

CONSULTATIE WETSVOORSTEL VEREENVOUDIGING EN MODERNISERING BEWIJSRECHT

1. INLEIDING EN SAMENVATTING

1. Graag maken wij gebruik van de consultatie van het wetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht. Wij putten daarbij uit onze dagelijkse ervaringen in de civiele rechtspraktijk, als advocaten bij Stibbe N.V. in Amsterdam.
2. Het wetsvoorstel bevat een aantal waardevolle verbeteringen van het bestaande bewijsrecht. Wij denken bijvoorbeeld aan de introductie van een specifieke wettelijke grondslag voor het bewijsbeslag (voorgesteld art. 206 Rv) en voor het proces-verbaal van constateringen door de deurwaarder in de Gerechtsdeurwaarderswet.
3. Ook delen wij het uitgangspunt in het wetsvoorstel om de criteria voor het toestaan van voorlopige bewijsverrichtingen – een voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht of descende en het opvragen van bescheiden voorafgaand aan een procedure – waar mogelijk gelijk te trekken (voorgesteld art. 196 Rv). Al kunnen wij op basis van het wetsvoorstel en de toelichting nog niet helemaal inschatten of dat uitgangspunt nu vooral een praktische wetstechnische vereenvoudiging is, of dat een inhoudelijke wijziging van het geldende recht is beoogd. Wat ons betreft verdient daarom nog toelichting of het gelijktrekken van de criteria er bijvoorbeeld toe leidt dat bepaalde bewijsverrichtingen op grond van het wetsvoorstel eerder zouden moeten worden toegewezen dan nu het geval is.
4. Een punt van nadere overweging kan ook nog zijn of niet toch enig onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen het opvragen van documenten en andere bescheiden enerzijds en de andere voorlopige bewijsverrichtingen anderzijds. Dat zou ook in de toelichting tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Bijvoorbeeld door er op te wijzen dat het verschaffen van inzage in (meestal: elektronische) documenten wellicht minder belastend lijkt dan bijvoorbeeld het horen van getuigen, maar dat juist daarom moet worden gelet op de aanwezigheid van een duidelijk belang bij die inzage. Dat belang zou dan ook aanwezig moeten zijn bij elk stuk waarvan de inzage wordt verlangd. Er kan namelijk een veelheid van valide redenen zijn waarom inzage in bepaalde stukken onwenselijk is. Wordt de drempel voor inzage in stukken te laag gelegd, dan zou dat uiteindelijk kunnen leiden tot een toename van geschillen en een afnemende effectiviteit van de civiele procedure.

5. Onze echte zorgen over het wetsvoorstel zitten echter ergens anders. Het wetsvoorstel bevat twee meer algemene wijzigingsvoorstellen die niet alleen voor het bewijsrecht, maar ook voor de civiele procedure als geheel verstrekkende gevolgen zouden hebben. Wij doelen dan op:
 - i. de voorgestelde verruiming van de rol van de rechter (voorgesteld art. 24 Rv), die inhoudt dat de rechter zelfstandig feiten onderzoekt en bepaalt welke feiten deel uitmaken van de procedure; en
 - ii. de voorgestelde preprocessuele informatieverzamelingsplicht (voorgesteld art. 149a Rv), waarbij partijen voorafgaand aan een procedure alle informatie moeten verzamelen die *mogelijk* relevant is voor die – nog te starten – procedure.
6. Achtergrond van deze wijzigingsvoorstellen is, zo begrijpen wij, de wens om in de civiele procedure meer plaats in te ruimen voor waarheidsvinding en de efficiëntie van de civiele procedure te vergroten.
7. Dat zijn uiteraard behartigenswaardige belangen, maar wij betwijfelen of de voornoemde onderdelen van het voorstel aan die belangen tegemoet komen en of zij niet ten koste gaan van andere zwaarwegende belangen:
 - i. In de voorgestelde verruimde rol van de rechter wordt van hem verwacht dat hij met partijen gaat "meeprocederen". Dat zal onvermijdelijk ten koste gaan van de onafhankelijkheid van de rechter en daarmee van het vertrouwen van de burger in de rechtspraak.
 - ii. De voorgestelde preprocessuele informatieverzamelingsplicht komt neer op een *pre trial discovery* naar Amerikaanse snit. Dat zal in veel, zo niet de meeste procedures onnodig veel tijd en geld kosten en het geschil onnodig compliceren. Het zal partijen afschrikken om geschillen aan de civiele rechter voor te leggen, in het bijzonder de kleinere procespartijen, zoals het midden- en kleinbedrijf.
8. Voor deze twee wijzigingsvoorstellen geldt kortom dat zij hun doel voorbijschieten. Ze zijn naar onze mening ook niet nodig om waarheidsvinding en efficiëntie voldoende te waarborgen in de civiele procedure. Sinds de laatste ingrijpende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 bieden de civiele procedure en het huidige bewijsrecht al volop mogelijkheden voor een gedegen waarheidsvinding en een efficiënte procedure die gericht is op een rechtvaardige oplossing. Onze ervaring is dat die mogelijkheden soms nog beter kunnen worden benut dan nu gebeurt, maar daar

bestaat al volop aandacht voor.

9. De voorgestelde verruimde rol van de rechter en de voorgestelde preprocesuele informatieverzamelingsplicht zouden wat ons betreft dus niet tot wet verheven moeten worden. We lichten dit alles nu nader toe.

2. DE VOORGESTELDE VERRUIMDE ROL VAN DE RECHTER

2.1. De huidige rol van de rechter in de civiele procedure

10. Het huidig art. 24 Rv bepaalt wat de rol van de rechter in de civiele procedure is. Van oudsher is die rol beperkt tot het beslechten van een geschil zoals *partijen* dat aan de rechter voorleggen. Dat is ook begrijpelijk. In een civiele procedure staan niet – zoals in het strafrecht of het bestuursrecht – de overheid en een burger tegenover elkaar, maar twee in beginsel gelijkwaardige partijen die een geschil hebben. Komen die partijen er onderling niet uit, dan nemen die partijen, of één daarvan, het initiatief om de rechter in te schakelen.
11. Partijen bepalen daarom ook zelf de omvang van het geschil dat zij aan de rechter voorleggen. In hun schriftelijke processtukken leggen zij de rechter de feiten voor waar hun geschil over gaat. De rechter neemt alleen een beslissing over de feiten voor zover partijen het daarover niet met elkaar niet eens zijn. Dan 'kiest' de rechter voor de feiten die hij, partijen gehoord hebbende, het meest aannemelijk acht of hij beslist aan de hand van de stellingen van partijen over en weer en het door hen ingebrachte bewijs, dat bepaalde feiten onvoldoende vaststaan en er daarom meer bewijs moet worden geleverd. Uitgaande van die feiten en de standpunten van partijen over de gevolgen van die feiten, hakt de rechter een knoop door volgens de regels van het recht. In civiele procedures zijn dat met name de regels in het Burgerlijk Wetboek.
12. Kortom: de rechter laat zich informeren door de partijen en beslist op basis daarvan over de toepassing van het recht. Als er onenigheid is over de feiten, hakt de rechter de knoop door, maar hij gaat niet zelf op onderzoek naar nieuwe of andere feiten.
13. Deze uitgangspunten worden partij-autonomie en lijdelijkheid van de rechter genoemd. Zij zijn verankerd in het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in art. 24 en 25 Rv. Het eerstgenoemde artikel bepaalt dat de rechter de zaak in beginsel beslist "*op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd*". De rechter is dus gebonden aan de feiten die partijen naar voren brengen en de standpunten die zij daarover innemen. Hij dient te beslissen over het door partijen met feiten vorm gegeven geschil. Het als tweede genoemde artikel bepaalt dat de rechter "*ambtshalve*" de rechtsgronden aanvult. Dat wil zeggen dat de rechter op eigen initiatief

het recht toepast op het door partijen voorgelegde geschil.

2.2. Het wijzigingsvoorstel

14. Het wetsvoorstel onderschrijft de beginselen van partij-autonomie en lijdelijkheid van de rechter (p. 18), maar zet daar tegelijkertijd het mes in. In het wetsvoorstel wordt namelijk voorgesteld om aan art. 24 Rv toe te voegen dat:
 - i. de rechter niet alleen acht mag slaan op hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, maar een zaak ook mag onderzoeken en beslissen op hetgeen "*verder tijdens het geding aan de rechter ter kennis is gekomen*"; en
 - ii. de rechter partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen (memorie van toelichting, p. 19).
15. Oftewel: als dit voorstel wet zou worden, gaat de rechter voortaan niet alleen over het recht, maar ook over de feiten en daarmee over de inhoud van het geschil waarover hij vervolgens zelf dient te beslissen.
16. De rechter zou zijn beslissing ook mogen baseren op feiten waar partijen zich juist niet op hebben beroepen, maar die – op de een of andere manier – toch aan de rechter ter kennis zijn gekomen. Ons is trouwens niet duidelijk of daarmee alleen wordt bedoeld op informatie, die wel in overgelegde documentatie is te vinden, maar waarop partijen zich niet beroepen, of ook – ruimer – informatie die op een andere manier aan de rechter ter kennis komt. Het wetsvoorstel heeft het over wat verder ter kennis is gekomen aan de rechter "*tijdens het geding*" (voorgesteld art. 24 Rv) en "*tijdens de procedure*" (memorie van toelichting, p. 19).
17. De vraag is of daaronder ook waarnemingen buiten de context van de procedure vallen; dus buiten de processtukken en hetgeen is verhandeld tijdens de zitting. Stel dat de rechter na een zitting op weg naar huis langs een bouwplaats komt en daar een bepaalde waarneming doet die hij relevant acht voor een geschil over het aldaar te bouwen werk, mag de rechter die informatie dan ook aan zijn beslissing ten grondslag leggen? En mag de rechter tijdens een procedure ook in de media of op internet op zoek gaan naar informatie die volgens hem relevant zou kunnen zijn?
18. Maar ook binnen de context van de procedure kan de voorgestelde bevoegdheid van de rechter om alle informatie die aan hem tijdens het geding ter kennis is gekomen vergaande consequenties hebben. Partijen in een civiele procedures leggen soms

bewijsstukken over van honderden pagina's. Op één van die pagina's kan bepaalde informatie staan, waarop de partij die het bewijsstuk heeft overgelegd zich in haar processtuk echter niet beroept. De wederpartij zal die informatie dan ook niet betwisten. Mag de rechter dan constateren dat die niet-betwiste informatie dus vaststaat tussen partijen en vervolgens op eigen initiatief die informatie aan zijn beslissing ten grondslag leggen?

19. Het vermeldde in de memorie van toelichting dat partijen "*volledige zeggenschap*" houden over de feitelijke stellingen die zij aan hun vordering ten grondslag leggen (p. 8 en p. 19) en partijen nog steeds de omvang van de rechtsstrijd bepalen, is zo bezien dus onjuist. Door de rechter de mogelijkheid te geven feiten te beoordelen en aan zijn beslissing ten grondslag te leggen waarop partijen zich niet hebben beroepen en die dus geen onderdeel uitmaken van het door partijen aan de rechter voorgelegde geschil, kan de rechter de omvang van de rechtsstrijd uitbreiden. De memorie van toelichting moet wat dat betreft op een misverstand berusten.

2.3. **Principiële en praktische bezwaren**

20. De rechter heeft in ons maatschappelijk bestel de rol van onafhankelijke geschillenbeslechter. Zijn onafhankelijkheid is wezenlijk voor het vertrouwen in de rechtspraak en de maatschappelijke aanvaarding van de door rechters gegeven beslissingen. Wanneer de rechter in zijn beoordeling feiten betreft waarop partijen zich niet hebben beroepen, of ter zake suggesties aan partijen doet, wordt zijn rol principieel anders. Hij wordt dan zelf onderdeel van het geschil: hij beslist immers niet langer over een door partijen aan hem voorgelegd geschil, maar over een geschil zoals dat (mede) door hem is vormgegeven.
21. De voorgestelde uitbreiding van de rol van de rechter betekent in feite dat de rechter mag gaan 'meeprocederen'. Hij gaat meedenken met een van de partijen over de onderbouwing van haar vordering of verweer. Een rechter die op deze wijze deelneemt aan het debat over de feiten, neemt in zoverre dus een partij-positie in en verliest zijn onafhankelijke en afstandelijke rol als rechter. Zijn invloed op de inhoud van het geschil zal veelal in het voordeel van een partij in de procedure zijn en in het nadeel van een andere partij. De rechter zal daardoor onvermijdelijk tegenover één of meer partij(en) in de procedure komen te staan, of in elk geval zal dat zo worden ervaren.
22. Het spreekt voor zich dat dit de dynamiek van het processuele debat en de onafhankelijkheid van de rechter aantast. Rechters krijgen vanwege dit meeprocederen niet alleen te maken met de schijn van partijdigheid. Als zij eerst zelf bepaalde feiten in het debat inbrengen, bestaat het risico dat zij niet meer onbevooroordeeld en objectief naar andere, door partijen naar voren gebrachte feiten kunnen kijken en zich

vereenzelvigen met het feitelijk spoor dat zij op eigen initiatief zijn ingeslagen. Het is lastig voorstelbaar dat een actieve rechter die zelf 'onderzoek' doet naar de feitelijke grondslagen van een geschil en die naar zijn eigen mening slaagt in zijn zoektocht, later nog openstaat voor andere zienswijzen.

23. Een rechter die gaat meeproceduren kan onmogelijk onpartijdig blijven. Het is niet goed voor het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak als één van de partijen door de rechter wordt geholpen bij het vinden van de 'juiste' feitelijke grondslag van de vordering of het verweer.
24. Precies om dat te voorkomen, maakt bijvoorbeeld zowel het Engelse recht als het strafrecht een duidelijk onderscheid tussen een rechter die actief betrokken is bij de feitenvergaring in de voorfase van een procedure en de rechter die in de procedure een beslissing dient te nemen (art. 268 lid 2 Sv). Zowel in het Engelse recht als in het strafrecht is dit een fundamentele waarborg om te verzekeren dat de rechter die de beslissing neemt, onafhankelijk is en blijft. Een dergelijke waarborg ontbreekt in het wetsvoorstel.
25. Er zijn ook meer praktische bezwaren. Zo is het de vraag hoe wordt gewaarborgd dat een partij zich naar behoren kan verdedigen tegen feiten en omstandigheden die niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd. Precies om die reden is – terecht – vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een partij die zich op een bepaald feit wil beroepen, dat uitdrukkelijk moet doen, zodat voor de andere partij duidelijk is waartegen deze zich moet verweren en daar niet naar hoeft te gaan raden. Het wetsvoorstel staat haaks op deze vaste rechtspraak.
26. Weliswaar vermeldt de memorie van toelichting dat het beginsel van hoor en wederhoor voorop blijft staan, maar wij vrezen dat de voorgestelde verruiming in de praktijk partijen zal benadelen in hun mogelijkheid om adequaat op een 'nieuw gevonden' feit te reageren. Het is immers goed denkbaar dat dit pas op de zitting aan de orde komt en een partij weliswaar ter plekke gelegenheid krijgt om te reageren, maar op dat moment onvoldoende kan overzien wat de implicaties van een nieuw door de rechter aangedragen feit zijn of dat niet ter plekke, a la minute kan onderzoeken.
27. Verder is het de taak van de advocaat om feiten, onderbouwing en grondslagen deugdelijk naar voren te brengen. Gebeurt dit onvoldoende, dan wordt het verweer of de vordering verworpen. Het is niet aan de rechter om in dat geval bij te springen. Niet alleen om de hiervoor vermelde principiële redenen, maar ook omdat zo'n meedenkende rechter een belangrijke drijfveer wegneemt voor partijen om zich deugdelijk voor te bereiden. Partijen kunnen geneigd zijn in de civiele procedure te volstaan met het overladen van de rechter met informatie en verder achterover te leunen, zonder aan te

geven om welke feiten het hun precies is te doen en zonder daarover een duidelijk standpunt in te nemen. De rechter kan dat in het voorgestelde art. 24 Rv immers allemaal zelf bepalen. Sterker nog, dat wordt van de rechter verwacht.

28. Het voorstel vormt in wezen een premie op slecht procederen door advocaten. Een partij die door een slecht procederende advocaat wordt bijgestaan, wordt dan 'gered' door de rechter. Dat kan niet de bedoeling zijn. Als het probleem – waarvoor het voorstel een antwoord zoekt – zou zijn dat er advocaten zijn die slecht procederen, dan is het ontwerp niet de juiste oplossing. De rechter kan en mag vanuit zijn positie als onafhankelijke geschillenbeslechter de rol van de advocaat niet overnemen.
29. De rechtvaardiging voor dit alles lijkt – afgaand op de memorie van toelichting (p. 9 en 51) – dat de rechter een 'sturende' rol heeft om de waarheidsvinding op de meest passende wijze te laten plaatsvinden. Wij vragen ons echter af of de voorgestelde verruiming de partijen en de rechter wel dichter tot de waarheid brengt, gelet op de hiervoor omschreven effecten.
30. Vaak is er ook niet slechts één 'waarheid'. Het komt vaak voor dat een gebeurtenis door verschillende partijen geheel verschillend gepercipieerd wordt. Zij hebben elk hun eigen visie op de waarheid. Twee visies die vaak elk even legitiem zijn, omdat nu eenmaal vaak op goede gronden verschillend kan worden gedacht over wat partijen bijvoorbeeld in een overeenkomst hebben afgesproken. Meer informatie brengt de rechter niet altijd dichter bij de waarheid, maar kan het beeld van de feiten ook diffuser maken dan nodig is voor het nemen van een beslissing. Doel van de civiele procedure is dan ook niet dat partijen en de rechter net zo lang doorzoeken totdat "de" absolute waarheid is gevonden. Doel van de civiele procedure is dat de rechter op verantwoorde en controleerbare wijze een geschil tussen partijen beslecht. Waarheidsvinding is daarvoor een *middel*, om de rechter in staat te stellen weloverwogen en goed geïnformeerd een knoop door te hakken. Waarheidsvinding is dus geen doel op zich.

2.4. **Rechter beschikt al over tal van instrumenten voor waarheidsvinding**

31. Het huidige procesrecht omvat bovendien al voldoende instrumenten voor de rechter om een evenwichtige waarheidsvinding in het kader van de geschilbeslechting te bevorderen. Dit maakt dit onderdeel van het wijzigingsvoorstel ook onnodig. Bij de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 is de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van de voortgang van de procedure verder teruggedrongen en zijn ten behoeve van de feitenvinding voorschriften opgenomen die tot op zekere hoogte

bepkeringen opleggen aan de autonomie van partijen.¹ In de inmiddels deels ingevoerde KEI-wetgeving wordt de regiefunctie van de rechter nog verder versterkt.²

32. Om enkele instrumenten te noemen waarover de rechter beschikt:
- i. Art. 22 Rv geeft de rechter de mogelijkheid om ambtshalve partijen of een van hen te bevelen een toelichting te geven of stukken in het geding te brengen.
 - ii. Op grond van art. 162 Rv kan de rechter ambtshalve openlegging van boeken, bescheiden en geschriften bevelen.
 - iii. De rechter kan ambtshalve een getuigenverhoor bevelen (art. 166 Rv).
 - iv. De rechter kan een inlichtingencomparitie bevelen en partijen ondervragen (art. 88 en 131 Rv). Een inlichtingen- en schikkingscomparitie wordt vrijwel standaard na de conclusie van antwoord door de rechter bevolen. De rechter heeft de mogelijkheid in het tussenvonnissen waarin de comparitie wordt gelast vragen te stellen en verzoeken te doen (zoals bijvoorbeeld het meenemen van getuigen naar de zittingen en het opvragen van stukken bij partijen).
33. Los van formele bevoegdheden is op dit moment de invloed die rechters tijdens een comparitie van partijen – een zitting – hebben, ook al heel groot. De ervaring leert dat tijdens comparities na aanbrengen bij het hof de partij die hoger beroep heeft ingesteld regelmatig wordt geholpen bij het formuleren van de gronden waarom het hof anders zou moeten oordelen dan de rechtbank (de "grieven"). Het komt regelmatig voor dat door rechters druk wordt uitgeoefend op partijen om openheid van zaken te geven over wat er tijdens schikkingsonderhandelingen op de gang is besproken. Het is echter aan partijen om te beslissen of zij dat in de procedure willen betrekken. Wat ons betreft gaat dit dan ook te ver.
34. Voor ons is niet duidelijk is waarom de rol van de rechter nog verder verruimd dient te worden. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de al bestaande mogelijkheid voor de rechter om na afloop van een voorlopig getuigenverhoor een comparitie te bevelen teneinde een schikking te beproeven of om inlichtingen aan de rechter te geven (art. 191 Rv). Het wetsvoorstel beoogt die mogelijkheid verder te verruimen. Zelfs voorafgaande aan het voorlopig getuigenverhoor zou de rechter een comparitie kunnen gelasten. Voor het

¹ Zie MvT Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 6

² Zie MvT Kamerstukken II, 2014-2015, 34 059, nr. 3, P. 26 e.v.

verschaffen van inlichtingen aan de rechter en het beproeven van een schikking is het echter noodzakelijk dat de vordering is geformuleerd en de feitelijke grondslag uiteen is gezet, waarna de aangesproken partij de gelegenheid heeft gehad om het verweer en de feitelijke grondslag daarvan uiteen te zetten.

35. Van de bestaande mogelijkheden die de rechter heeft om aan waarheidsvinding te doen, wordt in onze ervaring tegelijkertijd nog weinig gebruik gemaakt. De mogelijkheden van KEI zijn nog niet eens volledig ingevoerd. Over de uitwerking daarvan in de praktijk is nog niets bekend. Wat ons betreft ligt het voor de hand dat eerst af te wachten.

3. DE VOORGESTELDE PREPROCESSUELE INFORMATIE-VERZAMELINGSPLICHT

3.1. Het wijzigingsvoorstel

36. Het wetsvoorstel introduceert verder een informatieverzamelingsplicht, op te nemen in een nieuw art. 149a Rv:

"Elke partij verzamelt, voordat een zaak aanhangig is, de informatie die zij redelijkerwijs kan 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. In de procedure kan de rechter uit het niet overleggen door een partij van de informatie, bedoeld in de vorige zin, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht."

37. Hoewel de tekst anders suggereert, wordt met deze bepaling beoogd (zoals wij hierna nog toelichten) dat procespartijen in feite gehouden zijn om reeds voorafgaand aan een gerechtelijke procedure alle informatie te verzamelen die *mogelijk* relevant zou kunnen zijn voor die eventuele procedure. Wij begrijpen de tweede volzin zo dat alle stukken en informatie die voorzienbaar van belang zijn voor de beoordeling van het geschil ook daadwerkelijk in de daarna gestarte procedure worden overgelegd.

3.2. Principiële en praktische bezwaren

38. De memorie van toelichting vermeldt op p. 25 dat de concept-bepaling alleen een verdere stimulans is voor partijen om sneller en doelmatiger te procederen, maar de gevolgen gaan naar onze mening verder. Wij denken bovendien dat deze informatieverzamelingsplicht ook juist vertragend kan werken.
39. Procespartijen dienen niet alleen alle feiten en bescheiden te verzamelen met betrekking

tot stellingen en geschilpunten die hun reeds bekend zijn. Zij dienen ook informatie te verzamelen (en over te leggen) die "voorzienbaar van belang" is. Hoewel de voorgestelde tekst bepaalt dat het gaat om de verzameling van informatie die "van belang is voor de beoordeling van de feiten of rechten waarop deze partij zich beroept", leest de minister deze verplichting ruimer. De memorie van toelichting vermeldt namelijk dat de voorgestelde verplichting zich uitstrekt tot alle informatie die voorzienbaar relevant is voor de beslechting van het geschil (p. 23) en impliceert dat ook informatie met betrekking tot stellingen van de wederpartij waarop een partij bedacht zou moeten zijn, zouden moeten worden verzameld en overgelegd. Dit zou meebrengen dat een partij voorafgaand aan de procedure zou moeten dooexerceren hoe het processuele debat eventueel zou kunnen gaan verlopen en welke stellingen de wederpartij – of de rechter, zie het voorgaande hoofdstuk – zou kunnen gaan innemen, in veel gevallen zelfs voordat de vorderingen en verweren bekend zijn. Het komt geregeld voor dat partijen in een procedure argumenten naar voren brengen die zij in voorafgaande correspondentie nog niet hadden ontwikkeld.

40. Een partij die in een procedure wordt betrokken, zou dan al informatie moeten gaan verzamelen over onderwerpen waarover de partij die de procedure is begonnen, nog niet eens een standpunt heeft ingenomen en zou daarvoor op voorhand al kosten moeten maken. Wij menen dat dit niet van partijen kan worden verwacht. Eerst zal minstens duidelijk moeten zijn wat de eisen, verwijten en/of verweren zijn, die de informatieverzamelingsplicht afbakenen en rechtvaardigen.
41. Een dergelijke algemene verzamel- en overleggingsplicht, die mede de eventualiteiten van een nog aanhangig te maken procedure omvat, vormt een te grote belasting voor procespartijen en de rechter. Eens te meer omdat partijen elkaar verwijten zouden kunnen gaan maken – in of voorafgaand aan de procedure – over de vraag of aan deze verplichting is voldaan. Wij denken dat dit leidt tot extra (voorafgaande) procedures over de omvang van de informatieverzamelingsplicht. Een vereenvoudiging is dit alles in onze ogen niet. We krijgen dan procedures over procedures, nog voordat de eigenlijke procedure is begonnen.
42. Ervaringen in de Verenigde Staten met een dergelijke vergaande informatieverzamelingsplicht voorafgaand aan het inhoudelijke debat in de procedure (de *pre trial discovery*) leren dat deze zo duur en belastend is dat deze een drempel vormt voor partijen om hun geschil aan de rechter voor te leggen. Sterker nog, juist om die reden biedt het Amerikaanse procesrecht diverse mogelijkheden om de procedure reeds voordien af te breken, zodat deze ingrijpende en dure exercitie in de *pre trial discovery* wordt voorkomen.

43. Een dergelijke hinderpaal om een geschil aan de rechter voor te leggen, is in ons Nederlandse procesrecht niet wenselijk. Naar onze inschatting zal dat in het bijzonder kleinere procespartijen, waaronder ondernemers in het midden- en kleinbedrijf, kunnen afschrikken om hun geschil voor te leggen aan de civiele rechter.
44. Afgezien van deze principiële bewaren, zien wij niet hoe de voorgestelde verplichting in de praktijk kan werken. Een (juridisch) geschil is geen statische formule, waarbij (op voorhand) duidelijk is welke feiten relevant zijn voor een rechtvaardige beslissing. Wat relevante informatie is, wordt juist bepaald door de posities en stellingen die partijen om en om, over en weer innemen. Een procedure is zodoende een dynamisch proces waarbij het inzicht bij zowel de rechter als de partijen zich gaandeweg ontwikkelt. Wij betwijfelen of het vooraf bijeenbrengen en overleggen van grote hoeveelheden feiten dat proces bevordert en sneller de kern van een geschil en bovenal de (juridische) oplossing bloot zal leggen. De proceseconomie is in veel gevallen juist gediend bij een selectie van informatie, op basis waarvan de rechter in een vroeg stadium richting kan geven aan het debat.
45. Vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dan ook – terecht – dat procespartijen, met inachtneming van de waarheidsplicht, een selectie mogen en moeten maken van de feiten en stukken die zij in het geding brengen. De voorgestelde verplichting tot preprocesuele verzameling van alle mogelijk relevante informatie heeft juist het omgekeerde effect. Dat effect kan nog eens worden versterkt doordat procespartijen voor de zekerheid maar alle denkbare informatie inbrengen, om te voorkomen dat zij later in de procedure een reprimande krijgen. Zoals ook ervaringen in de Verenigde Staten laten zien, is ook mogelijk dat bewust een overvloed aan (niet geordende of anderszins weinig toegankelijke) informatie wordt ingebracht.
46. Het risico dat een teveel aan informatie wordt ingebracht wordt nog vergroot door de dubbele redelijkheidstoets waarmee de rechter dient te beoordelen of een partij heeft voldaan aan de informatievergaringsverplichting. Die toets is toegespitst op wat een procespartij achteraf gezien allemaal had moeten voorzien. Achteraf, nadat een debat heeft plaatsgevonden en de standpunten van partijen over en weer zijn ingenomen, verduidelijkt en verdiept, kan een partij al te gemakkelijk worden verweten dat zij had kunnen voorzien dat bepaalde informatie relevant zou zijn voor de procedure. Dergelijke verwijten en daarmee gepaard gaande discussies kunnen de procedure gaan overheersen en het debat over het geschil waar het werkelijk om gaat, vertroebelen.
47. In het verlengde hiervan voorzien wij dat de norm dat alle informatie die een partij "*redelijkerwijs kan verkrijgen*" moet worden verzameld, tijdens procedures een bron van discussie op zich zal gaan vormen. Hoe ver reikt die verplichting? De memorie van

toelichting spreekt van informatie die redelijkerwijs bemachtigd kan worden en noemt enkele factoren die daarin meewegen, zoals de kosten die met de informatieverzameling samenhangen (p. 24). Wat er op basis van het voorstel meer of anders wordt verwacht van partijen dan onder het huidige recht, blijft echter onduidelijk.

3.3. **Huidige procesrecht biedt voldoende waarborgen voor waarheidsvinding, efficiëntie en effectiviteit**

48. Het is ook niet nodig om een zo ver gaande algemene verplichting tot preprocesuele informatieverzameling in te voeren. Het huidige civiele procesrecht kent al tal van verplichtingen voor procespartijen en bevoegdheden van de rechter om te verzekeren dat in de civiele procedure de waarheid op tafel komt en bovendien – omwille van de efficiëntie en effectiviteit – in een zo vroeg mogelijk stadium zodat de rechter die aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen:

- i. Procespartijen zijn verplicht om in de procedure volledig en naar waarheid te verklaren over de feiten die de rechter voor de beslissing nodig heeft (art. 21 Rv). Partijen worden daarop 'afgerekend': houden zij zich daar niet aan, dan kan de rechter de beslissing nemen die hij juist acht en de vordering of het verweer van een partij afwijzen.
- ii. Procespartijen zijn gehouden om de argumenten en stellingen waarop zij hun vordering of verweer baseren steeds zo vroeg mogelijk in de procedure naar voren te brengen en zij hebben de verplichting om bij aanvang de bewijsmiddelen waarover zij beschikken aan te dragen. Dat wil zeggen dat stukken in het geding worden gebracht en mogelijke getuigen worden genoemd (art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv).
- iii. Procespartijen hebben een zogenaamde stelplicht. Dat betekent dat als partijen willen dat de rechter een bepaalde vordering toewijst (bijv. schadevergoeding), partijen alle informatie moeten geven aan de rechter waaruit blijkt dat aan de vereisten voor schadevergoeding is voldaan. Partijen worden ook daarop 'afgerekend' (art. 149 en 150 Rv): voldoen zij niet aan deze stelplicht, dan wijst de rechter hun vordering af en staan zij met lege handen.
- iv. Procespartijen kunnen over en weer overlegging van stukken verlangen en de rechter kan procespartijen bevelen om stukken in te dienen in de procedure (art. 843a, resp. 22 Rv).

49. Deze bestaande waarborgen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor waarheidsvinding, efficiëntie en effectiviteit volstaan in onze optiek. In de memorie van

toelichting bij het wetsvoorstel lezen wij ook niet dat er aanwijzingen zijn dat deze bestaande verplichtingen ontoereikend zijn, dat partijen deze onvoldoende in acht nemen of de rechter op dit moment onvoldoende mogelijkheden heeft. Natuurlijk kan de uitvoering altijd beter. Onze ervaring is dat rechters soms terughoudend gebruik maken van de bestaande mogelijkheden. Mogelijk is dit mede ingegeven door een hoge werklast en beperkte zittingscapaciteit. Daar is overigens wel wat aan te doen, maar dan in budgettaire termen. Een wettelijke verruiming van de rol van de rechter vormt in onze ogen echter niet de oplossing en kan zelfs leiden tot vergroting van dit probleem.

4. TOT SLOT

50. Een rechter moet in weinig tijd een beslissing nemen in geschillen waarbij de emoties niet zelden hoog oplopen en partijen – mede vanwege die emoties – stellingen en verwijten poneren die het debat vertroebelen. De taak van de rechter is dus niet gemakkelijk en de twee hiervoor besproken onderdelen van het wetsvoorstel maken deze taak niet eenvoudiger. Wij zien principiële en praktische bezwaren tegen de voorgestelde uitbreidingen van de rol van de rechter en de informatieverzamelingsplicht van partijen.
51. Wij betwijfelen of deze uitbreidingen daadwerkelijk zullen bijdragen aan een meer efficiënte, effectieve en rechtvaardige civiele procedure. Dat laat onverlet dat wij deze doelen van het wetsvoorstel, als onderdeel van het programma 'Verbetering burgerlijk procesrecht', van harte onderschrijven en graag meedenken over de verdere verbetering van het procesrecht. Wel benadrukken we graag nogmaals dat het Nederlandse procesrecht al ruimschoots mogelijkheden biedt voor een evenwichtige waarheidsvinding onder regie van een actieve rechter. De rechter moet niettemin wel de gelegenheid – in het bijzonder: de tijd – krijgen om deze mogelijkheden te benutten. Dat is uiteindelijk ook een budgettaire kwestie. Met alleen al een budgettaire verruiming zijn in de praktijk met de reeds bestaande wettelijke middelen belangrijke verbeteringen in civiele procedures te bereiken. Een uitbreiding van de taak van de rechter en van de mogelijkheden om de waarheid aan het licht te brengen is, zoals wij hiervoor hebben toegelicht, niet alleen onnodig en onwenselijk maar zal de druk – ook budgettair – op de rechterlijke macht alleen nog maar verder vergroten.
52. Wij zijn graag bereid om een nadere toelichting te geven en om verder van gedachten te wisselen over het wetsvoorstel en onze reactie daarop.

Amsterdam, 24 augustus 2018

Peggy Awater, Simon Boersen, Tim de Greve, Toni van Hees, Wouter den Hollander, Branda Katan, Petra Vos