

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 6 augustus 2018
dossiernummer: 105718
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 74
e-mail: j.vollaard@advocatenorde.nl

**Betreft: consultatie voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke
Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht**

Geachte minister,

Bij brief van 31 mei 2018 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie burgerlijk procesrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,


mr. R.A. Fibbe
lid algemene raad

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

bijlage: advies van de adviescommissie burgerlijk procesrecht

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van: adviescommissie burgerlijk procesrecht
Datum: 30 juli 2018
Betreft: **consultatie voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht**

SAMENVATTING

De adviescommissie staat positief ten opzichte van de algemene uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het conceptwetsvoorstel dat strekt tot vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht. Wel plaatst de adviescommissie kritische kanttekeningen bij (de uitwerking van) enkele onderdelen van het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting ("MvT"). De adviescommissie heeft zich in deze consultatiereactie beperkt tot commentaar op de (in haar ogen) belangrijkste onderdelen, en tot commentaar op enkele specifieke artikelen. Gezien de omvang van het wetsvoorstel en de voorgestelde wijzigingen zou de adviescommissie het wenselijk achten als belanghebbenden in een latere fase nogmaals in de gelegenheid zouden worden gesteld te reageren op het (al dan niet aangepaste) wetsvoorstel.

Kernpunten

- Een belangrijk element van het wetsvoorstel is dat de informatievoorziening aan de rechter en de bewijslevering in de procedure naar voren worden gehaald en vereenvoudigd. Partijen worden geacht al voorafgaand aan een procedure alle informatie te verzamelen waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die van belang is voor de beslechting van het geschil en die redelijkerwijs voorafgaand aan de procedure kan worden verkregen (deze verplichting duidt de adviescommissie hierna aan als de "preprocessuele bewijsgaringsplicht"). Op die manier zou de procedure sneller, eenvoudiger en effectiever kunnen verlopen en zouden partijen een uitspraak van de rechter krijgen die aansluit bij de "materiële waarheid".
- De adviescommissie onderschrijft het uitgangspunt van het wetsvoorstel en het belang dat de relevante informatie en het beschikbare bewijs zoveel mogelijk bij aanvang van de procedure beschikbaar worden gesteld, en dat partijen de rechter volledig en naar waarheid informeren over de relevante feiten.
- De adviescommissie kan zich ook vinden in de voorgestelde sanctie die is verbonden aan niet-naleving van de preprocesuele bewijsgaringsplicht, namelijk dat de rechter daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Dit sluit aan bij reeds bestaande sancties op schending van processuele verplichtingen en biedt de rechter ruimte om een proportionele maatregel op te leggen, toegesneden op de omstandigheden van het geval. Wel acht de adviescommissie uit een oogpunt van waarheidsvinding sancties in de vorm van bijvoorbeeld (reële) proceskostenvergoedingen meer voor de hand liggen dan sancties waarbij (nadere) bewijslevering in de procedure wordt uitgesloten.
- De preprocesuele bewijsgaringsplicht is in het wetsvoorstel onderworpen aan een dubbele redelijkheidstoets: deze verplichting strekt zich uit tot alle informatie waarvan voor een partij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze relevant is voor de beslechting van het geschil en die voorafgaand aan een procedure redelijkerwijs door die partij bemachtigd kan worden. De adviescommissie is het met deze beperking op de preprocesuele

bewijsgaringsplicht op zich eens, maar meent dat in aanvulling daarop in de wet ook een proportionaliteitstoets moet worden opgenomen. Uit de MvT valt af te leiden dat de preprocesuele bewijsgaringsplicht niet zover strekt dat een partij zich voor de bewijsgaring in de voorfase tot de rechter moet wenden,¹ maar dit zou nadrukkelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht. Een dergelijke (potentiële) verplichting belemmert (mede gezien de kosten) de toegang tot de rechter en dat is onwenselijk.

- De adviescommissie vindt het een goede zaak dat er één verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen (voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht, plaatsopneming, inzagevordering) komt, waarbij de toetsingscriteria gelijk worden getrokken. Wel heeft de adviescommissie aarzelingen bij het in beginsel uitsluiten van hoger beroep en cassatie voor alle voorlopige bewijsverrichtingen, met name waar het betreft een verzoek tot exhibitie.
- Het wetsvoorstel houdt in dat na een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen een "verschijning van partijen" volgt, waarbij een grote rol is weggelegd voor "regie" door de rechter. Hoewel de adviescommissie in zijn algemeenheid de mogelijkheid van regievoering door de rechter in een vroege fase toejuicht, dient er wel voor te worden gewaakt dat de rechter in de voorfase niet te sturend optreedt. Bovendien moet ervoor worden gewaakt dat de kosten van de behandeling van een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen voor de betrokken partijen binnen redelijke grenzen blijven.
- De adviescommissie plaatst serieuze vraagtekens bij de veelvuldig in de MvT geuite verwachting dat procedures door invoering van de preprocesuele bewijsgaringsplicht sneller en efficiënter verlopen, of dat partijen eerder (voorafgaand aan een procedure) zelf een oplossing voor hun geschil bereiken. De adviescommissie verwacht eerder dat naarmate een verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen "normaler" wordt (omdat dit past binnen de preprocesuele bewijsgaringsplicht), frequenter een beroep op de rechter zal worden gedaan in de voorfase, en dat dit eerder tot escalatie van het geschil leidt, dan tot een snellere, buitengerechtelijke oplossing.
- De adviescommissie is zeer kritisch ten aanzien van de extra ruimte en de actievare rol die de rechter krijgt om in de procedure recht te doen aan waarheidsvinding, in het bijzonder waar het gaat om de voorgestelde toekenning (in artikel 24 lid 2 Rv) van de bevoegdheid aan de rechter om partijen ambtshalve te wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen. De adviescommissie vreest dat zaken hierdoor (juist) minder efficiënt worden behandeld, langer duren en (dus) kostbaarder worden (o.a. door meer processtappen en potentieel meer wrakingen).
- De adviescommissie kan zich erin vinden dat partijen worden gestimuleerd om (meer) gebruik te maken van schriftelijke getuigenverklaringen. De adviescommissie kan zich ook vinden in aanscherping van de bewijsaandraagplicht, waarbij partijen worden verplicht aan te geven over welke bewijsmiddelen zij beschikken (niet: kunnen beschikken) en schriftelijke getuigenverklaringen direct bij aanvang van de procedure overleggen, dan wel toelichten waarom een schriftelijke getuigenverklaring niet kon worden verkregen. Wel gaat de adviescommissie ervan uit dat partijen niet verplicht zijn de rechter aan te zoeken als een getuige niet bereid is zijn verklaring op schrift te stellen. Bovendien moet ervoor worden gewaakt dat het horen van getuigen in de procedure zelf niet (vaker) achterwege blijft omdat schriftelijke verklaringen in het geding zijn gebracht. Hoewel het volgens de MvT niet de bedoeling is getuigenverhoren door de rechter verder terug te dringen, vreest de adviescommissie dat dit feitelijk wel het gevolg zal zijn gezien de nadruk op snelheid en efficiency in de rechtspraak.

¹ MvT, p.25.

- De adviescommissie heeft geen bezwaar tegen het afschaffen van de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring. De rechter moet in staat worden geacht een dergelijke getuigenverklaring te waarderen in het licht van alle omstandigheden van het geval.
- Het wetsvoorstel gaat uit van toepasselijkheid van de artikelen die betrekking hebben op de nieuwe, eenvoudige basisprocedure (KEI-Rv). Nu het nog geruime tijd zal duren voordat KEI-Rv volledig zal zijn ingevoerd, meent de adviescommissie dat het wetsvoorstel in zodanige vorm moet worden ingediend dat het op beide versies van Rv van toepassing is.

CONSULTATIEREACTIE

1 Inleiding

1. De adviescommissie heeft kennis genomen van het concept "*Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht*". Het wetsvoorstel maakt onderdeel uit van het programma "*Verbetering van het burgerlijk procesrecht*" dat tot doel heeft de maatschappelijke functie van de rechtspraak te vergroten. Het wetsvoorstel strekt ertoe het bewijsrecht in civiele procedures te vereenvoudigen en te moderniseren door de informatiegaring en bewijsverzameling in de fase voorafgaand aan en tijdens de procedure te verbeteren. Het wetsvoorstel vloeit voort uit het advies over de modernisering van het bewijsrecht dat de expertgroep bestaande uit mr. A. Hammerstein (voorzitter), prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock in het voorjaar van 2017 heeft uitgebracht. De adviescommissie heeft over dit advies reeds in een eerder stadium geadviseerd.²
2. Het concept wetsvoorstel beoogt tegemoet te komen aan de behoefte van burgers en bedrijven aan meer eenvoud, snelheid, flexibiliteit en effectiviteit bij de buitengerechtelijke en gerechtelijke geschiloplossing. Een belangrijk element van het concept wetsvoorstel is dan ook dat de informatievoorziening aan de rechter en de bewijslevering in de procedure naar voren worden gehaald en vereenvoudigd. Het voorstel neemt tot uitgangspunt dat vroegtijdige informatievergaring en bewijsverzameling weliswaar meer tijd en inspanning van partijen vergen, maar dat procedures daardoor sneller, eenvoudiger en effectiever kunnen verlopen en partijen een uitspraak van de rechter krijgen die aansluit bij de "materiële waarheid". Bovendien zouden partijen door een vroegtijdige informatie- en bewijsvergaring meer inzicht krijgen in het geschil en zou de kans groter zijn dat partijen hun geschil onderling of met behulp van een mediator kunnen oplossen, zodat een procedure niet meer nodig is.
3. Het wetsvoorstel is gebaseerd op een aantal uitgangspunten, die in het navolgende achtereenvolgens worden besproken:
 - a. ***informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure***: een verplichting voor partijen om alle relevante informatie over hun geschil te verzamelen en met elkaar te delen voordat een procedure bij de rechter wordt aangespannen;
 - b. ***actieve rol bij de waarheidsvinding***: de mogelijkheid voor de rechter om met partijen de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer te bespreken;

² <https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/28667>

- c. **verschijning van partijen na een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen:** de invoering van een verschijning van partijen na een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen, met een sterke regiefunctie voor de rechter;
- d. **een verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen:** er komt één verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen in plaats van afzonderlijke verzoeken per voorlopige bewijsverrichting (voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht, plaatsopneming en exhibitie van bescheiden);
- e. **verbetering van het inzagerecht:** het inzagerecht wordt aangepast en zoveel mogelijk gelijk getrokken met de overige bewijsverrichtingen;
- f. **wettelijke regeling voor een algemeen bewijsbeslag:** het bewijsbeslag in niet-IE-zaken wordt vastgelegd in de wet;
- g. **aansluiting van het bewijsrecht op de nieuwe basisprocedure:** het bewijsrecht, in het bijzonder het horen van getuigen, wordt aangesloten op het nieuwe civiele procesrecht (KEI);
- h. **meer gebruik van schriftelijke verklaringen:** het overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen die buiten rechte tot stand zijn gekomen, wordt gestimuleerd.

2 Uitgangspunten van het wetsvoorstel

2.1 Informatiegarage en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure

4. Een belangrijk element van het concept wetsvoorstel is de introductie van (wat de adviescommissie hierna kortheidshalve aanduidt als) een preprocesuele bewijsgaringsplicht, dat wil zeggen een verplichting voor partijen om voordat een zaak aanhangig is, alle informatie te verzamelen waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die van belang is voor de beslechting van het geschil en die redelijkerwijs voorafgaand aan de procedure kan worden verkregen. De gedachte is dat door vroegtijdige informatievergaring en bewijsverzameling procedures sneller en efficiënter kunnen verlopen. Bovendien krijgen partijen daardoor vooraf meer inzicht in het relevante feitencomplex, zodat zij hun procespositie beter zouden kunnen inschatten en beter in staat zouden zijn het geschil onderling op te lossen, waardoor een procedure kan worden vermeden. Voldoet een partij niet aan haar preprocesuele bewijsgaringsplicht, dan kan de rechter daaruit in de procedure "de gevolgtrekking maken die hij geraden acht". Dit biedt de rechter volgens de MvT de mogelijkheid om een proportionele sanctie op te leggen, passend bij de aard en de ernst van de geschonden verplichting en de concrete omstandigheden.³
5. De adviescommissie onderschrijft het uitgangspunt van het concept wetsvoorstel en het belang dat de relevante informatie en het beschikbare bewijs zoveel mogelijk bij aanvang van de procedure beschikbaar worden gesteld, en dat partijen de rechter volledig en naar waarheid informeren over de relevante feiten. Dat komt de behandeling en beslissing van het geschil in de procedure ten goede.
6. In de MvT wordt terecht onderkend dat de thans geïntroduceerde preprocesuele bewijsgaringsplicht geen wezenlijk nieuwe verplichting is voor partijen, maar slechts een "aanscherping"⁴ vormt van al bestaande verplichtingen in het civiele procesrecht, zoals de waarheidsplicht van artikel 21 Rv en de substantiërings- en bewijsaandraagplichten van

³ MvT, p. 7 en p. 21.

⁴ MvT, p. 7 en p. 25.

artikel 111 en 128 Rv en artikel 30a en 30i KEI-Rv. Hoewel de adviescommissie meent dat een rechter met deze bestaande verplichtingen al voldoende instrumenten in handen heeft om op te treden tegen partijen die onvoldoende (tijdig, volledig of naar waarheid) bewijs aandragen van hun stellingen, kan de adviescommissie zich voorstellen dat de geïntroduceerde preprocesuele bewijsgaringsplicht een "extra zet" kan geven aan de gewenste "cultuurverandering".⁵ Daarvoor zal wel nodig zijn dat rechters in de praktijk ook daadwerkelijk effectieve gevolgen verbinden aan (evidente) schending van processuele informatieplichten. Dat gebeurt in de praktijk nu (te) weinig.⁶

7. De preprocesuele bewijsgaringsplicht is onderworpen aan een dubbele redelijkheidstoets: de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure strekt zich uit tot alle informatie waarvan voor een partij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze relevant is voor de beslechting van het geschil door de rechter. Ook moet deze informatie in de fase voorafgaand aan een procedure redelijkerwijs door die partij bemachtigd kunnen worden.⁷ De adviescommissie is het op zich met deze beperking op de preprocedurele bewijsgaringsplicht eens, maar heeft een aantal opmerkingen.
8. De adviescommissie meent dat de dubbele redelijkheidstoets in artikel 149a Rv en de voldoende belang eis van artikel 149b Rv niet ver genoeg gaan en dat in de wet zelf ook een proportionaliteitseis moet worden opgenomen. Het opnemen van een proportionaliteitseis is sowieso vereist voor zover de opgevraagde gegevens persoonsgegevens zijn als bedoeld in de AVG. Zie hierna het artikelsgewijs commentaar op artikel 149b Rv. Maar ook meer algemeen moet een beroep op exhibitie proportioneel zijn.⁸ Als het belang van het onderliggende geschil klein is, en de kosten van het voldoen aan een verzoek om exhibitie groot zijn, is dat verzoek niet proportioneel. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld als een partij een verzoek om exhibitie doet, terwijl nog geenszins vaststaat dat de rechter wel bevoegd is kennis te nemen van het geschil of de vordering van deze partij verjaard is, waardoor de rechter aan een inhoudelijke behandeling van het geschil niet toe zal komen. In complexe zaken komt het wel voor dat de rechter met partijen overlegt over opsplitsing van de procedure, waarbij wordt afgesproken eerst bepaalde geschilpunten te beslissen, alvorens, indien nog nodig, de overige geschilpunten. In een dergelijk geval kan de rechter bepalen dat de verweerder in afwijking van het bepaalde in artikel 30i lid 4 Rv niet al zijn verweren in een keer naar voren behoeft te brengen. De adviescommissie kan zich voorstellen dat in een dergelijke situatie ook de verplichting om mee te werken aan exhibitie van gegevens die niet van belang zijn voor de eerste fase van de procedure wordt uitgesteld, zeker als die exhibitie veel tijd en inspanning vergt. De adviescommissie onderkent dat op grond van artikel 196 Rv het verzoek om exhibitie kan worden afgewezen als er onvoldoende belang daarbij bestaat, als het in strijd is met een goede procesorde, als er sprake is van misbruik van bevoegdheid of om andere gewichtige redenen. Deze afwijzingsgronden gaan echter minder ver dan een proportionaliteitstoetsing, die de mogelijkheid biedt de belangen van de betrokken partijen bij al dan niet exhibitie van bepaalde gegevens rechtstreeks af te wegen.
9. De adviescommissie plaatst ook vraagtekens bij het gemak waarmee in de MvT wordt opgemerkt dat een partij bij een rechtsbetrekking bij een derde een inspectierapport kan

⁵ Zie MvT, p. 8.

⁶ Zie voor een uitzondering: Rechtbank Amsterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2948.

⁷ MvT, p. 23-25.

⁸ Vergelijk R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, diss. Nijmegen 2017, p. 266-267

opvragen dat op die rechtsbetrekking betrekking heeft.⁹ De adviescommissie kan zich voorstellen dat zowel deze inspectie als de derde op wie het onderzoek betrekking heeft daartegen bezwaar kunnen hebben, bijvoorbeeld omdat de wederpartij wettelijk gedwongen was informatie aan de inspectie te geven, terwijl zij niet gehouden zou zijn om die informatie aan anderen te verstrekken.¹⁰ De verplichting om medewerking te verlenen aan exhibitie kan tot gevolg hebben dat een toezichthouder wordt belemmerd in zijn mogelijkheden om de relevante informatie te verzamelen als niet gegarandeerd is dat deze informatie niet bij derden terecht kan komen die daarop geen recht hebben.

10. De adviescommissie kan zich vinden in de sanctie die is verbonden aan niet-naleving van de preprocesuele bewijsgaringsplicht, namelijk dat de rechter daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. In het eerdere advies van de expertgroep werd voorgesteld om aan schending als sanctie te verbinden dat partijen tijdens de procedure geen of slechts beperkt mogelijkheden zouden krijgen voor nadere bewijslevering. Die sanctie achtte de adviescommissie onwenselijk, omdat daarmee de waarheidsvinding in het gedrang zou komen, als gevolg waarvan mogelijk uitspraak zou worden gedaan op basis van een onjuiste of onvolledige feitelijke grondslag. De in het concept wetsvoorstel voorgestelde sanctie van "de gevolgtrekking die de rechter geraden acht" sluit aan bij reeds bestaande sancties op schending van processuele verplichtingen en biedt de rechter ruimte om een proportionele maatregel op te leggen, toegesneden op de omstandigheden van het geval. Naar de mening van de adviescommissie mag deze sanctie het echter niet onmogelijk maken voor partijen om in de preprocesuele fase gemaakte fouten te herstellen. De adviescommissie heeft daarom moeite met de voorbeelden die in de MvT op pagina 7 onderaan worden genoemd, omdat die herstel van eerder gemaakte fouten onmogelijk maken. De adviescommissie acht sancties in de vorm van (reële) proceskostenvergoedingen meer voor de hand liggen.
11. De adviescommissie wijst er wel op dat de keerzijde van deze flexibiliteit voor de rechter is dat voor procespartijen vooraf moeilijk voorspelbaar is wat de consequentie zal zijn van een schending van de preprocesuele bewijsgaringsplicht. Dat klemmt te meer daar de omvang en inhoud van de preprocesuele bewijsgaringsplicht niet vastomlijnd zijn, maar worden ingevuld door de "dubbele redelijkheidstoets" die is vervat in het voorgestelde artikel 149a Rv. Het zal vooraf niet altijd in te schatten zijn wat er van partijen in dit opzicht wordt verlangd. Uit de MvT lijkt te volgen dat partijen binnen redelijke grenzen en kosten gehouden zijn om informatie te vergaren die relevant is voor hun vordering of het geschil, maar dat dit niet zover gaat dat zij verplicht zijn om de rechter aan te zoeken voor voorlopige bewijsverrichtingen.¹¹ De adviescommissie acht dat terecht en zou het toejuichen als dat nadrukkelijker in de MvT tot uitdrukking kan worden gebracht.
12. De adviescommissie plaatst verder serieuze vraagtekens bij de veelvuldig in de MvT geuite verwachting dat procedures door invoering van de preprocesuele bewijsgaringsplicht "sneller en efficiënter" verlopen,¹² of dat partijen "met alle beschikbare informatie" eerder zelf een oplossing van hun geschil bereiken, omdat zij een "betere inschatting kunnen maken van hun proceskansen".¹³ In de ervaring van de adviescommissie wordt de vertraging die thans in civiele procedures optreedt, niet (en in elk geval niet primair) veroorzaakt doordat in

⁹ MvT, p. 28.

¹⁰ Vergelijk bijvoorbeeld Hof Amsterdam 9 januari 2018, JBPr 2018/23 (curatoren Imtech/KPMG).

¹¹ MvT, p. 25: "Partijen worden hiertoe [het verzoeken van voorlopige bewijsverrichtingen] niet verplicht."

¹² Zie MvT, p. 7, 33,

¹³ Zie o.a. MvT, p. 7, 22-23, 50.

de procedure nog allerhande bewijs op tafel komt of getuigen moeten worden gehoord.¹⁴ Bovendien zal een discussie voorafgaand aan de procedure over welke informatie partijen elkaar over en weer zouden moeten verstrekken, juist eerder leiden tot escalatie van het geschil of het zich "verder ingraven" dan tot een constructief gesprek. Dat laatste zou overigens wel wenselijk zijn, maar is niet de realiteit. Wat de adviescommissie betreft is de verwachting dan ook gerechtvaardigd dat de preprocesuele bewijsgaringsplicht leidt tot een frequenter beroep op de rechter in de voorfase, of tot meer discussie in het kader van de hoofdzaak over welke informatie of welk bewijs al dan niet moet worden verschaft. Daarbij komt dat het geschil in de voorfase nog niet is afgebakend door de ingestelde vordering en de door de eiser ingenomen stellingen. Partijen zullen in de voorfase dus al van mening (kunnen) verschillen over wat "de relevante feiten" zijn. Bovendien kan de preprocesuele bewijsgaringsplicht een (nadere) drempel vormen voor de toegang tot de rechter, omdat het verzamelen van bewijs, zeker als daarbij de tussenkomst van de rechter nodig is, een kostbare en tijdrovende aangelegenheid kan zijn, terwijl niet duidelijk is of het verzamelde bewijs ook daadwerkelijk nodig is voor de beslechting van het geschil door de rechter. In de procedure kan immers blijken dat de rechter anders tegen de zaak aankijkt dan partijen, waardoor het reeds vergaarde bewijs niet relevant (meer) is of juist nader bewijs van bepaalde feiten nodig is.

13. Voor het overige verwijst de adviescommissie naar het artikelsgewijs commentaar.

2.2 Actieve rol bij de waarheidsvinding

14. Een tweede uitgangspunt van het concept wetsvoorstel is dat de rechter, met het oog op zijn steeds actievere rol in de procedure en de regiefunctie, meer ruimte krijgt om recht te doen aan waarheidsvinding "zodat partijen een uitspraak krijgen die aansluit bij de materiële rechtsverhouding zoals die in werkelijkheid tussen partijen bestaat". Om dit te bewerkstelligen wordt artikel 24 Rv in twee opzichten gewijzigd. Ten eerste wordt aan de huidige tekst van artikel 24 Rv toegevoegd dat de rechter niet alleen acht mag slaan op hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, maar ook op hetgeen de rechter verder tijdens de procedure ter kennis komt. Ten tweede wordt in een nieuw tweede lid van artikel 24 Rv bepaald dat de rechter partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Steeds zal de rechter hierbij het beginsel van hoor en wederhoor in acht moeten nemen en partijen voldoende in de gelegenheid moeten stellen zich uit te laten over alles wat hij aan zijn beslissing ten grondslag wil leggen.
15. Gezien het belang dat wordt gehecht aan waarheidsvinding, heeft de adviescommissie begrip voor de toevoeging in lid 1 van artikel 24 Rv dat de rechter ook acht kan slaan op hetgeen hem tijdens de procedure ter kennis komt anders dan hetgeen partijen uitdrukkelijk aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. De adviescommissie neemt aan dat het hierbij bijvoorbeeld gaat om passages uit producties waarop niet uitdrukkelijk een beroep is gedaan, maar waarvan de rechter zich afvraagt of die relevant zijn voor het geschil. Als de rechter daar onderzoek naar doet, is wel essentieel dat het

¹⁴ Zie ook het advies van de expertgroep (p. 17, voetnoot 18) waarin is vermeld dat "[n]aar schatting in minder dan 3% van de civiele zaken (inclusief incassozaken bij de kantonrechter) opdracht [wordt] gegeven voor bewijsverrichtingen als getuigenbewijs of deskundigenbericht" waarbij "[i]n de afgelopen jaren met name door advocaten stelselmatig [wordt] geklaagd dat rechters te weinig bereid zijn bewijslevering toe te laten en via het niet voldoen aan de stelplicht beslissen".

beginsel van hoor en wederhoor in acht wordt genomen en dat partijen voldoende tijd en gelegenheid krijgen zich uit te laten over de feiten die uit het dossier blijken en die de rechter kennelijk van belang acht.¹⁵ Onder omstandigheden kan dat meebrengen dat de procedure langer duurt (omdat partijen zich bijvoorbeeld nog schriftelijk moeten uitlaten), maar een verrassingsbeslissing moet te allen tijde worden voorkomen. Een beslissing die voor partijen onverwacht komt, zal immers vaker leiden tot het instellen van hoger beroep of cassatieberoep. Dan is geen sprake van effectieve geschillenbeslechting.

16. De beoogde toevoeging van het tweede lid aan artikel 24 Rv acht de adviescommissie onwenselijk. De toelichting in de MvT is op dit punt ook niet overtuigend en tegenstrijdig. Hoewel de MvT suggereert dat het voorgestelde tweede lid van artikel 24 Rv alleen de mogelijkheid voor de rechter "verduidelijkt" om actief aan waarheidsvinding te doen, is evident dat deze bepaling (veel) verder strekt en de rechter de bevoegdheid geeft om aan de hand van "aanknopingspunten" in het procesdossier partijen "op het spoor [te] zetten om de feitelijke grondslag van hun vordering, verweer of verzoek aan te vullen", bijvoorbeeld door een eigen-schuldverweer te opperen.¹⁶ Hier is dus sprake van een actieve, meedenkende – zo niet meeprocedurende – rechter. De adviescommissie kan dit niet rijmen met de stellingen in de MvT dat "uitgangspunt blijft dat partijen de omvang van de rechtsstrijd over hun geschil bepalen en dat de rechter vervolgens het geschil onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd",¹⁷ en dat "niet [wordt] beoogd afbreuk te doen aan de principiële verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen de partijen en de rechter".¹⁸ Het voorgestelde tweede lid van artikel 24 Rv doet dit nu juist wel.
17. De adviescommissie vreest dat juist als gevolg van een (te) actieve, meeprocedurende rechter, zaken minder efficiënt worden behandeld, langer duren en (dus) kostbaarder worden. Een rechter die de ene partij een idee aan de hand doet voor een mogelijk verweer, kan in het beste geval daartegen een verweer of bezwaar van de wederpartij verwachten, en in het slechtste geval een wraking. Dat vertraagt de procedure en brengt een oplossing van het geschil tussen partijen niet dichterbij. Daarbij komt dat het vanuit psychologisch oogpunt voor een rechter moeilijk is om partijen eerst actief op een bepaald spoor te zetten, om vervolgens te concluderen dat dat spoor doodloopt.¹⁹ Tot slot geldt dat een rechter, anders dan partijen, niet de hele feitelijke achtergrond van een geschil overziet. Partijen hoeven immers alleen die feiten in de procedure naar voren te brengen die relevant zijn voor de beslechting van hun geschil. Tenzij het tegendeel overduidelijk blijkt, moet de rechter ervan uitgaan dat partijen (en hun advocaten) dat ook (volledig en naar waarheid) doen. Het is niet aan de rechter om (met het risico van *hindsight bias*) op zoek te gaan naar aanvullende of nieuwe grondslagen voor een vordering of verweer als partijen die niet hebben aangevoerd.

¹⁵ Dit gaat in de praktijk nu al met enige regelmaat mis; zie voor voorbeelden de jaarlijkse Kroniek burgerlijk procesrecht in het NJB (afl. 35), onder het kopje "Algemene beginselen", "Hoor en wederhoor".

¹⁶ MvT, p. 19.

¹⁷ MvT, par. 5.2, p. 8.

¹⁸ MvT, p. 19.

¹⁹ Zie het voorbeeld van De Greve in het Verslag van de najaarsvergadering 2017 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, TCR 2018/2, p. 50: "Indien de rechter de rechtsstrijd verruimt door daar ambtshalve een debat over verjaring aan toe te voegen, zal deze rechter de natuurlijke aandrang hebben dit verjaringsverweer ook te honoreren. Hetzelfde geldt volgens De Greve voor ambtshalve aanvulling van de feitelijke grondslag: als de rechter zelf actief ergens naar op zoek gaat, is de kans veel groter dat de rechter vervolgens tot de slotsom komt dat hij meent – dus de perceptie heeft – dit ook gevonden te hebben."

2.3 Verschijning van partijen na een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen

18. Op het verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen volgt een zitting, die de rechter de mogelijkheid biedt om in een vroeg stadium het geschil met partijen te bespreken. Behalve ter bespreking van de verzochte voorlopige bewijsverrichtingen, kan die zitting door de rechter ook worden gebruikt voor het "inkaderen" van het geschil en het beproeven van een minnelijke regeling.²⁰ De rechter heeft tijdens de verschijning van partijen de mogelijkheden die de wet (artikel 30k KEI-Rv) hem voor de mondelinge behandeling tijdens de lopende procedure toekent.²¹
19. Hoewel de adviescommissie de mogelijkheid van regievoering door de rechter in de voorfase in concrete gevallen toejuicht, moet er wel voor worden gewaakt dat een systeem ontstaat waarin voorafgaand aan de procedure over het eigenlijke geschil een "extra" procedure wordt gevoerd, met alle kosten en vertraging van dien. Hierbij verdient opmerking dat van verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen ook misbruik kan worden gemaakt, met name tegenover minder financieel draagkrachtige partijen. Zo zal in de procedure bijstand van een advocaat nodig zijn. Omdat ten minste één verschijning van partijen plaatsvindt,²² kunnen de kosten hiervan (griffierecht, advocaatkosten) al snel oplopen, en dan is de hoofdprocedure nog niet eens begonnen. Een partij tegen wie voorlopige bewijsverrichtingen kunnen worden verzocht, kan er uit kostenoverwegingen uiteraard voor kiezen niet te verschijnen in de "voorprocedure", maar dat kan tot gevolg hebben dat deze partij de "hoofdprocedure" al met een achterstand begint.
20. In de MvT wordt opgemerkt dat de rechter partijen kan "ondersteunen bij het inventariseren van de feiten die van belang zijn voor de oplossing van het geschil en bij het verzamelen van bewijsmateriaal".²³ Hier bestaat geen bezwaar tegen, mits partijen daarbij op voet van gelijkheid worden behandeld. In dat kader vraagt de adviescommissie zich af wat de achtergrond is van het in de MvT genoemde – nogal specifieke – voorbeeld van "burgers die informatie van een multinational willen krijgen omdat zij menen een vordering op deze multinational te hebben" en die "de rechter om hulp [kunnen] vragen bij hun zoektocht naar relevante informatie". Uitgangspunt moet zijn dat alle verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen worden beoordeeld op basis van de daarvoor geldende toetsingscriteria.
21. Voorts meent de adviescommissie dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het "inkaderen" van het geschil in een zeer vroeg stadium. Op het moment dat partijen in een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen ter zitting verschijnen is de procesinleiding, waarin de vordering is geformuleerd, nog niet beschikbaar. De mogelijkheid dat de rechter nog vóór het geding aanhangig is, het geding in een bepaalde richting kan sturen verhoudt zich niet met de rol van de rechter en de autonomie van partijen. Bovendien is niet gezegd dat de rechter die de hoofdprocedure behandelt, op dezelfde manier tegen de zaak aankijkt als de rechter die het verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen behandelt.
22. Voor specifiek commentaar op de voorgestelde artikelen 198 en 199 Rv verwijst de adviescommissie naar par. 3.6 hierna.

²⁰ MvT, p. 9-10.

²¹ MvT, p. 10.

²² Zie het voorgestelde artikel 198 lid 1 Rv.

²³ MvT, p. 9.

2.4 Eén verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen

23. In het concept wetsvoorstel wordt voorgesteld om de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen (voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht of plaatsopneming of inzagevordering) samen te voegen tot één verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen, waarbij ook de toetsingscriteria die nu gelden voor de verschillende bewijsverrichtingen en de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep en cassatie gelijk worden getrokken. Gelet op het belang van de waarheidsvinding en de preprocesuele bewijsgaringsplicht geldt als uitgangspunt dat de rechter een verzoek om (een of meer) voorlopige bewijsverrichtingen toewijst. Gedachte is wel dat de rechter op de zitting een actieve en faciliterende rol heeft en met partijen bespreekt welke bewijsverrichting het meest aangewezen is om de ontbrekende informatie te verzamelen of het bewijs van bepaalde feiten of rechten vast te leggen. Voorgesteld wordt verder dat voorlopige bewijsverrichtingen niet meer mogelijk zijn als eenmaal een procedure aanhangig is gemaakt. Bewijsverrichtingen moeten in dat geval lopen via de rechter aan wie de zaak is toebedeeld.
24. De adviescommissie juicht toe dat er één "loket" komt voor alle voorlopige bewijsverrichtingen en dat de vereisten voor toewijzing gelijk worden getrokken. Dat komt de snelheid en de efficiëntie van de behandeling ten goede. Dat geldt ook voor het gelijk trekken van de toetsingscriteria en het onmogelijk maken van een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen hangende een lopende procedure.
25. Wel heeft de adviescommissie aarzelingen bij het in beginsel uitsluiten van hoger beroep en cassatie voor alle voorlopige bewijsverrichtingen. De adviescommissie kan instemmen met de voorgestelde regeling voor hoger beroep en cassatie bij een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht of plaatsopneming. De adviescommissie heeft daarentegen bezwaar tegen de voorgestelde regeling waar het betreft een verzoek tot exhibitie. De reden is dat toewijzing van het verbod kan leiden tot onomkeerbare gevolgen. Om die reden meent de adviescommissie dat als hoofdregel de mogelijkheid zou moeten bestaan om hoger beroep en cassatie in te stellen. De rechter zou twee mogelijkheden moeten krijgen om van deze regeling af te wijken. In de eerste plaats zou hij de bevoegdheid kunnen krijgen de beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Van die mogelijkheid kan de rechter bijvoorbeeld gebruik maken als de hij meent dat de hoofdprocedure ontoelaatbare vertraging zou opleveren of de gevolgen van een toegewezen verzoek niet tot zwaarwegende onomkeerbare gevolgen leiden als de uitspraak in hoger beroep zou worden vernietigd. In de tweede plaats zou de rechter kunnen bepalen dat de partij die de gegevens moet overleggen dat niet hoeft te doen aan de verzoekende partij, maar aan een onafhankelijke derde, zoals een notaris of deurwaarder, die de gegevens in afwachting van het hoger beroep onder zich kan houden. Op deze wijze kan worden voorkomen dat gegevens hangende de behandeling in hoger beroep verdwijnen. Verder beveelt de adviescommissie aan om in de wet op te nemen dat als een beschikking waarbij inzage in gegevens wordt gelast in hoger beroep wordt vernietigd, de rechter kan bepalen dat de partij of partijen die deze hebben gekregen, verplicht zijn deze aan de wederpartij te retourneren zonder een (elektronische) kopie achter te houden.
26. Voorts vraagt de adviescommissie er aandacht voor dat naarmate verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen "normaler" worden (omdat van partijen wordt verwacht dat zij voldoen aan hun preprocesuele bewijsgaringsplicht) en de drempel voor toewijzing van dergelijke

verzoeken (nog) lager wordt, het risico bestaat dat deze instrumenten in de praktijk worden gebruikt voor andere doeleinden dan (alleen) het verzamelen van informatie en bewijs om te voldoen aan een preprocesuele bewijsgaringsplicht. Zo verwacht de adviescommissie dat bij een verzoek om inzage vaker sprake zal zijn van *fishing expeditions*, of dat een getuigenverhoor wordt verzocht om bijvoorbeeld werknemers van een partij onder druk te zetten om die partij tot een schikking te bewegen.

27. Bovendien verwacht de adviescommissie dat dit zal leiden tot meer verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen en een frequenter beroep op de rechter in de voorfase van een procedure. Dat is onwenselijk want dergelijke bewijsverrichtingen leiden tot hoge kosten voor partijen, terwijl die een oplossing van het materiële geschil niet noodzakelijkerwijs dichterbij brengen,²⁴ en die bovendien een aanzienlijk beslag leggen op de capaciteit en middelen van de rechtspraak. In dit verband wordt erop gewezen dat er in het kader van een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen minimaal één zitting (verschijning van partijen) plaatsvindt.²⁵

2.5 Verbetering van het inzagerecht

28. Het nu in artikel 843a Rv neergelegde recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden (het inzagerecht) wordt in het wetsvoorstel ingebed in de wettelijke regeling van de bewijsmiddelen, overeenkomstig het eerdere wetsvoorstel tot aanpassing van het inzagerecht (wetsvoorstel 33 079), en wordt gestroomlijnd met de overige bewijsverrichtingen. De adviescommissie begrijpt op zich de wens om tot een stroomlijning van de verschillende bewijsverrichtingen te komen. De gekozen systematiek heeft echter ook een nadeel: de beperkingen waaraan het inzagerecht is onderworpen, worden nu verspreid over drie wetsartikelen, te weten artikel 149a Rv (de dubbele redelijkheidstoets), artikel 149b Rv (de toepassingsvoorwaarden, de "voldoende belang"-eis en de materiële weigeringsgronden van het tweede lid) en artikel 196 Rv (de processuele weigeringsgronden). Dat maakt het voor de gebruiker er niet gemakkelijk op. Bovendien brengt de gekozen systematiek mee dat het misverstand kan ontstaan dat de processuele weigeringsgronden geen afbreuk doen aan het recht dat een partij heeft op exhibitie, en het bestaan van een processuele weigeringsgrond alleen tot gevolg heeft dat deze partij zijn recht op exhibitie niet kan afdwingen, maar niet afdoet aan de bevoegdheid van de rechter om uit het feit dat de wederpartij niet aan de exhibitieplicht heeft voldaan, de gevolgtrekking te maken die hij geraden acht.
29. Om deze reden meent de adviescommissie dat de dubbele redelijkheidstoets niet alleen in artikel 149a Rv, maar ook in artikel 149b Rv moet worden opgenomen en er niet alleen in de MvT naar moet worden verwezen.²⁶ De exhibitieplicht is in artikel 149b Rv geclausuleerd door het stellen van de eis dat de partij die om inzage vraagt daarbij "voldoende belang" moet hebben. Betekent dit dat als niet aan de dubbele redelijkheidstoets is voldaan, deze partij ook onvoldoende belang bij exhibitie heeft? De adviescommissie meent dat de verhouding tussen de dubbele redelijkheidstoets en de belangeis van artikel 149b lid 1 Rv onvoldoende duidelijk is.

²⁴ De beoordeling van het materiële geschil is immers afhankelijk van de juridische beoordeling daarvan door de rechter, waarover partijen van mening kunnen verschillen, en waarover ook de rechter die de "bodempcedure" behandelt, anders kan denken dan de rechter die het verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen beoordeelt.

²⁵ Zie het voorgestelde artikel 198 Rv.

²⁶ MvT, p. 26.

30. Om dezelfde reden meent de adviescommissie dat het wenselijk is het verband tussen het "voldoende belang"-vereiste en de processuele weigeringsgronden van artikel 196 Rv te verduidelijken. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.1 is de adviescommissie voorstander van het opnemen van een proportionaliteitstoets in artikel 149b Rv.
31. De adviescommissie merkt op dat op het eerdere wetsvoorstel tot aanpassing van het inzagerecht (wetsvoorstel 33 079) kritiek is geleverd omdat het te ver ging. Ook de Tweede Kamer had in het verslag een aanzienlijk aantal vragen. Het valt de adviescommissie op dat in de MvT hierop nauwelijks wordt ingegaan. De adviescommissie geeft de Minister in overweging dit alsnog te doen.
32. In artikel 149b lid 2 Rv wordt opgenomen dat degene die een verschoningsrecht toekomt als bedoeld in artikel 165 lid 2 Rv niet verplicht is de verzochte gegevens te verstrekken. De adviescommissie meent dat dit te beperkt is. Er zijn immers ook partijen die een wettelijke geheimhoudingsplicht hebben, maar niet vallen onder de werkingssfeer van artikel 165 lid 2 Rv. Dit speelt vooral als het verzoek om exhibitie zich richt tegen een derde. Te denken valt bijvoorbeeld aan een registeraccountant. Die heeft een contractuele en in de toepasselijke beroepsregels opgenomen geheimhoudingsplicht. De adviescommissie meent dat een derde (bijvoorbeeld een aandeelhouder of schuldeiser van de controlecliënt) geen recht op inzage zou behoren te krijgen in gegevens die zich bevinden in het controledossier van de accountant. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld als het exhibitieverzoek zich richt tegen een onderzoeker in een enquêteprocedure.²⁷ Het lijkt erop dat in het wetsvoorstel alleen gedacht is aan de positie van een bestuursorgaan dat als derde geconfronteerd wordt met een verzoek om exhibitie (artikel 149b lid 3 Rv). De adviescommissie meent dat dit een breder probleem is dat niet alleen van belang is voor bestuursorganen maar in het algemeen iedere derde die geconfronteerd is met een verzoek tot exhibitie en tot geheimhouding is verplicht.
33. Voor het overige verwijst de adviescommissie naar het artikelsgewijs commentaar.

2.6 Wettelijke regeling voor een algemeen bewijsbeslag

34. Het wetsvoorstel bevat voorts een codificatie van de in de jurisprudentie tot stand gekomen regeling voor het bewijsbeslag. De adviescommissie ondersteunt het voornemen deze regeling te codificeren. Het wetsvoorstel geeft de adviescommissie op dit punt geen aanleiding voor suggesties voor verbetering.

2.7 Aansluiting van het bewijsrecht op de nieuwe basisprocedure

35. In de consultatieversie van het wetsvoorstel wordt verwezen naar de wetsartikelen die betrekking hebben op de nieuwe, eenvoudige basisprocedure.²⁸ Nu het automatiseringsproject van de Raad voor de rechtspraak voor de nieuwe basisprocedure volledig is mislukt, zal het nog geruime tijd duren voordat KEI-Rv volledig zal zijn ingevoerd. De adviescommissie meent dat het wetsvoorstel in een zodanige vorm moet worden ingediend dat het op beide versies van Rv van toepassing is.

²⁷ Vergelijk R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, diss. Nijmegen 2017, p. 389.

²⁸ MvT, p. 1.

2.8 Meer gebruik van schriftelijke verklaringen

36. Partijen worden gestimuleerd om meer gebruik te maken van schriftelijke getuigenverklaringen. Het overleggen van schriftelijke verklaringen van getuigen die buiten de rechter om in de fase voorafgaand aan de procedure tot stand zijn gekomen, wordt een verplicht onderdeel van de bewijsaandraagplicht.²⁹ Op deze manier wordt bevorderd dat feiten en geschilpunten in een zaak tijdig boven tafel komen, het partijdebat kan worden toegespitst en getuigenverhoren door de rechter effectiever kunnen verlopen. Aan de wijze van totstandkoming van schriftelijke getuigenverklaringen worden geen eisen gesteld. De waardering van getuigenverklaringen wordt aan de rechter overgelaten (waarbij de wijze van totstandkoming een rol kan spelen).
37. De adviescommissie onderschrijft dat schriftelijke getuigenverklaringen zinvol kunnen zijn om snel duidelijk te hebben wat getuigen (in de kern) kunnen verklaren en op welke punten getuigen elkaar tegenspreken. Dit kan het partijdebat en verdere bewijslevering in de procedure stroomlijnen. Hoewel de MvT stelt dat het doel van de aanscherping van de bewijsaandraagplicht uitdrukkelijk niet is om het horen van getuigen door de rechter in de procedure verder terug te dringen,³⁰ vreest de adviescommissie dat dit feitelijk wel de consequentie zal zijn gezien de nadruk die in de praktijk (en ook in de MvT) ligt op snelheid en efficiëntie van de procedure.
38. In de MvT lijkt er bovendien niet altijd voldoende oog voor te bestaan dat de getuigen van wie in de fase voorafgaand aan een procedure schriftelijke verklaringen kunnen worden verkregen, doorgaans de "willige" getuigen zijn, die de positie van de desbetreffende procespartij ondersteunen. Dat zullen bovendien vaak geen spontane schriftelijke getuigenverklaringen zijn,³¹ maar vaak verklaringen waarvan de inhoud is afgestemd met of opgesteld door (de advocaat van) de procespartij. Getuigen uit het kamp van de wederpartij zullen doorgaans in de voorfase niet bereid zijn om een verklaring op papier te zetten, maar zullen liever afwachten totdat zij eventueel door de rechter worden gehoord. Dat betekent dat de bewijswaarde van schriftelijke getuigenverklaringen vaak beperkt zal zijn en dat het horen van getuigen ten overstaan van de rechter niet achterwege kan blijven omdat een schriftelijke verklaring in het geding is gebracht.

3 Reactie op specifieke onderdelen

3.1 Onderdeel A – artikel 22

39. Het voorgestelde artikel 22 Rv strekt ertoe de rechter meer regie en flexibiliteit te geven bij de beoordeling van de vraag of weigering of beperkte kennisname gerechtvaardigd is en bij de gevolgen die de rechter aan de proceshouding van partijen kan verbinden. De adviescommissie acht dit een nuttige toevoeging. De adviescommissie merkt op dat de MvT kort ingaat op de relatie van de voorgestelde bepaling met artikel 22a Rv,³² maar niet ingaat op de verhouding met het derde lid van artikel 22a dat wordt toegevoegd in het wetsvoorstel

²⁹ MvT, Onderdelen E en F, p. 20-21

³⁰ MvT, p. 21.

³¹ Laat staan spontane "handgeschreven" verklaringen, zoals genoemd op p. 21 MvT.

³² MvT, p. 18.

Wet bescherming bedrijfsgeheimen.³³ De adviescommissie adviseert de MvT op dit punt aan te vullen.

3.2 Onderdeel B – artikel 24

40. De adviescommissie acht de voorgestelde toevoeging van het tweede lid dat bepaalt dat de rechter partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen, ongewenst. Verwezen wordt naar hetgeen hiervoor, in paragraaf 2.2, is opgemerkt.

3.3 Onderdelen E en F – artikelen 30a en 30i

41. De bewijsaandragplicht krijgt een meer verplichtend karakter in die zin dat in de procesinleiding en in het verweerschrift de bewijsmiddelen moeten worden genoemd waarover de desbetreffende partij beschikt (niet: kan beschikken). Bovendien moeten de schriftelijke verklaringen van de genoemde getuigen worden overgelegd, of moet worden toegelicht waarom schriftelijke verklaringen niet konden worden verkregen.
42. De adviescommissie onderschrijft het uitgangspunt dat de relevante informatie en het beschikbare bewijs, inclusief eventuele schriftelijke getuigenverklaringen, zoveel mogelijk bij aanvang van de procedure beschikbaar worden gesteld. Wel dient daarbij de kanttekening te worden geplaatst dat schriftelijke getuigenverklaringen met name beschikbaar zullen zijn van de "eigen" getuigen van de desbetreffende partij, en dat getuigen uit het kamp van de wederpartij of derden veelal niet snel uit eigen beweging een verklaring zullen willen opstellen die in rechte als bewijs wordt gebruikt. De adviescommissie acht het terecht dat in de MvT wordt opgemerkt dat als van een getuige geen schriftelijke verklaring kan worden verkregen, partijen kunnen volstaan met het vermelden van de reden daarvan.³⁴ Partijen zijn niet verplicht om dan (eerst) de rechter aan te zoeken om de desbetreffende persoon door de rechter als getuige te doen horen.³⁵

3.4 Onderdeel J – artikelen 149a en 149b

43. In artikel 149a Rv wordt voor partijen de verplichting geïntroduceerd om voordat een zaak aanhangig is, de informatie te verzamelen die zij redelijkerwijs kunnen verkrijgen en die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de beoordeling van de feiten of rechten waarop deze partij zich beroept ter onderbouwing van haar vordering of verweer. Wordt deze informatie in de procedure niet overgelegd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.
44. De adviescommissie verwijst allereerst naar hetgeen in paragraaf 2.1 is opgemerkt.
45. De mate waarin de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan een procedure moet plaatsvinden, valt volgens de MvT niet in algemene zin te omlijnen. Het voorstel houdt in dat hiervoor een dubbele redelijkheidstoets wordt gehanteerd: de preprocesuele

³³ Kamerstukken I, 34 821 A.

³⁴ MvT, p. 21.

³⁵ Zie MvT, p. 25: "Als partijen voor de informatiegaring en bewijsverzameling de tussenkomst van de rechter nodig hebben, kunnen zij, net zoals in de huidige praktijk, voorafgaand aan een procedure verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen. Partijen worden hiertoe niet verplicht."

bewijsgaringsplicht strekt zich uit tot alle informatie waarvan voor een partij in de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs* voorzienbaar is dat deze relevant is voor de beslechting van het geschil, en bovendien moet die informatie door de desbetreffende partij *redelijkerwijs* bemachtigd kunnen worden.³⁶ Of aan de dubbele redelijkheidstoets is voldaan, hangt af van de omstandigheden van het geval. Relevante factoren kunnen bijvoorbeeld zijn: (i) de rol van een partij (eiser of verweerder), (ii) of een partij wordt bijgestaan door een advocaat, (iii) de aard, het belang of de complexiteit van de vordering die wordt ingesteld, en (iv) de kosten die moeten worden gemaakt om bepaald bewijs te vergaren voorafgaand aan de procedure.³⁷ De MvT vermeldt dat partijen in de voorfase indien nodig via de rechter kunnen verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen, maar dat zij hiertoe niet verplicht worden.³⁸

46. Uit dit laatste leidt de adviescommissie af dat de preprocesuele bewijsgaringsplicht zijn grens vindt daar waar voor bewijsgaring de tussenkomst van de rechter nodig zou zijn.
47. De MvT vermeldt dat bij de maatstaf van de dubbele redelijkheidstoets verder kan worden onderscheiden naar gelang de eiser en verweerder zich voorafgaan aan de procedure hebben laten bijstaan door een advocaat of zonder advocaat procederen. Voor een partij die zonder advocaat procedeert, is minder voorzienbaar welke informatie relevant is voor de oplossing van het geschil dan voor een partij die zich laat bijstaan door een professionele rechtsbijstandverlener. Bij de vraag wat van een advocaat in de voorfase van een procedure mag worden verwacht, kan worden aangesloten bij wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelende vakgenoot mag worden verwacht.³⁹ De adviescommissie meent dat deze passage in de MvT beter kan worden geschrapt. Daarvoor heeft zij drie argumenten. In de eerste plaats is het onjuist om een gedragsnorm voor een advocaat (voortvloeiend uit de eisen die aan zijn beroepsuitoefening worden gesteld) ook toe te passen op de cliënt van die advocaat. Immers, de rechter die moet beoordelen of een partij aan de op hem rustende preprocesuele bewijsgaringsplicht heeft voldaan, weet niet of deze partij zijn advocaat wel alle relevante informatie heeft gegeven, en, als dat niet het geval is, of dat deze partij kan worden verweten, wat de advocaat zijn cliënt heeft geadviseerd en of de cliënt dat advies heeft opgevolgd. Gelet op de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt behoort de rechter zich daarin ook niet te verdiepen. De rechter kan dus niet beoordelen of een partij deze van de advocaat afgeleide gedragsnorm al dan niet heeft geschonden. In de tweede plaats acht de adviescommissie het in het algemeen onjuist de verantwoordelijkheid voor de preprocesuele bewijsgaringsplicht bij de advocaat (of professionele rechtsbijstandsverlener) te leggen. Uiteraard dient een advocaat na te denken over de bewijspositie van zijn cliënt voordat hij een procedure start en daarbij is de preprocesuele bewijsgaringsplicht een hulpmiddel, maar dat mag geen doel op zich zijn. Daarbij geldt dat de op een partij rustende stelplicht en bewijslast mede afhankelijk zijn van hetgeen de wederpartij ten processe stelt, hetgeen pas duidelijk wordt tijdens de procedure. Evidente gevallen daargelaten lijkt het onredelijk met *hindsight bias* te oordelen over de preprocesuele bewijsgaringsverplichting. In de derde plaats moet voorkomen worden dat een cliënt afziet van het raadplegen van een advocaat omdat hij daardoor een zwaardere preprocesuele bewijsgaringsplicht op zich neemt, of het feit dat hij zich heeft voorzien van rechtsbijstand verzwijgt voor de wederpartij.

³⁶ MvT, p. 23.

³⁷ MvT, p. 23-25.

³⁸ MvT, p. 25.

³⁹ MvT, p. 24.

48. In artikel 149b Rv wordt de exhibitieplicht van artikel 843a Rv in gewijzigde vorm opgenomen. De adviescommissie heeft hierover, naast hetgeen is opgemerkt in paragraaf 2.5, de volgende opmerkingen.
49. Uit de MvT blijkt dat een beroep op exhibitie ook kan worden gedaan als het bestaan van de rechtsbetrekking nog niet in rechte vaststaat.⁴⁰ De adviescommissie kan dit billijken als het exhibitieverzoek betrekking heeft op gegevens waarmee een partij kan aantonen of er al dan niet sprake is van een bepaalde rechtsbetrekking. Te denken valt bijvoorbeeld aan gegevens aan de hand waarvan de partij die om exhibitie verzoekt kan aantonen dat zijn wederpartij onrechtmatig ten opzichte van haar heeft gehandeld. Denkbaar is echter ook dat in een situatie waarin nog geenszins zeker is dat de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld het exhibitieverzoek betrekking heeft op gegevens waarmee de verzoeker de beweerdelijk door hem geleden schade wil onderbouwen. De adviescommissie meent dat in een dergelijke situatie het niet zonder meer voor de hand ligt de wederpartij te verplichten daaraan mee te werken. Gelet op de tijd en kosten die de wederpartij daaraan moet besteden, kan een verzoek tot exhibitie op dat moment niet proportioneel zijn. Het invoeren van een proportionaliteitstoets kan dit probleem oplossen.
50. De adviescommissie merkt op dat ten opzichte van het bestaande artikel 843a Rv de eis van "rechtmatig belang" is vervangen door "voldoende belang". De MvT wijst erop dat de eis van "voldoende belang" meer aansluit bij de criteria van de overige (voorlopige) bewijsverrichtingen.⁴¹ De adviescommissie vindt dit argument niet overtuigend. De verwachting is dat na invoering van de wet veel vaker een beroep op de exhibitieplicht dan op andere bewijsverrichtingen zal worden gedaan. Het is niet de bedoeling dat de exhibitieplicht zich gaat ontwikkelen in de richting van een Angelsaksische *pre-trial discovery*. Dat zou leiden tot een enorme toename van de kosten van de procedure en druk op de rechtspraak. De term "voldoende belang" suggereert dat het uitsluitend gaat om het belang van de partij van degene die om exhibitie vraagt. De adviescommissie meent dat het belang van de verzoekende partij moet worden afgewogen tegen de belangen van de wederpartij en, indien relevant, de belangen van derden die bij het exhibitieverzoek zijn betrokken. Om die reden is de adviescommissie er een voorstander van dat in de exhibitieplicht een proportionaliteitstoets wordt opgenomen, zoals in par. 2.1 uiteengezet.
51. De adviescommissie acht het wenselijk om de internationale aspecten van de exhibitieplicht duidelijk te regelen. Uitgangspunt zou moeten zijn dat de exhibitieplicht alleen van toepassing is indien een procedure aanhangig is voor de Nederlandse rechter of voor de Nederlandse rechter aanhangig kan worden gemaakt. De adviescommissie acht het wenselijk dit uitgangspunt in de wet vast te leggen. Nu artikel 149b lid 2 Rv de weigeringsgronden om aan het verzoek te voldoen vermeldt, zou de indruk kunnen ontstaan dat het feit dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is van de hoofdvordering kennis te nemen, geen weigeringsgrond is. De adviescommissie onderkent dat zich daarnaast de situatie kan voordoen dat op grond van de Europese Bewijsverordening⁴² of het Haags

⁴⁰ MvT, p. 26-27.

⁴¹ MvT, p. 28.

⁴² Verordening (EG) 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke zaken.

Bewijsverdrag⁴³ een buitenlandse rechter verzoekt om exhibitie van documenten die een partij in Nederland onder zich heeft.⁴⁴ Echter, het zou niet zo moeten zijn dat de wederpartij zelf ten behoeve van een procedure in het buitenland (of een arbitrale procedure, daarvoor geldt natuurlijk hetzelfde) exhibitie van bepaalde gegevens kan vorderen.

52. De exhibitieplicht zou betrekking kunnen hebben op persoonsgegevens als bedoeld in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁴⁵ Te denken valt bijvoorbeeld aan e-mails. Een partij zal om aan een exhibitieverzoek dat betrekking heeft op persoonsgegevens te voldoen, deze gegevens moeten verwerken. Die verwerking is rechtmatig als die noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust (artikel 6(1)(c) AVG). Artikel 6(3) AVG schrijft gedetailleerd voor waaraan die rechtsplicht moet voldoen. Deze moet onder meer een proportionaliteitstoetsing inhouden. De adviescommissie constateert dat in het wetsvoorstel de mogelijke toepasselijkheid van de AVG niet is onderkend en meent dat dit alsnog zou moeten gebeuren.
53. Artikel 149b lid 1, tweede volzin, Rv bepaalt dat de partij die recht heeft op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens, de kosten draagt die voor de verstrekking van de gegevens moeten worden gemaakt. In de MvT wordt opgemerkt dat kosten van juridische bijstand niet worden gerekend tot de kosten die voor verstrekking van de gevraagde gegevens worden gemaakt.⁴⁶ De adviescommissie acht dit voor de hand liggend als de gegevens worden gevraagd van de wederpartij bij de rechtsbetrekking. Als de gegevens daarentegen worden gevraagd van een derde die geen partij is bij deze rechtsbetrekking, ligt dit minder voor de hand. Er zijn situaties denkbaar waarbij het voor de hand ligt dat deze derde rechtsbijstand behoeft om te kunnen bepalen of hij wel gehouden is om aan het verzoek tot exhibitie te voldoen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een situatie dat deze derde met een andere persoon geheimhouding is overeengekomen of de gevraagde informatie mogelijk persoonsgegevens betreft. Honorering van het verzoek om exhibitie zou dan de rechten en belangen van andere personen kunnen schaden. In een dergelijke situatie kan het zeer wel denkbaar zijn dat de derde behoefte heeft aan rechtsbijstand om te kunnen beoordelen hoe hij met deze mogelijk conflicterende verplichtingen moet omgaan. De adviescommissie acht het niet wenselijk dat die derde de kosten die hij in redelijkheid moet maken, voor eigen rekening moet nemen. Het ligt meer voor de hand dat de degene die de derde noodzaakt om deze kosten te maken, degene die om exhibitie vraagt, deze kosten moet betalen.
54. Hiermee samenhangend wijst de commissie op het volgende. Denkbaar is dat de derde die gegevens onder zich heeft, zich ten opzichte van de wederpartij bij de rechtsbetrekking op een opschortingsrecht kan beroepen. Als voorbeeld kan worden genoemd een host die op zijn servers ("in the cloud") de administratie van deze wederpartij laat draaien. Als deze wederpartij in gebreke blijft met het betalen van de overeengekomen vergoeding aan de host, kan deze host zijn klant de toegang tot zijn administratie ontfeggen, zolang zijn

⁴³ Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken, 's-Gravenhage 18 maart 1970, Trb. 1979, 38.

⁴⁴ Vergelijk J. Ekemans, de exhibitieplicht, diss. Groningen 2010, hoofdstuk 14; Asser Procesrecht/Asser 3 2017/199c.

⁴⁵ Verordening EU 2016/679 van het Europese Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, PbEU 2016, L 119.

⁴⁶ MvT, p. 29.

vordering niet is betaald. De vraag rijst of de host in dit voorbeeld het honoreren van een exhibitieverzoek van een wederpartij van zijn klant afhankelijk zou mogen maken van voorafgaande betaling van de openstaande rekening. De adviescommissie meent dat de host dit zou mogen doen als de klant wel kan, maar niet wil betalen. In dat geval prevaleert het belang van de host om zich op een opschortingsrecht te beroepen. Als zijn klant weigert de rekening te betalen, kan de rechter in de procedure van degene die een beroep op exhibitie doet tegen de host's klant daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.⁴⁷

3.5 Onderdeel K: artikel 164 Rv

55. Voorgesteld wordt om de beperkte bewijskracht van een partijgetuigenverklaring af te schaffen. De adviescommissie kan zich hierin vinden. De rechter is vrij in de waardering van het bewijsmateriaal. Bij de waardering van een getuigenverklaring kan de rechter rekening houden met alle relevante omstandigheden, waaronder ook de positie en het belang van de persoon die de getuigenverklaring heeft afgelegd. Zoals de MvT terecht onderkent,⁴⁸ zal de rechter betwiste feiten niet snel bewezen (moeten) achten op basis van de enkele verklaring van een partijgetuige.

3.6 Onderdeel P

Artikel 198 en 199 Rv

56. In lid 1 van artikel 198 Rv wordt vastgelegd dat de rechter pas op een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen beslist nadat een verschijning van partijen heeft plaatsgevonden waar de wederpartij en andere belanghebbenden op het verzoek worden gehoord. De rechter mag slechts zonder een verschijning van partijen op het verzoek beslissen als de wederpartij en andere belanghebbenden niet bekend zijn, of als sprake is van onverwijlde spoed.
57. Lid 2 van artikel 198 Rv bepaalt dat als de rechter voorlopige bewijsverrichtingen toestaat "zonder dat de wederpartij en andere belanghebbenden op het verzoek zijn gehoord" de rechter de uiterste dag bepaalt waarop de verzoeker de procesinleiding en de beschikking aan de wederpartij en de belanghebbenden moet doen toekomen. De adviescommissie vraagt zich af of lid 2 ook ziet op de situatie waarin de wederpartij of belanghebbenden wel zijn opgeroepen voor de verschijning van partijen, maar niet zijn verschenen. Op grond van de wettekst lijkt dit het geval, maar de MvT is op dit punt niet duidelijk. Uit de MvT lijkt te volgen dat in lid 2 uitsluitend wordt bedoeld op de in lid 1 genoemde twee gevallen waarin de rechter op het verzoek kan beslissen zonder een verschijning van partijen te houden,⁴⁹ en dus niet op de situatie waarin wel een verschijning van partijen is gelast, maar de opgeroepen wederpartij of belanghebbenden niet zijn verschenen. Als de lezing in de MvT juist is, ziet lid 2 in feite overigens maar op één geval, namelijk de situatie waarin sprake is van onverwijlde spoed. In het andere geval (de wederpartij en andere belanghebbenden zijn niet bekend), zal het immers ook niet mogelijk zijn hun de procesinleiding en de beschikking te doen toekomen zoals bepaald in lid 2.

⁴⁷ Vergelijk over dit dilemma ook HR 15 april 1994, NJ 1995/640, r.o. 3.4, waarover R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, diss. Nijmegen 2017, p. 274-275.

⁴⁸ MvT, p. 32.

⁴⁹ Zie MvT, p. 50, waar staat: "Doet een van deze gevallen zich voor, dan vermeldt de rechter in zijn beschikking de uiterste dag ...".

58. Volgens artikel 199 lid 2 Rv kan de rechter nadat een of meer voorlopige bewijsverrichtingen hebben plaatsgevonden, (ook) ambtshalve een nieuwe verschijning van partijen bevelen. Mede gelet op het feit dat het hier gaat om een procedure die voorafgaat aan de procedure over het eigenlijke geschil tussen partijen, en gezien de hiermee gepaard gaande kosten en vertraging, dient de rechter naar de mening van de adviescommissie van deze bevoegdheid terughoudend gebruik te maken.

Artikel 205

59. De adviescommissie vindt het een wenselijk voorstel dat in het wetsvoorstel in artikel 205 Rv de juridische status van het proces-verbaal van constatering wordt versterkt. De adviescommissie onderschrijft dat het laten opmaken van proces-verbaal van constatering, dat de status van authentieke akte krijgt en daarmee tegenover iedereen dwingend bewijs oplevert, bijdraagt aan de efficiëntie.
60. Wel vraagt de adviescommissie er aandacht voor dat in het wetsvoorstel geen aandacht is besteed aan de wijze waarop de gerechtsdeurwaarder dient om te gaan met (beweerdelijk) vertrouwelijke informatie die door de gerechtsdeurwaarder wordt waargenomen. Vanwege het doel waarvoor en het tijdstip waarop de waarnemingen van een gerechtsdeurwaarder plaatsvinden, acht de adviescommissie het niet wenselijk om (beweerdelijk) vertrouwelijke informatie op voorhand uit te sluiten van de waarnemingen van de gerechtsdeurwaarder. Evenmin acht de adviescommissie het wenselijk om de (beweerdelijk) vertrouwelijke informatie in de vorm van een proces verbaal van constatering in een voor beide partijen beschikbare akte op te laten nemen. De adviescommissie kan zich voorstellen dat de beoordeling van de aard van de (beweerdelijk) vertrouwelijke informatie wordt voorbehouden aan de rechter, dan wel aan de advocaten van partijen gezamenlijk onder (door de rechter opgelegde) geheimhouding ex artikel 29 Rv.
61. Voorts acht de adviescommissie het wenselijk om ook de thans bestaande (laagdrempelige) mogelijkheid van het laten opstellen van een verklaring over door een gerechtsdeurwaarder geconstateerde feiten te laten bestaan.

3.7 Onderdeel R: artikel 244 Rv

62. De adviescommissies merkt op dat artikel 191 enkele tekstuele wijzigingen bevat ten opzichte van het huidige artikel 199 Rv. De reden waarom het zinsdeel "*onder de minuut van het schriftelijke bericht*"⁵⁰ uit artikel 199 lid 1 Rv wordt verwijderd is de adviescommissie evenwel niet duidelijk. Het komt de adviescommissie voor als een onbedoelde (en wellicht slechts theoretische?) beperking tot "*onder het van het mondelinge verslag opgemaakte proces-verbaal*".

3.8 Onderdeel DD: artikel 1019r Rv

63. Dit voorstel roept bij de adviescommissie vragen op zowel voor wat betreft de redelijkheid van het wijzigen van bekostiging van de descente als voor wat betreft de wijze waarop de kosten worden begroot, mede omdat een rechter ook een proces-verbaal van constatering

⁵⁰ Artikel 199 Rv luidt thans: "*De deskundigen hebben aanspraak op schadeloosstelling en op loon, door de rechter te begroten onder de minuut van het schriftelijke bericht of onder het van het mondelinge verslag opgemaakte proces-verbaal.*"

door een gerechtsdeurwaarder kan bevelen, lijkt deze wijziging niet te zijn gelegen in een wens tot "kostenbesparing- c.q. ontmoediging".

3.9 Onderdeel EE: artikel 1019 ij Rv

64. Volledigheidshalve wijst de adviescommissie erop dat onbedoeld in de nieuwe verwijzing niet wordt verwezen naar de zinsnede "*wanneer een partij dat verlangt*" (die staat in het voorgestelde artikel 199 namelijk in de 1^e zin van lid 3 waar niet naar verwezen wordt).

3.10 Artikel IV Gerechtsdeurwaarderswet B

65. Het laten vervallen artikel 20 3^e lid onderdeel e ("*het opmaken van een schriftelijke verklaring betreffende door de gerechtsdeurwaarder persoonlijk waargenomen feiten van stoffelijke aard*") lijkt de adviescommissie onnodig en bovenal onwenselijk. De adviescommissie kan zich situaties voorstellen waarin het wenselijk is, bijvoorbeeld spoedheidshalve of vanuit kostenefficiëncy c.q. in de situatie dat een gerechtelijke procedure (hoogst) onwaarschijnlijk is, om een gerechtsdeurwaarder een schriftelijke verklaring als bedoeld onder artikel 20 lid 3 sub e GDW op te laten maken. De opdrachtgever laat een dergelijke verklaring weliswaar opmaken in de wetenschap dat de verklaring niet de bewijskracht heeft van de akte als bedoeld in artikel 2 lid 1 sub f GDW, maar dient naar het oordeel van de adviescommissie de mogelijkheid te hebben voor het laten opmaken van een dergelijke verklaring te kiezen. De adviescommissie ziet in dit verband geen bezwaar om de artikelen 20 lid 3 sub e GDW en 2 lid 1 sub f GDW naast elkaar te laten bestaan.

3.11 Artikel X

66. De wijziging van artikel 191 en 203 Rv in artikel 165 en 177 kan de adviescommissie niet helemaal plaatsen. De artikel 165 en 177 zijn namelijk niet aangepast of hernummerd, het betreft artikelen met een andere inhoud.