

REACTIE SIMMONS & SIMMONS EN PWC FORENSIC SERVICES OP HET CONSULTATIEVOORSTEL TOT AANPASSING VAN HET WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING IN VERBAND MET DE VEREENVOUDIGING EN MODERNISERING VAN HET BEWIJSRECHT

SIMMONS & SIMMONS
Rogier Schellaars
Martijn Doornbos
Jonathan Bakker

PWC FORENSIC SERVICES

29 juli 2018

Introductie

1. Deze notitie bevat een reactie op het conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (het "Wetsvoorstel").¹ Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van de consultatiedocumentatie en berichten van (onder meer) de Nederlandse Orde van Advocaten van 3 oktober 2017. Wij stellen het op prijs via deze weg een bijdrage te mogen leveren. De toonzetting van deze reactie is neutraal.
2. Deze reactie is opgesteld naar aanleiding van (informeel) overleg tussen PwC Forensic Services en Simmons & Simmons LLP over het Wetsvoorstel. Dit document mag openbaar worden gemaakt.
3. Hierna formuleren wij vragen die bij bestudering en bespreking van het Wetsvoorstel zijn gerezen. Wij verzoeken u om deze vragen in het (definitieve) Wetsvoorstel of de Memorie van Toelichting daarop (de "Toelichting") te betrekken.
4. De opbouw van deze notitie is als volgt. Wij leiden onderwerpen in met een zwart gedrukte koptekst (I t/m V) en (behoudens bij onderwerp (III)) enkele observaties. Daarna volgen steeds één of meerdere vragen.

I. De schriftelijke buitengerechtelijke getuigenverklaring

5. Het Wetsvoorstel bevat een aangescherpte bewijsaandragplicht in de artikelen 30a en 30i Rv (nieuw). Op grond daarvan zijn partijen gehouden om (indien getuigenbewijs aan de orde is) schriftelijke, buitengerechtelijke getuigenverklaringen ("Getuigenverklaringen") in het geding te brengen, of, wanneer deze niet zijn verkregen, de reden daarvan op te geven. Tevens bevat het Wetsvoorstel in artikel 197 lid 3, onder a Rv (nieuw) de verplichting om in de procesinleiding bij het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor gegevens aan te dragen over de Getuigenverklaringen.
6. Vraag (1): In hoeverre gelden de hierboven genoemde verplichtingen tevens voor verklaringen van (getuige-)deskundigen?
7. Volgens de Toelichting beogen buitengerechtelijke schriftelijke verklaringen van getuigen "(...) uitsluitend bij te dragen aan een vroegtijdige informatievoorziening en de effectiviteit van getuigenverhoren bij de rechter te verhogen".²
8. Vraag (2): Kan een procespartij gelet op het bovenstaande (en proceseconomische overwegingen) bij het overleggen van buitengerechtelijke schriftelijke verklaringen volstaan

¹ Te raadplegen via: <https://internetconsultatie.nl/bewijsrecht>

² Toelichting, p. 14, voorlaatste alinea.

met het signaleren van relevante onderwerpen waarover de getuige kan verklaren of wordt een alomvattende verklaring verlangd?

II. Het inzagerecht

9. Artikel 149b lid 1 Rv (nieuw) bevat vereisten voor toepassing van het herziene inzagerecht. Een van de vereisten is dat de partij die om inzage van bepaalde gegevens verzoekt daarbij een “*voldoende belang heeft*.”³ Hiermee wordt afstand gedaan van het huidige vereiste dat er sprake moet zijn van een “*rechtmatig belang*”.⁴ In de Toelichting wordt het begrip “*voldoende belang*” niet nader uitgewerkt zodat niet duidelijk is wat de toepasselijke norm is.⁵ Wel wordt ten aanzien van het bepaalbaarheidsvereiste van dit nieuwe artikel 149b lid 1 Rv het volgende opgemerkt. Op grond daarvan:

*(...) “moet zij [de partij die om informatie vraagt] (...) voldoende concreet vermelden waarom die informatie relevant is voor haar rechtspositie in een potentieel of ontstaan geschil over een rechtsbetrekking.”*⁶

10. In de Toelichting wordt in het kader van artikel 196 Rv (nieuw) aangetekend dat:

*“Voorgesteld wordt om voor alle voorlopige bewijsverrichtingen het hebben van voldoende belang wettelijk voor te schrijven, in aansluiting op de algemene bepaling van artikel 3:303 BW. Van onvoldoende belang is sprake wanneer de verzoeker niet duidelijk vermeldt wat hij met de voorlopige bewijsverrichting wil bereiken of niet concreet omschrijft welk potentieel of gerezen geschil aan het verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen ten grondslag ligt.”*⁷

11. De wetgever beoogt met het Wetsvoorstel de voorwaarden voor toepassing van het inzagerecht zo veel mogelijk in lijn te brengen met de voorwaarden voor de overige (voorlopige) bewijsverrichtingen.⁸
12. Vraag (3): wordt aan het vereiste van een “*voldoende belang*” in de zin van artikel 149b lid 1 Rv (nieuw) in beginsel voldaan indien de verzoeker concreet omschrijft dat de verzochte gegevens relevant zijn voor (de bepaling van) een rechtspositie in een mogelijk of bestaand geschil over een rechtsbetrekking?
13. Volgens artikel 149b lid 1 Rv (nieuw) van het Wetsvoorstel bestaat alleen recht op inzage van “*bepaalde*” gegevens. Volgens de Toelichting betekent dit:

*“Het onderwerp waarop de informatie betrekking heeft moet voldoende nauwkeurig zijn afgebakend om als relevant te worden aangemerkt.”*⁹

14. De Toelichting kent het volgende voorbeeld van een vordering die onvoldoende is gespecificeerd:

*“Een verzoek om afschrift “van alle gegevens uit een bepaalde periode” is bijvoorbeeld geen voldoende specificatie van stukken, maar eerder een aanwijzing dat het om een zogenaamde fishing expedition gaat.”*¹⁰

15. Vraag (4): kan de wetgever (bij voorkeur aan de hand van voorbeelden) in de Toelichting nader omschrijven wanneer al dan niet aan het ‘bepaalbaarheidsvereiste’ wordt voldaan?

16. Het voorlopige deskundigenbericht kan onderdeel zijn van de voorlopige bewijsverrichtingen. Met het Wetsvoorstel wordt het inzagerecht verruimd in die zin dat

³ Toelichting, p. 28 onder het kopje “Voldoende belang”.

⁴ Toelichting, p. 28 onder het kopje “Voldoende belang”.

⁵ Toelichting, p. 28 onder het kopje “Voldoende belang”.

⁶ Toelichting, p. 28 onder het kopje “Bepaalde gegevens”.

⁷ Toelichting, p. 46 onder het kopje “b) onvoldoende belang”.

⁸ Toelichting, p. 1 onder het kopje “Inleiding”.

⁹ Toelichting, p. 27 onder het kopje “Bepaalde gegevens”.

¹⁰ Toelichting, p. 27 onder het kopje “Bepaalde gegevens”.

buiten twijfel staat dat een partij om gegevens bij derden (niet-zijnde een procespartij) kan verzoeken.

17. Vraag (5): in hoeverre kan dit leiden tot het verstrekken van inzage in het dossier van een in het kader van een voorlopig deskundigenbericht ingeschakelde deskundige, ervan uitgaande dat een andere procespartij de onderliggende brondocumentatie, waar het voorlopige deskundigenbericht op is gebaseerd, wil toetsen?
18. Op grond van lid 2 van artikel 149b Rv (nieuw) wordt de ‘informatiebezitter’¹¹ ontheven van de verplichting om bepaalde informatie aan een ander te verstrekken indien (a) hem een verschoningsrecht toekomt of (b) “gewichtige redenen” zich daartegen verzetten. Blijkens artikel 149b Rv (nieuw) wordt de ‘informatiebezitter’ echter niet meer van zijn verplichting ontheven “(...) indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.” Deze ‘weigeringsgrond’ geldt wel nog voor het huidige inzagerecht (ex artikel 843a lid 4 Rv).
19. Uit de Toelichting volgt dat de wetgever laatstgenoemde weigeringsgrond heeft geschrapt om het inzagerecht op gelijke voet te plaatsen met overige bewijsverrichtingen. Het inzagerecht zou hierdoor (ook) niet langer fungeren als een “(...) soort *ultimum remedium*”.¹² Uit de Toelichting op de artikelen 194 en 195 Rv (nieuw) volgt echter dat de rechter een verzoek om inzage in een lopende procedure kan afwijzen indien de verzochte gegevens niet “noodzakelijk zijn voor de waarheidsvinding en de oplossing van het geschil.”¹³
20. Vraag (6): in hoeverre wordt – gelet op de zojuist aangehaalde passage uit de Toelichting – daadwerkelijk afstand gedaan van de thans nog in artikel 843a lid 4 Rv geregelde weigeringsgrond?
21. Vraag (7): kan de wetgever aan de hand van enkele voorbeelden nader toelichten wat “gewichtige redenen” zijn om de informatiebezitter te ontheffen van de verplichting om bepaalde informatie aan de andere partij te verschaffen?
22. In de Toelichting wordt opgemerkt dat de mogelijkheid om tijdens een lopende hoofdprocedure een verzoek tot (i) een voorlopig getuigenverhoor, (ii) een voorlopig deskundigenbericht of (iii) een voorlopige plaatsopneming of bezichtiging in te dienen komt te vervallen.¹⁴ De wetgever is van mening dat voorlopige bewijsverrichtingen een lopende procedure niet moeten doorkruisen en daarom behandeld moeten worden in de hoofdprocedure.¹⁵
23. Vraag (8): in hoeverre is het tijdens een lopende hoofdprocedure geoorloofd om een buitengerechtelijk verzoek tot inzage te doen op de voet van artikel 149b Rv (nieuw)?
24. Het Wetsvoorstel introduceert een geheel nieuwe regeling voor het inzagerecht, met de gelijktijdige afschaffing van het huidige artikel 843a Rv. De Toelichting memoreert tevens dat – gelijk de thans geldende regeling – de regels van het bewijsrecht zich niet lenen voor toepassing in kort geding.¹⁶
25. Vraag (9): mag worden aangenomen dat ná invoering van de thans voorgestelde regeling een vordering tot inzage (zoals dat nu mogelijk is) nog steeds in kort geding kan worden ingesteld?

¹¹ Deze term is ontleend aan de Toelichting. Zie bijv. p. 29 onder het kopje “Tweede Lid”.

¹² Toelichting, p. 12 onder het kopje “5.5 Verbetering van het inzagerecht”.

¹³ Toelichting, p. 42 onder het kopje “Paragraaf 7 Inzage, afschrift of uittreksel van gegevens”.

¹⁴ Toelichting, p. 38 onder het kopje “Geen voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een lopende procedure”.

¹⁵ Toelichting, p. 38 onder het kopje “Geen voorlopige bewijsverrichtingen tijdens een lopende procedure”.

¹⁶ Toelichting, p. 4 onder het kopje “3. Het bewijsrecht”.

III. Voorlopige bewijsverrichtingen

26. Vraag (10): in hoeverre kan de rechter op de voet van artikel 196 Rv (nieuw) een voorlopige bewijsverrichting bevelen nadat in de hoofdprocedure een eindvonnis van de rechter in eerste aanleg is verkregen (bijvoorbeeld ter inschatting van de slagingskans van een hoger beroep)?

IV. Preprocessuele fase

27. Artikel 149a Rv (nieuw) van het Wetsvoorstel en de Toelichting spreken over een plicht van partijen om in de preprocesuele fase bewijs te verzamelen en bij het begin van de procedure aan de rechter ‘voor te leggen’.¹⁷
28. Vraag (11): wat behelst de verplichting om alle relevante informatie die in de fase voorafgaand aan de procedure verzameld is bij het begin van de procedure aan de rechter “voor te leggen”?¹⁸ Wordt van een procespartij steeds verwacht van al deze informatie de relevantie te duiden - ook indien het bijvoorbeeld stukken betreft die niet de procespositie van de betreffende partij ondersteunen?
29. In de Toelichting wordt eveneens aangetekend dat zowel eiser als verweerder er rekening mee moeten houden dat de procedure in de regel maar één schriftelijke stukkenwisseling kent en dat partijen hun kaarten niet langer tegen de borst kunnen houden.¹⁹ Voorts vermeldt de Toelichting dat van een verweerder wordt verwacht dat deze al zijn excepties en verweren ten gronde in één keer in zijn verweerschrift naar voren brengt.²⁰
30. Vraag (12): in hoeverre biedt het Wetsvoorstel en de inrichting van de procedures bij rechtbanken bescherming tegen een verweerder die in de preprocesuele fase zijn kaarten tegen de borst houdt, en de eiser eerst bij verweerschrift verrast met nieuwe bewijsmiddelen?

V. Omgang met data

31. Het Wetsvoorstel volgt de modernisering en digitalisering van het civiel procesrecht, waarbij bewijsstukken zoveel mogelijk worden verstrekt via digitale weg. Thans bieden zowel het Wetsvoorstel als de Toelichting weinig houvast ten aanzien van aspecten van dataverzameling, privacy etcetera.

Vraag (13): op welke wijze dient te worden omgegaan met (het waarborgen van) de authenticiteit en integriteit/omvang van relevante data/informatie die partijen aan elkaar dienen te verstrekken?

Vraag (14): in hoeverre houdt het Wetvoorstel rekening met veilige opslag van de verzamelde data, de verstrekking van de verzamelde data (rekening houdend met forensische aspecten) en eventuele vernietiging van data wanneer de verzamelde data door de rechter niet als relevant wordt gekwalificeerd? Zal de wetgever ten aanzien van deze onderwerpen richting geven voor de praktijk?

Vraag (15): hoe verhoudt het Wetsvoorstel zich tot beginselen ten aanzien van het minimaliseren van opslag en verspreiding van persoonsgegevens en de Algemene verordening gegevensbescherming (“AVG”)?

Vraag (16): de AVG staat niet toe om (persoons)gegevens op te slaan voor een onbepaalde tijd. In hoeverre houdt het Wetsvoorstel rekening met tijdsverloop (tussen verzamelen van

¹⁷ Zie onder meer Toelichting, p. 8 en p. 25 onder het kopje “Aanscherping bestaande verplichtingen”.

¹⁸ De term ‘voorleggen’ is ontleend aan de Toelichting. Zie de in deze voetnoot genoemde pagina’s.

¹⁹ Toelichting, p. 25 (onderaan) en p. 26.

²⁰ Toelichting, p. 25 (onderaan).

Simmons & Simmons
informatie en productie ten behoeve van rechtelijke toetsing). Vergelijkbare vragen spelen
in verband met de wettelijke retentieperiodes ten aanzien van (persoons)gegevens.
