

Vergaderjaar 2019–2020

**35 498**

## **Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht)**

**Nr. 4**

### **ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 27 februari 2020 en het nader rapport d.d. 8 juni 2020, aangeboden aan de Koning door de Minister van Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 21 oktober 2019, nr. 2019002208, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 27 februari 2020, nr. W16.19.0330/II, bied ik U hierbij aan.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is hieronder cursief opgenomen en voorzien van een reactie.

*Het wetsvoorstel strekt ertoe het bewijsrecht in civiele procedures te vereenvoudigen en te moderniseren om de efficiëntie en effectiviteit van deze procedures te vergroten. Door aanvulling van de waarheids- en volledigheidsplicht wordt meer nadruk gelegd op de informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaand aan de procedure. De rol van de rechter bij de waarheidsvinding wordt verduidelijkt. Hij krijgt de bevoegdheid om binnen de grenzen van de rechtsstrijd met partijen de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer te bespreken. Ten slotte wordt het inzagerecht ingebed in de wettelijke regeling van de bewijsmiddelen, worden de voorlopige bewijsverrichtingen samengevoegd tot één verzoek, het proces-verbaal van constateringen als bewijsmiddel toegevoegd en voorziet het voorstel in de mogelijkheid van het leggen van conservatoir bewijsbeslag.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State constateert dat de voorgestelde regeling van het bewijsrecht wordt gekenmerkt door een*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

overzichtelijke structuur en een heldere toelichting. Zij maakt opmerkingen over de rol van de rechter bij de waarheidsvinding, het rechtsmidelenverbod bij de voorlopige bewijsverrichtingen en het familiale verschoningsrecht. In verband daarmee is aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk.

#### *1. Bevoegdheid een vordering, verzoek of verweer te bespreken*

*In artikel 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) zijn de beginselen van partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter neergelegd. Bepaald is dat «de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit».*

*Het klassieke uitgangspunt van de lijdelijke rechter heeft volgens de toelichting al geruime tijd plaatsgemaakt voor een actievere rol van de rechter. Gewezen wordt op de modernisering van het procesrecht in 2002, waardoor de rechter steeds meer gericht is op het bewaken van de voortgang van de procedure en op het belang van een goede waarheidsvinding. De regiefunctie van de rechter is nog verder versterkt doordat het zwaartepunt in de procedure steeds meer bij de mondelinge behandeling is komen te liggen.*

*Tegen deze achtergrond was in het voorontwerp aan artikel 24 Rv een zinsnede toegevoegd, met als strekking dat de rechter partijen ambtshalve kan wijzen op de mogelijkheid om de grondslag van een vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Omdat deze wijziging op bezwaren stuitte, is zij geschrapt. Volgens de toelichting laat de wijze waarop de rechter aan zijn verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding inhoud geeft, in de praktijk echter nog grote verschillen zien. Daarom acht de regering een verduidelijking van artikel 24 Rv noodzakelijk. De verduidelijking houdt in dat de rechter ambtshalve de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, met partijen kan bespreken.*

*De Afdeling wijst erop dat, zoals de toelichting ook benadrukt, de rechter ook nu al het partijdebat kan bijsturen door bij de comparitie of mondelinge behandeling mogelijke argumenten met partijen te bespreken. In het huidige recht heeft de rechter verschillende mogelijkheden om actief bij te dragen aan de materiële waarheidsvinding. Hij kan partijen vragen bepaalde stellingen toe te lichten, hij kan de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd onderzoeken en hij dient rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Artikel 24 Rv in haar huidige vorm laat dit zonder meer toe.*

*De Afdeling acht de wijze waarop de toelichting de regierol van de rechter uiteenzet en met voorbeelden verduidelijkt en onderschrijft, van belang. Wel rijst de vraag wat de precieze meerwaarde is van de voorgestelde aanpassing van artikel 24 Rv. Omdat het reeds geldend recht betreft, zou kunnen worden volstaan met de in de toelichting beschreven gewenste taakopvatting van de rechter.*

*De Afdeling adviseert in dat licht het voorstel tot aanpassing van artikel 24 Rv opnieuw te bezien.*

*Ik ben verheugd dat de Afdeling advisering in haar advies onderschrijft dat de rechter in het huidige recht een sterke regierol heeft bij de materiële waarheidsvinding en daartoe nu al op de mondelinge behandeling het partijdebat kan bijsturen door mogelijke argumenten met partijen te bespreken.*

Aan de codificatie van deze rechterlijke bevoegdheid ligt ten grondslag dat de reikwijdte van deze bevoegdheid in de praktijk en in beschouwingen over artikel 24 Rv in relatie tot het beginsel van de partijautonomie voor veel rechters, advocaten en hun partijen nog onduidelijk is. Dit brengt mee dat, zoals in de memorie van toelichting is vermeld, de wijze waarop de rechter actief bijdraagt aan de materiële waarheidsvinding op de mondelinge behandeling nog grote verschillen laat zien. Sommige rechters stellen zich bij de bespreking van het geschil van partijen nog lijdelijk op, terwijl andere rechters die actief gebruik maken van hun bevoegdheden soms op onbegrip stuiten bij partijen en hun advocaten die uitgaan van een strikte opvatting van de partijautonomie. De onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van de rechterlijke bevoegdheid om op de mondelinge behandeling met partijen mogelijke argumenten te bespreken die uit het partijdebat volgen, blijkt ook uit de verschillende consultatiereacties. Vanwege de tegenstrijdige opvattingen in de rechtspraak heb ik daarom in de wet buiten twijfel willen stellen dat de rechter de mogelijkheid heeft om met partijen binnen de grenzen van hun rechtsstrijd ambtshalve de grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer te bespreken. Met deze codificatie kunnen de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden bevorderd doordat de verschillen in de toepassing die aan de rechterlijke bevoegdheid in de praktijk wordt gegeven, worden teruggebracht.

Gelet hierop acht ik het voorstel tot aanvulling van artikel 24 Rv met een nieuw tweede lid een noodzakelijke verduidelijking voor de rechtspraak. Ik heb daarom ervoor gekozen de voorgestelde aanpassing van artikel 24 Rv in het wetsvoorstel te handhaven. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling advisering heb ik wel de precieze meerwaarde van de voorgestelde aanpassing in de memorie van toelichting verduidelijkt.

## **2. Rechtsmiddelenverbod**

*Ingevolge het wetsvoorstel staat tegen de beslissing op het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen geen hoger beroep of cassatie open, tenzij de rechter dat ambtshalve of op verzoek van een of beide partijen openstelt. Het rechtsmiddelenverbod geldt voor alle voorlopige bewijsverrichtingen en geldt zowel bij de toewijzing als bij de afwijzing van het verzoek. Aan deze keuze ligt ten grondslag dat de doelstellingen van de fase voorafgaand aan een procedure – opheldering van de feiten en conflictoplossing – niet samengaan met de mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel. Over het algemeen geeft dit namelijk eerder aanleiding tot juridisering en escalatie van het geschil.*

*Dat het appelverbod niet absoluut is, berust op de overweging dat het uitsluiten van hoger beroep en cassatie met betrekking tot een beslissing op een verzoek tot inzage onomkeerbare gevolgen kan hebben. Na de toewijzing van het verzoek moet immers inzage worden verleend, bij een afwijzing kunnen feiten waarover opheldering wordt gevraagd, verloren gaan. Daarom regelt het wetsvoorstel dat de rechter ambtshalve of op verzoek van partijen kan bepalen dat tegen zijn beslissing hoger beroep en cassatie toegelaten is.*

*De Hoge Raad heeft er in de consultatie op gewezen dat een verzoek onder omstandigheden ook ex parte (zonder dat partijen zijn verschenen) kan worden toegewezen. Als de wederpartij niet bekend is en er ook geen bekende belanghebbenden zijn, of in geval van onverwijlde spoed, kan op het verzoek worden beslist zonder dat daaraan een mondelinge behandeling is voorafgegaan. In het bijzonder wanneer het gaat om gegevens die bij een derde berusten, roept dit de vraag op hoe de mogelijkheid van een ex parte beslissing in combinatie met het rechtsmiddelenverbod zich*

*verhoudt tot het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op wederhoor, dat een fundamenteel onderdeel vormt van het recht op een eerlijk proces. De toelichting gaat hier niet op in.*

*Niet alle voorlopige maatregelen vallen binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen. Voorlopige maatregelen die effectief kunnen worden beschouwd als een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen vallen daar echter wel onder. Anders dan bij de andere voorlopige bewijsverrichtingen, is de vraag of het inzagerecht niet als zodanig begrepen dient te worden. Inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens kan immers niet meer ongedaan worden gemaakt. Dat deze gegevens terug worden gegeven indien de toewijzing door een hogere rechter wordt vernietigd, doet daar slechts beperkt aan af.*

*De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de betekenis van het recht op hoor en wederhoor in het licht van artikel 6 EVRM in combinatie met het rechtsmiddelenverbod bij een ex parte beslissing.*

Naar aanleiding van de opmerking van de Hoge Raad in de consultatie heb ik in de memorie van toelichting vermeld dat niet goed denkbaar is dat een inzageverzoek ex parte wordt toegewezen, dus zonder dat de wederpartij of een belanghebbende in de procedure op het verzoek is gehoord. Dat komt doordat bij een verzoek om inzage steeds bepaalde gegevens worden verzocht waarover de verzoekende partij niet beschikt, maar een ander wel. Dit is anders bij een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor. Daar hoeft nog geen wederpartij te zijn omdat het verhoor mede kan worden gebruikt om vast te stellen tegen wie een vordering kan worden ingesteld. Bij een inzageverzoek is per definitie bekend van wie inzage wordt gevraagd. Het inzageverzoek zal zich daarom altijd richten tegen de partij bij wie de gegevens zich bevinden. Dat kan de wederpartij bij het geschil zijn of een derde. Als de wederpartij of de derde de verzochte gegevens niet buiten de rechter om wil verstrekken, zal zij niet snel afstand doen van het recht op een mondelinge behandeling waarop het inzageverzoek door de rechter wordt behandeld. Bij gegevens die bij een derde berusten, is deze derde in de procedure over het inzageverzoek de wederpartij van de verzoeker. De wederpartij bij het geschil waarop die gegevens betrekking hebben, is in deze procedure de belanghebbende derde partij. De waarborg dat zowel de wederpartij als de belanghebbende derde voor de mondelinge behandeling van het inzageverzoek worden opgeroepen om door de rechter te worden gehoord, ligt besloten in het voorgestelde artikel 195a Rv. Daarin is bepaald dat zowel de derde als de wederpartij in het eigenlijke geschil door de rechter worden opgeroepen. Deze bepaling die is geschreven voor de behandeling van het inzageverzoek tijdens een lopende procedure, is ook van toepassing op het verzoek om inzage voorafgaand aan een procedure. Dit heb ik in de toelichting verduidelijkt. Hierbij verwijs ik ook uitdrukkelijk naar het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor, zoals dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM.

Nu ex parte beslissingen bij een inzageverzoek gelet op het bovenstaande niet goed voorstelbaar zijn, ook niet wanneer het inzageverzoek tot een derde is gericht, acht ik het voorgestelde appelverbod bij inzageverzoeken voorafgaand aan een procedure verantwoord. Ik merk hierbij op dat het voorgestelde appelverbod op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden doorbroken wanneer fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd waardoor van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Onder deze fundamentele rechtsbeginselen valt in elk geval een schending van het recht op hoor en wederhoor.

### *3. Uitbreiding van het familiale verschoningsrecht*

Voorgesteld wordt het zogenoemde familiale verschoningsrecht te verruimen tot «levensgezellen en vroegere levensgezellen». Uitgangspunt van Rv is dat iedereen die daartoe op wettige wijze is opgeroepen, verplicht is te getuigen. Een uitzondering hierop vormt het familiale verschoningsrecht, op grond waarvan bepaalde personen op grond van hun nauwe persoonlijke relatie met een procespartij ontheven zijn van hun getuigplicht.

Gelet op het veelvuldig voorkomen van ongehuwd samenwonen, past het bij de modernisering van het bewijsrecht om het verschoningsrecht uit te breiden tot ongehuwd samenwonende partners. Deze uitbreiding van het verschoningsrecht sluit aan bij de voorgenomen modernisering van het Wetboek van Strafvordering waarin levensgezellen en voormalig levensgezellen ook de mogelijkheid krijgen zich op het verschoningsrecht te beroepen. De term «levensgezel» is ontleend aan het civiele recht en wordt gebruikt bij de mogelijkheid om de proceskosten geheel of gedeeltelijk te compenseren bij een familierelatie tussen partijen, aldus de toelichting.

De Afdeling merkt hierover het volgende op. In de toelichting wordt slechts summier aandacht besteed aan de vraag, wanneer iemand als levensgezel wordt aangemerkt. De uitleg van het begrip in de rechtspraak convergeert tussen de verschillende rechtsgebieden. Bij de beoordeling of sprake is van een «levensgezel» kunnen de volgende aspecten van belang zijn:

- of sprake is van een gemeenschappelijke huishouding
- de duur van de gemeenschappelijke huishouding
- of er een relatie van affectieve aard is, en met name
- of betrokkenen kennelijk uitgaan van een nauwe lotsverbondenheid.

Doorslaggevend is dat het dient te gaan om een nauwe persoonlijke betrekking van een zekere hechtheid. Het moet gaan om een relatie die qua hechtheid vergelijkbaar is met die tussen echtgenoten of geregistreerd partners. Deze is niet per se met het enkele feit van het samenwonen gegeven en vereist ook niet per se dat betrokkenen met elkaar samenwonen. De categorie personen die gedekt wordt door de term «levensgezel» hoeft dus niet samen te vallen met louter ongehuwd samenwonenden.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting nader in te gaan op de omstandigheden die voor de invulling van het begrip levensgezel van belang kunnen zijn.

Aan dit advies is gevolg gegeven. De opmerkingen van de Afdeling advisering hebben geleid tot een uitbreiding van de artikelsgewijze toelichting op het voorgestelde artikel 165 Rv.

*4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.*

*De vice-president van de Raad van State,  
Th.C. de Graaf*

De redactionele opmerkingen van de Afdeling advisering zijn verwerkt, met uitzondering van de opmerking over artikel 190 Rv. Het zesde lid van dit artikel is niet in overeenstemming gebracht met het zesde lid van artikel 180 voor zover het de vermelding in het proces-verbaal betreft van de in acht te nemen vormen. Deze vormen zien specifiek op het getuigenverhoor, zoals de beëdiging van een getuige, en gelden niet bij het mondelinge verslag van een deskundige als bedoeld in artikel 190 Rv.

### *5. Overige opmerkingen*

Bij gelegenheid van dit Nader Rapport zijn nog twee wijzigingen van juridisch-technische aard aangebracht in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

De eerste wijziging betreft het toevoegen van het voorstel tot wijziging van artikel 170 Rv. In het eerste lid van dit artikel wordt de termijn voor de kennisgeving van de getuigen die een partij door de rechter wil laten horen, gewijzigd van een week naar tien dagen. Hiermee wordt de termijn voor de opgave van getuigen die een partij naar de mondelinge behandeling wil meenemen om daar te worden gehoord, gelijkgesteld met de termijn waarop uiterlijk voor de mondelinge behandeling nog processtukken en andere stukken kunnen worden ingediend.

Deze termijnwijziging was opgenomen in de wetgeving van 2016 in verband met de vereenvoudiging en digitalisering van het burgerlijk procesrecht (Stb. 2016, 288–294). Met de Wet van 2 juli 2019 in verband met de verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (Stb. 2019, 241) is de wetgeving van 2016, waaronder artikel 170 Rv, in verband met het stopzetten van de digitalisering bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland ingetrokken. De wijziging van artikel 170 Rv wordt met de aanpassing van het bewijsrecht nu opnieuw en voor alle gerechten doorgevoerd.

De tweede wijziging hangt samen met de wetgeving van 2016 en de Wet van 2 juli 2019 (Stb. 2019, 241). Deze hebben geleid tot het bestaan van twee versies van Rv: één versie voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad waarvoor de wetgeving van 2016 is ingevoerd en één versie voor de overige procedures en de gerechten waarvoor de wetgeving van 2016 nog niet is ingevoerd of is ingetrokken (de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland). In het wetsvoorstel zoals dat aan de Afdeling advisering is voorgelegd, is uitgegaan van de versie van Rv waarvoor de wetgeving van 2016 niet is ingevoerd.

Met de tweede aangebrachte wijziging sluit dit wetsvoorstel ook aan op de versie die op dit moment uitsluitend geldt voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad. Daartoe is een nieuw artikel II in het wetsvoorstel ingevoegd. Daarin zijn de voorgestelde wijzigingen uit artikel I van het wetsvoorstel overgenomen, voor zover deze wijzigingen onverkort kunnen worden doorgevoerd in de versie van Rv die geldt voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad. Voor de voorgestelde wijzigingen waarvoor dit niet het geval is, zijn in de artikelen 30a e.v. van de versie van Rv die geldt voor de Hoge Raad, wijzigingen voorgesteld overeenkomstig de voorgestelde wijzigingen voor de corresponderende bepalingen in de andere versie van Rv. De voorgestelde bepalingen van de afdeling over het bewijs (Boek 1, Titel 2, Afdeling 9 Rv) zijn niet overgenomen in artikel II. Met een schakelbepaling wordt afdeling 9 van de versie van Rv zoals deze geldt voor alle andere procedures en gerechten, van overeenkomstige toepassing verklaard op vorderingsprocedures bij de Hoge Raad. Ook is een nieuw artikel XII opgenomen waarin de beide versies van Rv worden geduid.

Tot slot zijn nog enkele tekstuele verbeteringen in de memorie van toelichting doorgevoerd en is een citeertitel toegevoegd.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,  
S. Dekker

**Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W16.19.0330/II**

- In artikel 165 Rv niet nog een keer «onderscheidenlijk» invoegen, maar het hele artikel opnieuw redigeren (zie ook aanwijzing 3.15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).
- Het voorgestelde artikel 190, zesde lid, Rv in overeenstemming brengen met het voorgestelde artikel 180, zesde lid.
- Mede gelet op aanwijzing 4.43, onder j, van de Aanwijzingen voor de regelgeving in de toelichting vermelden op welke wijze recht gedaan is aan het in artikel 39 van het Statuut verankerde concordantiebeginsel. Ten behoeve van de rechtsprekende taak van het Gemeenschappelijk Hof en de Hoge Raad dient eenvormigheid te bestaan in het procesrecht van de landen, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.