

Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht

Zijne excellentie
De Minister voor Rechtsbescherming
Drs.
Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 17 juli 2018

Excellentie,

De Adviescommissie werd gevraagd advies uit te brengen over het Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het bewijsrecht (hierna: het wetsvoorstel). Aan het wetsvoorstel is een betrekkelijk lang traject voorafgegaan, waarin de Expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht (hierna de expertgroep) via een aantal deeladviezen advies heeft uitgebracht. De Adviescommissie heeft met de expertgroep vergaderd over de verschillende concept deeladviezen. Tijdens die vergaderingen is in algemene zin over de uitgangspunten van de modernisering van het bewijsrecht gesproken. Nadat de expertgroep advies had uitgebracht, heeft de Adviescommissie vergaderd en mondeling geadviseerd over de uitgangspunten van een wetsvoorstel tot modernisering van het bewijsrecht. Over die uitgangspunten heeft de Adviescommissie thans niet opnieuw beraadslaagd. De Adviescommissie heeft vergaderd over de wijze waarop de diverse onderwerpen in het wetsvoorstel vorm hebben gekregen. Daarover brengt de Adviescommissie u hierna onderwerpsgewijs advies uit.

Algemeen

1. In algemene zin merkt de Adviescommissie over het wetsvoorstel het volgende op. Het wetsvoorstel bevat belangrijke vernieuwingen van het bewijsrecht die kunnen bijdragen tot het beoogde doel van een snellere en efficiëntere procedure uitmondend in een beslissing die zoveel mogelijk aansluit op de materiële waarheid. De vernieuwingen hebben in het wetsvoorstel op een evenwichtige wijze vorm gekregen in goed op elkaar afgestemde, deels tamelijk open, normen die de ruimte bieden om tot een verantwoorde, telkens op de concrete omstandigheden van het geval afgestemde, toepassing te komen. Hoe de vernieuwingen in de praktijk toepassing gaan vinden, zal gezien het open karakter van diverse normen en de aan de rechter toegemeten taken en toegekende vrijheden moeten worden afgewacht. Een punt van

aandacht is dat het waarmaken van de in het wetsvoorstel vervatte versterking en uitbreiding van de regiefunctie van de rechter in tal van opzichten meer inzet en betrokkenheid van de rechter zal vergen voorafgaand aan en in de loop van de procedure. Het is zeer de vraag in hoeverre de civiele afdelingen van de gerechten in staat zullen zijn de daarvoor benodigde extra tijd te vinden en de daarbij behorende inspanningen te leveren, zonder uitbreiding met mensen en middelen. Feit is dat de financiering van civiele zaken via het zo genoemde Lamicie systeem (gebaseerd op een vastgesteld aantal minuten per zaakscategorie) reeds thans niet in verhouding staat tot de werkelijke tijd die met de behandeling van civiele zaken is gemoeid.

Verzameling van informatie voorafgaande aan een procedure

2. Een van de hoofdlijnen van het wetsvoorstel, in overeenstemming met het advies van de expertgroep, is de verzameling van de relevante feitelijke informatie voor de beoordeling van het geschil zoveel mogelijk voorafgaand aan een aanhangig te maken procedure te laten plaatsvinden. Daartoe bevat het wetsvoorstel onder andere in art. 149a een verplichting van de partijen om informatie te verzamelen voordat de procedure aanhangig is. De Adviescommissie onderschrijft dat een wettelijke verplichting van de partijen nodig is om te verwezenlijken dat verzameling van informatie zoveel mogelijk voorafgaand aan de procedure zal plaatsvinden. De Adviescommissie kan zich vinden in de wijze waarop die verplichting is geclausuleerd in de dubbele redelijkheidstoets die in art. 149a is geformuleerd, evenals in de wijze waarop de rechter blijkens de tweede volzin van art. 149a gevolgen kan verbinden aan het niet naleven van die verplichting. De beide onderdelen van de voorgestelde bepaling bieden voldoende ruimte om telkens tot een verantwoorde, op de omstandigheden van het geval afgestemde toepassing van de verplichting te komen.

3. In samenhang met de verplichting tot verzameling van informatie voorafgaande aan de procedure is in de artikelen 30a en 30i Rv KEI de bewijsaandragplicht verder aangescherpt. Waar in het wetsvoorstel informatie zoveel mogelijk voorafgaande aan de procedure moet worden verzameld, is het consequent van een procespartij te verlangen dat zij de bewijsmiddelen waarover zij reeds beschikt vermeldt en niet slechts bewijsmiddelen noemt waarover zij kan beschikken. Naar de letter van de voorgestelde wijziging zou een procespartij niet langer verplicht zijn bewijsmiddelen te vermelden waarover zij kan beschikken, maar nog niet beschikt. Het verdient echter aanbeveling dat een procespartij tevens moet vermelden over welke bewijsmiddelen zij zou kunnen beschikken, maar nog niet beschikt, met vermelding van de reden daarvan, ook voor zover het gaat om andere bewijsmiddelen dan schriftelijke verklaringen. Dat is voor de rechter ook relevante informatie om te beoordelen of een partij aan haar verplichtingen op grond van art. 149a heeft voldaan en voor het eventueel verbinden van gevolgen aan het niet overleggen van informatie, en om te beoordelen of nog bewijslevering in de procedure moet plaatsvinden. De Adviescommissie geeft daarom in overweging om de artikelen 30a en 30i voor alle duidelijkheid in deze zin aan te vullen.

4. Een vernieuwing in het kader van de aanscherping van de bewijsaandragplicht is dat een procespartij verplicht is voor zoveel mogelijk verklaringen over te leggen van getuigen die zij zou kunnen doen horen of, voor zover die niet zijn verkregen, de reden daarvan te vermelden. De Adviescommissie ziet hierin een belangrijke verbetering ten opzichte van het huidige recht. Naar huidig recht staat het een procespartij vrij schriftelijke verklaringen van getuigen over te leggen, maar is zij daartoe niet verplicht. Van de mogelijkheid om schriftelijke getuigenverklaringen over te leggen wordt echter betrekkelijk weinig gebruik gemaakt. Het

overleggen van dergelijke verklaringen bij aanvang van de procedure kan een efficiënt verloop van de procedure en van eventuele verdere bewijslevering sterk bevorderen. Enerzijds kan de aanwezigheid van schriftelijke verklaringen bijdragen aan een efficiëntere inzet van het getuigenverhoor in de procedure (Toelichting p. 33) en anderzijds kan de aanwezigheid daarvan bijdragen aan een efficiënter verloop van het getuigenverhoor als tot het houden daarvan (alsnog) aanleiding bestaat (Toelichting p. 21).

Inzagerecht

5. In de artikelen 149a, 194 en 195 van het wetsvoorstel is het inzagerecht (thans geregeld in art. 843a e.v. Rv) opnieuw geregeld. De Adviescommissie kan zich vinden in de wijze waarop het inzagerecht van een partij als zodanig is geregeld in art. 149a. De vraag is wel of art. 149a uit oogpunt van systematiek niet beter kan worden ondergebracht in § 7 Inzage, afschrift of uittreksel van gegevens, onmiddellijk voorafgaand aan de artikelen 194 en 195. Tussen deze bepalingen bestaat onmiskenbaar samenhang in die zin dat art. 149a de materiële norm van het inzagerecht bevat en de artikelen 194 en 195 de procedurele regeling bevatten van de wijze waarop de naleving van de norm jegens de wederpartij respectievelijk jegens derden geldend kan worden gemaakt. Samenvoeging zou ook de leesbaarheid van de regeling bevorderen omdat in de artikelen 194 en 195 telkens naar art. 149a wordt verwezen. Anderzijds heeft de Adviescommissie wel begrip voor de aparte plaats die art. 149a in het wetsvoorstel heeft gekregen, juist vanwege het feit dat art. 149a in wezen een materieel recht creëert van de één met een daartegenover staande materiële verplichting van de ander, los van het voeren van een procedure.

6. In art. 194 van het wetsvoorstel is geregeld de wijze waarop een recht op inzage, afschrift of uittreksel jegens de wederpartij in een procedure geldend kan worden gemaakt. Verkrijging van inzage, afschrift of uittreksel verdient een enigszins andere behandeling dan andere bewijsverrichtingen in een procedure, zoals getuigenverhoor, deskundigenbericht en plaatsopneming, omdat het bij het inzagerecht gaat om een verplichting van de wederpartij tot een geven of doen, waartoe die wederpartij moet kunnen worden veroordeeld. Daarom wordt in de Toelichting p. 42 terecht opgemerkt dat de rechter eerst beide partijen moet horen voordat hij op het verzoek beslist. Over de wijze waarop dit horen procedureel moet plaatsvinden, bevat noch de voorgestelde tekst van art. 194 noch de Toelichting daarop informatie. Met het oog op een efficiënte en voortvarende behandeling van de kwestie verdient het aanbeveling dat de rechter vrij is in de wijze waarop hij de partijen over een dergelijk verzoek wil horen. Hoe en op welk moment in de procedure dat horen plaatsvindt, zal sterk afhangen van het moment waarop door welke procespartij en onder welke omstandigheden een verzoek tot inzage wordt gedaan. Soms zal een mondelinge behandeling, al dan niet gecombineerd met de mondelinge behandeling van de hoofdzaak, aangewezen zijn. Maar de rechter moet ook kunnen volstaan met schriftelijk horen, waartoe een partij dan speciaal gelegenheid moet worden geboden indien zij daartoe in de reeds gewisselde processtukken nog niet in de gelegenheid is geweest. Een verplichting om (desgevraagd) steeds mondeling te horen (en daartoe speciaal een mondelinge behandeling te gelasten) zou te ver gaan. Het zal soms voor de hand liggen het verzoek in de vorm van een incidentele vordering te doen en te behandelen. Indien de eiser meteen in de procesinleiding een verzoek tot inzage doet met het oog op zijn bewijspositie in de procedure, kan het aangewezen zijn dat de wederpartij de gelegenheid krijgt zich voor alle wesen over dat verzoek uit te laten, waarna spoedig een beslissing kan volgen. Indien de beslissing een veroordeling inhoudt tot het verstrekken van gegevens, kan de eiser nadat daaraan is voldaan zo nodig zijn eis daaraan

aanpassen, waarna de verweerder zijn verweer daarop kan afstemmen. Dat bevordert een efficiënt verloop van de procedure.

7. In art. 195 van het wetsvoorstel is geregeld de wijze waarop een recht op inzage, afschrift of uittreksel jegens een derde geldend kan worden gemaakt. Die derde is niet partij in de aanhangige procedure. Dat moet hij ook niet worden omdat hij buiten het hoofdgeding tussen de partijen staat en van de derde uiteraard niet verlangd kan worden dat hij aan dat geding gaat deelnemen met alle kosten (zoals het betalen van griffierecht op basis van het tarief voor de hoofdzaak) die daarmee zijn gemoeid. Het is daarom beter om niet de in art. 30g Rv KEI geregelde wijze van oproeping van derden in het geding van overeenkomstige toepassing te verklaren. Dat schept nodeloos verwarring omtrent de positie van de derde in geval van oproeping. Tussen de partij die het verzoek doet en de derde zal in het kader van het hoofdgeding tussen de procespartijen een aparte procedure moeten plaatsvinden, waarin de derde als belanghebbende wordt opgeroepen, evenals de wederpartij in het hoofdgeding van degene die het verzoek doet. In die aparte procedure zal dan zo snel mogelijk een mondelinge behandeling moeten plaatsvinden en vervolgens een (eind)beslissing moeten worden gegeven waarin de derde eventueel kan worden veroordeeld tot het verstrekken van gegevens. Het is denkbaar deze aparte procedure volgens de regels van de verzoekprocedure te laten verlopen, maar in ieder geval behoeft de wijze waarop deze procedure verloopt duidelijker regeling.

In het wetsvoorstel is geregeld, dat de overheid als derde geen informatie hoeft te verstrekken, wanneer zij de gevraagde informatie op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur zou mogen weigeren. De Wob biedt de overheid onder meer ruimte voor het afwegen van bij informatieverstrekking betrokken belangen. Een niet tot de overheid behorende derde zou behoefte kunnen voelen om zich op dezelfde wijze beschermd te weten tegen verzoeken van derden om informatie ten behoeve van een geschil waarbij zij zelf niet is betrokken. De Adviescommissie geeft in overweging om in de toelichting aan te geven, of niet tot de overheid behorende derden op dezelfde gronden als de overheid verstrekking van gegevens achterwege kunnen laten, wanneer die weigeringsgronden ook voor hen toepasselijk kunnen zijn.

Getuigenverhoor

8. Art. 166 van het wetsvoorstel bevat belangrijke vernieuwingen van de regeling van het getuigenverhoor. In de eerste plaats geldt blijkens de Toelichting p. 32/33 niet langer de verplichting voor de rechter, zoals die onder het huidige recht uit art. 166 Rv voortvloeit, om in beginsel steeds een getuigenverhoor te bevelen indien een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod is gedaan. Onverkorte handhaving van die verplichting zou niet stroken met de voorgestelde nieuwe opzet van het bewijsrecht waarin verzameling van informatie, waaronder getuigenverklaringen, zoveel mogelijk voorafgaande aan een procedure moet plaatsvinden. Enerzijds zou onverkorte handhaving van een recht op getuigenverhoor in de procedure afbreuk doen aan de verwezenlijking van de uit art. 149a van het wetsvoorstel voortvloeiende verplichting van partijen om informatie voorafgaande aan de procedure te verzamelen. Anderzijds zou de verzameling van informatie voorafgaande aan de procedure om daardoor de procedure sneller en efficiënter te doen verlopen effectiviteit missen indien desondanks steeds in de procedure alsnog een getuigenverhoor moet worden bevolen als een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod wordt gedaan. Binnen de Adviescommissie bestaat enige verdeeldheid over het antwoord op de vraag of de bevoegdheid van de rechter om al dan niet een getuigenverhoor te bevelen in de procedure volledig discretionair zou moeten worden genoemd. Van de rechter zal in de concrete

omstandigheden van een bepaald geval zowel indien een partij aan haar verplichting uit art. 149a heeft voldaan als indien zij daaraan niet heeft voldaan, soms mogen worden verwacht dat hij alsnog een getuigenverhoor beveelt, en dat hij indien hij een verzoek daartoe afwijst, motiveert waarom. In die zin kan worden gezegd dat zijn bevoegdheid niet volledig discretionair is. Anderzijds kunnen in het kader van de nieuwe opzet waarin de rechter niet langer verplicht is steeds een getuigenverhoor te bevelen indien een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod is gedaan, bezwaarlijk vastomlijnde normen worden geformuleerd voor situaties waarin mag worden verwacht van de rechter dat alsnog een getuigenverhoor in de procedure zal worden bevolen. Dat kan slechts van geval tot geval worden uitgemaakt en zal aan de praktijk moeten worden overgelaten. De in de Toelichting gegeven voorbeelden van situaties kunnen daarbij tot richtsnoer dienen.

9. Een tweede belangrijke vernieuwing is dat de rechter zelf personen als getuigen kan aanwijzen en kan doen oproepen. Die bevoegdheid zal efficiënte waarheidsvinding kunnen bevorderen. De rechter kan zich aan de hand van overgelegde schriftelijke verklaringen een beeld ervan vormen welke personen voor de beslissing de meest relevante en mogelijk doorslaggevende verklaringen zouden kunnen afleggen. In tegenstelling tot de situatie onder het huidige recht in vorderingsprocedures waarin alleen de partijen bepalen wie zij als getuigen willen oproepen, kan de rechter bewerkstelligen dat in ieder geval (ook) de personen worden gehoord van wie hij op goede gronden verwacht dat hun verklaring wezenlijk tot opheldering kan bijdragen.

10. Verder bevat art. 166 van het wetsvoorstel vernieuwingen ter uitwerking van art. 30k lid 2 Rv KEI waarin onder andere is bepaald dat getuigen tijdens de mondelinge behandeling met voorafgaande toestemming van de rechter kunnen worden gehoord. Op zichzelf onderschrijft de Adviescommissie dat het goed is om te bevorderen dat getuigen waar mogelijk meteen bij de mondelinge behandeling worden gehoord. Dat zou in een vroegtijdig stadium duidelijkheid kunnen scheppen waardoor mogelijk gericht verder kan worden geprocedeerd of zelfs een nader getuigenverhoor in de loop van de procedure kan worden vermeden. Dat zou tijd en kosten kunnen besparen. De vraag rijst wel in hoeverre het horen van getuigen meteen tijdens de mondelinge behandeling in de praktijk te verwezenlijken valt. Om het zaaksaanbod binnen enigszins aanvaardbare termijn te kunnen verwerken, is bij de gerechten praktijk dat zittingsdagen van rechters voor maanden in de toekomst zijn gepland volgens een strak tijdschema. Op een dag staan vaak verschillende mondelinge behandelingen gepland, van wel vijf tot acht op een dag, waarvoor per zaak tijd is ingeruimd variërend van een half tot twee uur. Met het horen van een getuige overeenkomstig de voorschriften van de artikelen 177 e.v. Rv kan al gauw een uur zijn gemoeid. Dat betekent dat er tijdens de mondelinge behandeling naast de bespreking van het geschil niet of nauwelijks tijd is om getuigen te horen. Daarvoor zou dan op langere termijn speciaal een mondelinge behandeling moeten worden gepland waarvoor veel meer tijd wordt uitgetrokken (met bovendien het risico dat daarvoor opgeroepen getuigen dan niet verschijnen, zoals bij getuigenverhoren veel voorkomt). Een reële mogelijkheid om bij de huidige belasting van de civiele afdelingen van de gerechten getuigen bij de mondelinge behandeling te horen, zou alleen bestaan indien het horen van getuigen op een eenvoudiger manier zou kunnen plaatsvinden dan overeenkomstig de voorschriften van de huidige artikelen 177 tot en met 180. Een mogelijkheid zou zijn in het wetsvoorstel op te nemen dat van de verklaringen van getuigen die bij de mondelinge behandeling worden gehoord geen proces-verbaal wordt opgemaakt. In plaats daarvan zou een korte aantekening van de essentie van de verklaring in het proces-verbaal van de mondelinge behandeling denkbaar zijn. Nog praktischer zou echter zijn de summier inhoud van de verklaring alleen in de motivering van de uitspraak te verwoorden en daartoe aan te

sluiten bij de regeling van art. 181 Rv voor zaken waarin geen hoger beroep openstaat. De Adviescommissie geeft in overweging het wetsvoorstel aan te vullen met een bepaling van deze strekking.

Voorlopige bewijsverrichtingen

11. Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in een gelijkschakeling van het regime voor toewijsbaarheid van verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen. Voor alle verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen gaat blijkens art. 196 lid 2 van het wetsvoorstel dan gelden dat die worden toegewezen tenzij zich een van de daar genoemde afwijzingsgronden voordoet. De gronden voor afwijzing zijn in het wetsvoorstel voor iedere voorlopige bewijsverrichting hetzelfde. Met het oog op eenvoud, hanteerbaarheid en consistentie is dit een vooruitgang ten opzichte van het huidige recht. Voor een verzoek tot inzage, afschrift of uittreksel voorafgaand aan de procedure is dan ook duidelijk dat dit, indien voldaan is aan de voorwaarden van art. 149a van het wetsvoorstel, zonder meer toewijsbaar is, tenzij zich een afwijzingsgrond voordoet. Dat is een verduidelijking ten opzichte van het huidige recht. De afwijzingsgrond in art. 196 lid 2 onder e stemt overeen met de in de jurisprudentie van de Hoge Raad aanvaarde zwaarwichtige redenen als afwijzingsgrond. Hieronder kunnen ook andere redenen vallen dan die in de Toelichting op p. 47 zijn genoemd. Het verdient daarom geen aanbeveling aldaar in de Toelichting een limitatieve opsomming te geven van de categorieën van gevallen die onder ‘gewichtige redenen’ te scharen zijn.

12. In de tweede plaats voorziet het wetsvoorstel erin dat in één verzoek verschillende voorlopige bewijsverrichtingen kunnen worden verzocht. Dat heeft het voordeel dat tijdens een mondelinge behandeling van het verzoek de rechter met de partijen kan bespreken met welke voorlopige bewijsverrichting of combinatie van voorlopige bewijsverrichtingen op de meest doeltreffende manier de informatie kan worden verkregen die nodig is. In de eerdere bespreking van de uitgangspunten voor een wetsvoorstel ter modernisering van het bewijsrecht heeft de Adviescommissie gesignaleerd dat de mogelijkheid van een gecombineerd verzoek het gevaar inhoudt dat de rechter tamelijk ongestructureerd een (potentieel) geschil krijgt voorgelegd met het verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen te gelasten. Behandeling van een dergelijk verzoek zou een moeizame en tijdrovende aangelegenheid kunnen worden. Om dat gevaar enigszins in te dammen is in art. 197 lid 2 onder a van het wetsvoorstel bepaald dat de procesinleiding een beknopte omschrijving van het geschil of de gebeurtenis waarop het verzoek betrekking heeft moet bevatten. Wellicht zou het beter zijn ‘beknopte’ te vervangen door ‘kernachtige’ om duidelijker te maken dat van een partij wordt verwacht dat zij scherp, tot in de kern aangeeft wat de kwestie is met het oog waarop en ter opheldering waarvan zij een voorlopige bewijsverrichting wenst. Om de naleving van die verplichting af te dwingen valt in overweging te nemen om de rechter de mogelijkheid te geven de verzoeker te bevelen een verbeterd verzoek in te dienen of de verzoeker zo nodig aanstonds niet ontvankelijk te verklaren indien het verzoek niet aan deze eis van kernachtigheid voldoet.

13. Blijkens het wetsvoorstel kan een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen alleen worden gedaan voordat een zaak aanhangig is. De Adviescommissie kan zich hierin vinden. De onder het huidige recht bestaande mogelijkheid om ook tijdens het aanhangige geding voorlopige bewijsverrichtingen te verzoeken, houdt het gevaar in van doorkruising van de procedure op initiatief van een partij. Dat verdraagt zich slecht met de beoogde versterking van de regiefunctie van de rechter, met de beoogde verzameling van informatie vóór de aanvang van een procedure en met de beoogde efficiëntere procesvoering. Indien eenmaal een

procedure aanhangig is, moet het met het oog daarop aan de rechter worden overgelaten te beoordelen of er aanleiding is voor (nadere) bewijsvoering, in welke vorm en op welk moment in de procedure. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin een bepaalde bewijsverrichting tijdens een aanhangige bodemprocedure vooruitlopend op een beoordeling wenselijk is of met spoed geboden is omdat anders bewijsmiddelen of bewijsmateriaal verloren gaan. In dat geval kan een partij in de procedure aan de rechter verzoeken met voorrang een bepaalde bewijsverrichting te gelasten.

14. In art. 198 van het wetsvoorstel is bepaald dat op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen pas wordt beslist nadat een verschijning van partijen heeft plaatsgevonden. De voorgestelde wettekst en de Toelichting daarop wekken de indruk dat nooit op het verzoek kan worden beslist zonder mondelinge behandeling daarvan. Onder het huidige recht is bij veel gerechten de praktijk dat degene tegen wie het verzoek is gericht eerst in de gelegenheid wordt gesteld kenbaar te maken of hij bezwaar heeft tegen de toewijzing van het verzoek en daarover wil worden gehoord. Bij geen bezwaar wordt het verzoek dan in beginsel toegewezen zonder mondelinge behandeling. De Adviescommissie is van mening dat die mogelijkheid ook onder het voorgestelde recht moet blijven bestaan. Als er een duidelijk verzoek om een bepaalde voorlopige bewijsverrichting is dat aanstonds toewijsbaar zou zijn in de vorm waarin het is gedaan en de wederpartij daartegen geen bezwaar heeft, zou het onevenredig zijn om toch een mondelinge behandeling te moeten houden met alle moeite en kosten daarvan voor alle procesdeelnemers. Het zou goed zijn om in de Toelichting te verduidelijken dat de wederpartij afstand van een mondelinge behandeling kan doen en dat de rechter dan niet verplicht is die toch te houden. Hij blijft uiteraard wel bevoegd om ondanks het ontbreken van bezwaar toch een mondelinge behandeling te gelasten indien daartoe aanleiding bestaat. Overigens verdient het omwille van de consistentie aanbeveling in de tekst van art. 198 en art. 199 niet de term 'verschijning van partijen' te gebruiken maar mondelinge behandeling. Het gaat hier immers om een verzoek waarop de artikelen 30a e.v. Rv KEI en de bepalingen omtrent de verzoekprocedure van toepassing zijn die voorzien in een mondelinge behandeling van het verzoek.

15. De inhoud van de in art. 198 van het wetsvoorstel genoemde mondelinge behandeling is verder uitgewerkt in art. 199. De tekst van het voorgestelde art. 199 en de Toelichting daarop duiden erop dat de mondelinge behandeling verder strekt dan alleen het onderzoeken of er een of meer voorlopige bewijsverrichtingen moeten plaatsvinden en zo ja, welke. Het is mogelijk dat partijen zullen trachten langs de weg van een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen bij de rechter 'aan tafel te komen' om hun geschil of potentiële geschil te bespreken, aanwijzingen van de rechter te verkrijgen voor een oplossingsrichting of om onder leiding van de rechter te proberen tot een oplossing te komen, zonder dat een procedure aanhangig is. In feite zou daarmee dan via een omweg een algemene mogelijkheid voor een preprocesuele comparitie ontstaan, zoals die in het Interimrapport Fundamentele Herbezinning reeds is voorgesteld.¹ Of een dergelijke mogelijkheid wenselijk is, staat hier niet ter beoordeling. Hier wordt slechts gesignaleerd dat de mondelinge behandeling zoals voorzien in de artikelen 198 en 199 een dergelijke wending zou kunnen nemen. Dat zou in diverse opzichten aanmerkelijke gevolgen kunnen hebben, waarvan de belasting van het rechterlijke apparaat er een is. De praktijk zal moeten uitwijzen welke kant het met deze mondelinge behandeling voorafgaand aan een procedure zal opgaan. De voorgestelde regeling biedt in ieder geval ook de mogelijkheid ervaring op te doen met een preprocesuele comparitie.

¹ Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans 2003 p. 125.

16. Art. 200 van het wetsvoorstel behelst een rechtsmiddelenverbod van beslissingen op verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen. Met het oog op een snelle en efficiënte procesvoering kan het zeker wenselijk worden genoemd dat de vlotte voortgang niet kan worden doorbroken door het instellen van een rechtsmiddel, en ook meer in het algemeen dat over dergelijke beslissingen slechts in één instantie kan worden geprocedeerd. Aan het eerste zou tegemoet kunnen worden gekomen door de beslissing uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Uit oogpunt van rechtsvorming en bewaking van de rechtseenheid waaraan in het bijzonder behoefte kan bestaan bij het invoeren van een belangrijke vernieuwing van het bewijsrecht die in de praktijk verder vorm gegeven zal moeten worden, is het minder gelukkig dat dergelijke beslissingen, anders dan via de gronden voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod, niet in hoger beroep en cassatie zouden kunnen worden getoetst. In verband daarmee voorziet het voorgestelde art. 200 in de mogelijkheid dat de rechter die de beslissing heeft gegeven, kan bepalen dat daartegen wel een hogere voorziening openstaat. Het heeft op zichzelf iets ongemakkelijks dat de rechter die de beslissing heeft gewezen degene is die bepaalt of daartegen een rechtsmiddel openstaat. Een alternatief zou kunnen zijn om de beslissing of een rechtsmiddel kan worden ingesteld te beleggen bij de hogere rechter die bevoegd is van een dergelijke rechtsmiddel kennis te nemen. Tegenover de mogelijke voordelen van dit alternatief staat dat de betrokken procespartijen genoodzaakt zullen zijn hun standpunten geheel of gedeeltelijk uiteen te zetten zonder dat duidelijk is of een nieuwe beoordeling in hoger beroep of cassatie zal plaatsvinden.

17. De in art. 205 van het wetsvoorstel neergelegde mogelijkheid van het met verloop van de rechter door een deurwaarder doen opmaken van een proces-verbaal van constatering is een nuttige aanvulling van de mogelijke bewijsverrichtingen ter verzameling van informatie. De Adviescommissie heeft daarover drie opmerkingen. De mogelijkheid van een proces-verbaal van constatering is in het voorstel alleen als voorlopige bewijsverrichting gegeven. Het verdient aanbeveling ook in het kader van de aanhangige procedure partijen de mogelijkheid te bieden om verloop te vragen aan de rechter tot het opmaken van een proces-verbaal van constatering. Verder zou het goed zijn in de tekst van art. 205 lid 1 op te nemen wie het verzoek kan doen. De zin zou dan kunnen beginnen met: "Op verzoek van een belanghebbende". Ten slotte: uit de Toelichting p. 56 blijkt dat de op te maken akte een authentieke akte is met dwingende bewijskracht. Onder het huidige recht bestaat enige onzekerheid omtrent de status van een proces-verbaal van een deurwaarder. Het zou goed zijn de Toelichting op dit punt nog iets aan te scherpen zodat elke onzekerheid daarover wordt weggenomen.

Aanvulling van feitelijke gronden

18. Enigszins losstaand van de modernisering van het bewijsrecht, voorziet het onderhavige wetsvoorstel ook in wijzigingen van art. 24 Rv. De portee van de voorgestelde toevoeging in het eerste lid is niet geheel duidelijk. Met name is niet duidelijk of hiermee wordt beoogd dat de rechter voortaan het geschil ook mag (en moet) beslissen op feitelijke gronden die niet door de partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Over de wenselijkheid van een wijziging in die richting bestaat binnen de Adviescommissie enige verdeeldheid. Feit is dat dit een aanmerkelijke wijziging zou inhouden ten opzichte van het huidige recht met consequenties voor het rechtssysteem (zoals de stelplicht en de wijze van procederen in hoger beroep om er een paar te noemen). Dit zou verdere en ampele doordenking vergen. Voor zover bedoeld mocht zijn dat de rechter binnen het kader van de beoordeling van de gegrondheid van de feitelijke grondslag die de partijen aan hun vordering of verweer hebben gegeven in zijn beslissing ook rekening mag houden met feiten die hem in

de procedure zijn gebleken, zou de toevoeging niets nieuws bevatten omdat de rechter dat thans ook mag. De verwijzing in de Toelichting naar het huidige art. 149 Rv is verwarrend omdat het in art. 149 Rv om iets anders gaat dan in art. 24 Rv. De Adviescommissie geeft in overweging om de voorgestelde toevoeging aan lid 1 van art. 24 thans te laten vervallen.

19. Het voorgestelde tweede lid acht de Adviescommissie voor de procedure in eerste aanleg een nuttige toevoeging. Het komt betrekkelijk veel voor dat informatie die in de procedure ter kennis van de rechter is gekomen, uitwijst dat er voor de vordering of het verweer (mogelijk) andere gronden zijn dan de feitelijke gronden die de partijen daaraan hebben gegeven. Een strikte opvatting van de partijautonomie zou er dan aan in de weg (kunnen) staan dat de rechter dit bij de mondelinge behandeling ter sprake brengt. Tegen dat laatste behoeven weinig bezwaren te bestaan mits de rechter ook hierbij geheel onpartijdig optreedt en een partij voldoende gelegenheid geeft zich erover uit te laten of zij beoordeling op die andere grondslag wenst en zo ja, de partijen, meer in het bijzonder de wederpartij, voldoende gelegenheid geeft zich inhoudelijk over die andere grondslag uit te laten. In de praktijk in eerste aanleg wordt hiermee verschillend omgegaan. Het is daarom goed om in de wet buiten twijfel te stellen dat de rechter de mogelijkheid van een andere grondslag ter sprake kan brengen. Voor de voorgestelde wijziging zal in hoger beroep weinig ruimte bestaan in verband met de werking van het grievenstelsel. Iets anders is dat de rechter met de voorgestelde mogelijkheid prudent zal moeten omgaan om te voorkomen dat hij 'mee gaat procederen' en zijn onpartijdigheid in het gedrang komt of de schijn ontstaat van een gebrek aan onpartijdigheid. In een wat verder weg liggend perspectief kan men zich overigens afvragen of de rechter niet binnen zekere grenzen ook de plicht zou moeten hebben om op de mogelijkheid van een andere grondslag te wijzen. Een uitwerking van die gedachte zou zoveel vragen oproepen dat vooralsnog beter met het voorgestelde tweede lid kan worden volstaan.

Hoogachtend,

