

J. Ekelmans
Deijlerweg 125
2241 AD Wassenaar

Mr. C. Van der Net
Raadadviseur Sector Privaatrecht
Directie Wetgeving
Ministerie van Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Wassenaar, 30 november 2010

Geachte heer Van der Net,

Graag maak ik gebruik van de uitnodiging om commentaar te geven op het concept wetsontwerp over het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden.

Over de vraag, of wetgeving wenselijk is en, als dat zo is, hoe die er uit zou moeten zien, liet ik mij uit in mijn proefschrift.¹ Daarin is een hoofdstuk opgenomen met een uitgewerkt wetsvoorstel met toelichting. Ik heb niet overwogen om commentaar te leveren door slechts te verwijzen naar dat hoofdstuk. Zo'n verwijzing doet het wetsvoorstel tekort, noodzaakt de lezer om zelf vast te stellen, waar de verschillen zitten en compliceert derhalve de gedachtevorming.

Een aantrekkelijker wijze om bij te dragen aan de gedachtevorming over de exhibitieplicht leek mij, dat ik concreet aangeef, waar in het concept-wetsvoorstel naar mijn mening aanpassingen vallen te overwegen. Die concrete suggesties volgen derhalve hierna met de argumenten daarvoor. In de voetnoten in deze brief geef ik aan, waar verdere uitwerking van de argumenten valt te vinden. Opdat de inhoud van de brief zonder kennisneming van de voetnoten kan worden begrepen, bevatten de voetnoten slechts verwijzingen.

Ik begin met de tekst van het wetsvoorstel. Daarna ga ik in op de toelichting.

Wetsvoorstel

Verplichting tot spontane verstrekking van bescheiden die het eigen standpunt ondersteunen

1. Bij de exhibitieplicht kan gekozen worden voor een verplichting tot spontane verstrekking van bescheiden óf een verplichting tot verstrekking op verzoek of vordering. Het wetsontwerp kiest terecht² voor het uitgangspunt dat bescheiden slechts op verzoek of

¹ J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010; hierna: De exhibitieplicht.

² De exhibitieplicht § 9.4. (de wenselijke regeling).

vordering verstrekt behoeven te worden. Het wetsvoorstel voorkomt daarmee dat partijen belast worden met een te ruime en daardoorodeloos belastende verplichting tot verstrekken van bescheiden.

2. Deze keuze in het wetsontwerp leidt er toe, dat onbesproken blijft de vraag, of bescheiden die het eigen standpunt ondersteunen in beginsel wel spontaan in het geding gebracht moeten worden. Uitdrukkelijk(er) aanvaarding van zo'n verplichting ligt voor de hand: de wet voorziet in de dagvaardingsprocedure met de substantiërings- en bewijsaandragplicht immers reeds in de verplichting om aan te geven hoe bewijs geleverd kan worden van betwiste, maar relevante stellingen.
3. Ik denk dat op de substantiërings- en bewijsaandragplicht voortgebouwd zou kunnen worden door het opnemen van een verplichting tot spontane verstrekking van bescheiden die het eigen standpunt ondersteunen.³ Dat kan door aan art. 111 lid 3 Rv over de dagvaarding en aan art. 128 lid 5 Rv over de conclusie van antwoord de volgende tekst toe te voegen:

“Voor zover de bewijsmiddelen bestaan uit bescheiden, wordt de gelegenheid geboden daarvan kennis te nemen bij voorkeur door het verstrekken van een afschrift.”

Eén gelijklopende regeling voor dagvaardings- en verzoekschriftprocedures

4. Indien die suggestie wordt gevolgd, geldt voor de dagvaardingsprocedure de verplichting om op verweren in te gaan én bewijsmiddelen daartegen te vermelden én – en dat is nieuw – de verplichting om spontaan in het geding te brengen de bescheiden die het eigen standpunt ondersteunen.
5. Thans geldt nog geen van deze verplichtingen in verzoekschriftprocedures. Er is echter geen deugdelijke reden om voor de verzoekschriftprocedure andere regels te hanteren dan voor de dagvaardingsprocedure.⁴ Het gelijk trekken van de regeling voor verzoekschriftprocedures aan die voor dagvaardingsprocedures kan bereikt worden door aan art. 278 lid 1 Rv over de inhoud en indiening van het verzoekschrift toe te voegen:

“Voor zover aan verzoeker verweren bekend zijn van belanghebbenden, vermeldt hij deze en de gronden daarvoor. Verder vermeldt het verzoekschrift de bewijsmiddelen waarover verzoeker kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter staving van de aldus betwiste gronden van het verzoek. Voor zover de bewijsmiddelen bestaan uit bescheiden, wordt de gelegenheid geboden daarvan kennis te nemen bij voorkeur door het verstrekken van een afschrift.”

³ De exhibitieplicht § 9.4.2.

⁴ De exhibitieplicht § 9.2 en § 9.4.2.

Op grond van art. 282 lid 1 Rv is deze regeling van overeenkomstige toepassing op het verweerschrift.

Eén gelijklopende regeling voor de rechter en voor partijen

6. Aanvaarding van het ontwerp zou er toe leiden, dat er drie regelingen zijn voor het opvragen van bescheiden:
 - a. art. 162a Rv dat partijen aanspraak geeft op bescheiden;
 - b. art 162b en 162c Rv die de rechter de mogelijkheid (niet de verplichting) geeft om los van of tijdens een bodemprocedure op verzoek van partijen te bevelen tot verstrekking van bescheiden; en
 - c. art. 22 Rv dat de rechter de mogelijkheid geeft om ambtshalve een bevel tot verstrekking van bescheiden te geven.

7. Ik denk dat het allereerst aanbeveling verdient om art 162a Rv te schrappen. Art. 162a Rv geeft partijen immers een ruimere aanspraak op bescheiden dan de aanspraak die zij op grond van art. 162b en art. 162c Rv in rechte geldend kunnen maken: art. 162b en 162c Rv voorzien immers in een discretionaire bevoegdheid van de rechter om een bevel tot verstrekking te geven en gaan daardoor minder ver dan art. 162a Rv. Wat mij betreft is het niet aansprekend om rechten toe te kennen, waarvan vervolgens blijkt dat die in rechte niet geldend gemaakt kunnen worden.

8. Ik denk dat het vervolgens aanbeveling verdient om de mogelijkheden voor partijen én de rechter om bescheiden op te vragen gelijk te trekken aldus, dat elk van beiden aan dezelfde beperkingen is onderworpen. Er is immers geen goede reden, waarom voor de aanspraak op bescheiden andere rechtsregels zouden moeten gelden naar gelang een procespartij of de rechter het initiatief tot opvragen neemt.⁵ Dat betekent dat art. 162b en art. 22 Rv voor wat betreft de aanspraak op bescheiden door één nieuwe bepaling vervangen zouden moeten worden. Een suggestie voor de daartoe op te nemen bepaling volgt hierna. Voordat ik daar aan toekom echter eerst nog een opmerking over de wijze, waarop die aanspraak op bescheiden verwoord zou kunnen worden.

Helderder omschrijving van de aanspraak op bescheiden

9. Het wetsvoorstel verwoordt de aanspraak op bescheiden in art. 162a lid 1 Rv als volgt:

“Degene die partij is bij een rechtsbetrekking, is gerechtigd tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aangaande die rechtsbetrekking jegens degene die deze bescheiden tot zijn beschikking heeft.”

⁵ De exhibitieplicht § 12.2.

10. Deze tekst bouwt deels voort op het thans geldende art. 843a Rv. In dat artikel – en de voorgangers daarvan - is de aanspraak op bescheiden steeds cryptisch omschreven met als gevolg, dat de wettekst interpretatie behoeft om in de praktijk toegepast te kunnen worden.⁶ Doordat het wetsvoorstel voortbouwt op de eerdere wettekst, handhaaft het dit euvel.
11. De Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht is in haar advies voor een wettelijke regeling met een andere formulering gekomen die niet aan dit euvel van ontoegankelijkheid mank gaat. Het verdient, denk ik, aanbeveling om ook in het wetsvoorstel een minder cryptische tekst te kiezen. Zo'n minder cryptische tekst zou als volgt kunnen luiden:

“De rechter kan in de loop van het geding op vordering van een partij of ambtshalve aan een partij of een derde bevelen op door hem te bepalen wijze inzage, uittreksel of afschrift te verstrekken van bepaalde bescheiden die redelijkerwijs betrekking kunnen hebben op betwiste feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden.”

In deze tekst wordt het woord “vordering” gebruikt. Wanneer de bepaling – zoals is voorzien – wordt opgenomen in de titel over bewijs, is de bepaling op grond van art. 284 Rv van overeenkomstige toepassing in de verzoekschriftprocedure. Het is dus niet nodig om in plaats van het woord “vordering” het woord “verlangen” te gebruiken, zoals in de tekst van art. 162c lid 1 Rv van het wetsvoorstel gebeurt.

12. Deze tekst omvat overigens meer dan slechts een minder cryptische omschrijving: in deze tekst is ook – anders dan in het wetsvoorstel – geëxpliciteerd, dat bescheiden worden gevraagd met het oog op een betwist feit dat tot beslissing van de zaak kan leiden. De exhibitieplicht is immers onderdeel van het bewijsrecht, dat pas aan de orde komt als er verschil van mening is over het vaststaan van feiten die voor de beslissing relevant zijn. Doordat de tekst in het wetsvoorstel geen verband legt met het bewijsrecht, is het – nodeloos - lastig(er) om in het wetsvoorstel houvast te vinden bij de beantwoording van de vraag, waarom een verzoek (net) wel of (net) niet gehonoreerd zou moeten worden. De afbakening van de aanspraak op bescheiden is belangrijk genoeg om in het wetsvoorstel in plaats van slechts in de toelichting⁷ opgenomen te worden.

Ruime interpretatie van het begrip bescheiden

13. Volgens de toelichting kan het begrip bescheiden ruim geïnterpreteerd worden⁸ en is er daarom geen verdere uitwerking van dit begrip in de wettekst nodig. Die ruime

⁶ Zie daarover in het bijzonder: De exhibitieplicht, hoofdstuk 5 (het toepassingsgebied voor de aanspraak op bescheiden) en hoofdstuk 6 (de vereisten voor toelating tot kennisneming van bescheiden).

⁷ MvT p. 12

⁸ MvT p. 6-7, 12

interpretatie is wat mij betreft juist.⁹ Dat brengt wat mij betreft met zich, dat onder bescheiden ook roerende goederen begrepen kunnen worden. Derhalve is het niet nodig om in art. 1019a lid 2 te blijven bepalen dat onder bescheiden ook te verstaan ander bewijsmateriaal dat zich in handen van de wederpartij bevindt. De daartoe in het wetsvoorstel voorgestelde tekst kan derhalve vervallen.

De opgenomen gronden voor weigering van bescheiden: schrappen van strafrechtelijk verschoningsrecht en toelichten begrip gewichtige reden

14. De tekst van het wetsvoorstel noemt als gronden die aan honorering van een verzoek tot verstrekking in de weg staan de verschoningsrechten én een gewichtige reden.
15. Bij de verschoningsrechten verdient het wat mij betreft geen aanbeveling om te bepalen dat bescheiden geweigerd kunnen worden in verband met mogelijke vervolging wegens misdrijf.¹⁰ Art. 6 EVRM noodzaakt immers niet tot deze keuze en de rechtspraak van de Hoge Raad doet dat evenmin. De belangen van een procespartij om verschoond te blijven van strafrechtelijke vervolging kunnen bovendien beschermd worden door het aan de wederpartij opleggen van een verplichting tot geheimhouding. De rechter is hoe dan ook niet gerechtigd om aangifte te doen.
16. Bij het begrip gewichtige reden verdient het aanbeveling om dit begrip bij de exhibitieplicht op dezelfde wijze te verduidelijken als bij andere bewijsmiddelen en derhalve aldus, dat daarvan sprake is, wanneer het zwaarwegende maatschappelijke belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt niet opweegt tegen het concrete belang van geheimhouding.¹¹

Expliciteren van de voor af- en toewijzing vereiste belangenafweging

17. De uitdrukkelijk in de wet genoemde weigeringsgronden - verschoningsrechten en gewichtige reden - hebben weinig om het lijf, zeker wanneer voor het begrip gewichtige reden de uitleg wordt gehanteerd die ook elders in het bewijsrecht wordt gevolgd. De vraag rijst dan in hoeverre het wetsvoorstel overigens ruimte biedt om verstrekking te weigeren.
18. De tekst van het voorstel geeft daarover geen verder uitsluitel, zodat voor beter begrip van de mogelijkheden om verstrekking van bescheiden te weigeren teruggevallen moet worden op de toelichting. In de toelichting wordt opgemerkt dat de woordkeuze “kan” in de wettekst de rechter beoordelingsvrijheid geeft, zoals dat ook zo zou zijn bij voorlopig deskundigenbericht én voorlopig getuigenverhoor.¹² Ik denk dat die tekst meer suggereert

⁹ De exhibitieplicht § 5.3 (toepasselijk bij alle gegevensdragers).

¹⁰ De exhibitieplicht § 7.5.2 (geen toepasselijkheid strafrechtelijk verschoningsrecht geboden).

¹¹ De exhibitieplicht § 7.8.3 (betekenis van het begrip gewichtige reden).

¹² MvT p. 14

dan gerechtvaardigd is: in werkelijkheid is van beoordelingsvrijheid van de rechter nauwelijks sprake is, omdat de rechter verplicht is¹³ verzoeken tot voorlopige bewijsmaatregelen toe te wijzen, tenzij zich een grond voor afwijzing voordoet én omdat die gronden voor afwijzing slechts bij uitzondering praktische betekenis kunnen hebben.¹⁴ Die geringe praktische betekenis is er de reden van, dat binnen de rechtelijke macht bij herhaling stemmen zijn opgegaan om de mogelijkheden tot toelating tot voorlopige bewijsmaatregelen verder te beperken.¹⁵

19. De toelichting geeft ook overigens weinig houvast voor verdere afbakening. Volgens de toelichting kan verstrekking immers op grond van art. 3:303 BW geweigerd worden, wanneer sprake is van onvoldoende belang, hetgeen – aldus de toelichting – slechts een andere verwoording zou zijn van het thans geldende vereiste van rechtmatig belang.¹⁶ Dat is, denk ik, niet juist: in de thans geldende regeling is het aan degene die bescheiden opvraagt om zijn rechtmatig belang aan te tonen, bij art. 3:303 BW is het (veeleer) aan degene die verstrekking weigert om het ontbreken van belang waar te maken, terwijl een terughoudende toepassing van art. 3:303 BW voor de hand ligt. Er lijkt, kortom, met het schrappen van het vereiste van rechtmatig belang veeleer sprake van een verruiming dan van een bestendiging van de mogelijkheden om aanspraak te maken op bescheiden.
20. Verder geeft de toelichting slechts aan, dat verstrekking geweigerd kan worden op grond van strijd met de goede procesorde¹⁷ én dat de rechter in de afweging of wel en niet verstrekt moet worden betrekken of het verzoek dan wel de vordering proportioneel is gelet op het doel dat daarmee wordt nagestreefd.¹⁸ Meer woorden worden er aan dit - belangrijke – thema niet gewijd. Zodoende wordt ook niet aangegeven, welke belangen in de afweging betrokken mogen worden én evenmin hoe die belangen gewogen zouden moeten worden. Als gevolg daarvan brengt het wetsontwerp op dit punt niet de verduidelijking, die de exhibitieplicht volgens de inleiding van de memorie van toelichting behoeft.
21. Terwijl de inleiding van de memorie van toelichting het belang van verduidelijking benadrukt, geeft de memorie van toelichting verderop aan dat er welbewust vanaf is gezien om relevante belangen te benoemen én aan te geven, welk gewicht daaraan toegekend zou moeten worden.¹⁹ Ik denk dat juist dit onderwerp zo belangrijk is, dat de regeling daarvan in de wettekst thuishoort. Die keuze is in het bijzonder ook van belang,

¹³ De exhibitieplicht § 8.1.2. (het bewijsrecht biedt geen eenduidig criterium voor beperking van de toelating tot bewijslevering) en § 8.3.1. (bestaande rechtspraak over voorlopige bewijsverrichtingen biedt weinig ruimte om de mogelijkheden tot bewijsgaring te beperken).

¹⁴ De exhibitieplicht § 8.3.1. (bestaande rechtspraak over voorlopige bewijsverrichtingen biedt weinig ruimte om de mogelijkheden tot bewijsgaring te beperken).

¹⁵ De exhibitieplicht § 8.3.1. (bestaande rechtspraak over voorlopige bewijsverrichtingen biedt weinig ruimte om de mogelijkheden tot bewijsgaring te beperken), meer in het bijzonder: p. 177.

¹⁶ MvT p. 6.

¹⁷ MvT p. 8.

¹⁸ MvT p. 8.

¹⁹ MvT, p. 14.

omdat juist op dit punt – anders dan op vele andere punten – in de praktijk onduidelijkheid kan bestaan over de te trekken grenzen. Ik begrijp dan ook dat de adviescommissie de te maken afweging aanduidt als het belangrijkste onderdeel van de tekst en de toelichting van de door haar geschreven aanzet voor een wettelijke regeling. Wat mij betreft behoort in de wettelijke regeling dan ook duidelijker verwoord te worden, welke belangen moeten worden afgewogen én hoe dat zou moeten geschieden.

22. Wat mij betreft ligt voor de hand dat bij de keuze voor toelating tot een bewijsmiddel - zoals ook de exhibitieplicht - afgewogen kan worden of een ander bewijsmiddel geschikter is (subsidiariteit) én of de gekozen toepassing van de exhibitieplicht proportioneel is (proportionaliteit).²⁰ Een uitdrukkelijker en toegankelijker regeling zou dan bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden²¹:

“Een bevel tot verstrekking van bescheiden blijft in ieder geval achterwege:

.....

indien en voor zover deze verstrekking niet als evenredig valt aan te merken, bijvoorbeeld omdat:

- (i) de gevraagde informatie reeds op toereikende wijze is, kon of kan worden verkregen op een minder belastende wijze;
- (ii) efficiënte geschilbeslechting er aannemelijk bij is gebaat, dat andere thema's aandacht krijgen alvorens wordt besloten of tot de gevraagde bewijslevering door bescheiden wordt overgegaan; of
- (iii) de aannemelijke belasting van bewijslevering voor de houder niet opweegt tegen het aannemelijke voordeel van deze bewijslevering gelet op het gewicht van de rechtsbetrekking in geding, het financiële belang van het geschil en de financiële mogelijkheden van partijen.

23. Het explicieter verwoorden van de afwijzingsmogelijkheden in het wetsvoorstel verdient, denk ik, ook aanbeveling, omdat de huidige tekst zo algemeen is en zo weinig aanknopingspunten voor weigering bevat, dat degene die overweegt informatie op te vragen zich door de tekst van de wet niet werkelijk hoeft te laten weerhouden. Ik denk dan ook, dat de wet – anders dan de toelichting meent - thans geen heldere waarborgen bevat tegen buitensporige inzageverzoeken, die in de toelichting worden aangeduid als fishing expeditions, die volgens de toelichting vermoedelijk slechts spaarzaam zouden voorkomen²². De nog te oppervlakkige wettekst en toelichting rechtvaardigen immers niet de in de toelichting uitgesproken verwachting dat er geen reden zou zijn om te vrezen voor excessief gebruik van de exhibitieplicht²³ en dat het gerechtelijke apparaat per saldo

²⁰ De exhibitieplicht hoofdstuk 8: Subsidiariteit en proportionaliteit.

²¹ De exhibitieplicht § 8.3.4.4 (voorstel voor een maatstaf voor afweging).

²² MvT, p. 9

²³ MvT p. 10.

minder zwaar zal worden belast.²⁴ Doordat heldere criteria ontbreken moet veeleer worden gerekend met de mogelijkheid dat het aftasten van de mogelijkheden van de exhibitieplicht hoe dan ook nog geruime tijd zal leiden tot belasting van én procespartijen én het rechterlijk apparaat.

Meer terughoudendheid op zijn plaats bij het opvragen van bescheiden bij derden

24. Terecht²⁵ bevestigt het wetsvoorstel de mogelijkheid om bescheiden bij derden op te vragen en voorziet het in art. 162c tweede lid Rv in de mogelijkheid om derden te betrekken bij een reeds tussen partijen lopende procedure. Tekst noch toelichting verhelderen echter, wanneer daadwerkelijk jegens derden aanspraak op bescheiden gemaakt kan worden: de toelichting merkt slechts op, dat moet worden aangegeven, waarom de derde wordt aangesproken.²⁶
25. Aldus blijft onderbelicht dat het succesvol opvragen van bescheiden bij derden een bijzondere rechtvaardiging behoeft: terwijl de materiële of processuele rechtsverhouding tussen procespartijen kan verplichten tot informatie uitwisseling, ligt het minder voor de hand dat verplichtingen tot verstrekking van informatie op een niet betrokken derde worden gelegd.²⁷
26. De aanspraak jegens derden zou ten minste meer in lijn gebracht kunnen worden met hetgeen geldt bij getuigenverhoor. Daar geldt dat een derde slechts gehoord kan worden, nadat de rechter nadat de partijen bij een geschil daarover hebben kunnen debateren, heeft bepaald dat het geschil tussen de werkelijke procespartijen noodzaakt tot het horen van getuigen. Het wetsvoorstel zou dan ook, anders dan thans het geval is, de mogelijkheid moeten afsluiten om bescheiden zonder voorafgaand debat tussen de werkelijke partijen bij het geschil op te vragen bij derden. Het aanvaarden van die beperking sluit aan bij de gelijkgeschakeld met getuigenverhoor die de toelichting op verscheidene plaatsten voorstaat.²⁸
27. De wet zou dat als volgt tot uitdrukking kunnen brengen:

“Een bevel aan een derde kan slechts gegeven worden, nadat zo mogelijk in rechte tussen de partijen bij het geschil is gedebatteerd over de wenselijkheid dit bevel te geven én nadat de derde onder mededeling van de mogelijke inhoud van het voorgenomen bevel op door de rechter te bepalen wijze op behoorlijke wijze in het geding is geroepen teneinde te worden gehoord over de vordering of het voornemen jegens hem een bevel te geven.”

²⁴ MvT, p.10.

²⁵ De exhibitieplicht §12.4.3 (het indienen van een vordering of verzoek tegen een derde).

²⁶ MvT, p. 13.

²⁷ De exhibitieplicht § 5.5. (toepasselijk jegens een ieder).

²⁸ Zie o.a. MvT p. 13

28. Die regeling laat overigens onverlet dat een bijzondere rechtvaardiging vereist is om bescheiden van derden te kunnen verlangen: in de rechtspraak wordt immers niet zonder meer aangenomen dat een procespartij jegens een derde aanspraak op informatie kan maken.²⁹

Verzoekschrift tot verstrekken van bescheiden

29. Een gunstige verbetering is dat voorzien wordt in de mogelijkheid om vooruitlopend of tijdens een procedure te verzoeken om verstrekking van bescheiden. Ik denk dat het wenselijk is om misbruik van die mogelijkheid te beperken door te verlangen dat eerst een buitengerechterlijke discussie moet plaatsvinden, te bepalen dat in het verzoekschrift ingegaan moet worden op het buitengerechterlijk gevoerde verweer én door te benadrukken dat afwijzing kan volgen op dezelfde gronden als in de hoofdzaak, derhalve ook proportionaliteit.³⁰

30. In het wetsvoorstel is bepaald, dat tegen een toewijzende beschikking geen rechtsmiddel openstaat. Ik denk dat er geen goede gronden zijn om wel een rechtsmiddel te gunnen aan degene wiens verzoek is afgewezen, maar dat rechtsmiddel te onthouden aan degene wiens verweer is gepasseerd. De argumenten, waarom daar in het verleden bij voorlopige bewijsmaatregelen wel is gekozen, gaan inmiddels immers niet meer op.³¹ Ik denk dat aangesloten zou kunnen worden bij de regeling die ook geldt bij de wet deelgeschilprocedure. De regeling voor rechtsmiddelen zou er dan als volgt uit kunnen zien:

“Tegen de beslissing op het verzoek is een hogere voorziening slechts toegelaten met verloop van de bodemrechter óf tegelijk met de einduitspraak in de bodemprocedure. Art. 1019cc, lid 3 is van overeenkomstige toepassing.”

31. Ik denk dat het wenselijk is om bij het openstellen van de mogelijkheid om een verzoekschrift tot verstrekken van bescheiden in te dienen de regeling overigens gelijk getrokken zou moeten worden met hetgeen voor de overige voorlopige bewijsmaatregelen geldt. Dat betekent dat de regeling ook zou moeten voorzien in de mogelijkheid van een comparitie na bewijslevering.

Bewijsbeslag

32. De toelichting van het wetsvoorstel behelst dat mogelijkheden tot het leggen van bewijsbeslag onverlet worden gelaten.³² Aldus laat de toelichting in het midden, hoe met bewijsbeslag omgegaan moet worden. Over de vraag of bewijsbeslag gelegd kan worden

²⁹ De exhibitieplicht § 5.5.3 (terughoudendheid aangewezen).

³⁰ De exhibitieplicht § 12.7.4 (Uitbreiding van de mogelijkheden tot opvragen van bescheiden?).

³¹ De exhibitieplicht § 12.7.4 (Uitbreiding van de mogelijkheden tot opvragen van bescheiden?).

³² MvT p. 8.

in niet IE-zaken bestaat evenwel onduidelijkheid. Ik denk dat aanbeveling verdient dat de wetgever hier positie kiest door te bepalen dat bewijsbeslag mogelijk is én door de daarvoor geldende regeling verder uit te werken.³³ Dat zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door opname van de volgende bepaling:

art. 770d: Bewijsbeslag

1. Een partij die belang heeft bij bewaard blijven van bewijs, kan bewijsbeslag leggen.
2. Op bewijsbeslag zijn de bepalingen met betrekking tot conservatoir beslag tot afgifte van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover toepassing daarvan niet met de aard van het bewijsbeslag in overeenstemming is.
3. Het verzoek om verlof vermeldt tevens
 - a. de feiten op grond waarvan het bestaan van een vordering op de beslagene aannemelijk is;
 - b. de feiten op grond waarvan het leggen van bewijsbeslag is geboden;
 - c. de aan de verzoeker bekende verweren tegen de vordering ten gronde én de reactie van de verzoeker daarop;
 - d. de feiten op grond waarvan minder bezwarende maatregelen dan bewijsbeslag niet voor toepassing in aanmerking komen; en
 - e. de feiten op grond waarvan een minder bezwarende vorm van bewijsbeslag dan de verzochte vorm niet voor toepassing in aanmerking komt.
4. De voorzieningenrechter verleent slechts verlof, indien voldoende aannemelijk is dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht zijn genomen. De voorzieningenrechter kan aan het verlof voorwaarden en beperkingen verbinden.
5. De verzoeker waarborgt dat het beslag waarvoor verlof is verleend op de minst bezwarende wijze wordt gelegd en dat van het in beslag genomen bewijs niet door een ander dan de deurwaarder of een door de voorzieningenrechter aangewezen onafhankelijke deskundige kennis wordt genomen, voordat de houder van het bewijs rechtens verplicht is dit bewijs aan derden ter beschikking te stellen.

De kosten van verstrekking

33. De toelichting op het voorstel gaat er van uit, dat de kosten van verstrekking van bescheiden worden aangemerkt als buitengerechtelijke kosten.³⁴ Die keuze is afwijkend van hetgeen voor andere bewijsmiddelen geldt: voor andere bewijsmiddelen geldt dat de kosten worden gedragen door degene die uiteindelijk in het ongelijk gesteld wordt. Ik denk dat bij die regeling voor de andere bewijsmiddelen aangesloten moet worden, niet bij de regeling voor buitengerechtelijke kosten.³⁵ De regeling voor buitengerechtelijke kosten is bovendien onevenwichtig: daarbij geldt dat de voor eis gemaakte kosten in principe wel voor vergoeding

³³ De exhibitieplicht hoofdstuk 13 (Bewijsbeslag) en § 15.4 (Uitwerking in een voorstel met toelichting).

³⁴ MvT p. 13.

³⁵ De exhibitieplicht § 10.3.6 (Draagplicht voor de kosten).

in aanmerking kunnen komen én de voor verweer gemaakte kosten in principe niet.

Leesbaarheid

34. Op verscheidene plaatsen wordt in de tekst van de artikelen naar andere artikelen verwezen. Te overwegen valt om de wettekst meer uit te schrijven of – meer verstrekkend – om algemene bepalingen te schrijven voor alle voorlopige bewijsmaatregelen: dat maakt de regeling makkelijker leesbaar én daardoor toegankelijker.

Toelichting

35. Hiervoor ben ik allereerst op de wettekst ingegaan, omdat ik denk dat juist de tekst duidelijk moet maken, welke keuzes zijn gemaakt. In zoverre behoort de toelichting wat mij betreft van ondergeschikte betekenis te zijn. Interessant is de toelichting wat mij betreft in het bijzonder voor zover deze een verklaring bevat, waarom gekozen wordt voor juist het voorgelegde wetsvoorstel.
36. In de inleiding van de toelichting wordt aangeven, waarom met een wetsvoorstel wordt gekomen. Opgemerkt wordt, dat van de exhibitieplicht nog maar weinig gebruik gemaakt zou worden, dat een belangrijke reden daarvoor is, dat onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de regeling én dat het wetsvoorstel de equality of arms neergelegd in art. 6 EVRM dient.
37. Ik denk dat geen van deze opmerkingen voldoende dragend is voor de indiening van het wetsvoorstel. Immers:
- a. Van de exhibitieplicht wordt al geruime tijd veel gebruik gemaakt, zoals reeds blijkt uit de omvang van slechts de gepubliceerde rechtspraak.
 - b. De meeste onduidelijkheden rond de exhibitieplicht zijn inmiddels in de rechtspraak uit de weg gewerkt.³⁶ Wat (nog) wel onduidelijk is, is hoe de exhibitieplicht exact begrensd moet worden. Die onduidelijkheid wordt door het wetsvoorstel evenwel – welbewust - niet weggenomen.
 - c. De in art. 6 EVRM besloten liggende aanspraak op “equality of arms” geeft geen aanspraak op bescheiden.³⁷
38. Om de redengeving voor wetgeving helder(der) te krijgen, heb ik mij afgevraagd wat het wetsvoorstel – tot de kern teruggebracht - toevoegt aan de bestaande regeling. Dat is niet zozeer een verruiming van de exhibitieplicht – van verruiming geeft de rechtspraak reeds blijk - maar bovenal het volgende:

³⁶ De exhibitieplicht in het bijzonder hoofdstuk 5 (Het toepassingsgebied voor de aanspraak op bescheiden) en hoofdstuk 6 (De vereisten voor toelating tot kennisneming van bescheiden).

³⁷ De exhibitieplicht § 4.3. (Geen algemene verplichting om bescheiden te verstrekken op grond van art. 6 EVRM).

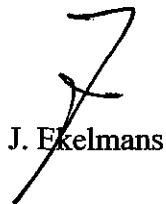
- a. Het bepalen dat bescheiden geweigerd kunnen worden met beroep op familiaal en strafrechtelijk verschoningsrecht
- b. Een regeling om derde in een geding tussen partijen te betrekken teneinde van deze derde bescheiden te verkrijgen
- c. Een regeling voor het opvragen van bescheiden als voorlopige bewijsmaatregel.

39. Wanneer tot wetgeving wordt overgegaan, dan denk ik, dat er naast de in het wetsvoorstel gesuggereerde aanpassingen betekenisvolle verbeteringen – zie de bespreking van de tekst van het wetsvoorstel - vallen te realiseren. Daarmee kan het wetsvoorstel verder richting geven aan de praktijk.

Tenslotte

Ik zie uit naar de verdere berichtgeving over het wetsontwerp.

met vriendelijke groet,



J. Ekelmans