

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v.
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Postbus 20301
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Datum: 22 augustus 2018

Kenmerk: UIT-P/2018/2806

Pagina: 1 van 10

Geachte

Naar aanleiding van uw brief van 31 mei 2018 (kenmerk 2280112) geven wij u hierbij onze reactie op het concept voor het wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (hierna verkort aan te duiden als: het concept wetsvoorstel) en de memorie van toelichting daarbij (hierna kortweg: de Memorie van toelichting). Wij doen dat thematisch; opmerkingen op hoofdlijnen en detailopmerkingen staan per deelonderwerp bij elkaar.

Wij zijn er ons van bewust dat de Hoge Raad na inwerkingtreding van het voorgestelde recht veelvuldig tot uitleg van de nieuwe regeling zal kunnen worden geroepen. Dat is voor ons aanleiding geweest tot terughoudendheid in de advisering. Dit advies beperkt zich daarom in belangrijke mate tot het aandragen van gezichtspunten, het plaatsen van kanttekeningen en het stellen van vragen waarmee in het vervolg van het wetgevingsproces rekening kan worden gehouden.

A. Relatie met KEI-wetgeving

1. Het concept wetsvoorstel bouwt voort op de nieuwe wettelijke regeling inzake KEI en veronderstelt dat die nieuwe regeling bij alle gerechten werking heeft gekregen op het moment van inwerkingtreding van de thans voorgestelde regeling. Zo voorziet het concept wetsvoorstel niet in de schrapping van het thans voor het overgrote deel van de gerechten nog geldende art. 88 lid 4 Rv (de beperkte bewijskracht van een partijverklaring ter comparitie), maar wordt uitsluitend het op dit moment slechts voor enkele gerechten geldende art. 301 lid 2 Rv geschrapt (partijverklaring bij gelegenheid van mondelinge behandeling). Indien de verdere invoering van KEI ernstige vertraging oploopt (wat op dit moment waarschijnlijk lijkt), zal het concept wetsvoorstel in verband daarmee aangepast moeten worden.

B. Actieve bemoeienis van de rechter met betrekking tot feitelijke gronden

2. Het concept wetsvoorstel voorziet in aanpassing van art. 24 Rv (het verbod van aanvulling van de feitelijke gronden door de rechter). Die aanpassing is in de eerste plaats een

afstemming op de norm van art. 149 Rv Verdergaand is het voorgestelde tweede lid van art. 24, op grond waarvan de rechter partijen ambtshalve kan wijzen op mogelijkheden om de grondslag van een vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Deze wijziging geeft invulling aan de beoogde versterking van de regierol van de rechter binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil. Deze wijziging is minder fundamenteel dan op het eerste gezicht zou kunnen worden gedacht: ook nu al bespreken rechters ter comparitie of mondelinge behandeling, met name in eerste aanleg, mogelijke argumenten met partijen. Een actieve houding van de rechter, ook met betrekking tot de (feitelijke) grondslag van de vordering, het verzoek en het verweer, bevordert dat recht wordt gedaan op basis van de materiële feiten. Die praktijk, die wij als positief waarderen¹, krijgt in het concept wetsvoorstel een wettelijke basis. Het gaat daarbij voortaan ook om feiten die in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen zonder dat zij door partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag zijn gelegd, waarbij het fundamentele belang van hoor en wederhoor wel meebrengt dat de rechter die feiten aan de orde stelt en partijen gelegenheid geeft daarop te reageren (vgl. de Memorie van toelichting, p. 19). De huidige kwetsbaarheid in cassatie van een actieve regierol van de feitenrechter wordt daarmee weggenomen.

3. Wij plaatsen niettemin enkele kanttekeningen bij de voorgestelde regeling:

- (i) In de eerste plaats bestaat het risico dat de ene partij zich door de rechter geholpen weet en de andere niet. De professionaliteit van de rechter brengt mee dat hij zich van dat risico bewust is en ervoor waakt dat er geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen partijen ontstaat.
- (ii) In de tweede plaats is de ene rechter de andere niet.² Het zou onzes inziens onwenselijk zijn indien individuele verschillen in de mate van rechterlijke activiteit, die nu eenmaal bestaan (en deels ook onvermijdelijk zijn), door de voorgestelde regeling verder zouden worden vergroot. Indien de ene rechter standaard 'helpt' en de andere niet (uit principe of anderszins), kan willekeur ontstaan. Tegen deze achtergrond bezien is het wenselijk dat rechterlijke uitgangspunten worden ontwikkeld voor het benutten van de voorgestelde regeling op grond waarvan de rechter ambtshalve kan wijzen op mogelijkheden om de grondslag van een vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Een dergelijke constatering in de memorie van toelichting kan de agendering daarvan voor rechterlijk overleg bevorderen.
- (iii) De voorgestelde regeling is zonder voorbehoud geformuleerd. Het lijkt er aldus op dat zij mede voorziet in de mogelijkheid dat de rechter ambtshalve wijst op zogenaamde rechtsmiddelen, zoals een beroep op extinctieve verjaring of op het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak. Daarvoor geldt het hiervoor onder (i) genoemde risico in bijzondere mate. Voor een zo ruime mogelijkheid voor de rechter om zich actief op te stellen pleit daarentegen dat het onbevredigend is wanneer een rechtsmiddel uitsluitend ongebruikt blijft omdat het door een

¹ En die aansluit bij de regeling in het Caribisch deel van het Koninkrijk, zie bv. art. 118 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Curaçao.

² Zie ook A. Hammerstein, R.H. de Bock, W.D.H. Asser, Modernisering burgerlijk bewijsrecht, Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht uitgebracht aan de Minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Den Haag, 2017 (hierna verkort aan te halen als: Expertgroep), nr. 29.

partij over het hoofd is gezien.³ Thans bestaat er op dit punt echter veel discussie tussen rechters. Wanneer de voorgestelde regeling exclusief in de sleutel van de beoogde betekenis voor de waarheidsvinding zou worden begrepen, ligt een actieve rol van de rechter met betrekking tot een beroep op de bedoelde rechtsmiddelen daarin niet besloten. Het verdient daarom aanbeveling om de bedoeling van het voorstel op dit punt in de memorie van toelichting uitdrukkelijk te vermelden.

C. Actieve bemoeienis van de rechter met betrekking tot de oproeping van getuigen

4. Ook wat betreft de vraag welke personen als getuigen worden gehoord, voorziet het concept wetsvoorstel in een (mogelijkheid tot) actieve bemoeienis van de rechter. Hij kan straks partijen ambtshalve bevelen getuigen mee te nemen naar de mondelinge behandeling en bovendien kan hij (ook in vorderingszaken) zelf personen als getuigen aanwijzen en door de griffier laten oproepen (art. 166 lid 2 Rv). Dezelfde mogelijkheid bestaat nu reeds in verzoekzaken en is nuttig. De onder 3 gemaakte kanttekeningen sub (i) en (ii) gelden echter ook hier.

D. Partijen dienen beter beslagen ten ijs te komen

5. Het concept wetsvoorstel wil bevorderen dat partijen reeds in de preprocesuele fase bewijs vergaren en aldus in de procedure beter beslagen ten ijs komen. Daarbij beperkt het voorstel zich niet tot een verruiming van de mogelijkheden van bewijsgaring, maar voorziet het ook in sancties voor de partij die zich onvoldoende heeft ingespannen. Volgens het voorgestelde art. 149a Rv verzamelt elke partij 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. De rechter kan in de procedure uit het niet-overleggen door een partij van de bedoelde informatie, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

6. Strekking van dit voorstel is (Memorie van toelichting, p. 7) te bevorderen dat een buitengerechtelijke oplossing van een geschil wordt gevonden en dat een procedure voortvarend verloopt als de tussenkomst van de rechter toch nodig is. In feite wil het voorstel aldus een (verdere) cultuurverandering in de procespraktijk bevorderen. De voorgestelde sanctionering is een instrument tot dat doel. Er bestaat echter onmiskenbaar een spanning tussen het macrokarakter van het doel (het beïnvloeden van de procescultuur in algemene zin) en de omstandigheid dat het daartoe strekkende instrument zijn werking heeft op microniveau (de individuele zaak). Het komt ongetwijfeld voor dat een partij haar kaarten opzettelijk tegen de borst houdt omdat zij daarmee strategisch in haar eigen voordeel denkt te handelen. Het kan gepast

³ Aldus reeds W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Boom Juridisch Den Haag, 2017, p. 80 e.v. (hierna: Interimrapport fundamentele herbezinning), p. 83.

zijn dat dit wordt afgestraft. Tegelijk behoort onder ogen te worden gezien dat het ook, en vermoedelijk veel vaker, voorkomt dat het bij een partij eenvoudig aan het juiste inzicht ontbreekt om te bepalen welke gegevens voor de rechter wel of niet van belang zullen zijn. In dergelijke gevallen is een sanctie lang niet altijd gepast, en zeker niet als die sanctie ertoe leidt dat de zaak niet meer de uitkomst kan krijgen die past bij werkelijke feiten. Dat geldt te meer waar tegenover de nalatige partij een wederpartij staat die steeds van de hoed en de rand heeft geweten en zich naar aanleiding van de (aanvankelijke) nalatigheid van de andere partij in de handen heeft geknepen. Wij gaan ervan uit dat de rechter bij de beslissing welke (eventuele) gevolgen hem geraden voorkomen, met dergelijke omstandigheden rekening houdt. Dit zou met zoveel woorden in de memorie van toelichting vermeld kunnen worden.

7. Het voorstel van de expertgroep voorzag voor het geval van onvoldoende bewijsgaring in beginsel in een uitsluiting van nieuwe stellingen en (nadere) bewijslevering.⁴ Het concept wetsvoorstel biedt in vergelijking daarmee tot ons genoegen extra aanknopingspunten om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Dat gebeurt in de eerste plaats door de introductie van een dubbele redelijkheidstoets (zowel ten aanzien van de verkrijgbaarheid als ten aanzien van de relevantie van de informatie) en in de tweede plaats door een sanctionering op maat (de gevolgtrekking die de rechter geraden acht). Wat echter blijft staan is dat de voorgestelde maatstaf uitsluitend vraagt naar hetgeen van een procespartij naar objectieve maatstaven mocht worden verwacht en niet mede naar hetgeen in de verhouding tot de wederpartij redelijk is. In verband met dit laatste zou een gezichtspunt kunnen zijn of de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op een beperking wat betreft de omvang van de te hanteren bewijsmiddelen, dan wel door een uitbreiding daarvan onredelijk zou worden benadeeld.⁵ Doet geen van beide zich voor, dan lijkt een straffe sanctie op een onvoldoende actieve bewijsgaring een weinig aansprekende afdoening. Wij gaan ervan uit dat de rechter ook in dit opzicht een passende oplossing zal kunnen bieden via de keuze voor een (eventuele) gevolgtrekking die hij "geraden acht". Een verduidelijking van de toelichting zou dit buiten twijfel kunnen stellen.

8. Een eventuele sanctie bestaande uit het buiten beschouwing laten van bepaalde gegevens, kan extra hard aankomen doordat de rechter volgens het concept wetsvoorstel niet langer verplicht is een ter zake dienend bewijsaanbod te honoreren (het voorgestelde art. 166 Rv). Aldus leidt sanctionering tot een resultaat dat op gespannen voet staat met één van de doelstellingen van het concept wetsvoorstel, namelijk bevordering van de waarheidsvinding. Wij adviseren u om in de toelichting nader in te gaan op de vraag hoe de rechter zich in dit spanningsveld dient op te stellen, en welke afwegingen hij daarbij dient te maken.

9. In dit verband merken wij op dat naar het oordeel van de Expertgroep nadere bewijslevering behoort te worden toegestaan indien de rechter niet over het geschil kan beslissen

⁴ Expertgroep, nr. 42.

⁵ Vergelijk de criteria voor rechtsverwerking: o.a. HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574.

zonder nadere aanvullende informatie, omdat anders op een onjuiste (of onvolledige) feitelijke of juridische grondslag zou worden beslist. Dit stemt overeen met de maatstaf voor het terugkomen op een eerdere eindbeslissing.⁶

10. Het voorgaande dient tevens te worden gezien tegen de achtergrond van de mogelijkheid in de meeste zaken om in persoon te procederen en van de beperkte toegang van veel rechtzoekenden tot voldoende gekwalificeerde rechtshulp. Veelal zal een partij pas bij gelegenheid van een eventueel hoger beroep over die voldoende gekwalificeerde rechtshulp beschikken. Wij geven u daarom in overweging om nuancering aan te brengen in hetgeen de Memorie van toelichting (p. 4) opmerkt over de herstelfunctie van het hoger beroep.

E. Verschuiving naar schriftelijke getuigenverklaringen

11. Volgens de voorgestelde art. 30a en 30i Rv moet een partij, als zij getuigen kan voorbrengen, van deze getuigen bij de procesinleiding respectievelijk het verweerschrift schriftelijke verklaringen overleggen, dan wel, als deze niet zijn verkregen, de reden daarvan vermelden. Aan nalatigheid kan de rechter opnieuw de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht. Achtergrond van het voorstel is volgens de Memorie van toelichting (p. 14) het voorkomen van tijdrovende en kostbare getuigenverhoren en een adequatere regievoering door de rechter. Zoals reeds vermeld, vervalt de verplichting van de rechter om een ter zake doend aanbod tot getuigenbewijs te honoreren (art. 166 Rv). Bij deze voorstellen kunnen vergelijkbare kanttekeningen worden gemaakt als hiervoor (onder D) met betrekking tot art. 149a Rv. Daarnaast valt de vraag te stellen of het horen onder ede van een getuige ten overstaan van de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding niet veelal een aanmerkelijke meerwaarde heeft ten opzichte van een schriftelijke verklaring.⁷ Wij geven u in overweging om aan dit een en ander nadere aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

F. Afschaffing van de beperkte bewijskracht van partijverklaringen

12. Het concept wetsvoorstel voorziet in de afschaffing van de beperkte bewijskracht van de verklaringen die een procespartij als getuige of anderszins aflegt (de art. 30i lid 2, 164 lid 2 en 179 lid 4 Rv vervallen). Dit voorstel, dat in overeenstemming is met de vrijwel algemene opvatting in de literatuur,⁸ verdient steun. Voor een categorische beperking van de bewijskracht van de partij(getuige)verklaring bestaat geen goede grond. Het volstaat dat met het belang van een partij bij een bepaalde inhoud van haar verklaring rekening wordt gehouden bij de waardering van het bewijs.

⁶ Expertgroep, nr. 42.

⁷ Zo ook de adviescommissie burgerlijk procesrecht van de NOVA.

⁸ Vergelijk de conclusie van A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2017:S99, onder 2.10 e.v.

G. Ineenschuiven van diverse vormen van voorlopige bewijsverrichtingen

13. Het concept wetsvoorstel voorziet in één verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen. In reactie op het verzoek kan de wederpartij van haar kant eveneens bewijswensen formuleren. Verzoeken worden toegewezen tenzij de verlangde informatie niet voldoende bepaald is (*fishing expedition*), of sprake is van onvoldoende belang, strijd met de goede procesorde, misbruik van bevoegdheid of andere gewichtige redenen (art. 196 en 197 Rv). De verzoeken worden behandeld op een 'pre-processuele comparitie'. Tegen een beslissing op een verzoek om een of meer voorlopige bewijsverrichtingen staat geen hogere voorziening open, tenzij de rechter anders bepaalt (art. 200). Onder het huidige recht staat tegen afwijzing van een verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen wél hoger beroep open. Voorts staat onder het huidige recht tegen een beslissing op een verzoek tot inzage in, dan wel een afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden (een zgn. exhibitieverzoek, zie art. 843a Rv) hoger beroep en beroep in cassatie open, zowel bij toewijzing als bij afwijzing.

14. Het voorstel komt de eenvoud ten goede en leidt tot harmonisatie van de criteria zoals die thans voor de diverse vormen van voorlopige bewijsverrichtingen gelden. De pre-processuele comparitie biedt kansen tot regievoering door de rechter en kan aan partijen in een vroeg stadium duidelijk maken welke verwachtingen zij kunnen koesteren. Mogelijk leidt die comparitie tot een vroegtijdige schikking, wat partijen kosten uitspaart en snelle duidelijkheid geeft.

15. De uitsluiting van een hogere voorziening is voor het getuigenverhoor, het deskundigenbericht en de plaatsopneming in de regel weinig bezwaarlijk. Voor beslissingen op verzoeken tot exhibitie, in het bijzonder de toewijzing daarvan, kan dat anders zijn. Uit de Memorie van toelichting (p. 52) blijkt dat de opsteller zich daarvan bewust is. De Memorie van toelichting maakt immers melding van de zorg die op dit punt door de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht is geuit. Het is echter de vraag of deze zorg door de Memorie van toelichting in voldoende mate wordt weggenomen. Wij geven u in overweging aan dit punt in de toelichting extra aandacht te besteden.

H. Inzage in gegevens

16. Exhibitie door degene die over gegevens beschikt, een tegenpartij of een derde, wordt in het concept wetsvoorstel een plicht. Voorwaarde is dat de partij die erom vraagt voldoende belang heeft; de eis van een 'rechtmatig belang' wordt niet meer gesteld.⁹ Weigering is alleen toegestaan op grond van een verschoningsrecht of gewichtige redenen (art. 149b Rv). Het subsidiariteitsvereiste (art. 843a lid 4 slotfrase Rv) vervalt. Exhibitie wordt in het concept wetsvoorstel op één lijn gesteld met andere bewijsverrichtingen. Voldoet de wederpartij of derde niet aan een verzoek tot exhibitie, dan kan de rechter daartoe een bevel geven en daarbij de voorwaarden bepalen waaronder en de wijze waarop de exhibitie dient plaats te vinden (art. 194

⁹ Vergelijk in dit verband de recente conclusie van A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2018:829.

Datum: 22 augustus 2018

Kenmerk: UIT-P/2018/2806

Pagina: 7 van 10

en 195 Rv). Het zojuist onder G besproken verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen kan ook zien op exhibitie (art. 196 in verbinding met 197 lid 3 Rv).

17. Een punt van zorg van onze kant hangt ermee samen dat een verzoek onder omstandigheden ook 'ex parte' (zonder dat partijen zijn verschenen) kan worden toegewezen, te weten als de wederpartij onbekend is, of in geval van onverwijlde spoed (art. 198 Rv). Behoudens toestemming van de rechter of de aanwezigheid van doorbrekingsgronden, staat tegen de beslissing op het verzoek geen rechtsmiddel open. In de voorgestelde regeling geldt dat, anders dan onder het huidige recht, ook voor een toewijzende beslissing op een inzageverzoek. Inzage kan echter een verstreckende en onomkeerbare maatregel zijn, in het bijzonder wanneer het gaat om vertrouwelijke gegevens. Dat heeft bij ons de vraag opgeroepen hoe de mogelijkheid van een zgn. ex parte-beslissing zeker in combinatie met het rechtsmiddelvebod zich in zo'n geval verhoudt tot het (ook uit art. 6 EVRM voortvloeiende) recht op wederhoor.

18. Van belang is verder dat de nieuwe regeling, inclusief de mogelijkheid van een ex parte-beslissing en het rechtsmiddelvebod, ook lijkt te gaan gelden voor de gevallen waarop art. 1019a Rv van toepassing is (IE-rechten). In die bepaling wordt immers teruggegrepen op de commune regeling van art. 843a Rv. In dit verband is van belang dat art. 6 Handhavingsrichtlijn¹⁰, waarvan art. 1019a Rv de implementatie vormt, niet de mogelijkheid van een ex parte-beslissing biedt, zodat de vraag rijst of die richtlijn deze mogelijkheid wel toelaat. Voor bewijs beschermende en conservatoire maatregelen als beslaglegging en beschrijving is onder de richtlijn wel een ex parte-beslissing mogelijk. Daarover is in de art. 7 lid 1 en 9 lid 4 van de richtlijn bepaald dat, indien een maatregel wordt genomen zonder dat de wederpartij is gehoord, deze na kennisgeving van de daartoe strekkende beslissing om herziening kan vragen, met inbegrip van het recht te worden gehoord. Wij vragen ons af of hetgeen is bepaald in het voorgestelde art. 204 Rv aan dit punt voldoende tegemoet komt.

19. Het recht een exhibitieverzoek te doen komt alleen toe aan een 'partij bij een rechtsbetrekking' (art. 149b lid 1 Rv). In de Memorie van toelichting (p. 26/27) is hierover vermeld dat deze rechtsbetrekking niet hoeft vast te staan en dat juist inzet van het exhibitieverzoek kan zijn om vast te kunnen stellen of een rechtsbetrekking bestaat. Voor IE-zaken is in art. 1019a Rv bepaald dat een onrechtmatige daad wegens inbreuk op een IE-recht geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 843a. De Hoge Raad heeft daarover, in het licht van art. 6 van de Handhavingsrichtlijn, beslist dat het bestaan van die rechtsbetrekking (de onrechtmatige daad) op basis van het voorhanden bewijsmateriaal voldoende aannemelijk moet zijn.¹¹ Dat roept de vraag op of het concept wetsvoorstel deze drempel afwijst voor niet-IE-zaken. Of ligt deze zelfde maatstaf besloten in de nieuwe eis van 'voldoende belang'? Wij adviseren u aandacht aan dit aspect te besteden in de toelichting bij het wetsvoorstel.

¹⁰ Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten.

¹¹ O.a. HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304.

I. Bewijskracht van het proces-verbaal van bevindingen van een deurwaarder

20. Het concept wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid dat de voorzieningenrechter verlof verleent tot het opmaken van een akte ter vastlegging van feiten die de deurwaarder ter plaatse persoonlijk heeft waargenomen (art. 205 Rv). Deze beschrijving wordt neergelegd in een proces-verbaal, waaraan de bewijskracht toekomt van een authentieke akte. Naar huidig recht kan de deurwaarder alleen op vrijwillige basis een 'proces-verbaal van constatering' opmaken. Het betreft geen ambtshandeling, maar een nevenactiviteit, en aan een dergelijk proces-verbaal komt de bewijskracht van een onderhandse akte toe (art. 2 en 20 lid 3 onder e Gerechtsdeurwaarderswet).

21. In de Memorie van toelichting (p. 56) is vermeld dat deze maatregel ter bescherming van bewijs overeenkomt met de mogelijkheid tot gedetailleerde beschrijving en monsterneming door een deurwaarder in zaken over rechten van intellectuele eigendom. De laatstgenoemde mogelijkheid is voorzien in art. 1019b en uitgewerkt in art. 1019d Rv, welke bepalingen de implementatie vormen van art. 7 van de Handhavingsrichtlijn. Uit de memorie van toelichting bij de Implementatiewet Handhavingsrichtlijn blijkt dat de wetgever de beschrijving ziet als een lichter alternatief voor het bewijsbeslag.¹² Aannemelijk is dat om die reden in het voorliggende concept wetsvoorstel de beschrijving in het proces-verbaal van een deurwaarder niet is opgenomen als een bewijsverrichting waarop de art. 196 e.v. Rv van toepassing zijn, maar als een alternatief voor bewijsbeslag. Daarvan uitgaande valt ons in de voorgestelde regeling een aantal verschillen op, zowel ten opzichte van de art. 1019b en d Rv, als ten opzichte van de regeling van het bewijsbeslag in art. 206 Rv:

(a) In de eerste plaats is, anders dan in art. 1019d lid 1 Rv, art. 443 Rv niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Uit die regeling wordt afgeleid dat de verzoekende partij in het kader van art. 1019d Rv niet aanwezig mag zijn bij de beschrijving en dat deze (zonder een inzagebevel) ook geen aanspraak kan maken op kennisneming van het proces-verbaal waarin de gedetailleerde beschrijving is opgenomen.¹³ Mocht bedoeld zijn dat dit in het kader van het voorgestelde art. 205 Rv anders is, dan zou de maatregel van beschrijving in zoverre niet lichter, maar juist zwaarder zijn dan beslag. In dit verband is van belang dat in de Memorie van toelichting is vermeld (p. 57) dat de deurwaarder na zijn waarneming zo spoedig mogelijk een proces-verbaal van constatering opmaakt "voor zijn opdrachtgever, de partij op wiens verzoek de deurwaarder zijn ambtshandeling verricht." De vraag is of hiermee is beoogd dat de verzoekende partij de gedetailleerde beschrijving zonder inzageverzoek in handen krijgt. Dat laat zich, zoals uit het voorgaande blijkt, niet zonder meer verenigen met hetgeen in het kader van art. 1019d Rv wordt aangenomen, noch met de gedachte dat de beschrijving een lichtere variant is van het bewijsbeslag. Een nadere toelichting op dit punt is onzes inziens gewenst.

(b) In de tweede plaats ontbreekt de vertrouwelijkheidsclausule van art. 1019b lid 4 en, voor het bewijsbeslag, art. 206 lid 5 Rv. Verder valt op dat de leden 4 en 5 van art. 206 Rv niet van overeenkomstige toepassing worden verklaard, waardoor onduidelijk is of ook de voorlopige

¹² Kamerstukken II 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 20-21.

¹³ Vgl. bijv. Tekst en Commentaar, aant. 1 bij art. 1019d Rv.

Datum: 22 augustus 2018

Kenmerk: UIT-P/2018/2806

Pagina: 9 van 10

maatregel van beschrijving (voor zover op de voet van art. 205 met rechterlijk verlof afgedwongen) gevolgd moet worden door een voorlopige bewijsverrichting en ook of een hogere voorziening openstaat tegen de beslissing. Wat betreft het eerste geldt dat de voorwaarde van het instellen van een eis in de hoofdzaak voor de beschrijving van de art. 1019b en d Rv is voorzien in art. 1019i, hetgeen strookt met het hiervoor in punt vermelde uitgangspunt dat de beschrijving zelf niet zonder meer ter beschikking komt van de verzoekende partij. Een en ander vraagt eveneens om verduidelijking in de toelichting, mede in het licht van de eisen die uit art. 6 EVRM voortvloeien.

22. Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Implementatie van de richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen wordt gememoreerd¹⁴, zijn bedrijfsgeheimen geen IE-recht en zijn dus ook de (op de Handhavingsrichtlijn geënte) handhavingsbepalingen (art. 1019a e.v. Rv) daarop niet van toepassing. De reden daarvoor is volgens de memorie van toelichting bij genoemd wetsvoorstel dat dit de houder van een bedrijfsgeheim te veel bevoegdheden zou geven. Voor de mogelijkheid van bewijsbeslag wordt in die memorie van toelichting (blz. 13-14) verwezen naar de mogelijkheid die daartoe, ook voor niet-IE-geschillen, al bestaat. Er wordt daarbij echter niets opgemerkt over de mogelijkheid van gedetailleerde beschrijving, zoals voorzien in de art. 1019b en 1019d Rv. Wij adviseren u in het licht daarvan om in de toelichting bij het huidige wetsvoorstel te verduidelijken of de nieuwe regeling ook zal gelden voor geschillen over bedrijfsgeheimen.

J. Conservatoir bewijsbeslag

23. De mogelijkheid van conservatoir bewijsbeslag in andere dan IE-zaken¹⁵ wordt gecodificeerd (art. 206 en 207 Rv). Dat vinden wij een positieve ontwikkeling.

24. Als het gaat om een bewijsbeslag voorafgaand aan een procedure, moet op grond van het voorgestelde art. 206 Rv steeds om een voorlopige bewijsverrichting worden gevraagd: dat is dan de hoofdprocedure. Veelal zal dat een exhibitieverzoek zijn. Bij toewijzing daarvan vervalt het beslag als de bewijsverrichting heeft plaatsgevonden (bij exhibitie: als inzage/afschrift is verschaft). Wel kan de rechter bij dat verval aanwijzingen geven. In de Memorie van toelichting (p. 62) wordt verwezen naar art. 1019c lid 2 Rv. Bij de daar bedoelde aanwijzingen gaat het erom wat er met in bewaring gegeven zaken moet gebeuren. Art. 1019c Rv ziet op bewijsbeslag in IE-zaken. Daarin is bepaald dat het bewijsbeslag vervalt zodra de beslissing in de hoofdzaak in kracht van gewijsde is gegaan. Veelal wordt aangenomen dat hier met 'de hoofdzaak' is bedoeld: de inbreukprocedure. Dan blijft het beslag dus liggen totdat met kracht van gewijsde over de materiële rechtsverhouding is beslist. Ook in niet-IE-gevallen zal het vaak wenselijk zijn het beslag te laten liggen tot over de materiële rechtsverhouding is beslist, bijvoorbeeld omdat alleen inzage is verschaft maar geen afschrift, of omdat wellicht toch nog nadere bewijzlevering moet plaatsvinden met behulp van de eerder beslagen zaken. Het is niet duidelijk of de

¹⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 821, nr. 3, p. 5

¹⁵ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958.

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Datum: 22 augustus 2018

Kenmerk: UIT-P/2018/2806

Pagina: 10 van 10

belanghebbende partij in zo'n geval opnieuw bewijsbeslag moet leggen, en of de in art. 206 lid 4 Rv genoemde "nadere aanwijzingen" ook kunnen behelzen dat de rechter bepaalt dat het beslag blijft liggen totdat in de aanhangig te maken vervolprocedure is beslist en of hij daarbij ook kan bepalen dat deze vervolprocedure binnen een bepaalde termijn aanhangig moet worden gemaakt. Wij geven u in overweging om hieraan in de toelichting bij het wetsvoorstel aandacht te besteden.

Hoogachtend,