24. De mars naar een modern bewijsrecht

MR. B. JAKIC

In de rechtspraktijk bestaat al geruime tijd de wens het burgerlijk bewijsrecht in civiele procedures te moderniseren. Naar aanleiding hiervan verscheen op 10 april 2017 het adviesrapport "Modernisering burgerlijk bewijsrecht". Dit artikel bespreekt enkele aspecten van het adviesrapport.

Inleiding

Het adviesrapport '*Modernisering burgerlijk bewijsrecht*'[1] ("Adviesrapport") is opgesteld door de expertgroep modernisering bewijsrecht, bestaande uit prof. mr. A. Hammerstein, prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock. Het Adviesrapport bestaat uit vijf onderdelen: 1) aandachtspunten en uitgangspunten (om de informatiegaring en bewijslevering in civiele procedures te optimaliseren), 2) inzagerecht, 3) bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs, 4) omgang met vertrouwelijke informatie en tot slot 5) aanbevelingen. In dit artikel ligt de nadruk op de informatiegaring en bewijslevering, aldus het eerste onderdeel van het Adviesrapport.
Het Adviesrapport stond centraal op de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht van 24 november 2017 in Amsterdam. De sprekers op de vergadering waren mr. drs. F.J.P. Lock[2], dr. H.J.R. Kaptein[3] en mr. T.R.B. de Greve[4]. Dit artikel is mede gebaseerd op hetgeen tijdens die vergadering is besproken.

1. De mogelijkheden onder het bestaande recht

Alvorens het voorstel in het Adviesrapport wordt belicht, worden de huidige mogelijkheden binnen het burgerlijk procesrecht voor informatiegaring en bewijslevering onderzocht.
De rechter kan in elke stand van de procedure partijen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden te overleggen (art. 22 Rv). In het verlengde daarvan kan de rechter ambtshalve openlegging van boeken, bescheiden en geschriften bevelen (art. 162 Rv). De rechter kan ook ambtshalve in elke stand van het geding een getuigenverhoor en een deskundigenbericht bevelen (art. 162 Rv respectievelijk art. 194 Rv). Voordat een zaak aanhangig is, kunnen belanghebbenden aan de rechter een getuigenverhoor, een deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging verzoeken (art. 186 Rv respectievelijk art. 202 Rv). Belanghebbenden kunnen ook inzage, afschrift of uittreksel vorderen van degene die de betreffende bescheiden tot zijn beschikking heeft (art. 843a Rv). Zijn partijen vergeten bepaalde 'vragen' te stellen dan kan dit altijd nog tijdens de inlichtingencomparitie (art. 88 Rv). Daarnaast ligt de waarheidsplicht in de wet verankerd (art. 21 Rv) en kent de wet de substantiërings- en bewijsaandraagplicht (art. 111 lid 3 Rv). Is er sprake van nietnaleving van de wettelijke regels door partijen? Dan kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden 'die hij geraden acht' (art. 21 Rv en art. 22 Rv).
Kortom: zowel de rechter als de partijen hebben diverse mogelijkheden om informatie en bewijs te verzamelen. Voorts is de waarheidsvinding geen vreemd verschijnsel, want de wet biedt reeds diverse mogelijkheden voor waarheidsvinding.

2. Het voorstel conform het Adviesrapport

2.1 Uitgangspunten voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering

Volgens het Adviesrapport is het doel van het bewijsrecht dat de rechter op basis van een zo volledig en juist mogelijk vastgesteld feitencomplex een juiste en rechtvaardige beslissing neemt.[5]
Het Adviesrapport formuleert een aantal uitgangspunten om dit doel te bewerkstelligen. Partijen dienen in de preprocessuele fase (lees: zoveel mogelijk voorafgaand aan de procedure) informatie te verzamelen. Partijen die in de preprocessuele fase hebben nagelaten informatie (die redelijkerwijs voorhanden was) te verzamelen, hebben

1 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.
2 Mr. F.J.P. Lock is senior-raadsheer bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en is tevens als onderzoeker verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
3 Dr. H.J.R. Kaptein is rechtsfilosoof aan de Universiteit Leiden, alsook auteur van - onder meer - het boek '*Legal Evidence and Proof*'.
4 Mr. T.R.B. De Greve is advocaat bij Stibbe in Amsterdam.
5 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 11.

gedurende de 'echte' procedure geen of slechts beperkte mogelijkheden voor nadere bewijslevering. Voorts hebben partijen in de preprocessuele fase jegens elkaar de plicht mee te werken aan het verstrekken van alle informatie die redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de oplossing of beslissing van hun geschil, behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen.[6]
Het Adviesrapport introduceert hiertoe de preprocessuele mondelinge behandeling (onder leiding van de rechter). Partijen kunnen hiermee vroegtijdig en voorafgaand aan de 'echte' procedure hun geschil met de rechter bespreken. Partijen kunnen zodoende met de rechter bespreken welke wegen zij kunnen bewandelen om tot geschilbeslechting te komen (dat was toch de taak van de advocaat?). Indien partijen in een eerdere fase goed inzicht hebben in de feiten dan kan dit bijdragen aan een (snellere) regeling tussen partijen en besparing van (nadere proces-) kosten. Komen partijen niet tot een regeling, dan vindt alsnog een meer efficiënte procedure plaats omdat er meer bewijs(materiaal) voor de 'echte' procedure voorligt.[7] Althans, dit is het idee conform het Adviesrapport. De uitwerking van de preprocessuele fase en de preprocessuele mondelinge behandeling roept vragen op.

2.2 Over de uitgangspunten

Het gestelde doel is juist. Rechtspraak dient aan te sluiten bij de werkelijkheid; een zo volledig en juist mogelijk vastgesteld feitencomplex. Om tot de werkelijkheid te komen is het noodzakelijk de waarheid te achterhalen.[8] Maar is de te volgen weg naar die waarheid, zoals voorgesteld in het Adviesrapport, de juiste?
Zoals § 1 van dit artikel vermeldt, biedt het bestaande recht reeds talrijke mogelijkheden om tot waarheidsvinding te komen. De bevoegdheden van de rechter zijn er al. De verplichtingen van de partijen ook. De bevoegdheden van de rechter worden niet optimaal benut en zelden legt de rechter sancties op indien partijen niet aan hun verplichtingen voldoen. Dezelfde mogelijkheden verplaatsen naar de preprocessuele fase (lees: de procedure vóór de 'echte' procedure) en aan partijen vragen om alle mogelijke informatie te verstrekken, heeft naar mijn mening geen optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering tot gevolg. Partijen zullen een massa aan relevante, maar ook irrelevante, informatie (belasting van het gerechtelijk apparaat) verstrekken. Het gevolg daarvan is verloren tijd en onnodig gemaakte kosten voor het verzamelen van die irrelevante informatie. Daarnaast is de gang van zaken in de preprocessuele fase moeilijk voor te stellen. In welke gevallen dient een partij 'preprocessueel' naar de rechter te gaan en wat dient de betreffende partij dan tijdens zo'n preprocessuele mondelinge behandeling van de rechter te vorderen?
Hoe kan informatiegaring en bewijslevering wel worden geoptimaliseerd zodat het doel van het bewijsrecht wordt gehaald? Het Adviesrapport merkt terecht op dat een cultuuromslag bij partijen en rechters nodig is.[9] Beiden moeten overtuigd zijn van het belang van volledige informatieverstrekking in een vroegtijdig stadium van de procedure. Daarbij merk ik op dat 'volledige' feiten niet 'alle' feiten inhoudt. Het gaat slechts om 'alle voor de oplossing van het geschil relevante feiten'.[10] Naar mijn mening is een 'volledige' informatieverstrekking in de preprocessuele fase niet mogelijk. Wat relevante feiten zijn wordt mede bepaald door het gegeven of die feiten door de wederpartij worden betwist. Wat relevante informatie is wordt derhalve mede bepaald door het doorlopen van de gehele procedure.

2.3 De (nieuwe) rol van de rechter

Het Adviesrapport gaat ook uit van een sterk veranderende rol van de rechter. De thans 'lijdelijke' rechter (die weliswaar steeds actiever wordt) zal zich onder invloed van KEI[11] tot een actieve regie-voerende rechter ontwikkelen. De 'nieuwe' rechter zal eerder informatie bij partijen opvragen. De rechter krijgt een actieve rol bij het onderzoek naar de feiten en bij het bepalen van het verloop van de procedure. Van belang is hoe deze nieuwe (actieve) rol zich met het huidige art. 24 Rv en art. 149 Rv verdraagt.[12]
Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter niet buiten de door partijen bepaalde rechtsstrijd mag treden. Art. 149 Rv bepaalt op welke feiten de rechter mag letten om te bepalen wat die rechtsstrijd dan is. Op grond van art. 24 Rv kunnen feiten slechts aan de beslissing ten grondslag worden gelegd indien de desbetreffende feitelijke stellingen door partijen ten grondslag aan de vordering, het verzoek of het verweer worden gelegd.
Het voorstel van Lock is om de rechter, met het oog op de juiste uitkomst van de procedure, bevoegd te verklaren om in iedere stand van de procedure aan partijen suggesties te laten doen om de grenzen van de rechtsstrijd te verleggen. De rechter wordt zodoende in staat gesteld om recht te doen aan de werkelijke rechtspositie van partijen. De rechter dient zich in dat geval onpartijdig op te stellen waarbij hij ook te allen tijde het beginsel van hoor en wederhoor in acht dient te nemen. De partijen houden alsnog de leiding over de inhoudelijke procedure (art. 24 Rv). De rechter krijgt slechts de bevoegdheid (en dus niet de plicht) om suggesties te doen de rechtsstrijd eventueel te verleggen. Partijen hoeven de suggesties van de rechter niet te volgen. De partijautonomie blijft hiermee gewaarborgd.
Het voorstel van Kaptein gaat nog verder. Alle bewijsregels dienen desnoods te worden afgeschaft zodat de rechter ruime bevoegdheden kan genieten. Volgens Kaptein dienen

6 *Idem*, p. 26.
7 *Idem*, p. 24.
8 De vraag of de 'waarheid' bestaat is weer een aparte discussie. Zoals Asser terecht stelt: "*Partijen hebben zo hun eigen verhalen. Feiten zijn verhalen, betogen. 'De' waarheid bestaat niet. Iedere partij heeft haar eigen waarheid en de rechter die zijn vonnis wijst heeft ook zijn eigen waarheid, die dan als de aan partijen opgelegde, tussen hen bindende waarheid geldt.*"
9 *Idem*, p. 13.
10 T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 21, aant. 2 onder a.
11 Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI).
12 Zie hierover ook het advies van de adviescommissie burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten.

de empirische wetten en regels in plaats van de bestaande bewijsregels te worden gevolgd. Voorts dienen rechters betere scholing te krijgen zodat zij de beschikbare mogelijkheden goed benutten.

De Greve is in dit opzicht wat voorzichtiger. De Greve hecht belang aan het psychologische aspect van de actieve rechter die op zoek gaat naar de waarheid. Die rechter denkt de waarheid vervolgens te hebben gevonden, die rechter raakt zodoende gehecht aan zijn eigen 'oplossing' van de 'speurtocht' (naar de waarheid) en die rechter zal zijn focus slechts op die (lees: zijn eigen gevonden) waarheid leggen. Dit proces gaat volgens De Greve niet samen met deugdelijke waarheidsvinding. De Greve ziet dan ook een gevaar bij de wettelijke toelating van de ambtshalve aanvulling ten aanzien van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd.

In de huidige rechtspraktijk doet de rechter gedurende een mondelinge behandeling vaak al suggesties aan (een) partij(en). Niet iedere rechter gaat er even ver in mee, maar het gebeurt wel.[13] De rechter wil immers de waarheid boven water te halen. Daarnaast beoogt iedere rechter het geschil zo efficiënt mogelijk te beslechten. Het ligt derhalve voor de hand dat in de toekomst de rechter sneller geneigd zal zijn om gedurende een mondelinge behandeling een suggestie te doen of partijen in een bepaalde richting te sturen. Partijen willen een toe- of afwijzing van de vordering. Welke juridische grondslag daaraan vooraf gaat maakt partijen vaak niet uit. Daarnaast vormt de huidige mondelinge behandeling het hart van de procedure voordat de rechter uitspraak doet. Vóór 2002 was het niet zozeer gebruikelijk dat de rechter vragen aan partijen stelde, terwijl thans in de rechtspraak een soort 'vraagplicht' is ontwikkeld. De rechter wordt geacht door zijn vragen invloed op het feitenmateriaal uit te oefenen, zodoende de waarheid te achterhalen en op die manier de verdere ontwikkeling van het geschil in goede banen te leiden.[14] De vraag is in hoeverre er dan nog plaats is voor de partijautonomie. Het antwoord is weinig. Asser heeft dit mooi verwoord: "*waarheidsvinding is aldus uiteindelijk rechtsvinding in de eigenlijke zin van het woord. En daarin zijn de partijen niet 'autonoom'*".[15]

Ik kan de beredenering van De Greve volgen ten aanzien van de ambtshalve aanvulling ter zake hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd (art. 24 Rv), zeker ook met het oog op de geldende eisen van een behoorlijke rechtspleging.[16] Maar indien slechts het doel van het bewijsrecht voorop wordt gesteld (*"(…) dat de rechter op basis van een zo volledig mogelijk en juist mogelijk vastgesteld feitencomplex een juiste en rechtvaardige beslissing neemt"*), lijkt die ambtshalve aanvulling de snelste weg naar dat doel te zijn. Het heeft dan ook mijn voorkeur om de rechter bevoegdheden toe te kennen waarmee de rechter het processuele debat kan beïnvloeden.[17] De rechter mag suggesties doen. De partijen mogen die suggesties negeren. De risico's daarvan spreken voor zich (schijn van partijdigheid, de rechter raakt wellicht (te) gehecht aan zijn eigen 'oplossing'). Het voordeel daarvan weegt echter tegen de risico's op: partijen weten (sneller) hoe hun zaak ervoor staat waardoor zij hopelijk (sneller) gaan inzien dat zij zo volledig mogelijk en naar waarheid de rechter van informatie dienen te voorzien. Aldus een goede stap naar de beoogde cultuuromslag.

2.4 Sancties

Onder het bestaande recht kan de rechter de gevolgen verbinden 'die hij geraden acht' aan de niet-naleving van wettelijke regels door partijen. Gedacht kan worden aan schending van de waarheidsplicht. Er worden echter geen sancties aan de schending van de bewijsaandraagplicht verbonden, behoudens indien partijen onvoldoende (gemotiveerd) stellen en onvoldoende (gemotiveerd) betwisten. In de fase van (gemotiveerd) stellen/betwisten is nog niet aan het vaststellen van feiten toegekomen. In het Adviesrapport wordt wel voorgesteld om sancties op te leggen indien partijen niet tijdig informatie verzamelen. De mogelijkheid tot nadere bewijslevering is dan in beginsel verkeken omdat partijen niet hebben voldaan aan de op hen rustende verplichting om zoveel mogelijk voorafgaand aan de procedure informatie te verzamelen.

Lock stelt terecht dat dit op gespannen voet staat met het beginsel van waarheidsvinding. Lock introduceert de 'processuele dubbele redelijkheidstoets': partijen mogen alleen worden gestraft indien zij niet die informatie (volledig en naar waarheid) hebben verstrekt (a) waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die voor de beslissing van betekenis kan zijn en (b) ten aanzien waarvan van partijen redelijkerwijs mocht worden verlangd dat zij deze informatie zouden vergaren of aan het vergaren daarvan hun medewerking zouden verlenen. Indien partijen aan de processuele dubbele redelijkheidstoets voldoen en in de procedure blijkt uiteindelijk dat nadere feiten dienen te worden verzameld, bestaat tijdens die procedure alsnog het recht op bewijslevering. Indien partijen niet aan hun preprocessuele informatieplicht voldoen, en niet slagen voor de proces-

13 Soms doet de rechter een suggestie of verwijst de rechter naar een citaat in een productie (waarop door de partij geen beroep is gedaan). Zie, onder meer, HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404. De Hoge Raad oordeelde dat de rechter slechts dient te letten op de feiten waarop een partij ter ondersteuning van haar standpunt een beroep heeft gedaan. De enkele omstandigheid dat uit door een partij overgelegde producties een bepaald feit blijkt, impliceert niet dat zij zich ter ondersteuning van haar standpunt op dat feit beroept. Zie ook: Rechtbank Midden-Nederland, 20 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6253.

14 M.J.A.M. Ahsmann, *Formele en materiële procesleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling*, TvP 2017-2, p. 50.

15 W.D.H. Asser, *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*, Default Journal, 2006, p. 19.

16 Zie HR 23 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0729. De Hoge Raad oordeelde dat de eisen van een behoorlijke rechtspleging met zich brengen dat een partij die een beroep wil doen op uit bepaalde producties blijkende feiten en omstandigheden, dit op een zodanige wijze dient te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen zij zich dient te verweren.

17 Dit is geen nieuw fenomeen want art. 118 Rv van de Nederlandse Antillen en Aruba behelst reeds een soortgelijke bepaling.

suele dubbele redelijkheidstoets, verliezen zij hun recht op nadere bewijslevering.
De Greve lijkt moeite te hebben met die benadering want de dubbele redelijkheidstoets wordt aldus met de kennis op dat moment getoetst. Met de wijsheid achteraf is het makkelijk te bepalen of redelijkerwijs voorzienbaar was dat bepaalde informatie voor de beslissing van betekenis kon zijn.
Kaptein is voorstander van sancties en lijkt nog verder te willen gaan dan de door Lock voorgestelde processuele dubbele redelijkheidstoets. Kaptein stelt voor om partijen (en advocaten) die niet goed meewerken aan tijdige informatiegaring streng aan te pakken. Niet noodzakelijkerwijs in termen van verlies van de zaak, maar volgens Kaptein biedt het bestaande recht voldoende mogelijkheden voor sancties.
Het in het Adviesrapport voorgestelde systeem is niet werkbaar in geval partijen in de preprocessuele fase simpelweg niet aan bewijslevering konden voldoen, bijvoorbeeld omdat het betreffende bewijsmateriaal pas later in de procedure beschikbaar komt. Een oplossing zou zijn om een uitzondering te maken voor alle bewijs waaraan niet (eerder) kon worden voldaan. Per geval, en met het oog op de betreffende omstandigheden die spelen, dient dan te worden beoordeeld of aan bewijslevering niet (eerder) kon worden voldaan.
Maar er dient niet te worden gezocht naar nieuwe systemen (lees: verplaatsing tijdstip informatieverstrekking en als gevolg hiervan nieuwe sancties). Er dient te worden gezocht naar een oplossing om partijen te bewegen sneller informatie te verstrekken. Om partijen te bewegen alle voor de oplossing van het geschil relevante informatie te verstrekken, is het noodzakelijk dat de rechter schendingen ter zake van informatieverstrekking (consequent) straft.[18]

3. Conclusie

De kern van het Adviesrapport is een aanbeveling om ten aanzien van de bewijsgaring zwaardere eisen te stellen aan de inleidende processtukken. Er wordt belang gehecht aan de informatieplichten van partijen. De tendens is ook dat de rechter (terecht) steeds actiever wordt. De preprocessuele fase wordt geïntroduceerd waarin alle bewijs reeds vóór de 'echte' procedure wordt verzameld. Er volgen ook zwaardere sancties indien het betreffende bewijs in redelijkheid eerder had kunnen worden ingebracht.
Ik heb twijfels over de preprocessuele bewijsgaringsplicht. De nadruk dient juist te liggen op het optimaal benutten van de reeds bestaande mogelijkheden ter zake van informatieverstrekking en de verruimende rol van de rechter. De preprocessuele bewijsgaringsplicht, zoals in het Adviesrapport voorgesteld, zal het gerechtelijk apparaat belasten omdat alle mogelijke informatie zal worden verstrekt zodat de betreffende partij niet op een later tijdstip kan worden gestraft. De informatiegaring zal ook veel tijd en geld kosten (voor deels irrelevant bewijs).
Het beoogde effect kan ook worden gerealiseerd doordat partijen de behoefte krijgen om in een zo vroeg mogelijk stadium alle relevante informatie te verstrekken (hetgeen kan worden gerealiseerd door consequent sancties toe te passen op het achterhouden van informatie) en doordat de rechter meer bevoegdheden krijgt (maar die bevoegdheden ook daadwerkelijk uitoefent) om zelf op zoek te gaan naar de waarheid.

Over de auteur

Mr. B. Jakic

Mr. B. Jakic is advocaat bij CMS in Amsterdam.

18 Het goede voorbeeld hiervoor wordt gegeven in de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland, 20 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6335. Eiseres wordt in de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten veroordeeld, omdat zij pas bij conclusie van repliek stukken heeft overgelegd die haar vordering inzichtelijk hebben gemaakt.