rules of procedure. See Principles 17 and 21.3.'

36 Zie over het systeem van Principle 16 nader Trocker 2014.

37 Zie over de *discovery/disclosure* naar *common law* (met het accent op het recht van de VS) in perspectief met de ontwikkelingen in o.a. Nederland R.R. Verkerk, *Fact-finding in civil litigation. A comparative perspective* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2010; J. Ekelmans, *De exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 3; W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht* (diss. Tilburg), 1997, hoofdstuk 3. Voor de ontwikkelingen in Engeland wordt verwezen naar A. Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure: Principles of practice*, London: Sweet & Maxwell 2013, Chapter 15.

van *discovery* en *disclosure* wordt vaak negatief beoordeeld, vanwege de hoge kosten die het voor partijen meebrengt en de ‘oeverloosheid’ van de stukken die moeten worden verstrekt. Positief te beoordelen valt dat in dit systeem uitgangspunt is dat partijen moeten kunnen beschikken over volledige informatie die relevant is voor de beoordeling van het geschil.

3.2.7 Arbitragerecht

80. Ook in het arbitragerecht hebben partijen ingevolge art. 1040 lid 2 Rv het recht om, via het scheidsgerecht, inzage in stukken te krijgen. Daarnaast kunnen zij op grond van art. 1022b Rv ook de gewone rechter benaderen met een exhibitieverzoek.³⁸ Wat internationale arbitrages betreft kan gewezen worden op de IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

3.3 ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSPRAAK OVER HET INZAGERECHT VAN ART. 843A Rv

3.3.1 De in de rechtspraak gestelde eisen

81. De Hoge Raad heeft in de afgelopen jaren enkele uitspraken gedaan over de reikwijdte van het in art. 843a Rv geregelde inzagerecht. Art. 843a Rv stelt drie voorwaarden voor toewijzing van een vordering tot inzage: (1) de eiser of verzoeker dient een *rechtmatig belang* te hebben bij zijn vordering, (2) het moet gaan om *bepaalde bescheiden*, en (3) aangaande een *rechtsbetrekking* waarin de eiser of verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is. Heel algemeen kan worden gezegd dat de uitspraken van de Hoge Raad tot een *ruimere* toepassing van het inzagerecht hebben geleid dan eerder werd aangenomen in de lagere rechtspraak en, soms, in de literatuur. Kort weergegeven is de stand in de jurisprudentie de volgende.

82. Wat onder ‘rechtmatig belang’ moet worden begrepen, is niet duidelijk af te leiden uit de rechtspraak van de Hoge Raad. De enkele rechtszaken die betrekking hebben op dit begrip laten slechts zien – wat eigenlijk vanzelf spreekt – dat wanneer er een wettelijke

³⁸ Mits, zo stelt Stouten, de gewone rechter internationale rechtsmacht heeft. Zie T. Stouten, De toegang tot de Nederlandse rechter voor exhibitieverzoeken onder de nieuwe Arbitragewet, *TvA* 2015/22.

grond is waarop een partij jegens haar wederpartij aanspraak kan maken op bepaalde stukken, er in ieder geval sprake is van een rechtmatig belang.³⁹

83. Art. 843a Rv houdt in dat, wanneer iemand daarbij een rechtmatig belang heeft, inzage kan worden gevorderd in *bepaalde* bescheiden. Soms werd aangenomen dat dit vereiste van bepaaldheid inhoudt dat een partij precies moest omschrijven welke bescheiden zij wenste in te zien, waarbij elk schriftelijk stuk afzonderlijk diende te worden aangeduid en omschreven. In het arrest *Theodoor Gilissen Bankiers* acht de Hoge Raad dit niet juist. Wanneer er een redelijke grond is aan te nemen dat de gevorderde stukken bestaan en de vordering betrekking heeft op een onderwerp dat nauwkeurig is afgebakend, zijn de stukken voldoende concreet om te worden aangemerkt als ‘bepaald’ in de zin van art. 843a Rv. Dat de bescheiden niet individueel omschreven zijn, doet daaraan niet af.⁴⁰

84. Het derde vereiste van art. 843a Rv is dat de bescheiden waarvan een partij inzage vordert, bescheiden zijn ‘aangaande een rechtsbetrekking’ van die partij. Dit vereiste betekent niet meer dan dat de bescheiden waarvan een partij inzage vordert, betrekking hebben op een rechtsverhouding van die partij. Het betekent niet, zoals de Hoge Raad buiten twijfel heeft gesteld in het arrest *Schietincident Alphen aan den Rijn*, dat de partij waarbij de bescheiden worden opgevraagd, partij moet zijn bij die rechtsbetrekking. Een partij heeft dus ook het recht om inzage te vorderen in stukken bij een derde die geen partij is bij de rechtsbetrekking waarover het (onderliggende) geschil gaat.⁴¹

39 HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX774, NJ 2006/547 (Meijer/Cornelis) en conclusie A-G Wesseling-van Gent, 2.23, voor HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4805 (art. 81 Wet RO). Vgl. voorts J.R. Sijmonsma, *De Hoge Raad en het inzagerecht van art. 843a Rv*, TvPP 2013, p. 177.

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

41 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, NJ 2016/50 m.nt. W.D.H. Asser (*Schietincident Alphen a/d Rijn*). Zie met name de volgende overwegingen: ‘3.6.5 Noch uit de tekst van art. 843a lid 1 Rv zoals deze luidt sinds 1 januari 2002, noch uit zijn totstandkomingsgeschiedenis vloeit voort dat art. 843a lid 1 Rv tevens eist dat degene tegen wie de vordering is gericht, partij is bij de in deze bepaling bedoelde rechtsbetrekking. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden is bevestigd dat de zinsnede in art. 843a lid 1 Rv “van degene die deze bescheiden tot zijn beschikking of onder zijn berusting heeft” een verplichting schept voor eenieder, ongeacht of hij partij is bij de in deze bepaling bedoelde rechtsbetrekking:

“Niet duidelijk is of degene die de bescheiden bezit en van wie afschrift wordt verlangd eveneens bij die rechtsbetrekking partij moet zijn. In de jurisprudentie wordt die vraag namelijk zowel ontkennend als bevestigend beantwoord. De Hoge Raad heeft de vraag of bescheiden bij een derde kunnen worden opgevraagd in zijn arresten van 11 maart 1994 (NJ 1995/3 (...)) en 18 februari 2000 (NJ 2001/259 (...)) ontkennend beantwoord. De Hoge Raad heeft nog niet de kans gehad zich over de vraag uit te laten na de herziening van het burgerlijk procesrecht in 2002, waarbij artikel 843a Rv is uitgebreid. In de voorgestelde regeling die daarvoor in de plaats treedt is verduidelijkt dat zowel de wederpartij als derden gehouden zijn afschrift van bescheiden te verschaffen.” (*Kamerstukken II 2011/12*, 33 079, nr. 3, p. 1)

3.3.2 *In welke procedures inzage kan worden gevorderd*

85. De tekst van art. 843a Rv houdt niet in dat een procedure aanhangig is gemaakt of aanhangig zal worden gemaakt om een vordering tot inzage in te stellen. Toch werd dit in de rechtspraak soms als vereiste aangenomen. De Hoge Raad heeft dit standpunt verworpen: voor een vordering op de voet van art. 843a Rv is niet vereist dat een procedure aanhangig is of naar verwachting aanhangig zal worden gemaakt.⁴² A fortiori is ook niet vereist dat een procedure, indien deze aanhangig zou worden gemaakt, in Nederland zal worden gevoerd.⁴³ De ratio van deze verruiming is dat een vordering tot het verkrijgen van inzage in bepaalde bescheiden niet alleen met het oog op bewijslevering in een lopende of toekomstige procedure kan worden gedaan. Ook het verkrijgen van informatie in verband met (voorgenomen) onderhandelingen beschouwt de Hoge Raad als een legitiem doel van een vordering tot het verkrijgen van inzage.⁴⁴ De Hoge Raad stelt daarmee het doel van het inzagerecht op één lijn met het doel van andere voorlopige bewijsverrichtingen.⁴⁵

86. De Hoge Raad heeft beslist dat een op art. 843a Rv gebaseerde vordering ook in kort geding kan worden ingesteld, ook als sprake is van een lopende bodemprocedure. Dit maakt het eenvoudiger voor een partij om zeker te stellen dat tijdig, voordat de rechter in een bodemzaak uitspraak heeft gedaan, wordt beslist op haar verzoek om inzage.⁴⁶ Verder moet worden aangenomen dat een vordering tot inzage niet alleen bij vordering, maar ook bij verzoek kan worden gedaan.⁴⁷ Belangrijk is verder dat – anders dan voor de voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een aanhangige procedure geldt⁴⁸ – een vordering tot inzage ook kan worden ingesteld in de hoofdzaak.⁴⁹

3.4 HET INZAGERECHT IN HET WETSVORSTEL 33 079

87. Het belangrijkste doel van wetsvoorstel 33 079 is verduidelijking van de huidige regeling van het inzagerecht. Verduidelijkt moest worden dat niet alleen de wederpartij, maar ook

3.6.6 Gezien het voorgaande kan een vordering op de voet van art. 843a lid 1 Rv worden ingesteld tegen wederpartijen bij de in deze bepaling bedoelde rechtsbetrekking, en tegen derden die bij die rechtsbetrekking geen partij zijn.'

42 HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, NJ 2013/286 m.nt. H.B. Krans (*Abu Dhabi Islamic Bank/ABN Amro Bank*).

43 Zie het in de vorige noot genoemde arrest.

44 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3263, NJ 2013/287 m.nt. H.B. Krans (*ABN Amro Bank/X*).

45 Vgl. wat hierboven is opgemerkt in par. 3.2.3.

46 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6111, NJ 2013/107 (*DB Schenker Rail/Prorail*).

47 Sijmonsma 2013, p. 172-182, p. 173-174.

48 Zie hiervoor in nr. 71 en 72.

49 HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7774, NJ 2006/547 (*Meijer/Cornelis c.s.*).

derden de plicht hebben zo nodig inzage te geven in stukken, hetgeen, zoals wij zagen,⁵⁰ inmiddels, mede op basis van dit wetsvoorstel, in de rechtspraak van de Hoge Raad is gebeurd. Daarnaast wordt de redactie van het inzagerecht gestroomlijnd. Verder verdwijnt in het wetsvoorstel het huidige lid 4 van art. 843a Rv, dat geen inzage in bescheiden behoeft te worden gegeven als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van afschrift van de bescheiden is gewaarborgd. Het inzagerecht wordt hiermee verder gelijkgetrokken met de overige voorlopige bewijsverrichtingen, waarvoor deze voorwaarde ook niet geldt.

88. Om de samenhang met de overige bewijsmiddelen te benadrukken, wordt een herziene regeling van het inzagerecht ingevoegd in een nieuwe par. 3a (Inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden) in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Bewijs). De nieuwe regeling is neergelegd in de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in te voegen art. 162a, 162b en 162c. Wij maken enkele korte opmerkingen bij deze artikelen.

89.

‘Artikel 162a Rv

1. Degene die partij is bij een rechtsbetrekking, is gerechtigd tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aangaande die rechtsbetrekking jegens degenen die deze bescheiden tot hun beschikking hebben, mits hij daarbij rechtmatig belang heeft.

2. Degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben, zijn verplicht daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verschaffen, tenzij:

a. aan hen een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 165, tweede lid, toekomt of een wettelijke geheimhoudingsplicht ten aanzien van die bescheiden bestaat; of

b. gewichtige redenen zich daartegen verzetten.

3. Is degene die bescheiden tot zijn beschikking heeft een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur en is diegene geen partij bij de rechtsbetrekking als bedoeld in het eerste lid, dan is hij niet verplicht inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden te verschaffen als hij op grond van de Wet openbaarheid van bestuur niet is gehouden de daarin vervatte informatie te verstrekken.’

50 Hierboven in nr. 84.

De voor toepassing van art. 843a Rv geldende vereisten van (1) rechtmatig belang, (2) bepaalde bescheiden en (3) aangaande een rechtsbetrekking waarin de eiser of verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is, blijven bestaan in het eerste lid. Ook het begrip 'bescheiden' blijft gehandhaafd. Om duidelijk te maken dat ook bij derden inzage kan worden verzocht of gevorderd, is vermeld dat inzage kan worden verlangd 'jegens degenen die deze bescheiden tot hun beschikking hebben'.

90. Het tweede lid van het voorgestelde art. 162a Rv bevat, zoals we zien, drie gronden op basis waarvan inzage kan worden geweigerd. Dit is het geval wanneer: (1) aan degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft – ingevolge art. 165 lid 2 Rv – een familiaal verschoningsrecht toekomt (sub a), (2) er ten aanzien van de betreffende bescheiden een wettelijke geheimhoudingsplicht bestaat (sub a), of (3) gewichtige redenen – zoals de vertrouwelijke aard van de opgevraagde bescheiden – zich tegen de verschaffing van inzage verzetten (sub b).

91. Dat een geheimhoudingsplicht een grond is om medewerking te weigeren, is nu ook al bepaald in art. 843a lid 3 Rv. Nieuw is dat in het voorgestelde art. 162a lid 2 Rv ook het familiaal verschoningsrecht met zoveel woorden wordt genoemd als weigeringsgrond, waarmee het inzagerecht verder gelijkgetrokken is met de regeling van het voorlopig getuigenverhoor (art. 165 lid 2 Rv). Dat er ook andere 'gewichtige redenen' kunnen zijn die grond geven om inzage te weigeren, staat ook in art. 843a lid 4 Rv.

92. Het wetsvoorstel beoogt een zodanige regeling te geven, dat partijen in eerste instantie zonder de rechter overeen kunnen komen welke stukken zij dienen af te geven. Pas als dat niet lukt, zou de gang naar de rechter moeten volgen. In dat geval kan gebruik worden gemaakt van de voorgestelde art. 162b en 162c Rv:

'Artikel 162b

1. De rechter kan, op verzoek van de daartoe ingevolge artikel 162a, eerste lid, gerechtigde, degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel daarvan veroordelen. Artikel 162a, eerste lid, tweede zin, tweede en derde lid, is van toepassing.

2. Het verzoek wordt gedaan aan de rechter die vermoedelijk bevoegd zal zijn van de zaak over de rechtsbetrekking, indien deze aanhangig wordt gemaakt, kennis te nemen of aan de rechter tot wiens absolute bevoegdheid de zaak behoort en binnen wiens rechtsgebied degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben, of het grootste aantal van hen, woonplaats hebben of, bij gebreke van een bekende woonplaats in Nederland, werkelijk verblijven. Indien de zaak door de kantonrechter moet worden behandeld en beslist, wordt het

verzoek gedaan aan de kantonrechter. De rechter beoordeelt summierlijk of hij absoluut bevoegd is en of de zaak door de kantonrechter moet worden behandeld en beslist.

3. Indien over de rechtsbetrekking reeds een geding aanhangig is, wordt het verzoek gedaan aan de rechter waar het geding aanhangig is.

4. Het verzoekschrift houdt in:

a. de aard en het beloop van de vordering;

b. de gronden van het verzoek;

c. de aanduiding van de bescheiden waarvan inzage, afschrift of uittreksel wordt verzocht;

d. de namen en woonplaatsen van degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben;

e. de namen en woonplaatsen van de wederpartij bij de rechtsbetrekking en belanghebbenden of de redenen waarom die wederpartij en belanghebbenden onbekend zijn.

5. Op het verzoekschrift wordt niet eerder beschikt dan nadat een behandeling heeft plaatsgevonden, waartoe de verzoeker, degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben, de wederpartij en belanghebbenden, mits de wederpartij en de belanghebbenden bekend zijn, worden opgeroepen.

6. De rechter bepaalt de voorwaarden waaronder en de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden wordt verschaft. De rechter kan bepalen dat binnen een door hem te bepalen termijn een voorschot voor de met het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden samenhangende kosten moet worden voldaan. Deze termijn kan een of meermalen worden verlengd. De rechter kan bepalen dat pas inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden behoeft te worden verschaft, nadat het voorschot is voldaan.

7. De rechter kan, op verzoek van partijen of van een van hen dan wel ambts-halve, nadat de inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden is verschaft een verschijning van partijen bevelen teneinde een schikking te beproeven of tot het geven van nadere inlichtingen aan de rechter. Artikel 87, tweede en derde lid, artikel 88, tweede lid, derde lid, eerste en tweede zin, en vierde lid, en artikel 191, tweede lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 162c

1. In een reeds aanhangig geding over de rechtsbetrekking kan de rechter, op verlangen van een partij die daartoe ingevolge artikel 162a, eerste lid, gerechtigd is, de wederpartij die de bescheiden tot zijn beschikking heeft, tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel daarvan veroordelen. Artikel 162a, eerste lid,

tweede zin, tweede en derde lid, en artikel 162b, zesde en zevende lid, zijn van toepassing.

2. Indien degenen die de bescheiden tot hun beschikking hebben, geen partij zijn in een reeds aanhangig geding over de rechtsbetrekking, dan kan de rechter diegenen, op verlangen van de daartoe ingevolge artikel 162a, eerste lid, gerechtigde, tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel daarvan veroordelen. Artikel 162a, eerste lid, tweede zin, tweede en derde lid, en artikel 162b, vierde tot en met zevende lid, zijn van overeenkomstige toepassing.’

93. In de literatuur is van verschillende kanten kritiek geuit op het wetsvoorstel. Volgens sommigen bestaat geen rechtvaardiging voor het hanteren van verschillende maatstaven bij de beoordeling van het inzagerecht, afhankelijk van de vraag of het verzoek buitengerechtelijk of in rechte wordt gedaan dan wel of het om een ambtshalve gegeven bevel van de rechter gaat.⁵¹ Voorts zouden de criteria onvoldoende houvast bieden. Anderen vinden het bepaaldheidsvereiste en het vereiste van rechtmatig belang onjuist.⁵²

3.5 EEN GEMODERNISEERD INZAGERECHT

3.5.1 *Algemene uitgangspunten*

94. In hoofdstuk 2 hebben wij in par. 2.3 reeds enkele uitgangspunten voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering geformuleerd, die met name ook gelden voor de gedachtevorming over een gemoderniseerd inzagerecht. Van belang zijn dan vooral het in par. 2.3 als eerste en als derde geformuleerde uitgangspunt. Het eerste, in par. 2.3.2 geformuleerde, uitgangspunt is dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure, derhalve in de preprocesuele fase, informatie verzamelen. Toegepast op het inzagerecht betekent dit dat er zo veel mogelijk naar moet worden gestreefd dat partijen, voorafgaand aan de procedure, in onderling overleg elkaar over en weer van de relevante informatie voorzien. Wij onderkennen vanzelfsprekend dat het in een aantal gevallen nog lastig is te bepalen welke informatie relevant zal zijn in een procedure, maar dat doet niet af aan dit uitgangspunt, dat in de meeste gevallen een bruikbare maatstaf oplevert.

95. Voorts is van belang dat partijen in beginsel verplicht zijn mee te werken aan het verzamelen van alle relevante informatie. Van een partij wordt verwacht dat zij voorafgaand aan de procedure de nog ontbrekende informatie bij haar wederpartij opvraagt; de

51 J. Ekelmans, Het inzagerecht verbeterd?, *NTBR* 2012/10.

52 Haazen 2013. Vgl. ook Sijmonsma 2010, p. 90 e.v.

wederpartij is vervolgens verplicht om daaraan mee te werken. Daarop heeft het in par. 2.3.4 geformuleerde derde uitgangspunt betrekking: partijen hebben in de preprocesuele fase jegens elkaar de plicht om mee te werken aan het verstrekken van informatie, behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen. Het is dus niet een eigen keuze van een partij om wel of niet mee te werken aan het verschaffen van inzage op verzoek van de wederpartij; *het is een in-beginsel-plicht*. Deze verplichting van partijen volgt uit het fundamentele beginsel dat de civiele procedure de materiële waarheidsvinding tot doel heeft en dat de rechter moet beslissen op basis van informatie die juist en volledig is in het kader van het geschil dat voorligt.

96. Bij deze uitgangspunten spreekt het vanzelf dat het inzagerecht mede dienstbaar dient te zijn aan het voorkomen van procedures doordat partijen beter geïnformeerd raken over hun wederzijdse rechtsposities. Het inzagerecht en de tussenkomst van de rechter moeten dan ook mede worden gezien als middel om het bereiken van een beëindiging van geschillen in der minne te faciliteren.⁵³ Daarbij behoeft het niet noodzakelijkerwijs te gaan om een geschil tussen de partij die inzage vordert en degene van wie zij dat vordert. Eerstgenoemde kan immers ook belang hebben bij informatie in documenten die betrekking hebben op een geschil dat zij met een derde heeft. De rechter zal bij toepassing van de hierna te bespreken criteria voor toe- respectievelijk afwijzing – met name het belangver-eiste – van een verzoek tot inzage met een en ander rekening moeten houden.

97. Een gemoderniseerd inzagerecht moet zo veel mogelijk aansluiten bij zowel de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 843a Rv als de overige bepalingen van het bewijsrecht. Voor zover het gaat om aansluiting bij de rechtspraak van de Hoge Raad – waarin de toepassing van art. 843a Rv is verruimd⁵⁴ – gaat het om codificatie van jurisprudentie. Voor zover het gaat om aansluiting bij de overige bepalingen van het bewijsrecht⁵⁵ gaat het om stroomlijning, verduidelijking en vereenvoudiging. Het doel is dus níét om tot een substantiële verruiming van het inzagerecht te komen, doch waar dit recht bestaat, moet het zo eenvoudig en effectief mogelijk verwezenlijkt kunnen worden.

98. Een belangrijk voordeel van vereenvoudiging van de regeling van het inzagerecht is het partijen mogelijk te maken zelf, zonder rechterlijke tussenkomst, hun positie te bepalen ten aanzien van de rechten en verplichtingen inzake het inzagerecht. De regeling zou zodanig duidelijk moeten zijn, dat partijen, in ieder geval in niet-complexe zaken, zelf kunnen beoordelen of zij gevolg moeten geven aan een verzoek van hun wederpartij tot

53 Zie ook hierna in nr. 98.

54 Zie nr. 81-86.

55 Zie par. 3.2.2.

inzage. In dat geval hoeft geen beroep op de rechter te worden gedaan. Ook het wetsontwerp 33 079 streeft hiernaar. Verwezen wordt hier ook naar wat hierboven aan het slot van nr. 96 is opgemerkt. Hierbij is te bedenken dat een belangrijk verschil tussen het inzagerecht en andere wijzen van informatieverzameling erin gelegen is dat het geven van inzage in bescheiden *zonder de rechter* mogelijk is. Voor het horen van getuigen, het inschakelen van getuigen of het doen van een gerechtelijke plaatsopneming ligt dit anders: in het Nederlandse procesrecht kunnen getuigen alleen door de rechter worden gehoord, moet de rechter *z lf* een plaatsopneming doen en is het ook de rechter die een deskundige moet benoemen (om te voorkomen dat een deskundigenrapport terzijde wordt gelegd als ‘partijrapport’). De tussenkomst van de rechter is voor deze bewijsmiddelen dus onontkoombaar.

99. Een gemoderniseerd inzagerecht zal bovendien moeten voldoen aan de eisen die het Europese recht in dit opzicht stelt.⁵⁶

100. Een volgend uitgangspunt is dat zo veel mogelijk aansluiting zal worden gezocht bij het voorliggende wetsontwerp 33 079 en het daaraan voorafgaande ontwerp van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht, nu daarover reeds uitgebreid gedachtewisseling heeft plaatsgevonden. Het wetsontwerp heeft vragen opgeroepen, maar is niet gestuit op fundamentele bezwaren. Waar sprake is geweest van kritiek op het wetsontwerp, zal getracht worden daaraan tegemoet te komen.

101. Ten slotte zal een gemoderniseerd inzagerecht moeten passen bij de KEI-wetgeving, die voorziet in digitalisering en vereenvoudiging van het civiele procesrecht. Dit zal geen belemmeringen opleveren. Door het centraal stellen van de mondelinge behandeling opent het nieuwe mogelijkheden.

3.5.2 *Toetsingscriteria inzagerecht gelijktrekken met criteria voor andere voorlopige bewijsverrichtingen*

102. Bij het formuleren van de toetsingscriteria verdient het aanbeveling om aansluiting te zoeken bij de criteria die gelden voor de criteria voor voorlopige bewijsverrichtingen.⁵⁷ Hiervoor pleiten de volgende argumenten.

103. In de eerste plaats geldt ook voor het inzagerecht dat een vordering daartoe – reeds naar huidig recht – niet gebonden is aan een lopende procedure, maar ook los daarvan

56 Zie par. 3.2.6 en 3.2.7.

57 Zie par. 3.2.3.

kan worden gedaan. Er is in dit opzicht dan ook geen verschil met andere voorlopige bewijsverrichtingen.⁵⁸ Wat betreft zijn doelstelling kan het inzagerecht op één lijn worden gesteld met andere voorlopige bewijsverrichtingen.

104. Het zoeken van aansluiting bij de criteria voor voorlopige bewijsverrichtingen heeft in de tweede plaats als voordeel dat er geen noemenswaardig verschil meer zal bestaan tussen de criteria die worden gehanteerd voor toewijzing van een verzoek om een (voorlopig) getuigenverhoor en die voor een vordering tot inzage. Dit is een voordeel, omdat in de situatie dat de drempel voor toewijzing van een voorlopig getuigenverhoor lager ligt dan voor het verkrijgen van inzage in stukken, zoals nu in de feitenrechtspraak het geval lijkt te zijn, partijen sneller hun toevlucht zullen zoeken in getuigenverhoren. Niet alleen zijn getuigenverhoren voor alle betrokkenen tijdrovend, maar in het huidige tijdsgewricht geldt bovendien dat inzage in schriftelijke of elektronische bescheiden doorgaans meer betrouwbare informatie zal opleveren dan mondelinge getuigenverklaringen. Het is ook niet te rechtvaardigen dat voor het verkrijgen van toegang tot informatie verschillende criteria bestaan, al naar gelang sprake is van *mondelinge* informatie, afkomstig van getuigen, dan wel wanneer sprake is van *schriftelijke* informatie, na het hebben verkregen van inzage in bescheiden. Om deze reden verdwijnt in het wetsvoorstel ook de eis dat aan een vordering tot inzage niet hoeft te worden voldaan wanneer redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Dit leidt overigens niet tot een andere lijn in de rechtspraak, omdat de lagere rechtspraak toch al nauwelijks toepassing gaf aan dit beginsel van subsidiariteit.⁵⁹

105. In de derde plaats biedt een gelijkshakeling tussen de criteria de mogelijkheid om afstand te nemen van de in de praktijk lastig toepasbare criteria voor toewijzing van een vordering tot inzage. Deze criteria blijken in de praktijk tot veel verwarring te leiden en tot sterk uiteenlopende rechtspraak van de feitenrechters.⁶⁰ De expertgroep is van mening dat de te formuleren criteria een vereenvoudiging zijn van de criteria in het wetsvoorstel.

106. Indien wordt uitgegaan van de beoordelingscriteria die gelden voor verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen, betekent dit dat de rechter een vordering tot inzage moet toetsen aan de volgende criteria (vergelijk nr. 69): (1) bepaaldheid van de bescheiden, (2) voldoende belang, (3) strijd met de goede procesorde, (4) misbruik van bevoegdheid en (5) de aanwezigheid van een ander 'zwaarwichtig bezwaar'. Met dit laatste wordt hetzelfde bedoeld als met het elders in hetzelfde verband (art. 22, 843a lid 4 en 845 Rv) gehanteerde

58 Zie nr. 71 en 72.

59 Sijmonsma 2010, p. 194-198 en Ekelmans 2010, nr. 8.2-8.3. De Hoge Raad heeft zich nooit uitgelaten over de betekenis van dit aspect van lid 4 van art. 843a Rv.

60 Zie met name Sijmonsma 2010, hoofdstuk 7.

begrip ‘gewichtige redenen’. Om gelijke terminologie te bereiken als gehanteerd bij het hierna nog te bespreken punt van de vertrouwelijkheid van informatie (zie par. 3.5.7), geven wij er de voorkeur aan hier te spreken van ‘gewichtige reden’. De aanwezigheid van een gewichtige reden leidt tot de aanwezigheid van een zwaarwegend belang. Hierbij is op te merken dat volgens de huidige stand van zaken in de rechtspraak het voldoen aan de eisen (1) en (2) in beginsel *moet* leiden tot toewijzing van het verzoek om de voorlopige bewijsverrichting; alleen indien sprake is van een van de afwijzingsgronden (3), (4) of (5) kan sprake zijn van afwijzing. Het systeem is dus: ‘toewijzen, tenzij’.

3.5.3 Eerste eis: bepaaldheid van de bescheiden

107. Een eerste vereiste is dat de bescheiden waarvan inzage wordt gevorderd, voldoende bepaald moeten zijn. Deze eis is neergelegd in art. 843a Rv en ook in het wetsvoorstel. Zoals blijkt uit het hiervoor (nr. 83) al genoemde arrest van de Hoge Raad *Theodoor Gilissen Bankiers*, gaat het er in feite om of de vordering tot inzage betrekking heeft op een onderwerp dat voldoende nauwkeurig is afgebakend. Indien dat het geval is, zijn de bescheiden waarvan afschrift wordt gevorderd, voldoende concreet om te worden aange-merkt als ‘bepaald’ in de zin van art. 843a Rv. Het individueel omschrijven van de bescheiden is derhalve niet nodig om te voldoen aan de eis van ‘bepaaldheid’.⁶¹ Het omschrijven van categorieën documenten volstaat. Met deze invulling wordt enerzijds bereikt dat de positie van degene die inzage vordert niet onredelijk wordt bemoeilijkt door van hem te verlangen dat hij alle bescheiden specificeert en individueel omschrijft. Dat is immers vaak ondoenlijk, omdat hij juist *nét* over die informatie beschikt. Anderzijds wordt ook de positie van degene van wie inzage wordt gevorderd niet onredelijk geschaad, doordat wel sprake moet zijn van een voldoende nauwkeurige afbakening. Daardoor wordt voorkomen dat op té ruime en té weinig specifieke schaal informatie wordt opgevraagd.⁶² In dat geval kan namelijk sprake zijn van een ongewenste *fishing expedition*. Op dit begrip *fishing expedition* zal hierna nog uitvoerig worden ingegaan in par. 3.5.4.

108. De afbakening tussen deze twee uitersten – geen onredelijke bemoeilijking van de positie van degene die inzage vordert en geen onredelijke beschadiging van het belang van degene van wie inzage wordt gevorderd – in het kader van het begrip bepaaldheid is soms meer een kwestie van gezond verstand dan van juridische definities, zoals Sijmonsma

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

62 Zoals bijvoorbeeld het geval was in HR 19 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1706 (*ISG c.s./Cornefruit c.s.*).

terecht opmerkt.⁶³ De expertgroep is van mening dat het vereiste van bepaaldheid voldoende handvat geeft voor de rechtspraak en geen wijziging of nadere invulling behoeft.

109. Wel is het aangewezen nog iets te zeggen over het vereiste van 'bescheiden'. Naar de mening van de expertgroep verdient het aanbeveling in plaats van 'bescheiden' het begrip 'gegevens' te gebruiken. Dit is ook voorgesteld door de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht.⁶⁴ Zoals thans al in de wet staat en ook in het wetsontwerp nadrukkelijk is beoogd,⁶⁵ hoeft het immers niet te gaan om op schrift gestelde documenten, maar kan ook inzage worden gevorderd in andere vormen van informatie, zoals beeld- en geluidsdragers, computerbestanden en overige elektronische informatie. Ook andere vormen van bewijsmateriaal, zoals bepaalde voorwerpen, moeten worden begrepen onder het begrip 'gegevens'. In aansluiting op de wettelijke bepaling dat bewijs kan worden geleverd met alle middelen (art. 152 lid 1 Rv) ligt het voor de hand ook het inzagerecht van toepassing te laten zijn op alle bewijsmiddelen.⁶⁶ Hiermee wordt ook aansluiting gevonden bij de regeling van art. 1019a Rv, waarin voor IE-zaken is bepaald – ter uitvoering van de Handhavingsrichtlijn (zie nr. 74) – dat overlegging kan worden gevorderd van 'ander bewijsmateriaal'.

3.5.4 Tweede eis: voldoende belang

110. Net als bij de andere voorlopige bewijsverrichtingen geldt ook voor het inzagerecht dat een partij daarbij voldoende belang moet hebben. De expertgroep bepleit vervanging van het in art. 843a Rv en in het wetsvoorstel 33 079 gehanteerde begrip 'rechtmatig belang' door 'voldoende belang'.⁶⁷ Het begrip 'rechtmatig belang' blijkt vaak voor verwarring te zorgen, waardoor het in de rechtspraak voor onvoldoende houvast zorgt.⁶⁸ Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad is geen duidelijke afbakening van het begrip 'rechtmatig belang' te vinden.⁶⁹ Het begrip 'voldoende belang' is daarentegen een begrip waarmee de rechtspraak vertrouwd is. Niet alleen geldt voor iedere vordering dat een partij daarbij voldoende belang moet hebben (art. 3:303 BW). Bovendien geldt ook voor de andere voorlopige bewijsverrichtingen dat een partij daarbij 'voldoende belang' moet hebben.⁷⁰

63 Sijmonsma 2013, p. 180.

64 Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht 2008, p. 128.

65 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 070, nr. 3, p. 10.

66 Idem Ekelmans 2010, p. 65 e.v.

67 Afschaffing van het vereiste van 'rechtmatig belang' is ook bepleit door Haazen 2013, p. 34-37.

68 Zie hierover Ekelmans 2010, p. 87 e.v. en Sijmonsma 2010, p. 160 e.v. Voorts: *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/198 e.v.

69 In ieder geval houdt de eis niet in dat vereist is dat inzage wordt gevorderd met het oog op een in Nederland aanhangige procedure, zie HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, NJ 2013/286 m.nt. H.B. Krans (*Abu Dhabi Islamic Bank/ABN Amro Bank*).

70 Zie par. 3.2.3.

Daar wordt de eis ‘voldoende belang’ *processueel* ingevuld, wat betekent dat de rechter moet beoordelen of de situatie waarin het verzoek wordt toegewezen, in procedureel opzicht een verschil oplevert ten opzichte van de situatie waarin het verzoek níét wordt toegewezen.⁷¹ Een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor – en dus ook een verzoek om inzage – kan dan onder omstandigheden worden afgewezen wanneer er in het geheel geen vordering (meer) is waarop de gewenste informatie betrekking heeft.⁷²

111. De eis van ‘rechtmatig belang’ wordt vaak in relatie gebracht met de proportionaliteit van het verzoek om inzage.⁷³ De eis zou er dan toe moeten strekken *fishing expeditions* tegen te gaan, door ‘tot uitdrukking te brengen dat het belang van degene die op informatie aanspraak maakt steeds moet worden afgewogen tegen de andere betrokken belangen’, zoals in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel is te lezen.⁷⁴ De expertgroep is van mening dat het accent hier anders moet worden gelegd. Het aanspraak maken op informatie in het kader van een gerechtelijke procedure is niet een belang dat moet worden afgewogen tegen andere, betrokken belangen. Het is anders: wanneer eenmaal aannemelijk is gemaakt dat er een voldoende belang is bij de betreffende informatie, bestaat er in beginsel aanspraak op die informatie, tenzij sprake is van andere, zwaarwegende belangen aan de zijde van de wederpartij om die informatie níét te verstrekken. Zo is het thans reeds het geval bij de beoordeling van verzoeken om andere voorlopige bewijsverrichtingen (zie nr. 106) en zo zou het ook moeten zijn bij het inzagerecht. Ook voor de andere informatieverplichtingen van partijen in de civiele procedure⁷⁵ is er geen eis die inhoudt dat een aanspraak op informatie pas kan worden verkregen wanneer het belang daarbij groter is dan het belang van de wederpartij om die informatie níét te geven. Die informatie- en medewerkingsverplichtingen zijn daarentegen steeds ‘in-beginsel-verplichtingen’, waarbij het aan de partij is die informatie moet verschaffen om aannemelijk te maken dat zij zwaarwegende belangen heeft om géén informatie te geven. Ook de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht heeft hierop gewezen in haar advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken: een verzoek om inzage kan alleen worden afgewezen wanneer het ‘kennelijk disproportioneel’ is.⁷⁶

71 Groot 2015, p. 224.

72 Groot 2015, p. 221 e.v. schetst in het kader van het voorlopig getuigenverhoor drie situaties waarin een partij geen voldoende belang heeft: er is geen vordering; de vordering is volkomen kansloos (zij het dat de rechter niet mag treden in de inhoudelijke merites van de vordering); over de vordering is reeds beslist of er is geschikt.

73 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 7. Zie ook Sijmonsma 2010, p. 117-118, met verwijzing naar oudere literatuur.

74 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 7.

75 Zie par. 3.2.4.

76 Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht 2008, p. 127-128.

112. Zie over de andere, zwaarwegende belangen om géén informatie te verstrekken de hierna nog te bespreken vijfde eis. Zie met betrekking tot de afgrenzing tussen een recht op inzage en ongewenste *fishing expeditions* voorts hierna in nr. 116 en 117.

3.5.5 *Derde eis: geen strijd met de goede procesorde*

113. De eis dat toewijzing van het verzoek om inzage geen strijd oplevert met de goede procesorde, staat thans niet in art. 843a Rv en komt ook niet voor in wetsvoorstel 33 079. Uit een oogpunt van stroomlijning met de criteria die gelden voor de toewijzing van verzoeken tot andere voorlopige bewijsverrichtingen acht de expertgroep het aangewezen om de eis van de goede procesorde ook te laten gelden bij een verzoek om inzage. De eis kan als 'vangnet' fungeren om met name *ontijdige* verzoeken af te wijzen. De onredelijkheid van het verzoek ziet – in relatie tot het criterium van de goede procesorde – dus niet zozeer op de inhoud van het verzoek, maar op het *moment* dat het verzoek wordt gedaan, vanwege het stadium waarin een aanhangige hoofdprocedure zich bevindt. Het gaat dan om een afweging tussen enerzijds het belang om de informatie te verkrijgen (het belang van waarheidsvinding) en anderzijds het belang van een voortvarende procedure. Wanneer het verzoek bijvoorbeeld wordt gedaan in hoger beroep, na de memorie van antwoord, kán dat in strijd zijn met de goede procesorde, met name als het verzoek ook eerder had kunnen worden gedaan. Ook herhaalde verzoeken met steeds dezelfde inhoud kunnen worden afgewezen wegens strijd met de goede procesorde. Verder kan, in de situatie dat sprake is van een aanhangige hoofdprocedure, het verzoek het procesbeleid in de hoofdzaak doorkruisen, bijvoorbeeld wanneer de rechter in de hoofdprocedure een deskundigenbericht heeft gelast. Ook de processuele houding van een partij kan leiden tot afwijzing van een verzoek om inzage wegens strijd met de goede procesorde.⁷⁷ Opmerking verdient dat de goede procesorde ook een positieve kant heeft, zoals blijkt uit art. 30k lid 1, aanhef en onder e, Rv, waarin staat dat de rechter die aanwijzingen kan geven of die proceshandelingen kan bevelen die hij geraden acht, voor zover de rechter dit in overeenstemming acht met de eisen van een goede procesorde.

3.5.6 *Vierde eis: geen misbruik van bevoegdheid*

114. Ook voor deze eis geldt dat hij niet is neergelegd in art. 843a Rv en evenmin in het wetsvoorstel. Er kan echter weinig twijfel over bestaan dat deze eis als vanzelfsprekend heeft te gelden. Ook wanneer een partij aannemelijk heeft gemaakt dat zij in processueel

⁷⁷ Zie over de verschillende situaties waarin wegens strijd met de goede procesorde een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor kan worden afgewezen, Groot 2015, p. 305-327.

opzicht voldoende belang heeft (voldaan is aan de hiervoor genoemde tweede eis) bij inzage in bepaalde bescheiden, kan er aanleiding zijn om het verzoek af te wijzen, wanneer misbruik wordt gemaakt van het recht op inzage. Naar de mening van de expertgroep is het criterium ‘misbruik van bevoegdheid’ het meest geschikt om in situaties van uiteenlopende aard een inzagevordering af te wijzen die duidelijk geen legitiem doel heeft.⁷⁸

115. Het misbruik-criterium is neergelegd in art. 3:13 lid 2 BW⁷⁹ en onderscheidt verschillende situaties: (1) een bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden; (2) de bevoegdheid wordt uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend; en (3) er bestaat onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, die meebrengt dat in redelijkheid niet tot de uitoefening van de bevoegdheid kan worden gekomen. De drie situaties van art. 3:13 lid 2 BW zijn niet limitatief. Voor alle drie de situaties geldt dat het misbruik *evident* moet zijn; de omstandigheid dat een vordering tot inzage óók ongewenste doelen beoogt, is niet voldoende. Het ongeoorloofde doel moet doorslaggevend zijn voor de uit te oefenen bevoegdheid.⁸⁰ Alle drie de situaties bieden aanknopingspunten om bepaalde, ongewenste vorderingen af te wijzen. Zo kan een inzagevordering die alleen bedoeld is om persoonlijke informatie te verkrijgen waarmee betrokkene aan de publieke schandpaal kan worden genageld, worden afgewezen omdat uitsluitend beoogd is de ander te schaden.

116. De tweede situatie van het misbruik-criterium, een bevoegdheid wordt voor een ander doel gebruikt dan waarvoor zij is verleend, is bij uitstek geschikt om ongewenste *fishing expeditions* buiten te deur te houden. Hierop zal nader worden ingegaan in nr. 117-122. Met betrekking tot het derde misbruik-criterium, onevenredigheid tussen belangen (disproportionaliteit), is op te merken dat het hier niet gaat om een ‘gewone’ belangenafweging, maar dat het moet gaan om een *wanverhouding* tussen de belangen.⁸¹ Het ligt op de weg van degene van wie inzage wordt gevorderd om die wanverhouding aannemelijk te maken.

117. Het begrip *fishing expedition* duikt vaak op in literatuur en rechtspraak, niet alleen in relatie tot het inzagerecht, maar ook in relatie tot andere voorlopige bewijsverrichtingen. Het is echter niet altijd duidelijk wat er precies onder wordt verstaan en soms wordt het

78 Denk bijvoorbeeld aan persoonlijke wraakacties, het dwarszitten van ex-partners, het achterhalen van vertrouwelijke bedrijfsinformatie van een concurrent, het doen van buitensporige verzoeken om een partij op kosten te jagen, het gebruik maken van het inzagerecht zonder dat er enige reële optie van een vorderingsrecht is.

79 Art. 3:15 BW bepaalt dat art. 3:11-14 BW ook buiten het vermogensrecht van toepassing zijn, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Op grond van deze schakelbepaling geldt de bepaling ook in het burgerlijk procesrecht.

80 Groot 2015, p. 264-265.

81 Groot 2015, p. 281 e.v.

zelfs oneigenlijk gebruikt. In navolging van Groot moet worden aangenomen dat alleen sprake is van een ongewenste *fishing expedition* wanneer aan twee kenmerken wordt voldaan:⁸² (1) er ontbreekt *prima facie* een rechtstreeks verband tussen de informatie waarvan inzage wordt gevorderd en een concrete vordering, en (2) er wordt informatie gezocht waarvan bij degene die de informatie zoekt nog niet bekend is of deze bestaat. Deze kenmerken worden door de rechter integraal – in samenhang – getoetst, omdat zij elk afzonderlijk niet, maar in combinatie wél leiden tot het oordeel dat sprake is van een ongewenste *fishing expedition*.

118. Een belangrijke aanwijzing voor het ontbreken van een rechtstreeks verband tussen de gevorderde informatie en een concrete vordering (kenmerk 1) is dat onvoldoende nauwkeurig is afgebakend om welke bescheiden het gaat (vergelijk de eerste eis van voldoende bepaaldheid).⁸³ Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer inzage wordt gevorderd van ‘alle notulen, bestuursbesluiten en interne notities van de afgelopen tien jaar’. De gevorderde informatie is nauwelijks afgebakend en daardoor is ook niet duidelijk wat het verband is tussen die informatie en een mogelijke vordering. Ook wanneer een partij niet kan concretiseren wat de inhoud van de vordering is die zij zou willen instellen of waarop zij zich beraadt, is dit een aanwijzing dat sprake is van een ongewenste *fishing expedition*.

119. Met betrekking tot kenmerk 2, onbekendheid met de informatie, is op te merken dat op zichzelf niet is vereist dat iemand die inzage vordert precies aangeeft wat er staat in de informatie waarin hij inzage wenst. Hij beschikt immers niet over de betreffende gegevens. Aan de andere kant moet wel voldoende duidelijk zijn om welke informatie het gaat. Wanneer informatie wordt gevorderd waarvan niet duidelijk is wat de inhoud daarvan zou *kunnen* zijn, kan dit reden zijn om de vordering af te wijzen.

120. Bij de beoordeling of sprake is van een ongewenste *fishing expedition* zal bovendien moeten worden gekeken naar de aard van de informatie die wordt gevorderd. Als sprake is van een vordering tot inzage in concurrentiegevoelige informatie, zal de rechter kritischer toetsen aan het verband tussen informatie en vordering.

121. Van belang is verder of degene tegen wie de inzagevordering is gericht, zelf partij is bij het geschil of de rechtsbetrekking met het oog waarop de informatie wordt gevorderd. Wanneer dit een derde is, die zelf niets te maken heeft met het geschil dat aanleiding is

82 Groot 2015, p. 268 e.v. Hetgeen in deze notitie is vermeld, is grotendeels ontleend aan de beschouwingen van Groot over *fishing expeditions* in het kader van het voorlopig getuigenverhoor.

83 Par. 3.5.3. Groot (2015) spreekt, met betrekking tot het voorlopig getuigenverhoor, hier over een ‘onbegrensd feitencomplex’ waarover iemand getuigen wil horen.

voor de inzagevordering, zou sneller kunnen worden geoordeeld dat sprake is van misbruik van bevoegdheid dan wanneer de inzagevordering is gericht tegen de wederpartij.

122. De expertgroep is van mening dat het de voorkeur heeft om ongewenste *fishing expeditions* af te wijzen via 'strijd met een goede procesorde' dan wel 'misbruik van bevoegdheid', in plaats van langs de weg van 'voldoende bepaaldheid' of 'rechtmatig belang'. De laatstgenoemde vereisten hebben onvoldoende onderscheidend vermogen om duidelijk te maken welke vorderingen tot het verkrijgen van inzage buiten de deur moeten worden gehouden. Het vereiste van misbruik maakt duidelijk dat de drempel voor afwijzing van een vordering tot inzage tamelijk hoog ligt, net als bij verzoeken tot andere voorlopige bewijsverrichtingen, terwijl de maatstaf van de goede procesorde de rechter nog enige ruimte laat voor afweging van proportionaliteit of subsidiariteit. In dit verband zouden ook gezichtspunten kunnen worden ontwikkeld in rechtersregelingen of protocollen, zoals het stadium waarin de informatie gevraagd wordt, de aannemelijkheid van de vordering, de aard van het geschil, de hoeveelheid informatie, de beschikbaarheid, de kosten, de moeite van het verzamelen en verstrekken van gegevens, de aard van de gegevens, de risico's van een te grote verspreiding van informatie, de privacy, de hoedanigheid van partijen, enz.

3.5.7 Vijfde eis: zwaarwegende belangen

123. Ten slotte geldt de eis dat er geen zwaarwegende belangen zijn die in de weg staan aan het verschaffen van inzage. Van zwaarwegende belangen die in de weg staan aan toewijzing van een vordering tot inzage is sprake:

1. in het geval van een geheimhoudingsplicht van degene van wie inzage wordt verzocht die is erkend door toekenning van een verschoningsrecht (art. 843a lid 3 Rv; wetsvoorstel art. 162a lid 2 sub a); en
2. in het geval dat zich 'gewichtige redenen' voordoen (art. 843a lid 4 Rv; wetsvoorstel art. 162a lid 2 sub b), waarbij met name gedacht kan worden aan andere gevallen als genoemd onder 1, waarin, gelet op het vertrouwelijke karakter van de informatie die door inzage zou worden geopenbaard, moet worden aangenomen dat degene van wie inzage wordt verzocht een in rechte te respecteren recht op of verplichting tot geheimhouding heeft.

3.5.8 *Geen eis van aannemelijkheid van het bestaan van een 'rechtsbetrekking'*

124. Voor het stellen van de eis van aannemelijkheid van het bestaan van de rechtsbetrekking kan steun worden gevonden in de Europese Handhavingsrichtlijn en de daarop gevormde rechtspraak (zie nr. 74). Wij menen echter dat de door ons voorgestelde eis van voldoende belang de rechter een maatstaf biedt om aan de hand van de stellingen van de verzoekende partij te beoordelen of dit belang aanwezig is. Een *aparte* eis van voldoende aannemelijkheid van de door art. 843a Rv geëiste rechtsbetrekking (in het IE-recht: van de inbreuk) voegt daaraan niets toe.⁸⁴ Dit is in zaken betreffende intellectuele eigendom in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad overweegt in HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas*), samengevat in r.o. 3.3.4, namelijk 'dat de rechter bij zijn oordeel omtrent de toewijsbaarheid van een exhibitievordering in intellectuele-eigendomszaken in de toetsing van het "rechtmatig belang" de belangen van de verweerder dient te betrekken, waaronder diens belang dat de bescherming van vertrouwelijke informatie is gewaarborgd, maar in het bijzonder ook om verschoond te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelden is, ingeval de beweerde inbreuk niet voldoende aannemelijk is, of indien de exhibitie verlangende partij ook andere effectieve, maar voor de verweerder minder belastende middelen tot bewijsgaring ten dienste staan (zoals een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht)'.

3.5.9 *Geen eis van relevantie*

125. Ook de eis van relevantie biedt de rechter geen werkbaar handvat, omdat in vele gevallen pas aan de hand van de op te vragen gegevens zal kunnen worden vastgesteld of, en zo ja, welke vordering kan worden ingesteld, en dus ook of de gegevens daarvoor relevant zijn.⁸⁵

84 Vgl. Ekelmans 2016, waar hij eenheid van criterium voor Europese en niet-Europese gevallen bepleit.

85 De richtlijn schadevorderingen mededingingsrecht (Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie) neemt in art. 5 overigens de relevantie van bewijsmateriaal wel tot uitgangspunt voor het inzagerecht.

3.6 ENKELE BESCHOUWINGEN EN AANBEVELINGEN MET BETREKKING TOT DE PLAATS VAN HET INZAGERECHT IN HET BEWIJSRECHT

3.6.1 *Eenheid van criteria, gedifferentieerde toepassing*

126. Ten aanzien van de verdere inpassing van het inzagerecht dient als uitgangspunt te worden genomen dat de criteria voor de toepassing of toelaatbaarheid van alle bewijsmiddelen zo veel mogelijk gelijk zijn. Daarmee wordt de duidelijkheid bevorderd. De rechtspraak kan dan op alle gebieden worden geharmoniseerd. Daarvoor is eenheid van criteria geboden en dient voor de toepassing daarvan rekening te worden gehouden met de verschillen tussen de verlangde bewijsverrichtingen en de processuele context waarin zij worden aangewend. Bedacht moet worden dat het burgerlijk procesrecht en het civiele bewijsrecht zijn ontwikkeld in, en bestemd zijn voor, een zeer grote verscheidenheid aan procedures – niet alleen in formele zin, maar ook in verband met het rechtsgebied waarop de in de procedure geldend gemaakte aanspraken betrekking hebben. Daardoor kan het inzagerecht betrekking hebben op zaken in de particuliere sfeer (familie, burens), maar ook op procedures in een bedrijfsmatige context, tussen overheid en burger, tussen grote ondernemingen onderling, enz. Het is daarom noodzakelijk om te werken met open begrippen, die aan de hand van de omstandigheden van het geval nader kunnen worden ingevuld.

3.6.2 *De verhouding art. 19 lid 2 Rv en het inzagerecht*

127. Art. 19 lid 2 Rv bepaalt dat de rechter ambtshalve of op verlangen van een van de partijen alle beslissingen neemt die nodig zijn voor een goed verloop van de procedure. De vraag rijst welke rol deze bepaling kan spelen bij uitoefening van het inzagerecht gedurende de procedure. De bepaling biedt een grondslag voor wat inmiddels in de juridische wandelgangen een ‘art. 19-brief’ wordt genoemd. Zo’n brief kan een partij voorafgaand aan de rechter toezenden, met daarin een of meerdere verzoeken tot het nemen van bepaalde beslissingen omtrent het verloop van de procedure, daaronder begrepen de zitting. Denkbaar is dat een partij de rechter in een dergelijke brief verzoekt – via de band van art. 22 Rv – de wederpartij te gelasten bepaalde gegevens in het geding te brengen. Daarbij zou tevens kunnen worden aangekondigd dat, indien de rechter daaraan geen gevolg geeft en de wederpartij ook niet eigener beweging de betreffende gegevens overlegt, een vordering tot inzage zal worden gedaan. Het voordeel van een dergelijke gang van zaken zou zijn dat in een vroeg stadium van de procedure duidelijk wordt dat (naar het inzicht van een van de partijen) bepaalde gegevens nog ontbreken. Dit zou aanleiding voor de rechter kunnen

zijn om, vaker dan thans het geval is, gebruik te maken van de mogelijkheid van art. 22 Rv.

3.6.3 *Het inzagerecht en art. 21 Rv*

128. Ten aanzien van de effectiviteit van art. 21 Rv, dat partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, zijn in de literatuur en de praktijk vragen gesteld. De expertgroep meent dat de bepaling effectief is in de situatie dat in een lopende procedure blijkt dat een partij informatie heeft achtergehouden of onjuiste informatie naar voren heeft gebracht. Dergelijk gedrag wordt steeds vaker 'bestraft' door de rechter. Het gaat dan wel om het opzettelijk achterhouden of opzettelijk onjuist voorlichten. De in het artikel opgenomen verplichting voorkomt echter niet dat een partij voor haar nadelige informatie verzwijgt of achterhoudt, in de verwachting dat dit verzwijgen of achterhouden niet aan het licht komt. Wanneer noch de wederpartij, noch de rechter concrete aanknopingspunten heeft dat er informatie is achtergehouden, heeft de betrokken partij als het ware niets te vrezen en blijft de betreffende informatie buiten het gezichtsveld van wederpartij en rechter en dus buiten de procedure. Art. 21 Rv kan dit probleem niet verhelpen.

129. Het inzagerecht biedt een noodzakelijke aanvulling op art. 21 Rv, doordat een partij niet hoeft af te wachten of de wederpartij met bepaalde informatie over de brug komt. Ook hoeft niet te worden afgewacht totdat in de procedure aan het licht komt dat informatie is achtergehouden. Het inzagerecht biedt een partij de mogelijkheid om zélf informatie uit het domein van de wederpartij te vergaren. Daarnaast is niet onbelangrijk dat het toepassingsbereik van art. 21 Rv beperkt is tot de procedure zelf, terwijl het inzagerecht ook voorafgaand aan een procedure kan worden uitgeoefend.

130. De toepassing van art. 21 Rv is naar het oordeel van de expertgroep nog volop in ontwikkeling, met name ook op het punt van de toepassing van de ruim omschreven sanctie op niet-nakoming van de in de bepaling opgenomen verplichting tot waarheid en volledigheid, te weten dat de rechter uit de niet-nakoming van de verplichting de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Daarom is er thans geen aanleiding om de bepaling te wijzigen.

3.6.4 *Het inzagerecht en art. 22 Rv*

131. Wat betreft de verhouding tussen het inzagerecht en art. 22 Rv, dat de rechter de bevoegdheid geeft ambtshalve een bevel aan een procespartij te geven tot overlegging van

op de zaak betrekking hebbende bescheiden, rijst de vraag of de gronden waarop een partij een zodanig bevel kan weigeren, dezelfde zouden moeten zijn als de gronden op basis waarvan de rechter een beroep van een van de partijen op het inzagerecht kan toe- of afwijzen. De in het artikel opgenomen weigeringsgrond is het bestaan van een 'gewichtige reden'. Tevens bevat het artikel (evenals art. 22a Rv) een regeling met betrekking tot de beperking van de kennisneming van de bescheiden. De rechter beoordeelt of de weigering of beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.⁸⁶

132. Art. 22 Rv is geschreven voor de rechter. De veronderstelling daarbij is dat de rechter geen inzage zal bevelen in gegevens wanneer daarbij onvoldoende belang bestaat, zodat de eis van 'voldoende belang' niet gesteld hoeft te worden. Evenmin hoeft de eis te worden gesteld dat geen sprake is van strijd met de goede procesorde of misbruik van bevoegdheid. Het criterium 'gewichtige redenen' geldt wel voor beide situaties en dient ook op dezelfde wijze invulling te krijgen. Er is dus geen aanleiding de redactie van art. 22 Rv op dit punt te wijzigen.

86 Zie over deze materie nader hoofdstuk 5 van dit advies.

4 BEWIJSBESLAG, GETUIGENBEWIJS, DESKUNDIGENBEWIJS EN SCHRIFTELIJK BEWIJS

4.1 INLEIDING

133. In het kader van de in dit hoofdstuk behandelde vormen van bewijslevering moet hier in herinnering worden geroepen dat wij in hoofdstuk 2 – par. 2.3.2 (eerste uitgangspunt) – hebben uiteengezet dat en waarom met het oog op de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering het wenselijk is dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure, derhalve in de preprocesuele fase, informatie verzamelen en dat zij in die fase jegens elkaar de plicht hebben om mee te werken aan het verstrekken van informatie (behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen). Wij hebben daar het algemeen invoeren van een preprocesuele mondelinge behandeling bepleit, zoals thans alleen mogelijk is in het kader van het voorlopig getuigenverhoor (art. 191 Rv), de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) (art. 1018a Rv) en als comparitie in de (preprocesuele) deelgeschillenprocedure (art. 1019ij Rv). Blijkens de wetsgeschiedenis¹ biedt art. 30o Rv op zichzelf geen ruimte voor zo'n preprocesuele zitting, maar opmerking verdient dat dit artikel naar onze opvatting wel overeenkomstige toepassing kan vinden binnen het kader van de procedure van het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht of -verhoor en de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging. Dit betekent dat langs die weg steeds na afloop van de bewijsverrichting een zitting kan worden bepaald voor het bespreken van verdere bewijslevering of het beproeven van een schikking.

1 De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht van de NOvA heeft in het kader van de KEI-wetgeving ook gepleit voor invoering van een algemene preprocesuele comparitie, maar de regering was van oordeel dat dit buiten het bereik van het programma KEI valt, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 6, p. 54. Zie voor dat advies de bijlage bij de memorie van toelichting.

4.2 BEWIJSBESLAG²

4.2.1 Inleiding

134. Bewijsbeslag is de conservatoire beslaglegging op zaken die kunnen dienen als bewijsmiddelen ten behoeve van de beslaglegger en die zich onder diens wederpartij of een derde bevinden, teneinde deze zaken voor het doel van bewijslevering te bewaren. De wet kent het bewijsbeslag als zodanig enkel in art. 1019b en 1019c Rv, in 2007 opgenomen ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn (zie nr. 74).

135. In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 33 079, p. 7-8, heeft de regering ten aanzien van de suggestie om het bewijsbeslag in de wet te regelen volstaan met de opmerking dat het gaat om een afzonderlijk onderwerp dat, anders dan het recht op afschrift van bescheiden, niet zo ver gaat dat daaronder ook de afgifte van roerende zaken en DNA kunnen worden begrepen, en waarvan de regeling alleen daarom al, mochten er inderdaad problemen bestaan die een wettelijke oplossing behoeven, bij voorkeur geschiedt in zijn eigen specifieke context. Op dat moment gaf de wetgever er de voorkeur aan de ontwikkelingen in de praktijk af te wachten.

136. Voor niet-IE-geschillen is het bewijsbeslag in de literatuur en de rechtspraak, na aanvankelijke verdeeldheid, erkend in het *Molenbeek Invest*-arrest van de Hoge Raad.³ Bij deze stand van zaken lijkt de tijd te zijn gekomen voor een verankering in de wet van het bewijsbeslag als een afzonderlijke vorm van beslag op roerende zaken.

4.2.2 Wettelijke grondslag voor het bewijsbeslag

137. Voor het leggen van het bewijsbeslag in IE-zaken verklaart art. 1019c Rv de voorschriften betreffende middelen tot bewaring van zijn recht (Boek 3, titel 4 Rv) van overeenkomstige toepassing. Dat is weinig specifiek. De Hoge Raad is ten aanzien van het commune bewijsbeslag specifiek en heeft beslist dat het bewijsbeslag wordt gelegd op de voet van art. 730 Rv (conservatoir beslag tot afgifte van een roerende zaak) in verbinding met art.

2 Ekelmans 2010, hoofdstuk 13; Sijmonsma 2010, hoofdstuk 14; T.J.J. Bodewes, *Bewijsbeslag. Grondslag en rechtsgevolgen van het conservatoir beslag tot afgifte van bescheiden*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009.

3 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455 m.nt. H.B. Krans, JOR 2013/330 m.nt. E. Loesberg, IER 2014/9 m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Molenbeek Invest*). Het vervolg van deze zaak is te vinden in Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5435. Zie voor de uitwerking van de regels voor het bewijsbeslag de Beslagsyllabus 2016, p. 44 e.v., te vinden op www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Beslagsyllabus.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 21 november 2016).

843a Rv en dat voor zover nodig art. 1019a lid 1 en 3, 1019b lid 3 en 4 en 1019c Rv van overeenkomstige toepassing zijn. Wij komen daarop in de volgende paragrafen terug.

4.2.3 Bewijsbeslag en inzagerecht

138. Het bewijsbeslag wordt tot nu toe steeds in verband gebracht met het inzagerecht, geregeld in art. 843a Rv. Het inzagerecht vormt de basis voor het bewijsbeslag, zowel in het IE-procesrecht, zoals blijkt uit art. 1019a Rv, als in het commune procesrecht, zoals de Hoge Raad expliciet heeft beslist in het *Molenbeek Invest*-arrest. Overigens vormt art. 843a Rv voor het IE-bewijsbeslag een bredere basis dan voor het commune bewijsbeslag, doordat art. 1019a lid 2 Rv de werking van art. 843a Rv verruimt: in een procedure op de voet van die bepaling kan namelijk ook overlegging worden gevorderd van ‘ander bewijsmateriaal’ dat zich in de macht van de wederpartij bevindt. Het bewijsbeslag in IE-procedures beperkt zich dus niet tot de in art. 843a Rv genoemde bescheiden, maar omvat ook inbreukmakende voorwerpen.

139. Hierboven (nr. 109) hebben wij bepleit deze verruiming ook te laten gelden voor het commune inzagerecht. Ook daarin kan immers behoefte bestaan aan een bewijsbeslag met het oog op bewaring van voorwerpen die van belang zijn voor bijvoorbeeld het onderzoek door een deskundige of in verband met verklaringen van partijen en getuigen dan wel waarneming door de rechter.⁴ De Hoge Raad heeft in het *Molenbeek Invest*-arrest die stap niet gezet, want dat werd niet van hem gevraagd. Het arrest mag dus niet zo worden begrepen dat het de genoemde verruiming uitsluit.

140. Bewijsbeslag en inzagerecht vallen niet samen. Het leggen van bewijsbeslag impliceert met name niet dat een recht bestaat op kennisneming van de inhoud van in beslag genomen documenten. Daarvoor is toewijzing door de rechter van een daartoe strekkende inzagevordering op grond van art. 843a Rv nodig, zoals de Hoge Raad heeft beslist in r.o. 3.6.2 van het *Molenbeek Invest*-arrest: ‘Het rechterlijke verlov om het bewijsbeslag te leggen geeft geen verdergaande aanspraken dan de bewaring van de in beslag genomen bescheiden; noch dit verlov, noch de beslaglegging zelf geeft de beslaglegger dan ook recht op afgifte, inzage of afschrift. De verzoeker ontleent aan het verlov ook niet het recht bij de beslaglegging aanwezig te zijn (art. 702 lid 1 in verbinding met 443 lid 2 Rv).⁵ Dat geldt ook voor

4 In dit verband kan men zich afvragen of niet ook de in het IE-procesrecht (art. 1019d Rv) erkende mogelijkheid van monsterneming door een deurwaarder zou moeten worden ingevoerd in het commune bewijsrecht. Buiten het IE-recht bestaat in ons recht een dergelijke maatregel niet, Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2225.

5 Aldus ook de Beslagsyllabus 2016, p. 48. Opgemerkt wordt dat een rechterlijk bevel tot het verschaffen van inzage ten uitvoer gelegd kan worden doordat de rechthebbende inzage wordt verschaft. Via de weg van

het IE-bewijsbeslag.⁶ Anderzijds gelden volgens het *Molenbeek Invest*-arrest (r.o. 3.7.1), zoals wij hierna (nr. 141) zien, voor het leggen van bewijsbeslag hoge eisen wat betreft de stelplicht van de verzoeker. In dit verband is van belang dat HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*), r.o. 4.1.5-4.1.6, in IE-zaken de lat voor een inzagevordering extra hoog legt ten aanzien van de door art. 843a Rv geëiste *rechtsbetrekking* door te eisen dat het bestaan daarvan aannemelijk is, zoals wij hierboven (nr. 74) signaleren.⁷ Wij gaan daarop in nr. 144 in.

4.2.4 Eisen voor het leggen van bewijsbeslag

141. De in het *Molenbeek Invest*-arrest gelegde koppeling tussen het bewijsbeslag en het inzagerecht van art. 843a Rv wordt uitgewerkt in de voor het leggen van bewijsbeslag gestelde vereisten en voorwaarden. De Hoge Raad beslist:

- dat beslaglegging slechts kan plaatsvinden onder de in art. 843a Rv gestelde voorwaarden; het verzoek moet steeds mede worden getoetst aan de criteria van art. 843a Rv;
- dat beslaglegging ‘dus ook slechts betrekking [kan] hebben op “bescheiden” in de zin van die bepaling (waaronder overigens mede digitale bestanden kunnen worden begrepen, met dien verstande dat de mogelijkheid bestaat dat daarvan onder toezicht van de deurwaarder ter plaatse kopieën worden gemaakt, die dan in beslag worden genomen)’;
- dat, indien noodzakelijk, beslaglegging tevens de voorwerpen kan betreffen waarin, of de gegevensdragers waarop deze bescheiden zich bevinden.

Verder moeten, aldus de Hoge Raad, hoge eisen⁸ worden gesteld aan de stelplicht van de verzoeker in het inleidend verzoekschrift:

- De in beslag te nemen bescheiden moeten zo precies worden omschreven als in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de verzoeker kan worden verlangd, omdat de beslaglegging niet mag ontaarden in een *fishing expedition*.

art. 491 e.v. Rv kan reële executie van het bevel plaatsvinden. Na conservatoir bewijsbeslag zal het de op grond van art. 709 Rv aangestelde bewaarder van het inbeslaggenomen bewijsmateriaal zijn die ingevolge art. 861 lid 2 Rv inzage moet verschaffen aan de daartoe gerechtigde.

6 Beslagsyllabus 2016, p. 48, verwijzend naar Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7600, *JBP* 2009/46 m.nt. L. Wijnbergen.

7 In HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas*) – vervolg op HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2643 – worden aan het HvJ EU vragen van uitleg gesteld over de aan te leggen maatstaven voor toewijsbaarheid van een inzagevordering in IE-zaken, naargelang de partij waarvan inzage wordt verlangd een (beweerdelijke) inbreukmaker is of een derde, en over de maatstaven voor de beoordeling van het verweer dat het recht van intellectuele eigendom op grond waarvan de inzage wordt verlangd, nietig is of niet langer bestaat.

8 R.o. 3.9.2, antwoord op vraag 2.1.

- Zowel de rechtsbetrekking moet worden gesteld met het oog waarop het verlov wordt gevraagd, als de identiteit van de wederpartij of de derde onder wie het beslag moet worden gelegd.
- Verzoeker moet zijn belang bij de beslaglegging voldoende aannemelijk maken, alsmede feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de beslaglegging met het oog daarop noodzakelijk is.
- Daartoe is nodig dat gegronde vrees bestaat dat de betrokken bescheiden anders verloren gaan,⁹ en dat de beoogde bewijsvoering niet op andere, voor de beslagene minder ingrijpende wijze kan plaatsvinden: de keuze van de maatregelen dient te worden geleid door overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁰
- De verzoeker dient ook te vermelden of een eis in de hoofdzaak is of wordt ingesteld, en aannemelijk te maken dat de in beslag te nemen bescheiden zich onder de wederpartij of de derde bevinden.¹¹
- Verlov voor de beslaglegging wordt niet gegeven indien de bescherming van de eventuele vertrouwelijkheid van de in beslag te nemen bescheiden onvoldoende is gewaarborgd (vergelijk art. 1019b lid 4 Rv).

142. De Hoge Raad heeft aldus het inzagerecht voorzien van een daarbij passend conservatoir bewijsbeslag.¹² Echter, daarmee is nog geen regeling gegeven voor het bewijsbeslag op zaken die geen bescheiden zijn waarvan inzage wordt gevorderd. Zoals gezegd (hierboven in par. 3.5.3, nr. 109) is dat wel gebeurd in art. 1019a-1019c Rv voor de IE-zaken. Er is geen goede reden om op dit punt rechtsongelijkheid te laten bestaan tussen het commune recht en het IE-recht. Daarom zou de in art. 1019a Rv verruimde mogelijkheid om op grond van art. 843a Rv overlegging te vorderen van ander bewijsmateriaal dan de in dat artikel genoemde bescheiden ook in het commune recht moeten worden ingevoerd.

143. Indien hiermee voor alle soorten bewijsmateriaal bewijsbeslag mogelijk wordt gemaakt, zal voor wat de verzoeker in zijn beslagrekest zal moeten stellen, kunnen worden aangesloten bij het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad, met dien verstande dat hetgeen geldt voor bescheiden in de zin van art. 843a Rv niet in volle omvang zal behoeven te gelden

9 Hiermee wijkt het arrest, op het voetspoor van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (2.23), af van art. 734 lid 4 Rv, dat bepaalt dat de vrees voor verduistering niet behoeft te worden gesteld.

10 De Hoge Raad verwijst hier naar de memorie van toelichting bij art. 1019b Rv, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 20. Hij werkt dit voor het beslag in een woning als volgt uit: 'Indien het verlov wordt verleend, geldt wat betreft de omstandigheid dat het beslag in een woning moet worden gelegd, dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit meebrengen dat het privéleven en het familie- en gezinsleven van degene onder wie het beslag wordt gelegd, zoveel mogelijk worden gerespecteerd.'

11 Verwezen wordt naar art. 444a lid 1 Rv.

12 Het arrest bevat nog enkele andere beslissingen ten aanzien van de beslaglegging zelf.

voor ander bewijsmateriaal waarop beslag wordt gelegd.¹³ In de door de Hoge Raad omschreven stelplicht wordt in elk geval tot uitdrukking gebracht dat bij het bewijsbeslag de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit een grote rol spelen, meer dan wordt aangenomen ten aanzien van de stelplicht bij het verzoek tot de thans in de wet geregelde voorlopige bewijsverrichtingen (voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht, gerechtelijke plaatsopneming en bezichtiging). Anders dan het karakter van deze voorlopige bewijsverrichtingen, is het bewijsbeslag een dwangmiddel dat de persoonlijke levenssfeer van de beslagene kan aantasten, zoals blijkt uit de bevoegdheid van de deurwaarder zich tot elke plaats toegang te verschaffen (art. 734 lid 1 in verbinding met art. 712 en 444 lid 1 Rv). Weliswaar geldt dat dwangmiddel ook bij verhaalsbeslag, maar die dwang wordt gerechtvaardigd door het recht van de beslaglegger op executie uit hoofde van zijn rechten jegens de beslagdebiteur of op bewaring van het beslagobject met het oog op een toekomstige executie van een rechterlijk gewijsde jegens de beslagdebiteur. Het bewijsbeslag heeft die functie niet. Het is daarom dat de Hoge Raad genoemde hoge eisen stelt aan de stelplicht van de partij die het verzoek tot het leggen van dit beslag verzoekt.

144. De vraag rijst nog of aansluiting moet worden gezocht bij de hogere eisen die in het genoemde arrest *AIB/Novisem*¹⁴ in IE-zaken worden gesteld voor de stelplicht ten aanzien van de rechtsbetrekking in het kader waarvan het bewijsbeslag wordt verzocht. Die eisen sluiten aan bij de Europese rechtspraak in IE-zaken en vooralsnog zien wij geen noodzaak daarbij in het commune recht aan te sluiten, nu die eisen ook niet gelden voor de vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv. Verwezen wordt naar wat wij hebben opgemerkt in par. 3.5.8.

145. Hoe het bewijsmateriaal dat onder het conservatoir beslag valt en bijvoorbeeld bij een derde in bewaring is gegeven daadwerkelijk voor het bewijs kan worden gebruikt, zal moeten worden beslist door de rechter die over de vordering tot overlegging van het bewijsmateriaal of inzage oordeelt.

146. Ten slotte moet nog aandacht worden besteed aan de vraag wat ten aanzien van het bewijsbeslag heeft te gelden als 'de hoofdzaak'. Dit met het oog op art. 1019c lid 2 Rv, waarin wordt bepaald dat het bewijsbeslag van rechtswege vervalt zodra in de hoofdzaak is beslist en deze beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3534 is, als inzage in de beslagen bescheiden het doel van de beslaglegging is, de inzagevordering op grond van art. 843a Rv de hoofdzaak.

13 Wij verwijzen hier naar wat wij hebben betoogd in hoofdstuk 3 over de te hanteren criteria ten aanzien van het inzage recht.

14 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).

Dat brengt mee dat als de inzagevordering is toegewezen bij onherroepelijke uitspraak van de rechter en de inzage vervolgens is verkregen, daarmee het beslag vervalt. In die zaak ging het om inzage teneinde proceskosten in te schatten. Na de inzage verviel het beslag volgens het hof. Als het bewijsbeslag tot doel heeft om bewijs te leveren in een procedure, door overlegging van (kopieën van) de inbeslaggenomen bescheiden of voorwerpen, zal het beslag eerst vervallen als de procedure waarin dat bewijs moest worden geleverd definitief is geëindigd, bijvoorbeeld door een onherroepelijk geworden uitspraak van de rechter in die procedure. Het is die variant waarop art. 1019c lid 2 Rv met name ziet, niet op de variant dat bevel tot inzage onherroepelijk is geworden, maar de inzage zelf nog niet is verkregen. Het verval van het bewijsbeslag, waartegen overigens uiteraard ook zo nodig een opheffingsvordering bij de rechter in kort geding kan worden ingesteld, is dus afhankelijk van het moment waarop het doel van het beslag is bereikt.

4.2.5 *Plaats van een nieuwe regeling van het bewijsbeslag in de wet*

147. Een nieuwe regeling van het bewijsbeslag zou kunnen worden opgenomen in de vierde titel van het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Conservatoir beslag), maar vanwege het verband met het bewijsrecht ligt regeling – met waar nodig verwijzing naar de regels over conservatoir beslag in de vierde titel van het derde boek – van dit beslag in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Bewijs) meer voor de hand. Dan zou ook tegelijkertijd het inzagerecht (art. 843a) naar die afdeling kunnen verhuizen, zoals destijds voorgesteld in wetsvoorstel 33 079. Een en ander zou dan kunnen worden ondergebracht in een nieuwe § 3 van die afdeling tezamen met de daarin nu opgenomen regeling van openlegging van boeken, bescheiden en geschriften.

4.3 GETUIGENBEWIJS EN DESKUNDIGENBEWIJS

4.3.1 *Getuigen en deskundigen horen op de zitting*

148. De invoering van de KEI-wetgeving brengt geen noemenswaardige wijzigingen in de wettelijke regeling van het getuigenverhoor en het deskundigenbewijs van de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.¹⁵ Intussen komt de door de Rechtspraak geïnitieerde – Engelstalige – *Netherlands*

¹⁵ Afgezien van terminologische aanpassingen is de belangrijkste wijziging de toevoeging van een zesde lid aan art. 180 en 198 en aanpassing van art. 201 lid 4 in verband met de mogelijkheid van vervanging van een schriftelijk proces-verbaal door een beeld- of geluidsopname als bedoeld in het nieuwe art. 30n lid 7

Commercial Court van de grond, met aparte procedureregels, ook voor het bewijsrecht. Wij gaan daarop hier niet in, maar verwijzen naar de literatuur daarover.¹⁶

149. Een belangrijke vernieuwing van de KEI-wetgeving is de in art. 30k lid 2 Rv geschapen mogelijkheid om tijdens de mondelinge behandeling, ingevolge art. 30k lid 1, aanhef en onder d, Rv getuigen en deskundigen te horen.¹⁷ Ingevolge het nieuwe art. 30o lid 1 Rv kan zo'n mondelinge behandeling op elk moment in de procedure worden gehouden, zodat deze wijzen van bewijslevering zo nodig aanzienlijk kunnen worden vervroegd. In het licht hiervan verdient art. 166 Rv nadere beschouwing. Op zichzelf kan het artikel worden gehandhaafd omdat het een waarborg biedt voor het recht op bewijslevering door getuigen. De gang van zaken die art. 30k lid 2 Rv mogelijk maakt, zal echter ongetwijfeld invloed uitoefenen op de huidige praktijk rond het al of niet honoreren van een bewijsaanbod en de aan dat aanbod te stellen eisen. Met name is te verwachten dat meer zal worden aangestuurd op het vroegtijdig horen van getuigen, althans het snel na aanvang van de procedure plannen van een getuigenverhoor, hetzij op initiatief van de rechter, hetzij op initiatief van partijen. Vroegtijdig overleg op de mondelinge behandeling (wellicht direct na aanvang van de procedure op een zogenoemde regiezitting) over het horen van getuigen of het inwinnen van een deskundigenbericht zal meebrengen dat de in onze rechtspraak ontwikkelde leer – die in de praktijk leidt tot het regelmatig afwijzen van een bewijsaanbod omdat het niet relevant of niet specifiek genoeg is – in positieve zin zal kunnen veranderen, doordat er minder obstakels worden opgeworpen voor een partij die getuigen wil doen horen. Een praktijk van tijdig overleg zal partijen stimuleren in een vroeg (lieft preprocesueel) stadium vast te stellen over welke relevante bewijsmiddelen zij kan beschikken. Ten aanzien van de procedure in hoger beroep kan hetzelfde worden gezegd, nu bewijslevering niet alleen kan worden besproken, maar ook kan plaatsvinden tijdens een mondelinge behandeling (art. 354 Rv, zoals luidend na invoering van KEI) na aanbrengen of op een later moment (art. 30k lid 2 en 30o Rv). Wij verwachten dan ook dat de KEI-wetgeving mee zal kunnen brengen dat de rechter minder belemmeringen ziet om getuigen te horen of deskundigen in te schakelen, doordat in mindere mate sprake is van 'tijdverlies'.

en 8 Rv en de voorschriften ten aanzien van een later opgemaakte schriftelijke weergave van het procesverbaal.

16 Zie hierover de Nederlandse bijdragen in de *TCR-special* 2016/4 gewijd aan dit gerecht.

17 Memorie van toelichting KEI, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 71. Zie hierover *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30k (R.H. de Bock), aant. 9 e.v. Het betreft het horen van getuigen en deskundigen *als zodanig*, dus in de betekenis die de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek daaraan geeft. De deskundigen zullen dan veelal niet door de rechter benoemde deskundigen zijn, zoals bedoeld in art. 200 Rv, ofschoon niets de rechter in de weg staat in overleg met partijen zelf een deskundige te benoemen en deze, al of niet na schriftelijk rapport, op de zitting te horen. Ook op dit punt kan maatwerk worden geleverd binnen de grenzen van de eisen van een behoorlijk proces.

150. Hoewel voor het horen van getuigen en deskundigen op de zitting tijdens een mondelinge behandeling geen voorafgaande bewijsopdracht of bevel tot deskundigenbericht vereist is,¹⁸ ligt het voor de hand dat meestal geen getuigen of deskundigen bij de mondelinge behandeling worden gehoord zonder dat aan rechter en partijen duidelijk is over welk *bewijsthema* (probandum) zij worden gehoord. Art. 30q lid 3 Rv schept zonder meer de verwachting dat de rechter dit thema niet bij afzonderlijke uitspraak formuleert, maar zo snel mogelijk met partijen bespreekt en beslist wat het bewijsthema is. De rechter zal dit dan moeten opnemen in het proces-verbaal van de zitting (waaronder begrepen een vroegtijdig te houden regiezitting) of, al eerder, in de zittingsagenda (hetgeen dan uiteraard wel moet gebeuren door de zaaksrechter).¹⁹ Denkbaar is ook dat het bewijsthema in nadere (elektronische) correspondentie tussen rechter en partijen wordt geformuleerd.²⁰

151. Het is te verwachten dat art. 30k lid 2 Rv van invloed zal zijn op de behoefte aan een voorafgaand of parallel met de bodemprocedure gehouden *voorlopig getuigenverhoor/deskundigenbericht*; daar bestaat dan immers veel minder noodzaak voor. In verband hiermee wordt het volgende opgemerkt. Indien er bij partijen behoefte bestaat aan bewijslevering, zullen tijdens een preprocesuele mondelinge behandeling naar verwachting zo veel mogelijk afspraken worden gemaakt om dadelijk of tijdens een later voortgezette zitting getuigen en partijdeskundigen te doen horen over een afgesproken bewijsthema. Daarmee wordt, zoals art. 30k Rv voor de aanhangige procedure doet, een aanzienlijke vereenvoudiging geschapen omdat deze wijze van horen in de plaats zal komen van in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures van het voorlopig getuigenverhoor en deskundigenbericht. Wij zien dit als een positieve ontwikkeling, met name omdat partijen in mindere mate de noodzaak zullen voelen 'over de gehele breedte' getuigen te horen, zoals nu bij voorlopige getuigenverhoren regelmatig aan de orde is. Door spoedig een bewijsthema te formuleren vindt immers direct inkadering van het verhoor plaats.

4.3.2 *Schriftelijke getuigenverklaringen*

152. Een materie die voorts aandacht vraagt, is de mogelijkheid van het leveren van bewijs door middel van het overleggen van schriftelijke verklaringen van getuigen die niet tijdens

18 Memorie van toelichting KEI, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 71.

19 In KEI staat de regievoering door de rechter centraal. Evenals door ons wordt in de KEI-wetgeving ervan uitgegaan dat de regie wordt gevoerd door de zaaksrechter. Alleen deze kan immers het beoogde 'maatwerk' leveren. Zie hierover *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30k (R.H. de Bock), aant. 2. Zie over de zittingsagenda art. 4.1.5 van het Landelijk procesreglement civiele zaken rechtbanken en gerechtshoven KEI.

20 Zie hierover nader *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30k (R.H. de Bock), aant. 9.6.

een verhoor door de rechter tot stand zijn gekomen.²¹ Het gaat dan om verklaringen die buiten rechte door die getuigen zelf op schrift zijn gesteld of zijn afgelegd ten overstaan van een notaris of advocaat en door deze op schrift zijn gesteld en vervolgens door de getuige zijn ondertekend. Zulke verklaringen zijn als bewijsmiddel toegestaan, aldus HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, *NJ* 2004/151 (*Van Mierlo/Gem. Asten*).²² Zij gelden in het huidige systeem van de wet als schriftelijk bewijs.²³ Tegelijkertijd kunnen zij wel worden beschouwd als getuigenverklaringen, zoals blijkt uit het standaardarrest over het bewijsaanbod in hoger beroep, HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270 (*OZ/Roozen*). Daarin is namelijk ten aanzien van een bewijsaanbod in hoger beroep beslist dat ingeval een partij zo'n aanbod doet, de omstandigheid dat reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen in het geding zijn gebracht, kan meebrengen dat die partij nader aangeeft in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. Een en ander is bevestigd en uitgewerkt in HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, *NJ* 2017/24 (*Lahmann/St. Continuïteit*).²⁴ In die zaak had het horen van de eerste getuige door het hof erg veel tijd in beslag genomen, reden waarom het hof vervolgens had besloten dat alvorens de overige getuigen te horen eerst schriftelijke verklaringen van hen dienden te worden overgelegd.²⁵ In cassatie werd

21 Zie hierover G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 28-34, en S.H. Verrips, De kantoorverklaring is zo verschrikkelijk nog niet, *WPNR* 2017/7142, die de schriftelijke getuigenverklaring bepleit.

22 'Op zichzelf verzet geen rechtsregel zich ertegen dat een procespartij aan een derde verzoekt om ten behoeve van de procedure een schriftelijke verklaring af te leggen betreffende hetgeen hem over bepaalde feiten bekend is, en om deze verklaring vervolgens in de procedure over te leggen. Evenmin verzet op zichzelf enige rechtsregel zich ertegen dat een procespartij een derde verzoekt om een reeds ten gebruike in de procedure opgestelde verklaring betreffende bepaalde feiten, te ondertekenen, indien hij met de inhoud van die verklaring instemt, en om de ondertekende verklaring vervolgens in de procedure over te leggen.'

23 In HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9384, *NJ* 2003/166 (*Adrichem-Reek/Reek*) is beslist dat de schriftelijke verklaring van een partij bewijs door geschrift oplevert en niet kan worden opgevat als bewijs door getuigen, aangezien de wet onder getuigen slechts diegenen verstaat die als zodanig ten overstaan van de rechter in het geding een mondelinge verklaring afleggen. Deze beslissing had betrekking op de – daarmee ontkennend beantwoorde – vraag of op die schriftelijke verklaring art. 164 lid 2 Rv van toepassing was, waardoor aan die verklaring slechts de in die bepaling omschreven beperkte bewijskracht toekwam. Hierna in nr. 157 bepleiten wij afschaffing van deze bepaling.

24 R.o. 3.4.1-3.4.3.

25 Het hof overwoog (geciteerd in r.o. 3.2.4 van het arrest van de Hoge Raad): 'In overleg tussen de beide raadslieden en de raadsheercommissaris is, vanwege de lange duur van het verhoor van de eerste getuige en het extreme te verwachten tijdsbestek indien voor het verhoor van de verdere getuigen niet voor een andere wijze van verhoor zou worden gekozen, gezamenlijk – derhalve met instemming van partijen en hun advocaten – besloten de getuigen aldus te horen dat iedere getuige voorafgaand aan het getuigenverhoor een schriftelijke en door hem/haar ondertekende verklaring zou opstellen, dat deze verklaring vooraf aan de raadsheercommissaris en aan de advocaat van de wederpartij zou worden toegezonden, dat die verklaring vervolgens door de raadsheercommissaris werd gewaarmerkt zodat ieder over dezelfde verklaring zou beschikken, en dat het verhoor aldus zou plaatsvinden dat de (genummerde) verklaring ter zitting nummer voor nummer door de aanwezigen werd doorgelezen, dat vervolgens aan de getuige de vraag werd voorgelegd of hij het desbetreffende deel van de verklaring onder ede bevestigde en dat daarna de gelegenheid bestond voor de raadsheercommissaris, de getuige, de partijen en hun advocaten, om naar aanleiding van het in de

onder meer geklaagd dat het hof had blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de verklaringen van de personen die zijn gehoord op de in deze zaak gekozen wijze, zijn te beschouwen en waarderen als getuigenverklaringen in de zin van art. 163 e.v. Rv. Als getuigenverklaring in de zin van die bepalingen was volgens de klacht louter aan te merken een mondeling voor de rechter afgelegde verklaring, waarbij geen gebruik is gemaakt van een schriftelijk opstel en waarbij de mede ter zitting verschenen getuigen niet tegenwoordig zijn. De Hoge Raad heeft deze klacht verworpen en heeft daartoe het volgende overwogen:

‘3.4.1 Indien een procespartij aan een derde verzoekt om ten behoeve van de procedure een schriftelijke verklaring af te leggen en deze verklaring in het geding wordt gebracht, is de waardering van de bewijskracht van die verklaring aan het oordeel van de rechter overgelaten (art. 152 lid 2 Rv). Bij die bewijswaardering zal de rechter zich dienen af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van die verklaring afbreuk wordt gedaan door het feit dat hij de persoon die de verklaring heeft afgelegd, niet zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij ook de wederpartij aanwezig heeft kunnen zijn, en door het feit dat die verklaring niet onder ede is afgelegd. (Vgl. HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, NJ 2004/151)

3.4.2 Art. 163 Rv bepaalt dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen voor zover zij betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. Deze bepaling belet niet dat de rechter een persoon als getuige hoort van wie een schriftelijke verklaring in het geding is gebracht (vgl. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270), ook niet als die schriftelijke verklaring niet in tegenwoordigheid van partijen tot stand is gekomen en bij het getuigenverhoor gebruik wordt gemaakt van die verklaring. De beslissing van het hof om tot een dergelijk verhoor over te gaan gezien de duur van het verhoor van de eerste getuige, het te verwachten tijdsbestek van het horen van de overige getuigen en de instemming van partijen en hun advocaten met het horen van de overige getuigen met gebruikmaking van voordien door de getuigen ondertekende schriftelijke verklaringen, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

3.4.3 Bij de bewijswaardering van een getuigenverklaring die is afgelegd met gebruikmaking van een eerder door dezelfde persoon afgelegde schriftelijke verklaring die niet in tegenwoordigheid van partijen tot stand is gekomen, zal de rechter zich dienen af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van de

verklaring onder het desbetreffende nummer geschrevene een opmerking te maken dan wel een vraag/vragen te stellen. Ook daarna konden in het algemeen nog vragen worden gesteld.’

getuigenverklaring afbreuk wordt gedaan door het bestaan en de wijze van totstandkoming van die schriftelijke verklaring. Dat is niet anders doordat de rechter de getuige zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij partijen aanwezig of vertegenwoordigd konden zijn, en doordat de getuigenverklaring onder ede is afgelegd.’

153. Uit het voorafgaande is duidelijk dat de schriftelijke getuigenverklaring als zodanig in ons civiele bewijsrecht is erkend. Aantekening verdient dat, afgezien van de algemeen gestelde overwegingen ten aanzien van de waardering van schriftelijke getuigenverklaringen door de rechter, de wijze waarop deze verklaringen in dit geval tot stand zijn gekomen, samenhangt met de concrete situatie in die zaak. De Hoge Raad heeft beslist dat het zo kon. Dat betekent uiteraard niet dat het zo moet. Daarom merken wij over de verdere implementatie van de schriftelijke getuigenverklaring in ons recht het volgende op.

154. Het is van groot belang dat over de geschilpunten in een zaak zo veel en zo snel mogelijk alle relevante informatie boven tafel komt. Daartoe dient zeker het overleggen van schriftelijke verklaringen, die liefst al in de preprocesuele fase zijn verkregen. Deze mogelijkheid van schriftelijk getuigenbewijs dient dan ook in de wet te worden geregeld, namelijk in de paragraaf over getuigenbewijs (§ 4 van de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Het schriftelijk getuigenbewijs is ook bekend in andere landen,²⁶ zoals de VS,²⁷ Engeland,²⁸ Frankrijk²⁹ en Duitsland,³⁰ alsmede volgens Principle 19.3 en 19.4 en Rule 23 van de Principles of Transnational Civil Procedure.³¹ Het in een vroege fase overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen is te meer wenselijk omdat in dat geval voorzienbaar is dat door adequate regievoering in overleg met partijen het horen van getuigen op de zitting kan worden

26 Zie hierover *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/176.

27 Zie Verkerk 2010, p. 208-210.

28 Civil Procedure Rules (CPR) 32.4, ‘Requirement to serve witness statements for use at trial’, www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part32#32.4 (laatstelijk geraadpleegd op 27 november 2016). Deze onbeëdigde verklaringen vervangen de eertijds in zwang zijnde buitengerechtelijke beëdigde getuigenverklaringen, de (vrij kostbare) *affidavits* (beëdigde schriftelijke verklaringen), die nu nog slechts in bepaalde gevallen, met name op bevel van de rechter, worden afgenomen, zie Practice Direction 32, 1.4. Zie over e.e.a. H.M. Malek QC, *Phipson on Evidence*, London: Sweet & Maxwell 2013, (Saima Hanif) 10.05-06 en 10.10-11.

29 Art. 200-202 CPC, ‘attestations’, door partijen overgelegd of op bevel van de rechter geproduceerd. Zie daarover S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l’Union européenne*, Paris: Dalloz 2012, nr. 617-620.

30 § 377 lid 3 ZPO, ‘schriftliche Vernehmung’ op bevel van de rechter. Daarover *Münchener Kommentar ZPO*, München: C.H. Beck 2016, § 377 (Jürgen Damrau), Rnr. 7-17.

31 ALI/Unidroit 2006, Rule 23. De ‘deposition’ (een onder ede mondeling afgelegde verklaring ten overstaan van een functionaris die bevoegd is een eed af te nemen) kan alleen worden afgegeven op bevel van de rechter; beëdigde schriftelijke verklaringen (‘written statements by affidavit’) mogen alleen met toestemming van de rechter worden overgelegd.

beperkt tot de getuigen van wie hetzij geen schriftelijke verklaring kon worden verkregen, hetzij de inhoud van de schriftelijke verklaring meebrengt dat de getuige ten overstaan van de rechter alsnog wordt gehoord. Hiervoor kan de rechter aanleiding zien indien hij naar aanleiding van de schriftelijke getuigenverklaring zelf nadere vragen aan de getuige wenst te stellen. Gelet op wat wij hebben betoogd in het eerste deeladvies ten aanzien van de in beginsel beperktere mogelijkheden voor bewijsverrichtingen in de procedure is geïndiceerd dat partijen verplicht worden zo snel mogelijk schriftelijke getuigenverklaringen over te leggen en dat zij dat slechts onder bepaalde omstandigheden later nog mogen doen. Deze omstandigheden kunnen situaties zijn waarin (1) een partij niet de beschikking heeft kunnen krijgen over de benodigde informatie, (2) het debat tussen partijen een wending neemt die zij niet eerder hadden kunnen voorzien, bijvoorbeeld doordat de rechter anders tegen de zaak aankijkt dan partijen, of (3) de rechter niet over het geschil kan beslissen zonder nadere aanvullende informatie, omdat anders op een onjuiste (of onvolledige) feitelijke of juridische grondslag zou worden beslist (vergelijk de aan te leggen maatstaf bij het terugkomen op een eerdere eindbeslissing, HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, NJ 2010/634 (*Kojen Enerji Ve Otomasyon Sistemleri Sanayi Ticaret/ABB*)). Voor alle duidelijkheid: het mogelijk maken van schriftelijke getuigenverklaringen heeft níét tot doel om de mondelinge getuigenverklaringen (nog verder) terug te dringen. Het gaat erom te regelen dat ook deze vorm van informatievoorziening aan de rechter een wettelijke basis krijgt. De rechter heeft altijd de bevoegdheid – en soms de plicht – om getuigen zelf te horen. Als eerst een schriftelijke verklaring in het geding is gebracht, is te verwachten dat het horen door de rechter gericht en dus efficiënter kan plaatsvinden. Op die manier kan, zeker in samenhang met de hiervoor besproken mogelijkheden van art. 30k lid 2 Rv, een stimulerende werking uitgaan van het verschaffen van een wettelijke basis aan de schriftelijke getuigenverklaring.

155. De vraag rijst in dit verband nog of eisen moeten worden gesteld aan de wijze waarop de schriftelijke verklaringen tot stand zijn gekomen, bijvoorbeeld de eis dat de verklaring in aanwezigheid van (de raadslieden van) beide partijen moet zijn afgelegd, al of niet ten overstaan van een ‘neutrale’ derde, zoals een notaris. Gelet op de vrije bewijsleer die bij ons geldt en de daarin passende vrije bewijswaardering van de rechter (art. 152 Rv), moet die vraag ontkennend worden beantwoord. Verwezen kan worden naar hetgeen de Hoge Raad overweegt in het hierboven geciteerde arrest van 23 december 2016.

156. Het is dan ook aan partijen te kiezen voor de wijze waarop de verklaringen worden verkregen, tenzij de wet, zoals in andere landen, de rechter de bevoegdheid geeft een bevel te geven tot het produceren van een schriftelijke getuigenverklaring, in welk geval de rechter tevens zal hebben te bepalen op welke wijze de schriftelijke verklaring tot stand dient te komen. Overwogen zou kunnen worden om een algemene instructie op te stellen,

zodat voor degene die overweegt een schriftelijke verklaring af te leggen duidelijk is wat het gewicht is van zo'n verklaring.

157. Wat betreft de bewijswaardering (bewijskracht) van verklaringen van partijen hetzij ter zitting, hetzij als partijgetuige pleiten wij voor afschaffing van de uitsluiting (art. 88 lid 4 en 179 lid 4 Rv) respectievelijk beperking (art. 164 lid 2 Rv) van de bewijskracht van die verklaringen en voor het overlaten van die waardering aan het oordeel van de rechter. In de huidige tijd bestaat naar onze mening geen rechtvaardiging voor deze beperking. Wij verwijzen naar uitvoeriger uiteenzettingen hierover in de literatuur.³²

4.3.3 *Joint statement van deskundigen*

158. Ten aanzien van *deskundigen* doet zich de vraag voor of in ons recht een regeling moet worden getroffen om een 'joint statement' van deskundigen mogelijk te maken. Het is een in Engeland veel voorkomend instrument.³³ De verschillende door de partijen aangezochte deskundigen krijgen nadat zij hun rapporten hebben uitgebracht dan wel in één eerder stadium van de rechter of van de partijen zelf de opdracht met elkaar in overleg te treden ('discussions') en vervolgens met een gezamenlijke, door hen ondertekende, verklaring te komen waarin onder meer wordt vermeld op welke punten zij het met elkaar eens zijn, op welke punten niet en welke andere kwesties met betrekking tot de zaak aan de orde zijn gekomen en in hoeverre daarover overeenstemming is bereikt.³⁴ Partijen zijn aan de *joint statement* niet gebonden, tenzij zij dat met elkaar zijn overeengekomen.³⁵ Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat *concurrent expert evidence* ter zitting wordt gegeven, waarbij de rechter alle deskundigen tegelijk hoort, ook wel 'hot tubbing' genoemd en in de context van het Engelse proces 'inquisitoir' van karakter door de centrale rol van de rechter.

32 Zie voor een overzicht 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; *Asser/Asser Procesrecht* 3 2013/263; De Bock 2011, nr. 6.8.

33 Zie Civil Procedure Rules, Rule 35.12; Practice Direction 35, par. 9.1-9.8 ('discussions' gevolgd door een schriftelijke verklaring van deskundigen) en 11 (mondeling 'concurrent expert evidence' ten overstaan van de rechter, 'hot tubbing'). Hierover Malek 2013, 33-46, resp. 33-42. Over 'hot tubbing' is een onderzoeksrapport verschenen van de Engelse Civil Justice Council, www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2011/03/cjc-civil-litigation-review-hot-tubbing-report-20160801.pdf, met positieve resultaten van de 'inquisitorial' manier van bewijslevering door deskundigen.

34 PD 35, par. 9.2: 'The purpose of discussions between experts is not for experts to settle cases but to agree and narrow issues and in particular to identify:
i. the extent of the agreement between them;
ii. the points of and short reasons for any disagreement;
iii. action, if any, which may be taken to resolve any outstanding points of disagreement; and
iv. any further material issues not raised and the extent to which these issues are agreed.'

35 CPR 35.12 (5): 'Where experts reach agreement on an issue during their discussions, the agreement shall not bind the parties unless the parties expressly agree to be bound by the agreement.'

159. De Raad voor de rechtspraak heeft bij de consultatie over het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht gevraagd in hoeverre het wenselijk is om het instrument van de *joint statement* van deskundigen ook in de Nederlandse wet te introduceren ten behoeve van een betere inzet van deskundigen in (met name) kartelschadezaken.³⁶

160. Het risico van een verplichte *joint statement* is volgens de expertgroep dat deze het probleem van verschil van inzicht tussen partijen verlegt naar de fase van de totstandkoming van de *joint statement* en naar de fase daarna, waarin partijen de *joint statement* in twijfel trekken daar waar zij het er niet mee eens zijn.³⁷ Daarmee wordt vanuit het gezichtspunt van partijen dus niets opgelost of vereenvoudigd.

161. Wij menen echter dat waar de beoordeling van het geschil grotendeels afhankelijk is van een oordeel van deskundigen, dit middel aandacht verdient, met dien verstande dat partijen zo nodig in een preprocesuele mondelinge behandeling zouden moeten afspreken welke vraagstelling aan de deskundigen wordt voorgelegd en of zij zich bij voorbaat bij de inhoud van de *joint statement* zullen neerleggen (denk aan het bindend advies). Het voordeel van deze aanpak is dat al in een zeer vroeg stadium rechterlijke tussenkomst de vereiste neutrale regie kan verzekeren om de geschetste problemen (zo veel mogelijk) te voorkomen. Bovendien zou daarmee de gangbare én kostbare praktijk, dat partijen eerst ieder een eigen deskundige dienen in te schakelen en vervolgens door de rechter nog een derde deskundige wordt benoemd omdat de eerdere deskundigen 'slechts' partijdeskundigen zijn, kunnen worden ingeperkt.

4.4 SCHRIFTELIJK BEWIJS

4.4.1 Algemeen

162. Ten aanzien van het schriftelijk bewijs bevat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in art. 85 een procedureel voorschrift over de wijze van het in het geding brengen van bewijsstukken (producties). Deze bepaling is gewijzigd in verband met de invoering van de KEI-wetgeving. Wij laten deze bepaling verder rusten.

36 Zie de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2016/17*, 34 490, nr. 6, p. 5.

37 Op dit soort risico's, maar dan met name als de 'discussions' plaatsvinden voordat de deskundigen hun eigen rapporten hebben uitgebracht, wijst ook Malek 2013, 33-46, p. 1177.

163. KEI brengt geen wijziging in de huidige wettelijke regeling van het schriftelijk bewijs in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Ten aanzien van de bewijskracht van akten en van de bewezenverklaring in een strafvonnis bevat deze afdeling in § 2 voorschriften die naar onze mening geen herziening vergen.

164. De bepalingen in § 3 van die afdeling ten aanzien van openlegging van boeken, bescheiden en geschriften dienen nader te worden bezien in het kader van het inzagerecht.

4.4.2 *Proces-verbaal van constatering*

165. Een afzonderlijke categorie vormt het *proces-verbaal van constatering* van een deurwaarder. Bij de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) leeft de wens om het proces-verbaal van constateringen te voorzien van een wettelijke basis en de status te geven van een authentieke akte, zodat het tegenover iedereen dwingende bewijskracht heeft. Zonder twijfel kan dit bewijsmiddel een goedkoop en nuttig instrument zijn in bepaalde zaken, zoals ontruimingszaken. Als van het proces-verbaal van constateringen een authentieke akte wordt gemaakt door hiervan een ambtshandeling te maken, wordt daarmee de deurwaarder met uitsluiting van anderen (onder wie de notaris) bevoegd om bepaalde waarnemingen vast te leggen. Daartoe zou in de wet een bepaling moeten komen dat de gerechtsdeurwaarder bevoegd is tot het maken van een proces-verbaal van constatering. Wij menen dat de deurwaarder bij uitsluiting bevoegd dient te zijn tot het opmaken van een dergelijk proces-verbaal van constatering. Hij is uit hoofde van zijn wettelijke taken immers degene met de expertise ten aanzien van het doen van waarnemingen en de verslaglegging daarvan en van het inroepen van bijstand van de politie in gevallen waarin hij tot het doen van de van hem gevraagde waarnemingen zich de toegang moet verschaffen tot plaatsen waar hij die ambtshandelingen moet verrichten.

5 OMGAAN MET VERTROUWELIJKE INFORMATIE

5.1 INLEIDING

166. In hoofdstuk 2 van dit advies is het verzamelen van informatie voorafgaand aan een rechterlijke procedure vooropgesteld (par. 2.3.2). Daar (par. 2.3.4) is tevens onderkend dat er zwaarwegende belangen kunnen zijn die in de weg staan aan het verstrekken van informatie of het verschaffen van inzage. Van zwaarwegende belangen die ertoe kunnen leiden dat een getuige de haar of hem gestelde vragen niet behoeft te beantwoorden, dan wel dat van een derde niet kan worden geveerd inzage te verlenen in bepaalde documenten, is sprake als er een geheimhoudingsplicht is van degene van wie getuigenis of inzage wordt verlangd die is erkend door toekenning van een verschoningsrecht. Maar ook buiten het bestaan van een verschoningsrecht kan sprake zijn van zwaarwegende belangen die zich tegen toewijzing verzetten als zich 'gewichtige redenen' voordoen. Daarbij kan worden gedacht aan het geval dat, gelet op het vertrouwelijke karakter van de informatie die door inzage zou worden verstrekt, moet worden aangenomen dat degene van wie inzage wordt verzocht een in rechte te respecteren recht op of verplichting tot geheimhouding heeft (par. 3.5.7). De expertgroep stelt geen wijziging voor van de wettelijke regeling van het verschoningsrecht (art. 165 Rv).

167. Gelet op het recht op informatie enerzijds en het recht op geheimhouding daarvan anderzijds acht de expertgroep een wettelijke regeling met betrekking tot het omgaan met vertrouwelijke stukken noodzakelijk. De wet moet voorzien in de mogelijkheid van een beperkte kennisneming door de rechter en eventueel door een deskundige die door de rechter is benoemd en aan wie de plicht tot geheimhouding is opgelegd. Dit betekent dat er een procedure moet zijn waarin de rechter aan de hand van de als vertrouwelijk bestempelde bescheiden beoordeelt of sprake is van gewichtige redenen om verstrekking van deze stukken of inzage daarin te weigeren. Deze rechter dient naar de opvatting van de expertgroep een andere rechter te zijn dan de rechter in de hoofdzaak. Inmiddels is een regeling opgenomen in de KEI-wetgeving (waarover hierna meer). Deze sluit aan bij de regeling in het bestuursrecht, die in de praktijk blijkt te voldoen. Daarmee wordt de noodzaak van een regeling voor een nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

2002 (Wiv 2002) deels ondervangen.¹ Verder kent art. 28 Rv² de mogelijkheid van een verbod van de rechter aan partijen mededeling te doen aan derden, eventueel met oplegging van een dwangsom.³ In de praktijk lijkt van deze mogelijkheid niet vaak gebruik te worden gemaakt.

5.2 GEWICHTIGE REDENEN

168. Uitgangspunt is de regel van art. 21 Rv, dat partijen in een civiele procedure verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Deze regel lijdt uitzondering als daartoe gewichtige redenen bestaan, zoals volgt uit art. 22 Rv. Deze uitzondering geldt niet alleen voor het (mondeling of schriftelijk) toelichten van stellingen, maar ook voor het overleggen van bescheiden. Dit doet echter niet af aan het in wet en rechtspraak duidelijk vooropstaande belang van de waarheidsvinding en de daarop gerichte waarheidsplicht.⁴ In het kader van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor zal de rechter alleen onder bijzondere omstandigheden kennis mogen nemen van, en een oordeel geven over, informatie die niet (volledig) bij een van de betrokken partijen bekend is.

169. Zoals hierboven in nr. 166 is aangestipt, kent de wet ten aanzien van de verplichting tot het afleggen van een verklaring als getuige en, afgeleid daarvan, de verplichting tot het verschaffen van inzage in bescheiden, de regeling van het verschoningsrecht. In verband met het belang van de waarheidsvinding is het verschoningsrecht slechts in bijzondere gevallen erkend.⁵ Niet elke geheimhoudingsverplichting leidt tot een verschoningsrecht.⁶ Wel kan een geheimhoudingsplicht – ook indien geen sprake is van een verschoningsrecht – een gewichtige reden opleveren om geen verklaring af te leggen of bescheiden af te geven

1 Zie de aanbevelingen van de Commissie Dessens in haar rapport *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, 2013. Een wetsvoorstel tot herziening van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is op 28 oktober 2016 bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstuk 34 588). Art. 138 van dit wetsvoorstel bevat een regeling over geheimhouding in een civiele procedure.

2 Voorheen art. 29 Rv.

3 Zie Van Mierlo, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 29, aant. 5.

4 Zie daarover uitvoerig De Bock 2011 en *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013, hoofdstuk 3. Zie over vertrouwelijkheid Ekelmans 2010, hoofdstuk 7; R.F. Groos, *Geheim houden en openbaar maken van geheimen in het burgerlijk proces*; aantekeningen bij art. 22, 27, 28 en 29 Rv, *JBPr* 2010, p. 4 e.v.; C.P.J. Wijnakker, *Inzien van medische informatie: niet via het equality of arms-beginsel*, *L&S* 2011, nr. 1, p. 41 e.v.

5 Zie art. 165 lid 2 en 3 en 843a lid 3 Rv en HR 10 april 2009, *NJ* 2010/471, waarover *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/125 e.v.

6 *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/ 127. Een functioneel verschoningsrecht is aanvaard voor 'het klassieke kwartet' (arts, advocaat, notaris, geestelijke) en daarnaast voor verpleegkundigen, reclasseringsambtenaren, bepaalde maatschappelijk werkers en ambtenaren van de Belastingdienst. Zie *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/126.

dan wel daarin inzage te geven.⁷ Zoals hiervoor al is vermeld, stelt de expertgroep hier geen wijzigingen voor.

170. In de meeste gevallen zal het bij gewichtige redenen gaan om vertrouwelijke informatie. De vertrouwelijkheid kan voortvloeien uit de aard van de informatie, zoals bij medische gegevens en concurrentiegevoelige bedrijfsinformatie,⁸ soms uit de hoedanigheid van degene die over de informatie beschikt en een plicht tot geheimhouding heeft, en soms in verband met het maatschappelijk belang dat eenieder vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van bepaalde bescheiden (informatie) om bijstand en advies kan vragen en het recht van iedere partij om haar verdediging in vrijheid en beslotenheid voor te bereiden.⁹ Gewichtig betekent dat het moet gaan om een zwaarwegend belang, zoals privacy, veiligheid of koersgevoeligheid. Het probleem van de vertrouwelijkheid speelt ook in het mededingingsrecht, waarbij op grond van Europese regelgeving een grote mate van openheid verlangd wordt, ook over financiële en andere concurrentiegevoelige informatie.¹⁰

5.3 BEOORDELING VAN DE AANWEZIGHEID VAN GEWICHTIGE REDENEN

171. Het bestuursrecht kent een algemene verplichting tot het geven van de verlangde inlichtingen, waarop een uitzondering is gemaakt in art. 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze uitzondering wordt alleen aanvaard bij gewichtige redenen. De rechter moet eerst oordelen of van gewichtige redenen sprake is, waardoor een weigering dan wel een beperkte kennisname van stukken door uitsluitend de rechter gerechtvaardigd is (zie het derde lid van art. 8:29 Awb). Deze beoordeling kan de rechter overlaten aan een

⁷ *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/139.

⁸ Zie daarover ook Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan. In de considerans 24 staat onder meer: 'Rechtmatige houders van bedrijfsgeheimen zijn vaak terughoudend om procedures in te leiden ter verdediging van hun bedrijfsgeheimen uit vrees dat de vertrouwelijkheid van een bedrijfsgeheim in de loop van gerechtelijke procedures verloren zou gaan, waardoor de doeltreffendheid van de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen in het gedrang zou komen. Daarom is het noodzakelijk om, met inachtneming van de nodige waarborgen om het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en een eerlijk proces te verzekeren, specifieke eisen vast te stellen die de vertrouwelijkheid van het betreffende bedrijfsgeheim tijdens de ter verdediging van dat bedrijfsgeheim ingeleide gerechtelijke procedures beschermen.' Dit is uitgewerkt in art. 9, dat betrekking heeft op het bewaren van de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen tijdens gerechtelijke procedures. Zie over deze materie ook P.J. van der Korst, *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

⁹ Zie Hof Arnhem 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4091.

¹⁰ Zie de richtlijn privaatrechtelijke handhaving in het mededingingsrecht (Richtlijn 2014/104/EU) van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 349/1), die is geïmplementeerd bij wet van 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 28.

andere rechter, die vervolgens met uitsluiting van de rechter die op de zaak zit, kennisneemt van de stukken en de beslissing neemt of de weigering dan wel eenzijdige kennisname van de rechter gerechtvaardigd is.¹¹ Als naar het oordeel van de rechter terecht een beroep wordt gedaan op geheimhouding, vervalt de verplichting tot overlegging van stukken (zie het vierde lid van art. 8:29 Awb). De bestuursrechter kan de gegevens waarvan de wederpartij niet heeft kunnen kennisnemen dan slechts in zijn beoordeling betrekken als de wederpartij van de verstrekker ervan daarin toestemt. Wordt deze toestemming niet gegeven, dan wordt de zaak verwezen naar een andere kamer (zie het vijfde lid van art. 8:29 Awb). Aan de weigering van het geven van toestemming voor een eenzijdige kennisname door de rechter kunnen de gevolgen worden verbonden die de rechter geraden acht.¹² De Hoge Raad heeft, met verwijzing naar deze bepaling in de Awb, een soortgelijke benadering in het civiele proces geïntroduceerd in de arresten *Lightning Casino* en *Telegraaf*.¹³

172. In het *Telegraaf*-arrest beschrijft de Hoge Raad eerst de context van het omgaan met onder de Wiv 2002 voortvloeiende geheimhoudingsplicht vallende informatie in een civiele procedure: op basis van art. 22 Rv rust op partijen de verplichting om in het kader van een civiele procedure inlichtingen te verstrekken dan wel stukken over te leggen. Gewichtige redenen kunnen een weigering van een partij om aan die verplichting te voldoen rechtvaardigen. Het bestaan van een wettelijke geheimhoudingsplicht is op zichzelf niet voldoende. Van gewichtige redenen om medewerking te weigeren is alleen sprake wanneer in de concrete omstandigheden van het geval de belangen die met de geheimhoudingsplicht worden gediend, zwaarder wegen dan het maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt (r.o. 3.4.6). Hieruit volgt dat de stelling dat reeds bij voorbaat uit de Wiv 2002 volgt dat sprake zou zijn van voldoende rechtvaardiging om de verstrekking van inlichtingen of het overleggen van stukken te weigeren, geen stand kan houden (r.o. 3.4.7). Vervolgens gaat de Hoge Raad – in aansluiting op hetgeen is overwogen in het arrest *Lightning Casino* – specifiek in op de toelaatbaarheid van een weigering tot het verstrekken van inlichtingen of het overleggen van stukken:

‘3.4.8 De rechter die gesteld wordt voor de vraag of gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken (of gedeelten daarvan) of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, zal die vraag in het algemeen niet

11 Zie de uitspraken van de belastingkamer van de Hoge Raad van 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0582, en van 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9389.

12 Zie J.L.R.A. Huydecoper, Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces, *Trema* 2010, p. 324 met een verwijzing naar ABRvS 4 september 2002, *JB* 2002/304.

13 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, *NJ* 2004/4 m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino*); HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, *NJ* 2009/451 m.nt. E.J. Dommering (*Telegraaf*).

kunnen beantwoorden zonder kennis te nemen van die stukken of die inlichtingen.

De rechter zal dan ook kunnen verlangen dat de partij die zich op de gewichtige redenen beroept, daartoe medewerking verleent door uitsluitend hem ter vertrouwelijke kennisneming de desbetreffende inlichtingen te verstrekken of de stukken (eventueel alleen ter inzage) te verschaffen.

Mocht de rechter, na kennisneming van de inlichtingen of stukken, tot het oordeel komen dat geheimhouding om gewichtige redenen gerechtvaardigd is, dan vervalt de verplichting tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken.

Wel kan de partij die op grond van dit oordeel niet verplicht is tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken, desgewenst mededelen dat, met het oog op de beoordeling van de vordering, uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de van haar verlangde inlichtingen of stukken. De rechter zal evenwel in dat geval niet mede op grond van die inlichtingen of stukken uitspraak mogen doen dan nadat de wederpartij ondubbelzinnig toestemming daartoe heeft verleend. De rechter die het geding verder behandelt, zal uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht.

In het geval dat de eerder bedoelde mededeling niet door eerstgenoemde partij wordt gedaan, of dat bedoelde toestemming niet door haar wederpartij wordt verleend, dan wel in het geval dat de rechter heeft geoordeeld dat geen gewichtige redenen aanwezig zijn voor de weigering doch de betrokken partij daarin volhardt, brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging mee dat de rechter die over de geheimhouding heeft beslist en in dat verband heeft kennisgenomen van de betrokken stukken of inlichtingen, niet deelneemt aan de verdere behandeling van het geding. Eventueel aan deze rechter ter beschikking gestelde stukken worden aan de partij die ze heeft verstrekt teruggegeven.

Aldus is verzekerd dat de inlichtingen of stukken waarvan de rechter die over de weigering heeft geoordeeld, tot dat doel kennis heeft genomen maar die door de Staat niet in het geding worden gebracht, verder buiten het geding blijven en dus niet geopenbaard worden. Daarmee is de ratio weggenomen voor de uitsluiting in art. 87 WIV 2002 – door het buiten toepassing verklaren van art. 8:29 lid 3-5 Awb – van de rechterlijke toetsing van de gerechtvaardigheid van de weigering. Die ratio is volgens de memorie van toelichting immers dat die toetsing als ernstige consequentie zou hebben, dat als het beroep op de aanwezigheid van een gewichtige reden met betrekking tot de verstrekte inlichtingen c.q. overgelegde stukken door de rechtbank wordt afgewezen, de

desbetreffende gegevens openbaar worden en daarmee – zeker als het om een inzageverzoek gaat – de facto ook het geschil ten principale wordt beslist, hetgeen niet de bedoeling kan zijn (Kamerstukken II 1997-1998, 25 877, nr. 3, p. 89 e.v.).’

173. Inmiddels bestaat ingevolge de KEI-wetgeving ook in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in art. 22 en 22a, een regeling die op hetzelfde neerkomt. In deze regeling is opgenomen dat de rechter bij een weigering van toestemming van de wederpartij voor eenzijdige kennisname door de rechter, de zaak verwijst naar een andere kamer voor verdere behandeling en beslissing (art. 22 lid 6, laatste volzin, Rv). In deze bepaling is niet geregeld dat de rechter naar wie in dat geval wordt verwezen, aan de weigering de gevolgtrekkingen kan verbinden die hij geraden acht.

174. Voorts wordt in de herziening van de Wiv 2002 voorzien in een nieuw art. 138, dat een regeling geeft met betrekking tot geheimhouding van informatie afkomstig van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in een civielrechtelijke procedure. Dit artikel in het wetsvoorstel luidt als volgt:¹⁴

‘1. Indien de staat in een civielrechtelijke procedure door de rechter op grond van art. 22 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt bevolen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen en deze dit met een beroep op geheimhouding wegens gewichtige redenen weigert worden de desbetreffende inlichtingen of bescheiden ter vertrouwelijke kennisneming aan de rechter verstrekt onderscheidenlijk overgelegd door deze ter inzage te geven zonder dat hiervan een afschrift wordt vervaardigd, teneinde de rechter in de gelegenheid te stellen te beoordelen of de weigering van de staat gerechtvaardigd is.

2. Indien de rechter van oordeel is dat de weigering, bedoeld in het eerste lid, gerechtvaardigd is, kan de staat de rechter desalniettemin toestaan de inlichtingen of de bescheiden die hem ter vertrouwelijke kennisneming zijn verstrekt onderscheidenlijk aan hem zijn overgelegd of ter inzage gegeven, te betrekken bij de beoordeling van de zaak, zonder dat enig ander dan de rechter hiervan kennis zal mogen nemen. De rechter doet in dat geval alleen mede op grond van die inlichtingen of bescheiden uitspraak indien de wederpartij daartoe toestemming heeft verleend. De rechter kan uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

14 *Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 2.*

3. De rechter verzoekt zich te mogen verschonen overeenkomstig art. 40 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering indien:

a. de rechter van oordeel is dat de weigering, bedoeld in het eerste lid, gerechtvaardigd is, en hij van minimaal één van beide partijen geen toestemming heeft gekregen de inlichtingen of de bescheiden die hem ter vertrouwelijke kennisneming zijn verstrekt onderscheidenlijk aan hem zijn overgelegd of ter inzage gegeven, te betrekken bij de beoordeling van de zaak;

b. de rechter van oordeel is dat de weigering, bedoeld in het eerste lid, niet gerechtvaardigd is, maar de staat desalniettemin in die weigering volhardt. Art. 41 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing.

4. In een geval als bedoeld in het derde lid, onder a of b, worden de bescheiden die overeenkomstig het eerste lid ter vertrouwelijke kennisneming aan de rechter zijn overgelegd of ter inzage gegeven, onverwijld aan de staat teruggezonden.’

175. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich in het kader van het Europese aanbestedingsrecht uitgesproken over het omgaan met vertrouwelijke informatie in een procedure. Het HvJ EU oordeelde¹⁵ ‘dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie¹⁶ (...) de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen moet waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende dienst, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het staat aan deze instantie om te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en, in het geval van een beroep bij een rechter of bij een instantie die een gerecht is in de zin van artikel 234 EG,¹⁷ met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.’

176. In het kader van art. 6 en 8 EVRM bestaat uitgebreide jurisprudentie van zowel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als de Hoge Raad. In de kern gaat het steeds om een afweging of, in de concrete omstandigheden van het geval, de belangen van de

15 HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, NJ 2008/271 (*Varec SA/Belgische Staat*), r.o. 35. Zie ook het arrest van het Hof (Vijfde kamer) van 23 november 2016 inzake Bayer CropScience SA-NV en Stichting De Bijenstichting tegen College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden omtrent Verordening (EG) nr. 1107/2009, zaak C-442/14.

16 Het betrof een gunningsbesluit van de Belgische regering waartegen een afgewezen partij beroep had ingesteld bij de Belgische Raad van State.

17 Thans art. 267 VWEU. Bedoeld zijn de nationale gerechten die bevoegd c.q. verplicht zijn prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen.

partij die zich op vertrouwelijkheid beroept, zwaarder wegen dan het grote maatschappelijke belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt. Het voert te ver om deze jurisprudentie hier te bespreken.¹⁸ Ten overvloede verdient opmerking dat in het kader van art. 6 EVRM de rechtspraak eist dat sprake is van een fair proces en het beginsel van 'equality of arms', hetgeen in beginsel meebrengt dat beide partijen over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.

5.4 GEVOLGTREKKINGEN

177. Uit het vorenstaande kunnen enkele conclusies worden getrokken. In de eerste plaats is onder omstandigheden niet uitgesloten dat de rechter eenzijdig kennis mag nemen en mag beslissen op grond van vertrouwelijke stukken. In zoverre kan dus inbreuk worden gemaakt op het fundamentele recht van hoor en wederhoor. Die inbreuk wordt gerechtvaardigd door het beginsel van toegang tot de rechter ter verzekering van een effectieve rechtsbescherming. In de tweede plaats wordt de mogelijkheid van eenzijdige kennisneming van vertrouwelijke stukken en mede op grond daarvan beslissen beperkt door, zoals art. 8:29 Awb en het nieuwe art. 22 lid 6 Rv bepalen, hiervoor de toestemming van de wederpartij te verlangen. Wel is wenselijk dat de rechter, indien die toestemming wordt geweigerd, negatieve gevolgen aan die weigering kan verbinden, met welke bevoegdheid de rechter indirecte druk kan uitoefenen om de toestemming te geven. In de derde plaats moet de rechter altijd blijven binnen de grenzen van het recht op een eerlijke procedure. Daarbij is van belang dat de inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor als zodanig dan niet steeds noodzakelijkerwijs leidt tot de conclusie dat daarmee dit recht wordt geschonden, maar dat de vraag of daarvan sprake is, beantwoord moet worden in het licht van de gehele procedure.

178. De rechter zal ernaar moeten streven de vertrouwelijkheid te beperken tot het noodzakelijke en dus alleen gegevens aan de wederpartij van de informatieverschaffer mogen onthouden voor zover dat redelijkerwijs niet anders kan met het oog op een goede rechtsbedeling. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de inbreuk daarop in het belang van de waarheidsvinding zo klein mogelijk wordt gehouden. De belangenafweging die in dit kader plaatsvindt, staat in nauw verband met een effectieve rechtsbescherming. Die effectieve rechtsbescherming kan worden ingeroepen door zowel de eisende partij die haar vordering toegewezen wil zien met behulp van vertrouwelijke gegevens, als de verwerende partij die een vordering tegen haar afgewezen wil zien met een beroep op informatie die niet aan de eisende partij bekendgemaakt mag worden.

18 Zie Ekelmans 2010, hoofdstuk 7. Zie ook Smits 2008, 3.3.4.2; HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3676, NJ 2010/543 m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen (*Fortis*).

179. Art. 162a lid 2 van wetsvoorstel 33 079¹⁹ bevat drie gronden op basis waarvan inzage kan worden geweigerd. Dit is het geval wanneer:

- a. aan degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft – ingevolge art. 165 lid 2 Rv – een familiaal verschoningsrecht toekomt; of
- b. ten aanzien van de desbetreffende bescheiden een wettelijke geheimhoudingsplicht bestaat; of
- c. gewichtige redenen – zoals de vertrouwelijke aard van de opgevraagde bescheiden – zich tegen de verschaffing van inzage verzetten.

180. Art. 162a lid 3 Rv regelt dat de overheid, wanneer haar als derde – en dus niet als wederpartij – wordt gevraagd inzage in bescheiden te verschaffen, hieraan geen gehoor hoeft te geven als zij daartoe op grond van de Wet openbaarheid van bestuur evenmin gehouden zou zijn.

181. Naar de opvatting van de expertgroep kan, naast handhaving van het verschoningsrecht als grond om inzage te weigeren, worden volstaan met de algemene norm dat ‘gewichtige redenen’ zich verzetten tegen het kenbaar maken van bescheiden (informatie) aan de wederpartij. Dat geldt ook in geval van een wettelijke geheimhoudingsplicht voor zover daaraan geen verschoningsrecht is verbonden. Daarnaast kan het noodzakelijk zijn dat wel de rechter kennisneemt van die bescheiden in verband met een juiste beoordeling van het voorliggende geschil, die recht doet aan de ‘materiële waarheid’. Gelet op de grote diversiteit in casuïstiek is het niet mogelijk om preciezer aan te geven wat die gewichtige redenen zijn. Het ligt op de weg van de partij die zich op deze noodzaak tot al dan niet eenzijdige kennisneming door de rechter beroept, haar standpunt te dier zake aannemelijk te maken. Het ligt op de weg van de partij die zich verzet tegen zodanige verstrekking, het bestaan van gewichtige redenen aan te tonen.

5.5 EEN MODERNE REGELING VOOR GEHEIMHOUDING VAN STUKKEN: EEN STAPPENPLAN

182. De expertgroep is van mening dat de benadering van de Hoge Raad in het hiervoor geciteerde *Telegraaf*-arrest in beginsel²⁰ juist is. In feite komt deze uitspraak neer op het volgende stappenplan:

Stap 1 – Beroept een partij zich op gewichtige redenen die een weigering tot het verstrekken van inlichtingen of het overleggen van stukken rechtvaardigen, dan dient de rechter in staat gesteld te worden te beoordelen of deze weigering terecht is. Dit betekent

¹⁹ Zie hierboven par. 3.4.

²⁰ Zie hierna nr. 187 slot.

dat de desbetreffende partij de rechter vertrouwelijk in kennis zal moeten stellen van de inhoud van de gevraagde inlichtingen en/of de stukken.

Stap 2 – Oordeelt de rechter dat inderdaad sprake is van gewichtige redenen die een weigering tot het verstrekken van inlichtingen of het overleggen van stukken rechtvaardigen, dan geldt het volgende:

- a. Voor de desbetreffende partij vervalt de verplichting inzage in of afgifte van de stukken te geven.
- b. Wel kan de desbetreffende partij op eigen initiatief de rechter medelen dat alleen de rechter kennis kan nemen van de inlichtingen en/of stukken. De rechter kan dan echter zijn uitspraak niet op die informatie baseren, tenzij de wederpartij daar toestemming voor verleent.
- c. Wordt die toestemming niet verleend, dan kan de rechter die het geding verder behandelt (zie hieronder met betrekking tot de wisseling van de rechter) hieruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

Stap 3 – De rechter die heeft beslist over het al dan niet bestaan van gewichtige redenen die een weigering tot het verstrekken van inlichtingen of het overleggen van stukken zouden rechtvaardigen, neemt niet deel aan de verdere behandeling van het geding indien:

- a. de rechter heeft geoordeeld dat er gewichtige redenen zijn voor een weigering, maar de hierboven onder b genoemde mededeling niet wordt gedaan of geen toestemming wordt gegeven;
- b. de rechter heeft geoordeeld dat er *geen* gewichtige redenen zijn voor een weigering, maar de desbetreffende partij toch volhardt in haar weigering.

Stap 4 – De eventueel aan de rechter ter beschikking gestelde stukken worden teruggegeven.

183. Als de rechter een afwijzend oordeel heeft gegeven over het bestaan van gewichtige redenen, maar de desbetreffende partij blijft weigeren deze stukken in het geding te brengen, rijst de vraag wat er vervolgens moet gebeuren. Daarbij zijn twee situaties denkbaar:

1. Het betreft bewijsmateriaal dat een partij zelf wil overleggen ter ondersteuning van haar stellingen.
2. Het betreft bewijsmateriaal dat een partij door haar wederpartij overgelegd wil zien.

184. In *situatie 1* is er in beginsel geen probleem. De partij die weigert dit materiaal over te leggen, draagt daarvan zelf de gevolgen. Immers, zij doet geen beroep meer op dat bewijsmateriaal. Er zijn echter ook situaties denkbaar dat de desbetreffende partij eerst een oordeel van de rechter wenst over eventuele vertrouwelijkheid van de stukken waarop zij zich wenst te beroepen, bijvoorbeeld als er belangen van derden in het geding zijn. De procedure onder 'stap 1' kan worden gevolgd; indien de rechter beslist dat sprake is van vertrouwelijkheid, is het vervolgens aan de eisende partij om te beslissen of zij haar vorde-

ring wil doorzetten (zonder zich op de betreffende stukken te beroepen) of deze intrekt. Een andere mogelijkheid is dat de rechter beslist dat uitsluitend de wederpartij en de rechter kennisnemen van de betreffende stukken, maar deze voor het overige vertrouwelijk dienen te blijven (art. 22a lid 2 Rv). Ook kan de rechter beslissen dat de stukken alleen aan de gemachtigde die arts of advocaat is ter beschikking worden gesteld en niet aan de wederpartij zelf (art. 22a lid 1 Rv).

185. In *situatie 2* (bewijsmateriaal nodig van de wederpartij) kan de weigering om stukken over te leggen waarvan de rechter heeft geoordeeld dat deze niet vertrouwelijk zijn, ten nadele strekken van de partij die inzage wil. In dat geval kan zij inzage vorderen, eventueel met gebruikmaking van eerder gelegd bewijsbeslag of onder toepassing van een dwangsom. De rechter kan ook aan de weigering de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Meestal betekent dit dat het vermoeden wordt aangenomen dat het standpunt van de weigerende partij niet juist is.

5.6 POSITIE VAN DE RECHTER NA KENNISNEMING VAN VERTROUWELIJK BEWIJSMATERIAAL

186. In alle gevallen waarin de stukken waarvan de rechter eenzijdig heeft kennisgenomen als niet-vertrouwelijk worden aangemerkt en waarin deze stukken uiteindelijk niet worden overgelegd of daarvan geen inzage wordt gegeven, kan de rechter die het vertrouwelijke materiaal heeft gezien, niet meer aan de behandeling van het geding deelnemen. Hij draagt immers kennis van gegevens die zijn oordeel kunnen beïnvloeden. Art. 22 lid 4 Rv voorziet slechts in de mogelijkheid dat de rechter die beslist dat een weigering stukken over te leggen niet gerechtvaardigd is, in dat geval de gevolgtrekking maakt die hij geraden acht. De bepaling voorziet, anders dan lid 6 (zie nr. 187), niet in de mogelijkheid dat de rechter niet deelneemt aan de verdere behandeling van de zaak. Het is daarmee de vraag of de regeling in art. 22 lid 4 Rv juist is. Hierop kunnen art. 40 e.v. Rv van toepassing zijn (beroep op verschoning door rechter), zoals ook in het voorstel voor wijziging van de Wiv 2002 staat.

187. Om te voorzien in een regeling dat de rechter die heeft kennisgenomen van vertrouwelijke stukken niet deelneemt aan de verdere behandeling van de zaak, zijn er twee mogelijkheden. Een mogelijkheid is dat de rechter in de hoofdzaak die heeft kennisgenomen van deze stukken de zaak voor verdere behandeling verwijst naar een andere rechter. Deze mogelijkheid biedt art. 22 lid 6 Rv en sluit aan bij de oplossing van de Hoge Raad in de hierboven in nr. 172 besproken arresten *Lightning Casino* en *Telegraaf*.²¹ Een andere

²¹ Nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 7, p. 7.

mogelijkheid is om de vraag of de weigering om stukken over te leggen gerechtvaardigd is, altijd aan een andere rechter voor te leggen dan de rechter die de hoofdzaak behandelt. De expertgroep geeft de voorkeur aan deze tweede mogelijkheid. Het verdient aanbeveling dat art. 22 lid 4 Rv in die zin wordt gewijzigd.

6 AANBEVELINGEN

Hierna volgt een aantal aanbevelingen die voortvloeien uit hetgeen hiervoor in het advies door de expertgroep naar voren is gebracht. Zij zijn per hoofdstuk geordend.

Hoofdstuk 2

1. Het bewijsrecht dient erop gericht te zijn dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure (de preprocesuele fase) informatie verzamelen en uitwisselen. Zie par. 2.3.2.
2. Voor zover een partij in een bepaald soort zaak verplicht is om voorafgaand aan een eventuele procedure alle benodigde informatie te vergaren, dient haar uit een – in rechtersregelingen opgenomen en via *pilots* geteste – richtlijn of protocol (*roadmap*) duidelijk te zijn welke informatie zij in de voorfase dient te verzamelen voor bepaalde (soorten van) procedures en dienen in die richtlijn of dat protocol aanwijzingen te worden opgenomen voor een effectieve bewijslevering. Zie par. 2.3.2.
3. Het bewijsrecht dient een regeling te bevatten dat een partij die ten aanzien van een of meer door haar te stellen en te bewijzen feiten in gebreke is gebleven gebruik te maken van mogelijkheden van bewijsgaring die redelijkerwijs in de preprocesuele fase voorhanden waren, tijdens de procedure in beginsel geen of slechts beperkt mogelijkheden krijgt voor het (nader) stellen van die feiten of (nadere) bewijslevering daarvan. Een uitzondering daarop zou moeten gelden voor de gevallen dat (1) die partij niet de beschikking heeft kunnen krijgen over de betreffende informatie, (2) die partij in de preprocesuele fase redelijkerwijs niet behoefde te voorzien dat die feiten voor de beslissing van de zaak van belang zouden kunnen zijn, dan wel (3) dat de rechter niet over het geschil kan beslissen zonder nadere aanvullende informatie, omdat anders op een onjuiste of onvolledige feitelijke of juridische grondslag zou worden beslist. Zie par. 2.3.3.
4. Het bewijsrecht dient partijen jegens elkaar te verplichten in de preprocesuele fase mee te werken aan het verstrekken van alle informatie die redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de oplossing of beslissing van hun geschil, behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen. Zie par. 2.3.4.
5. In plaats van de thans bestaande afzonderlijke verzoeken tot een voorlopige bewijsverrichting (voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht, voorlopige plaatsopneming en het verzoek tot inzage in bescheiden) dient het mogelijk te worden om te volstaan met één ‘verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen’. Een dergelijk verzoek kan tijdens een mondelinge behandeling in samenspraak met rechter en

wederpartij nader worden omlijnd, zodat bewijslevering kan plaatsvinden door middel van de meest passende en effectieve bewijsverrichting. Zie par. 2.3.4.

Hoofdstuk 3

1. De regeling van het inzagerecht dient te worden vereenvoudigd en aan te sluiten bij de regeling van de andere bewijsverrichtingen, bij ontwikkelingen in het Europese recht en het arbitragerecht, bij wetsvoorstel 33 079 en bij de KEI-wetgeving. Zie par. 3.5.1.
2. Bij het formuleren van de toetsingscriteria voor de beoordeling van een vordering tot inzage verdient het aanbeveling om aansluiting te zoeken bij de criteria die gelden voor de voorlopige bewijsverrichtingen. Zie par. 3.5.2.
3. Bij de modernisering van het inzagerecht verdient het aanbeveling in plaats van 'bescheiden' het ruimere begrip 'gegevens' te gebruiken – in ruime zin, zodat daaronder elk ander soort bewijsmateriaal valt – en aldus aan te sluiten bij art. 1019a Rv. Zie par. 3.5.3 en 4.2.4.
4. Bij de modernisering van het inzagerecht verdient het aanbeveling het vereiste van 'rechtmatig belang' te vervangen door 'voldoende belang'. Zie par. 3.5.4.
5. Ook ten aanzien van een vordering tot inzage dient de eis te gelden dat de vordering niet in strijd is met de goede procesorde. Zie par. 3.5.5.
6. Ook ten aanzien van een vordering tot inzage dient te gelden dat zij niet kan worden toegewezen indien sprake is van misbruik van bevoegdheid. Zie par. 3.5.6.
7. Het verdient aanbeveling om een vordering tot inzage die zou leiden tot een zogeheten *fishing expedition* af te wijzen wegens 'strijd met een goede procesorde' dan wel 'misbruik van bevoegdheid'. Zie par. 3.5.6.
8. Ten aanzien van de verdere inpassing van het inzagerecht dient als uitgangspunt te worden genomen dat de criteria voor de toepassing of toelaatbaarheid van alle bewijsmiddelen zo veel mogelijk gelijk zijn. Zie par. 3.6.1.

Hoofdstuk 4

1. Bewijsbeslag moet ook in niet-IE-zaken kunnen worden gelegd op ander bewijsmateriaal dan de in art. 843a Rv genoemde bescheiden. Zie par. 4.2.4. Zie ook aanbeveling 8.
2. Een nieuwe regeling van het inzagerecht en van bewijsbeslag dient te worden opgenomen in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Bewijs) in een nieuwe § 3, tezamen met de daarin nu opgenomen regeling van openlegging van boeken, bescheiden en geschriften. Zie par. 4.2.5.

3. Deze mogelijkheid van schriftelijk getuigenbewijs dient dan ook in de wet te worden geregeld, namelijk in de paragraaf over getuigenbewijs (§ 4 van de negende afdeling). Zie par. 4.3.2.
4. Waar de beoordeling van het geschil grotendeels afhankelijk is van een oordeel van deskundigen, verdient invoering van de mogelijkheid tot een verplichte *joint statement* overweging. Zie par. 4.3.3.
5. De deurwaarder dient de bevoegdheid te krijgen een proces-verbaal van constatering op te maken. Zie par. 4.4.2.

Hoofdstuk 5

1. Ten aanzien van het omgaan door de rechter met vertrouwelijke gegevens dient een regeling te worden ingevoerd conform het in par. 5.5 beschreven stappenplan.
2. Het verdient aanbeveling dat art. 22 lid 4 Rv aldus wordt gewijzigd, dat de vraag of de weigering om stukken over te leggen gerechtvaardigd is, steeds dient te worden voorgelegd aan een andere rechter dan de rechter die de hoofdzaak behandelt. Zie par. 5.6.

BIJLAGE

SAMENSTELLING STAKEHOLDERSBIJeenKOMST 11 APRIL 2016

Rechtspraak

- Raad voor de rechtspraak
- Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
- Hoge Raad der Nederlanden

Advocatuur/juridisch advies/wetenschap

- Vereniging Sociale Advocatuur Nederland
- Juridisch Loket
- Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders
- Verbond van Verzekeraars
- Forensicon B.V.
- Universiteit Leiden (prof. mr. M.J.A.M. (Margreet) Ahsmann)

(Algemeen) belangenbehartigers

- FNV Bondgenoten
- Vereniging van Effectenbezitters (VEB)
- Amnesty International

SAMENSTELLING STAKEHOLDERSBIJeenKOMST 30 JANUARI 2017

Rechtspraak

- Raad voor de rechtspraak
- Hoge Raad der Nederlanden

Advocatuur/juridisch advies/wetenschap

- Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht (prof. mr. C.J.M. Klaassen en mr. W. Heemskerk)
- Nederlandse Orde van Advocaten
- Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders
- Verbond van Verzekeraars
- Forensicon B.V.
- Universiteit Leiden (prof. mr. M.J.A.M. (Margreet) Ahsmann)

