

Bij Kabinetsmissive van 21 oktober 2019, no.2019002208, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, met memorie van toelichting.

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

De Afdeling advisering van de Raad van State constateert dat de voorgestelde regeling van het bewijsrecht wordt gekenmerkt door een overzichtelijke structuur en een heldere toelichting. Zij maakt opmerkingen over de rol van de rechter bij de waarheidsvinding, het rechtsmiddelenverbod bij de voorlopige bewijsverrichtingen en het familiale verschoningsrecht. In verband daarmee is aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk.

1. Bevoegdheid een vordering, verzoek of verweer te bespreken

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

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

Tegen deze achtergrond was in het voorontwerp aan artikel 24 Rv een zinsnede toegevoegd, met als strekking dat de rechter partijen ambtshalve kan wijzen op de mogelijkheid om de grondslag van een vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Omdat deze wijziging op bezwaren stuitte, is zij geschrapt. Volgens de toelichting laat

de wijze waarop de rechter aan zijn verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding inhoud geeft, in de praktijk echter nog grote verschillen zien. Daarom acht de regering een verduidelijking van artikel 24 Rv noodzakelijk. De verduidelijking houdt in dat de rechter ambtshalve de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, met partijen kan bespreken.

De Afdeling wijst erop dat, zoals de toelichting ook benadrukt, de rechter ook nu al het partijdebat kan bijsturen door bij de comparitie of mondelinge behandeling mogelijke argumenten met partijen te bespreken. In het huidige recht heeft de rechter verschillende mogelijkheden om actief bij te dragen aan de materiële waarheidsvinding. Hij kan partijen vragen bepaalde stellingen toe te lichten,¹ hij kan de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd onderzoeken² en hij dient rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.³ Artikel 24 Rv in haar huidige vorm laat dit zonder meer toe.

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

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

2. Rechtsmiddelenverbod

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

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

¹ Artikel 22 Rv.

² Artikel 24 Rv.

³ Artikel 25 Rv.

De Hoge Raad heeft er in de consultatie op gewezen dat een verzoek onder omstandigheden ook ex parte (zonder dat partijen zijn verschenen) kan worden toegewezen. Als de wederpartij niet bekend is en er ook geen bekende belanghebbenden zijn, of in geval van onverwijlde spoed, kan op het verzoek worden beslist zonder dat daaraan een mondelinge behandeling is voorafgegaan.⁴ In het bijzonder wanneer het gaat om gegevens die bij een derde berusten, roept dit de vraag op hoe de mogelijkheid van een ex parte beslissing in combinatie met het rechtsmiddelenverbod zich verhoudt tot het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op wederhoor, dat een fundamenteel onderdeel vormt van het recht op een eerlijk proces.⁵ De toelichting gaat hier niet op in.

Niet alle voorlopige maatregelen vallen binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen.⁶ Voorlopige maatregelen die effectief kunnen worden beschouwd als een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen vallen daar echter wel onder.⁷ Anders dan bij de andere voorlopige bewijsverrichtingen, is de vraag of het inzagerecht niet als zodanig begrepen dient te worden. Inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens kan immers niet meer ongedaan worden gemaakt. Dat deze gegevens terug worden gegeven indien de toewijzing door een hogere rechter wordt vernietigd,⁸ doet daar slechts beperkt aan af.

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

3. Uitbreiding van het familiale verschoningsrecht

Voorgesteld wordt het zogenoemde familiale verschoningsrecht te verruimen tot "levensgezellen en vroegere levensgezellen". Uitgangspunt van Rv is dat iedereen die daartoe op wettige wijze is opgeroepen, verplicht is te getuigen.⁹ Een uitzondering hierop vormt het familiale verschoningsrecht, op grond waarvan bepaalde personen op grond van hun nauwe persoonlijke relatie met een procespartij ontheven zijn van hun getuigplicht.¹⁰

Gelet op het veelvuldig voorkomen van ongehuwd samenwonen, past het bij de modernisering van het bewijsrecht om het verschoningsrecht uit te breiden tot ongehuwd samenwonende partners. Deze uitbreiding van het verschoningsrecht sluit aan bij de voorgenomen modernisering van het Wetboek van Strafvordering waarin levensgezellen en voormalig levensgezellen ook de mogelijkheid krijgen zich op het verschoningsrecht te beroepen. De term 'levensgezel' is ontleend aan het civiele recht en wordt gebruikt bij de mogelijkheid om de proceskosten geheel of gedeeltelijk te compenseren bij een familierelatie tussen partijen, aldus de toelichting.¹¹

⁴ Brief van de Hoge Raad van 22 augustus 2018, UIT-P/2018/2806, Rechtspraak.nl, p. 6-7. Dit betreft het voorgestelde artikel 198, eerste lid.

⁵ EHRM 19 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0919JUD003528911 (*Regner/Tsjechië*), par. 146.

⁶ EHRM 15 oktober 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1015JUD001705606 (*Micallef/Malta*), par. 83 en 35.

⁷ EHRM 15 oktober 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1015JUD001705606 (*Micallef/Malta*), par. 85.

⁸ Voorgesteld artikel 195, derde lid.

⁹ Artikel 165, eerste lid, Rv.

¹⁰ Artikel 165, tweede lid, onder a, Rv.

¹¹ Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel L.

De Afdeling merkt hierover het volgende op. In de toelichting wordt slechts summier aandacht besteed aan de vraag, wanneer iemand als levensgezel wordt aangemerkt. De uitleg van het begrip in de rechtspraak convergeert tussen de verschillende rechtsgebieden.¹² Bij de beoordeling of sprake is van een 'levensgezel' kunnen de volgende aspecten van belang zijn:

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

Doorslaggevend is dat het dient te gaan om een nauwe persoonlijke betrekking van een zekere hechtheid. Het moet gaan om een relatie die qua hechtheid vergelijkbaar is met die tussen echtgenoten of geregistreerd partners. Deze is niet per se met het enkele feit van het samenwonen gegeven en vereist ook niet per se dat betrokkenen met elkaar samenwonen.¹³ De categorie personen die gedekt wordt door de term 'levensgezel' hoeft dus niet samen te vallen met louter ongehuwd samenwonenden.

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

¹² Hof Den Bosch, 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2697, r.o. 3.8.3

¹³ Zie Hoge Raad, 28 oktober 2013, , ECLI:NL:HR:2013:1075, r.o. 3.2.2.

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

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

De vice-president van de Raad van State,

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

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