

# Naar een moderner burgerlijk bewijsrecht?

*Mr. Y.A. Wehrmeijer en mr. drs. E.M. Hoogervorst\**

## 1 Inleiding

In april 2017 verscheen het adviesrapport ‘Modernisering burgerlijk bewijsrecht’.<sup>1</sup> Dit advies is opgesteld door een expertgroep onder leiding van A. Hammerstein<sup>2</sup> en ingesteld door de minister van Veiligheid en Justitie. Aanleiding vormde de bespreking van het wetsvoorstel ter verbetering van het inzage-recht in de vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie.<sup>3</sup> De Kamercommissie had zoveel vragen over het voorstel dat duidelijk werd dat aanpassing van het inzage-recht niet los kon worden gezien van de ontwikkelingen van het bewijsrecht in het algemeen. Daarom heeft de minister aan de expertgroep advies gevraagd, om vervolgens de vragen van de Kamercommissie te kunnen beantwoorden. Het wetsvoorstel lag in de tussentijd stil. Inmiddels is bekend dat het zal worden ingetrokken.<sup>4</sup>

De expertgroep is niet over één nacht ijs gegaan bij het schrijven van haar advies. Het onderzoekstraject is medio 2014 van start gegaan. De deelonderwerpen zijn onderzocht en besproken met de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht (voorheen Staatscommissie) en een groep stakeholders, waaronder de Raad voor de rechtspraak, de Hoge Raad, de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) en de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA). Het advies is nadrukkelijk bedoeld als discussiemateriaal en vormt geen uitgewerkt voorstel voor wetgeving.

Kern van het advies is het verleggen van de aandacht van bewijsgaring *tijdens* de procedure naar bewijsgaring *voorafgaand* daaraan. Daarbij wijst de expertgroep op de introductie van een preprocessuele mondelinge behandeling.<sup>5</sup> Dit betekent dat partijen al in een preprocessueel stadium dienen te

beschikken over de relevante feiten. Voordeel daarvan is dat de afweging tussen schikken of procederen weloverwogen kan worden gemaakt en – als het tot procederen komt – de procedure snel en efficiënt kan verlopen. Bovendien kan de rechter op deze manier een legitieme – want op basis van de volledige en juiste feiten – beslissing nemen. Waarheidsvinding merkt de expertgroep namelijk aan als een fundamenteel beginsel van procesrecht.<sup>6</sup> Voor het slagen van deze ideeën acht de expertcommissie wel een cultuuromslag nodig. Zowel partijen als de rechter zullen overtuigd moeten zijn van het belang van vroegtijdige informatiegaring en hun afwachtende houding moeten laten varen.

Wij kunnen ons op verschillende punten vinden in de aanbevelingen van de expertgroep, maar wij onderschrijven de kerngedachte om partijen te verplichten tot het aanleveren van alle bewijsmateriaal voor aanvang van de procedure niet. Een dergelijke verplichting stuit op fundamentele en praktische bezwaren. Wij bespreken hier samengevat de vier deelonderwerpen van het adviesrapport, zodat de inhoud daarvan op hoofdlijnen bekend is. Aan de orde komen achtereenvolgens: aandachtspunten en uitgangspunten bij de modernisering van het bewijsrecht (par. 2), het inzage-recht (par. 3), bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs (par. 4) en omgaan met vertrouwelijke informatie (par. 5). Vervolgens laten wij ons eigen licht schijnen op deze voorstellen (par. 6) en sluiten wij af met een conclusie (par. 7).

\* Mr. Y.A. Wehrmeijer is advocaat bij Houthoff. Mr. drs. E.M. Hoogervorst is Professional Support Lawyer bij Houthoff.

1. *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 384 (Bijlage).  
 2. De expertgroep bestaat uit A. Hammerstein (voorzitter), W.D.H. Asser, R.H. de Bock en vanuit het ministerie van Veiligheid en Justitie G.M. ter Huurne, P.M.M. van der Grinten en A.M. Wolfram-van Doorn, opgevolgd door J.M.I. Vink.  
 3. Wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden, *Kamerstukken II* 2011/12, 33079, 5 (Verslag).  
 4. Brief van de regering d.d. 1 november 2017 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, 50.  
 5. Voor een dergelijke preprocessuele mondelinge behandeling heeft de NOvA zich in het kader van de KEI-wetgeving hardgemaakt. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, 6, p. 54 (NV) en het advies van de NOvA van 17 januari 2014 (nr. 21 e.v.). Zie ook H.M.M. Steenberghe & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Commentaar & context KEI*, Den Haag: Boom juridisch 2017, art. 30k.

6. Zie over waarheidsvinding als beginsel van civiel procesrecht R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2011, waarin meerdere ideeën van het adviesrapport zijn terug te vinden, en (anders) I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 1. Algemeen Deel. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nrs. 83 e.v. Zie ook HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:344 (*Lidl/Achmea*), waaruit t.a.v. een voorlopig getuigenverhoor blijkt dat waarheidsvinding niet ten koste mag gaan van doelmatige rechtspleging, tenzij de eisen van een goede procedure zich daartegen verzetten. In HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen overweegt de Hoge Raad dat het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, ten dienste staat van een goede rechtsbedeling en niet snel mag worden aangenomen dat een getuigenverklaring bij bewijsovereenkomst als bewijsmiddel is uitgesloten.

## 2 Eerste deelonderwerp: aandachtspunten en uitgangspunten bij de modernisering van het bewijsrecht

### 2.1 Ontwikkelingen

Het advies bouwt voort op een aantal ontwikkelingen die zich met name sinds de modernisering van het burgerlijk procesrecht in 2002 aftekenen. De expertgroep constateert dat de rechter een meer actieve en sturende rol in het proces heeft. Deze rol heeft zijn beslag gekregen in het KEI-procesrecht, waarin de regiefunctie van de rechter in verschillende bepalingen naar voren komt (art. 19 lid 2, 30k lid 1 en 30o Rv KEI) en de mondelinge behandeling als hart van de procedure wordt gezien.<sup>7</sup> Ook bestaat al jaren de behoefte aan een sneller en efficiënter verloop van de procedure. Dit is eveneens in KEI-wetgeving te vinden. Bewijslevering moet bijvoorbeeld zo vroeg mogelijk in de procedure plaatsvinden. Een andere ontwikkeling betreft dilemma's met betrekking tot de vraag of informatie openbaar moet worden gemaakt. Tot slot bestaat meer en meer aandacht voor buitengerechtelijke geschilbeslechting. Dit blijkt – in ieder geval voor een wettelijke regeling voor mediation – een hobbelig pad,<sup>8</sup> maar het onderwerp staat nog steeds hoog op de agenda, blijkt uit het regeerakkoord.<sup>9</sup> Gelet op deze ontwikkelingen formuleert de expertgroep vier aandachtspunten, die worden uitgewerkt in drie uitgangspunten voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering.

### 2.2 Vier aandachtspunten

Het eerste aandachtspunt betreft de verantwoordelijkheid bij het vergaren van informatie: ligt deze bij partijen of bij de rechter? Partijen dragen weliswaar de last om alle relevante feiten naar voren te brengen en deze te onderbouwen (art. 149 en 150 Rv), maar zijn voor het leveren van bewijs door getuigen of deskundigen van de rechter afhankelijk. Bovendien, en dat is het tweede aandachtspunt, heeft de rechter ook een eigen verantwoordelijkheid voor waarheidsvinding (zie bijvoorbeeld art. 21 en 22 Rv).<sup>10</sup> Veelal is het voor partijen op voorhand slecht in te schatten hoe actief de rechter zich hierin zal opstellen, omdat er nogal wat verschillen in benadering bestaan tussen rechters. Een derde aandachtspunt is de onderlinge verhouding tussen partijen bij de bewijslevering. Zij zijn weliswaar gehouden om zo veel mogelijk feiten aan het begin

van de procedure op tafel te leggen,<sup>11</sup> maar in de praktijk wordt vaak juist gedurende de procedure pas nieuwe informatie naar voren gebracht, al dan niet na aansporing van de rechter. Overigens hoeft dit niet een louter strategische keuze te zijn; zeker in complexe zaken is op voorhand vaak niet duidelijk welke richting het procedurele debat op gaat. Gevolg is wel dat op nieuwe informatie weer moet worden gereageerd, waardoor de procedure vertraging oploopt. Tot slot wordt als vierde aandachtspunt opgemerkt dat nu de wetgever ernaar streeft dat partijen hun geschil zonder de rechter oplossen, partijen daartoe ook voldoende mogelijkheden krijgen.

### 2.3 Drie uitgangspunten

De kern van het advies is te vinden in het eerste uitgangspunt: de preprocesuele bewijsverzameling. Partijen dienen zo veel mogelijk voorafgaand aan een procedure informatie te verzamelen. Voordeel daarvan is volgens de expertgroep dat het initiatief tot informatiegaring bij partijen ligt. Ook kunnen partijen beter afwegen of zij moeten schikken of procederen en kan – als geprocedeerd wordt – de behandeling efficiënter plaatsvinden. Een preprocesuele mondelinge behandeling, waarbij de rechter het geschil kan inkaderen en kan bekijken welke informatie ontbreekt en hoe deze kan worden verkregen, zou tot de mogelijkheden moeten behoren.<sup>12</sup> In rechtshandelingen (protocollen) zou dan kunnen worden uitgewerkt welk soort informatie voorafgaand aan de procedure moet worden verzameld.<sup>13</sup>

Zonder sanctie zullen partijen zich niet snel geroepen voelen tot preprocesuele informatiegaring. Het tweede uitgangspunt is dan ook dat een partij die niet voldoende haar best heeft gedaan om de benodigde informatie te verzamelen voorafgaand aan de procedure daartoe in beginsel geen of slechts beperkt de mogelijkheid heeft tijdens de procedure. Dat geldt dan zowel voor de partij die niet voldoende informatie heeft verzameld als voor de partij die geweigerd heeft informatie aan de wederpartij te verstrekken. Op deze 'in-beginselregel' aanvaardt de expertgroep enkele uitzonderingen in het licht van

7. Zie hierover bijv. C.J.-A. Seinen, 'Hart, handen & voeten: de mondelinge behandeling en de pleitnota na KEI', *TCR* 2017, afl. 2, p. 39-47.

8. Reeds in 2013 is initiatiefwetgeving tot bevordering van mediation (*Kamerstukken II* 2012/13, 33723, 2 (Vvw)) aangehangig gemaakt, maar deze is in juni 2015 ingetrokken. Daarop is het voorstel Wet bevordering mediation op 13 juli 2016 ter internetconsultatie aangeboden. De reacties waren zodanig van aard dat inmiddels is besloten een nieuw wetsvoorstel te maken, zo blijkt uit het verslag van F. van Zomeren, *TCR* 2017/4, van de rondetafelbijeenkomst op het ministerie van Veiligheid en Justitie van 5 juli 2017.

9. Te vinden op [www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst](http://www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst).

10. Bij schending van art. 21 Rv kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Dit kan bijv. een veroordeling in de werkelijke proceskosten zijn. Zie voor een recent voorbeeld HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360. Zie ook De Bock 2011, p. 346.

11. Zie de waarheidsplicht (art. 21 Rv) en de substantiërings- en bewijsaandragplicht (art. 111 lid 3 en 128 lid 5 Rv; art. 30a en 30i Rv KEI).

12. De expertgroep verwijst naar de reeds bestaande mogelijkheid van een preprocesuele mondelinge behandeling in een deelgeschilprocedure (art. 1019j Rv), een WCAM-procedure (art. 1018a Rv) en na een voorlopig getuigenverhoor (art. 191 Rv). De vergelijking met de WCAM- en deelgeschilprocedure loopt overigens mank waar het gaat om de duidelijkheid omtrent de vraag wie als partij bij de preprocesuele mondelinge behandeling moet worden uitgenodigd. Zie over de preprocesuele mondelinge behandeling ook T. Novakovski, 'Een functionele substantiëringsplicht: illusie of werkelijkheid?', *RMTthemis* 2006, afl. 1, p. 3-12. Novakovski pleit voor een verplichte preprocesuele fase voor uitwisseling van informatie en volledige waarheidsplicht.

13. In het VK bestaan dergelijke *pre-action protocols*, zie [www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general), bedoeld om schikkingen te bevorderen en als geprocedeerd wordt het proces sneller en efficiënter te laten verlopen. Als een partij deze protocollen niet naleeft, kan dit worden meegenomen in de procedure, bijv. door een veroordeling in de kosten die niet-naleving heeft veroorzaakt. Zie hierover uitgebreid Novakovski 2006, p. 7 e.v.

de procedurele rechtvaardigheid, vergelijkbaar met het terugkomen op een eerdere eindbeslissing.<sup>14</sup>

De grondslag waarop partijen alle informatie voorafgaand aan de procedure moeten vergaren, is de – als derde uitgangspunt voorgestelde – verplichting voor partijen om elkaar de benodigde informatie te verschaffen. Aan een verzoek om informatie van de wederpartij moet daarom worden voldaan.<sup>15</sup> Hoewel de rechter hierbij in beginsel niet wordt betrokken, moeten partijen hem wel kunnen inschakelen wanneer zij een voorlopige bewijsverrichting nodig achten (bijvoorbeeld een voorlopig getuigenverhoor of inzage in stukken).

### 3 Tweede deelonderwerp: het inzagerecht

#### 3.1 Gelijktrekken met andere voorlopige bewijsverrichtingen

De expertgroep stelt voor de drempels voor toewijzing van het inzagerecht<sup>16</sup> te verlagen en de criteria gelijk te trekken met de andere voorlopige bewijsverrichtingen.<sup>17</sup> De gedachte is dat één (gecombineerd) verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen kan worden ingediend, waarna op de zitting wordt bekeken welke de meest geëigende is.<sup>18</sup> Ook inzage zal dus bij verzoekschrift worden gevraagd.

De voorgestelde criteria voor de beoordeling van een verzoek tot inzage zijn de volgende: (1) bepaaldheid van bescheiden; (2) voldoende belang; (3) geen strijd met de goede procesorde; (4) geen misbruik van bevoegdheid; (5) geen zwaarwegend belang.<sup>19</sup> De criteria 2 t/m 5 zijn bekend van de beoordeling van een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor (art. 186 Rv) en voorlopig deskundigenbericht (art. 202 Rv). Wij lichten de vereisten voor het verzoek tot inzage kort toe, voor zover deze afwijken van de huidige praktijk.

14. Anders nog De Bock 2011, p. 346, waar zij schrijft dat de rechter ook laat in de procedure gestelde feiten nog bij de beoordeling moet betrekken als deze belangrijk zijn voor de waarheidsvinding.

15. Deze verplichting vormt nu reeds de impliciete basis voor art. 21 en 22 Rv, de substantiërings- en bewijsaandraagplicht, en de exhibitieplicht van art. 843a Rv.

16. In het advies wordt gesproken van ‘inzagerecht’. Waar wij de inhoud van het advies beschrijven, zullen wij deze terminologie volgen. Liever gebruiken wij echter de term ‘exhibitie’ in plaats van ‘inzage’, omdat het in de praktijk meestal niet gaat om inzage maar om afschrift van stukken.

17. Daarvoor is aansluiting gezocht bij het wetsvoorstel inzagerecht, *Kamerstukken II* 2011/12, 33079. Ook het wetsvoorstel trekt het inzagerecht gelijk met de andere voorlopige bewijsverrichtingen. De subsidiariteits-toets van art. 843a lid 4 Rv wordt in het wetsvoorstel bijvoorbeeld geschrapt.

18. In de praktijk is dit al voorgekomen. Zie bijv. Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, *JBP* 2017/40, m.nt. J. Ekemans, waarin één verzoek was ingediend tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor en tot afschrift van stukken op de voet van art. 843a Rv en dit door de rechter is toegestaan. Hof Amsterdam 20 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2420 bevestigt dit oordeel en vindt het om proceseconomische redenen aanvaardbaar dat een partij één verzoekschrift voor een combinatie van gewenste bewijsverrichtingen indient. Zie anders Rb. Amsterdam 12 mei 2016, *JBP* 2016/54, m.nt. E.F. Groot.

19. Volgens het advies nr. 106 wordt hiermee hetzelfde bedoeld als met ‘gewichtige redenen’ als genoemd in art. 22, 843a lid 4 en 845 Rv.

#### 3.2 Bepaaldheid van bescheiden

In het licht van art. 152 lid 1 Rv (bewijs kan worden geleverd met alle middelen) pleit de expertgroep voor toepassing van het inzagerecht op alle gegevens: niet alleen op bescheiden, maar ook op andere vormen van informatie of voorwerpen. Daarmee vindt tevens aansluiting plaats met het inzagerecht in IE-zaken (art. 1019 Rv).

#### 3.3 Voldoende belang

Twee eisen van art. 843a Rv worden meegenomen in de eis van voldoende belang (art. 3:303 BW): de eis ‘rechtsbetreking waarbij de verzoeker partij is’ en het ‘rechtmatig belang’. Het accent bij ‘rechtmatig belang’ werd doorgaans gelegd op het voorkomen van *fishing expeditions* door het belang van degene die inzage wil af te wegen tegen de andere betrokken belangen. Bij art. 3:303 BW gaat het niet om een *afweging* van belangen. Als sprake is van voldoende belang moet het inzageverzoek worden toegewezen, tenzij zwaarwegende belangen aan de zijde van de wederpartij zich verzetten tegen het verstreken van informatie.

#### 3.4 Geen strijd met goede procesorde

Dit criterium dient ertoe ‘ontijdige’ verzoeken af te kunnen wijzen als het belang van de voortvarendheid van de procedure boven het belang van informatie gaat. Denk bijvoorbeeld aan herhaalde verzoeken met dezelfde inhoud, of een inzageverzoek dat pas in appel wordt gedaan terwijl dit ook eerder had gekund. Daarnaast kan strijd met een goede procesorde een verzoek tot inzage in de weg staan als hiermee het procesbeleid wordt doorkruist (de rechter heeft bijvoorbeeld juist in de hoofdzaak een deskundigenbericht gelast), of als de processuele houding van een partij daartoe aanleiding geeft.

#### 3.5 Geen misbruik van bevoegdheid

Zelfs als sprake is van voldoende belang, kan het verzoek tot inzage afketsen op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 2 BW). Dit is het geval als het verzoek (evident) een legitiem doel ontbeert, bijvoorbeeld als inzage wordt gevraagd met het doel de ander te schaden, of sprake is van een wanverhouding tussen het belang bij de inzage en het belang dat daardoor wordt geschaad. Het is bij uitstek aan de orde als sprake is van *fishing expeditions*.

#### 3.6 Geen zwaarwegend belang

Van zwaarwegende belangen (of in lijn met art. 22 Rv: gewichtige redenen) is volgens het advies sprake als een geheimhoudingsplicht bestaat (verschoningsrecht, zie art. 843a lid 3 Rv) of als zich gewichtige redenen voordoen (art. 843a lid 4 Rv).

#### 3.7 Verhouding inzagerecht en art. 22 Rv

Naast partijen kan ook de rechter actie ondernemen om de benodigde informatie te achterhalen. Zo kan hij partijen bevelen bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv). Dit laatste kan de rechter overigens ook doen op verzoek van één van partijen via de band van art. 19 lid 2 Rv KEI. De criteria van het voorgestelde inzagerecht komen de facto overeen met art. 22

Rv, aldus de expertgroep. De eis van 'bepaaldheid' is in art. 22 Rv te lezen in de woorden 'bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden'. De rechter die op de voet van art. 22 Rv overlegging van bescheiden beveelt, zal dit niet doen als daarvoor onvoldoende belang bestaat, en evenmin als sprake is van misbruik van bevoegdheid of strijd met de goede procesorde. Dan blijft het criterium 'gewichtige redenen' (of 'zwaarwegend belang') als gemene deler over. Volgens de expertgroep zal dit criterium in het inzagerecht en art. 22 Rv een gelijke invulling moeten krijgen.

#### 4 Derde deelonderwerp: bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs

##### 4.1 Bewijsbeslag

De expertgroep stelt voor een regeling voor bewijsbeslag in de wet op te nemen. Daarbij spelen de volgende observaties een rol: (1) net als voor het inzagerecht zou bewijsbeslag ook mogelijk moeten zijn voor ander bewijsmateriaal dan alleen 'bescheiden'; (2) bij het bewijsbeslag spelen overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol en bij de overige voorlopige bewijsverrichtingen niet. Afgewogen moet worden of de beoogde bewijsvoering niet op een andere, minder ingrijpende manier kan plaatsvinden dan via bewijsbeslag. Het verschil zit in het gegeven dat bewijsbeslag een vergaand dwangmiddel is. Verhaalsbeslag is dat ook, maar vindt zijn rechtvaardiging in een (toekomstige) executoriale titel jegens de beslagene; (3) de Hoge Raad heeft voor IE-zaken hogere eisen gesteld aan de stelplicht ten aanzien van de rechtsbetrekking in het kader waarvan bewijsbeslag wordt verzocht.<sup>20</sup> De expertgroep ziet geen reden deze lijn buiten IE-zaken door te trekken; en (4) in art. 1019c lid 2 Rv staat dat het bewijsbeslag van rechtswege vervalt zodra de beslissing in de hoofdzaak in kracht van gewijsde is gegaan.

##### 4.2 Getuigenbewijs en deskundigenbewijs

De expertgroep spreekt de hoop uit dat de invoering van de mogelijkheid vroegtijdig, bij de mondelinge behandeling, getuigen en deskundigen te horen (art. 30k lid 2 Rv KEI) een positieve invloed heeft op het toestaan van bewijslevering door getuigen en deskundigen. De expertgroep verwacht dat een bewijsaanbod voor de mondelinge behandeling minder snel wordt afgewezen. Bovendien zal het partijen stimuleren om tijdig vast te stellen over welk bewijsmateriaal zij beschikken. De expertgroep denkt tevens dat door de mogelijkheid van getuigen- of deskundigenverhoor bij de mondelinge behandeling minder behoefte zal bestaan aan een voorlopig getuigenverhoor of voorlopig deskundigenbewijs. Wanneer naar analogie van art. 30k Rv KEI een preprocesuele mondelinge behandeling mogelijk is, zullen daarbij, of bij een latere voortzetting daarvan, afspraken kunnen worden gemaakt en getuigen kunnen worden gehoord over een bepaald bewijsthema en hoeft

daarvoor niet een apart voorlopig getuigenverhoor te worden verzocht.

##### 4.3 Schriftelijke getuigenverklaringen

Door schriftelijk getuigenbewijs kan in een vroeg stadium relevante informatie op tafel komen. In het advies wordt daarom gepleit voor een verplichting zo snel mogelijk schriftelijke getuigenverklaringen over te leggen, bij gebreke waarvan dit later in de procedure slechts onder bepaalde omstandigheden kan (vergelijk de maatstaf bij het terugkomen op een bindende eindbeslissing). Het horen van getuigen ter zitting kan daardoor worden beperkt tot getuigen die geen schriftelijke verklaring hebben opgesteld of van wie de verklaring tot nader horen aanleiding geeft, aldus de expertgroep, die overigens niet de bedoeling heeft de mondelinge getuigenverklaringen nog verder terug te dringen. Schriftelijk getuigenbewijs leent zich voor een wettelijke regeling, maar de expertgroep wil aan de wijze waarop de schriftelijke getuigenverklaring wordt afgenomen geen eisen stellen en de bewijskracht overlaten aan de waardering van de rechter (art. 152 Rv).

##### 4.4 Joint statement van deskundigen

Een *joint statement* van deskundigen komt tot stand als de verschillende deskundigen die door partijen zijn aangezocht met elkaar in overleg treden en met één gezamenlijke verklaring komen. In die verklaring wordt duidelijk waarin de deskundigen elkaar kunnen vinden en wat de punten van discussie zijn. De expertgroep ziet hierin een mogelijkheid om de dure praktijk in te perken waarbij eerst door partijen een deskundige wordt benoemd en bij verschil van inzicht door de rechter een derde. In een vroeg (preprocesueel) stadium kunnen partijen afspraken maken over een *joint statement*, bijvoorbeeld over de vraag of zij zich bij de inhoud van het *joint statement* zullen neerleggen.

#### 5 Vierde deelonderwerp: omgaan met vertrouwelijke informatie

Aangezien wij ons in ons commentaar moeten beperken en aldus niet ingaan op dit deelonderwerp, merken wij hierover slechts het volgende op. De expertgroep acht een wettelijke regeling met betrekking tot het omgaan met vertrouwelijke informatie noodzakelijk. De wet moet voorzien in een procedure waarin de rechter, die een andere rechter moet zijn dan die in de hoofdzaak, kan beoordelen of sprake is van gewichtige redenen om een verzoek tot inzage te weigeren. In art. 22 en 22a Rv KEI is een dergelijke regeling neergelegd. De rechter kan op grond daarvan eenzijdig kennisnemen van en beslissen op grond van vertrouwelijke stukken. Dat betekent een inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor. Daarom moet de wederpartij om toestemming worden gevraagd. Weigert de wederpartij, dan wordt de zaak verwezen naar een andere kamer ter verdere behandeling en beslissing (art. 22 lid 6 Rv KEI).

De expertgroep stelt voorts voor art. 22 lid 4 Rv KEI te wijzigen, in die zin dat de vraag of de weigering om stukken over te leggen gerechtvaardigd is door een andere rechter moet

20. HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).

worden behandeld dan de rechter in de hoofdzaak. Is de weigering terecht, dan heeft de rechter immers kennis die hij niet in de procedure mag gebruiken. Bij de beoordeling van de vraag of de weigering terecht is en sprake is van gewichtige redenen die overlegging van de stukken in de weg staan, is het stappenplan uit het *Telegraaf*-arrest<sup>21</sup> van belang, aldus de expertgroep.

## 6 Commentaar

### 6.1 Algemeen: aandachtspunten en uitgangspunten

De aanzet van de expertgroep om de modernisering van het bewijsrecht richting te geven is nuttig en roept de nodige discussie op.<sup>22</sup> Daarbij zal eensgezindheid bestaan over de opvatting dat geschilbeslechting effectief en efficiënt moet zijn. De kernvraag is hoe dit in de praktijk te brengen. Het advies biedt prikkelende richtingen om van gedachten te wisselen. Wij zullen enkele gedachten aanstippen.

De kern van onze bedenkingen zit in de voorgestelde pre-processuele verplichtingen in combinatie met de voorgestelde sanctie.<sup>23</sup> Partijen zullen ons inziens reeds nu hun best moeten doen informatie boven tafel te krijgen om te kunnen voldoen aan de waarheids- en substantiëringsplicht om te voorkomen dat partijen worden 'afgeserveerd' op de stelplicht. Het is dan ook de vraag voor welk probleem precies een oplossing moet worden gevonden.<sup>24</sup> De constatering van de expertgroep dat procespartijen en rechter nog te veel in een afwachtende houding zitten, zodat een grootscheepse cultuuromslag nodig is, riep bij ons de vraag op of, en zo ja welke, empirische gegevens ten grondslag liggen aan dat oordeel. Dat is ons inziens een relevante vraag, omdat de expertgroep voor dit probleem een verstrekkende oplossing voorstelt. Door wie wordt deze 'afwachtende houding' van partijen en de rechter geconstateerd en hoe groot is dat probleem eigenlijk? Onze ervaring is

dat aan factfinding in een pre-processuele fase de nodige aandacht wordt besteed, voordat de dagvaarding/procesinleiding of de conclusie van antwoord/het verweerschrift, het in beginsel enige processtuk van een partij in eerste aanleg, wordt ingediend. Een meer onderbouwd startpunt ten aanzien van het probleem zou de voorgestelde oplossing van de expertgroep in een ander perspectief kunnen plaatsen.

Dit klemmt temeer wanneer wij het probleem bezien dat de expertgroep benoemt, namelijk dat partijen doorgaans volstaan met het verstrekken van informatie die hun welgevallig is, en elkaar in de procedure dan verrassen met nieuwe informatie waarover vervolgens nog debat moet plaatsvinden. Is het probleem dat de expertgroep hier constateert niet vooral gelegen in de timing waarop relevante informatie alsnog op tafel komt in een lopende procedure? Kennelijk heeft de expertgroep voor ogen dat na de schriftelijke ronde in eerste aanleg, in aanloop naar de mondelinge behandeling, informatie op tafel komt die vaak al veel eerder in het geding had kunnen worden gebracht. Daarmee worden de wederpartij en de rechter voor het blok gezet en volgen vaak zeer kort voor de zitting nog meer stukken in reactie op deze 'late' stukken. Resultaat: veel gedoe en het risico op onvolkomen debat.

Als dat het probleem is, doet dit bij ons de vraag rijzen of de huidige middelen die de civiele procedure ten dienste staan – de waarheids- en volledigheidsplicht en de 'tools' die de civiele rechter in de procedurele gereedschapskist heeft zitten – niet reeds voldoende zijn om het doel dat de expertgroep voorstaat (een voortvarende efficiënte procedure gebaseerd op de materiële waarheid in eerste aanleg) te bereiken. Het komt ons voor dat die middelen er reeds zijn en het aankomt op een strengere inzet daarvan om procesverstoring gedrag tegen te gaan. Dat betekent ons inziens dan ook een meer principiële keuze dat een procedurele schending van een partij inbreuk kan maken op de waarheidsvinding.<sup>25</sup> In onze visie zouden rechters meer de nadruk kunnen leggen op maatregelen die een trainerende partij echt 'voelt'. Vaak wordt daarbij gedacht aan een correctie in de proceskostenvergoeding, maar de impact daarvan op partijen in grotere handelszaken is in het licht van de Nederlandse forfaitaire tarieven vaak beperkt. Procesverstoring gedrag levert vaak substantiële vertragingen op, tot frustratie van justitiabelen. Processuele maatregelen zoals het handhaven van termijnen voor het indienen van stukken en het buiten beschouwing laten daarvan als het stuk buiten de termijn valt (zowel in kort geding als in hoofdzaak), een voorshands bewijsoordeel tegen de trainerende partij of een reële proceskostenveroordeling (en meer duidelijkheid

21. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, *NJ* 2009/451, m.nt. E.J. Dommering.

22. Zie J.W. Alt, 'Sneller proces mag niet ten koste gaan van waarheidsvinding', *Adv.bl.* 2017, afl. 6, p. 54-56, A.W. Jongbloed, 'Burgerlijk bewijsrecht in beweging', *De Gerechtsdeurwaarder* 2017, afl. 2, p. 27-30, N. de Graaf & R. Bekkema, 'Alles op tafel vóór het proces', *Adv.bl.* 2017, afl. 6, p. 44-47, J.C. Heuving, 'KEI-bestendige advocaten (redactioneel)', *TvPP* 2017, afl. 4, p. 125-126, M. Ynzonides & M. de Boer, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2017/1908 en L.M. van den Berg, 'Schriftelijke getuigenverklaringen in de civiele procedure', *Trema* 2017, afl. 7, p. 237-243. *TvPP* bracht een themanummer uit met bijdragen van: H.F.M. Hofhuis, 'Uitgangspunten Advies van de expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 155-161, O.M. Jans, 'De rol van de gerechtsdeurwaarder in een gemoderniseerd civiel bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 162-167, M.A.J.G. Janssen, 'De expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht over getuigenbewijs', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 168-175 en J. Ekkelmans, 'De drie keuzes over het inzagerrecht van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 176-184. De adviescommissie burgerlijk procesrecht NOvA heeft een reactie gepubliceerd op [www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/28667](http://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/28667) en de NVvP heeft haar najaarsvergadering van 24 november 2017 aan dit thema gewijd.

23. Hierop ziet ook de kritiek van de NOvA-adviescommissie, die het advies op dit punt in zijn geheel sterk afwijst.

24. Dit blijkt een vraag waarop in het wetgevingsproces lang niet altijd een duidelijk antwoord komt. Zie J. Vermolen & W. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', *NTBR* 2017/35.

25. Goed beschouwd vindt de expertgroep dat ook in het licht van de voorgestelde bewijsuitsluitingssanctie. Dit levert wel spanning op met de door de expertgroep gewenste rol voor de waarheidsvinding. Daarop komen wij hierna terug.

over welke maatregel bij een processuele overtreding volgt)<sup>26</sup> hebben in onze optiek aanzienlijk meer impact.

Daarnaast zou – in het licht van het probleem dat stukken (te) laat worden overgelegd – een gedachte kunnen zijn om in de fase voorafgaand aan de zitting naar een andere modus te zoeken voor het produceren van aanvullende stukken. Een gedachte zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat partijen die nog aanvullende stukken willen indienen, dat eerder voorafgaand aan de zitting moeten doen (bijvoorbeeld vier weken voorafgaand aan de zitting), waarop vervolgens partijen de gelegenheid krijgen op elkaars stukken te reageren (door zelf nog stukken te produceren), bijvoorbeeld – in lijn van de onder KEI geldende termijn van art. 30k lid 5 Rv – tien dagen voor de zitting. Tweemaal gelijk oversteken als het ware. Stukken die nadien nog komen, dienen buiten beschouwing te blijven. Partijen kunnen dan eventueel nog voorafgaand aan dan wel tijdens de mondelinge behandeling verzoeken doen voor nadere bewijsverrichtingen. Dit laatste ziet de expertgroep zelf ook als mogelijkheid wanneer zij wijst op het efficiënter horen van getuigen en deskundigen via de band van artikel 30k en 30o Rv KEI. Op voormelde manier heeft in beginsel voor de zitting een ruime mogelijkheid bestaan voor hoor en wederhoor en kan tijdens de zitting een zo volledig mogelijk debat plaatsvinden. Helemaal zaligmakend is dit niet, aangezien ook in deze structuur ‘de tweede ronde’ nog vergelijkbare problemen kan opleveren met die welke nu reeds bestaan, maar het zou in onze visie wel enige verlichting kunnen geven voor de problemen die de expertgroep constateert.

Te veel nadruk op factfinding in de preprocesuele fase, zoals de expertgroep voorstelt, kan bovendien tot een aantal negatieve effecten leiden. Wij noemen het punt van efficiëntie. De expertgroep neemt als uitgangspunt dat het voor een voortvarende en effectieve civiele procedure noodzakelijk is dat bij aanvang daarvan zo veel mogelijk alle relevante informatie beschikbaar is. Wij kunnen ons voorstellen dat de doorsneehandelszaak met een relatief eenvoudig feitencomplex in de voorgestelde mal zal kunnen passen. In zo'n geval zullen partijen op voorhand een aardig idee hebben van de informatie die zij nodig hebben, zodat zij hierom gericht aan de wederpartij kunnen verzoeken. Blijft de wederpartij dan ten onrechte in gebreke, dan zou de voorgestelde sanctie effectief kunnen zijn. Anders kan het liggen bij complexe(re) zaken, met name ook als sprake is van veel partijen en/of een internationale dimensie. Denk bijvoorbeeld aan kartelzaken, massaschadeclaims of collectieve acties waarbij vaak veel partijen zijn betrokken.

26. Onder KEI geldt een indieningstermijn voor aanvullende stukken van tien dagen voor de mondelinge behandeling (art. 30k lid 5 Rv KEI, art. 4.1.10 Landelijk procesreglement civiele zaken rechtbanken en gerechtshoven KEI) behoudens een andersluidend bevel van de rechter c.q. de goede procesorde (art. 30k lid 6 en 30o Rv KEI). Een stuk dat buiten de tiendagentermijn voor de mondelinge behandeling wordt ingediend, wordt in principe buiten beschouwing gelaten, zie art. 30k lid 5 Rv KEI en het commentaar op dat artikel in Steenberghe & Den Tonkelaar 2017. Deze termijn geldt overigens volgens art. 4.1.17 Landelijk procesreglement KEI ook voor andere zittingen dan de mondelinge behandeling, zoals het (voorlopig) getuigenverhoor.

Niet zelden wordt in dergelijke zaken in een regiezitting besproken op welke wijze de procedure zal worden aangepakt. Het kan bijvoorbeeld lonen om af te spreken dat een rechter eerst op een ontvankelijkheidsverweer zal beslissen, alvorens inhoudelijk op de zaak in te gaan. Dit komt de efficiëntie van de procedure ten goede, zeker als de eiser niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn vordering. Wanneer echter in zulke gevallen de plicht bestaat om alle informatie voor het begin van de procedure in kaart te hebben, zou dit een verlies van efficiëntie betekenen en partijen op kosten jagen, die achteraf bezien onnodig zijn gemaakt. De expertgroep heeft echter juist het oog op ‘handelszaken met grote belangen’ bij haar constatering dat een procedure (hinderlijke) vertraging oploopt doordat partijen elkaar verrassen met nieuwe informatie waarover debat moet volgen.<sup>27</sup> Dit is een van de aandachtspunten waarop het idee van preprocesuele bewijsverzameling is gestoeld.

Daarnaast zal het voorgestane stelsel van de expertgroep leiden tot frontloading van kosten, dat wil zeggen een kostenverschuiving naar de preprocesuele fase, een punt dat de expertgroep ook onderkent. De expertgroep verwacht dat daartegenover staat dat de kosten tijdens de procedure lager zijn en dat minder zal worden geprocedeerd.<sup>28</sup> In onze visie is frontloading een serieus risico van de voorgestane oplossingsrichting van de expertgroep. Frontloading kan tot inefficiënties leiden doordat kosten worden gemaakt voor informatiegaring die achteraf onnodig of onvolledig blijkt. Ook zouden de kosten van informatiegaring dermate hoog kunnen oplopen dat partijen eieren voor hun geld (moeten) kiezen en gedwongen worden te schikken in de preprocesuele fase. Dit fenomeen is zichtbaar in de praktijk in de Verenigde Staten, waarbij civiele zaken het aanmerkelijk minder vaak redden tot een inhoudelijke beoordeling door een rechter. Het is de vraag of dat een wenselijke ontwikkeling is. De bestaande Nederlandse praktijk zonder preprocesuele *discovery*- en *disclosure*-verplichtingen wordt juist als een voordeel gezien ten opzichte van andere jurisdicties.<sup>29</sup> Zo is een van de redenen van de Raad voor de rechtspraak om aan te nemen dat de Netherlands Commercial Court (NCC) de concurrentie aan kan gaan met Angelsaksische gerechten juist het feit dat de Nederlandse procedure wordt gezien als effectiever, minder omvangrijk en minder kostbaar.<sup>30</sup> Het is de vraag hoe deze overwegingen zich

27. Adviesrapport ‘Modernisering burgerlijk bewijsrecht’, p. 18-19, nr. 31.

28. Adviesrapport ‘Modernisering burgerlijk bewijsrecht’, p. 24, nr. 40.

29. Zie bijv. de MvT op het wetsvoorstel ter verbetering van het inzage-recht, *Kamerstukken II* 2011/12, 33079, 3, waarin het risico dat ruimere mogelijkheden van bewijsgaring tot forse kosten kunnen leiden, wordt onderkend en maatregelen daartegen worden voorgesteld.

30. Raad voor de rechtspraak, *Plan tot oprichting van de Netherlands Commercial Court*, november 2015, [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/plan-netherlands-commercial-court.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/plan-netherlands-commercial-court.pdf). Zie ook de MvT op het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het mogelijk maken van Engelstalige rechtspraak bij de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam en het gerechtshof Amsterdam, *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 3 en bijv. E. Bauw, ‘Procederen in internationale handelszaken bij een Netherlands Commercial Court’, *Trema* 2016, afl. 6, noot 7.

verhouden tot de voorgestelde preprocesuele plichten van partijen die de expertgroep voor zich ziet.

In dat licht zien wij dan ook een zekere spanning tussen het belang dat de expertgroep hecht aan waarheidsvinding en de gekozen oplossing om dat belang te dienen. Immers, gevolg van de oplossing die de expertgroep voorstelt, kan zijn dat de materiële waarheid wegens een gebrek in de preprocesuele procedure of een door frontloading uitgelokte schikking niet aan het licht komt in de hoofdzaak. Dat bij elkaar. De voorgestelde sanctie zou bovendien alsnog tot vertragende effecten of processuele inefficiënties kunnen leiden, zoals verzoeken om terug te komen op bindende eindbeslissingen die op een onjuiste feitelijke grondslag zijn gebaseerd, maar ook appelprocedures in de hand kunnen werken omdat de rechter in eerste aanleg de zaak heeft afgedaan op een onvolledig feitencomplex. De herstelfunctie van het appel biedt daartoe immers onverkort de mogelijkheid.

Gezien dat laatste zou wellicht de appelprocedure een meer geschikte fase van de procedure kunnen zijn waar het voorgestelde stelsel van de expertgroep zou kunnen werken. Immers, in die fase van de procedure zou het partijdebat al meer uitgekristalliseerd moeten zijn dan aan het begin van de eerste aanleg en zou voor partijen helder(der) moeten zijn in hoeverre aanvullende bewijsverrichtingen nodig zijn. De moeilijkheid zit dan nog met name in de timing: de twee-conclusieregel in appel en mogelijk gewenste aanvullende bewijsverrichtingen. Dat zou kunnen worden ondervangen door bijvoorbeeld een comparitie voor grieven waarin nadere bewijsverrichtingen kunnen worden besproken, en nadien uitgevoerd, waarna partijen hun schriftelijke appelstukken nemen. Deze mogelijkheid volgt uit art. 354 Rv KEI, dat de regeling omtrent de mondelinge behandeling (in elk stadium van de procedure) op facultatieve basis van toepassing in appel verklaart.

Tot slot roept de opvatting van de expertgroep op het punt van waarheidsvinding de vraag op hoe dit ‘fundamenteel beginsel van procesrecht’ zich verhoudt tot andere fundamentele beginselen van procesrecht, zoals de grenzen van art. 24 en 149 Rv. Dit punt wordt ons inziens terecht gesignaleerd door de NOvA-adviescommissie. Die vraag komt op omdat er voor deze uitgangspunten vrijwel geen aandacht is in het advies van de expertgroep. Dat is op zichzelf opmerkelijk. Zo kunnen art. 24 en 149 Rv aan materiële waarheidsvinding in de weg staan. Een nadere visie van de expertgroep over hoe deze uitgangspunten zich tot elkaar verhouden, zou interessant zijn geweest.

### 6.2 *Het inzagerecht*

De gelijkschakeling van de criteria en procedure van voorlopige bewijsverrichtingen met de exhibitieplicht van art. 843a Rv (‘toewijzen, tenzij’) die de expertgroep voorstaat, onderschrijven wij. Er is ons inziens geen goede reden om voor exhibitie andere, zwaardere criteria te hanteren dan voor andere manieren van bewijsvergaring. Temeer niet omdat schriftelijk bewijs vaak overtuigender zal zijn dan bijvoorbeeld getuigenbewijs. Zodoende zou het goed zijn dat ook de subsidiariteitsregel van

art. 843a lid 4 Rv vervalft. Wel is recentelijk een arrest gewezen waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een beroep op dit subsidiariteitsbeginsel terecht heeft geleid tot weigering aan de 843a-vordering te voldoen.<sup>31</sup> Ons lijkt dan ook voor de hand te liggen dat een toets aan dit beginsel via het criterium ‘gewichtige redenen’ onder bijzondere omstandigheden alsnog mogelijk moet zijn.

Gelijkschakeling van de criteria en procedure van voorlopige bewijsverrichtingen met de exhibitieplicht van art. 843a Rv kan belangrijke procedurele winst opleveren. Wat dat betreft is de mogelijkheid die de expertgroep ziet om in één preprocesuele procedure meerdere bewijsgaringsverzoeken te combineren interessant. In plaats van (nu nog) een apart verzoekschrift voor bijvoorbeeld een voorlopig getuigenverhoor en een dagvaarding in kort geding ex art. 843a Rv, zouden deze voorlopige bewijsverrichtingen in één processtuk kunnen worden gecombineerd en in één preprocesuele procedure op dezelfde wijze kunnen worden behandeld. Dat lijkt tijd en kosten te kunnen besparen.<sup>32</sup> Op die manier zou bijvoorbeeld maar één keer griffiegeld hoeven te worden voldaan en lijkt het logisch dat maar één rechter oordeelt over deze voorlopige bewijsverrichtingen. Overigens zal het op termijn onder KEI mogelijk zijn om een vordering en een verzoekschrift in één procesinleiding te combineren (art. 30b lid 1 Rv KEI). In dat geval is uitgangspunt dat de bepalingen van de vorderingsprocedure van toepassing zijn.

Daarbij zal het beleid er ons inziens dan wel op moeten worden ingericht dat een gecombineerd bewijsverrichtingsverzoek zal worden behandeld volgens de termijnen van een 843a-kort geding, in plaats van de termijnen die worden aangehouden voor behandelingen van verzoekschriften tot voorlopige bewijsverrichtingen. Deze laatste procedures kosten alleen al voor behandeling van het verzoekschrift, en dan nog niet eens de bewijsverrichting zelf, in de praktijk aanmerkelijk meer tijd dan een 843a-kort geding. Wil een gecombineerd voorlopig bewijsverrichtingsverzoek succes hebben, dan zal dit tijdsaspect moeten worden gefaciliteerd. Bijvoorbeeld door dit soort verzoeken door het team Kort gedingzaken van de rechtbanken te laten behandelen, waarbij ook kan worden aangesloten bij de standaardpraktijk rondom verhinderdata. In dat verband vragen wij ons wel af hoe de rechtspraak qua werkbelasting om zal gaan met een nieuw in te voeren preprocesuele mondelinge behandeling, zeker wanneer het door de expertgroep voorgestelde verplichte stelsel wordt ingevoerd. Dit zal naar verwachting extra mankracht kosten. Weliswaar bestaat de verwachting dat meer zaken zullen worden geschikt, maar op het moment dat dit niet het geval is, zal een procedure volgen waarin ook ten minste één mondelinge behandeling zal plaatsvinden.

31. HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518 (*Pretium/Tros*).

32. Zie ook de overwegingen van Hof Amsterdam 20 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2420.

### 6.3 Bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs

Het pleidooi van de expertgroep dat ook beslag op zaken moet kunnen worden gelegd die geen bescheiden zijn, ondersteunen wij en komt ook tegemoet aan wensen in de praktijk. Bijvoorbeeld het nemen van een monster om dit als gegevensdrager te kunnen onderzoeken.<sup>33</sup>

Voorts lijkt het ons gewenst om een gecombineerd bewijsverrichtingsverzoek in een preprocesuele procedure waarvan een exhibitieverzoek deel uitmaakt, aan te merken als eis in de hoofdzaak na een bewijsbeslag. Immers, om verval van het bewijsbeslag te voorkomen dient de beslaglegger tijdig, dat wil zeggen binnen een door de verlofprechter bepaalde termijn, een exhibitieverzoek in te stellen.

Dan zou meteen overweging verdienen hoe deze preprocesuele bewijsverrichtingen zich verhouden tot conservatoire verhaalsbeslagen en het indienen van de eis in de hoofdzaak. Het is niet ongebruikelijk dat een conservatoir verhaalsbeslag wordt gecombineerd met een conservatoir bewijsbeslag. Dat levert dan een timingsprobleem op. Immers, een conservatoir verhaalsbeslag dient op korte termijn te worden gevolgd door een eis in de hoofdzaak. Dat terwijl dan voor het opstellen van het procesinleidende stuk in de hoofdzaak juist de uitkomst van het conservatoir bewijsbeslag en een daarop gevolgde 843a-procedure, vaak in kort geding, gewenst is. Juist de informatie die nog moet worden verkregen, zal (mede) ten grondslag kunnen worden gelegd aan de eis in de hoofdzaak. Echter, voordat een 843a-kort geding helemaal is afgerond en vervolgens bijvoorbeeld na tussenkomst van een deskundige een eiser daadwerkelijk in bezit komt van de informatie uit een 843a-kort geding, is de normale termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak volgend op het conservatoir verhaalsbeslag allang verstreken. In dergelijke gevallen zou het ons inziens voor de hand liggen dat ofwel de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak wordt uitgesteld totdat het exhibitieproces is afgerond, ofwel de rechter na het uitbrengen van een beperkte procesinleiding in het kader van maatwerk een regiezitting bepaalt om de voortgang van de procedure te stroomlijnen. Het komt immers efficiënter voor dat de eiser/verzoeker eerst de feitelijke grondslag voor zijn vordering aanvult, voordat de gedaagde/verweerder inhoudelijk reageert. Overigens zou een vergelijkbaar timingsprobleem kunnen gelden voor een verweerder die ter aanvulling van zijn verweer afhankelijk is van informatie die zich bij de wederpartij bevindt.

Wat betreft het getuigenbewijs wijst de expertgroep op twee zaken: de rol van art. 30k lid 2 Rv KEI in relatie tot een (voorlopig) getuigenverhoor en schriftelijke getuigenverklaringen. De expertgroep wijst er terecht op dat art. 30k lid 2 Rv KEI de mogelijkheid opent tijdens een mondelinge behandeling getuigen en deskundigen te horen. Een dergelijke mondelinge behandeling kan tevens op grond van art. 30o lid 1 Rv KEI op elk moment in de procedure worden gehouden. Het is met de

expertgroep te hopen dat partijen en de rechter deze mogelijkheden gebruiken. Het zijn in onze visie goede 'tools' om in een vroeg stadium getuigen of deskundigen reeds te horen of een deskundigenbericht te verzoeken, althans in een vroeg stadium tijdens een mondelinge behandeling overleg te hebben over het horen van getuigen of het inwinnen van een deskundigenbericht. Het inzetten van de preprocesuele mondelinge behandeling om getuigen te horen ter vervanging van het bestaande voorlopig getuigenverhoor en deskundigenbericht zoals de expertgroep voorziet,<sup>34</sup> zou ons inziens inderdaad een aanzienlijke vereenvoudiging opleveren en tegemoetkomen aan de praktijk waarin partijen in sommige gevallen nader inzicht in hun rechtspositie beogen (art. 30k Rv KEI veronderstelt immers een aanhangige procedure).

De expertgroep meent voorts dat partijen reeds bij hun eerste (en in beginsel enige) schriftelijke stuk in eerste aanleg, en dus vroeg in een procedure, schriftelijke getuigenverklaringen in het geding moeten brengen. In de praktijk gebeurt dit al regelmatig. Voordeel daarvan kan inderdaad zijn, zoals de expertgroep aangeeft, dat meer gericht aan de orde kan komen of, en zo ja welke, getuigen nog gehoord zullen kunnen worden. Echter, wij zien dit als een aanvullende mogelijkheid waarvan partijen gebruik kunnen maken, in plaats van een verplichting waarna een partij in beginsel geen mogelijkheid meer krijgt om verklaringen in het geding te brengen, zoals de expertgroep voorstaat. De praktijk is weerbarstig. Het is niet altijd even gemakkelijk of nuttig om een getuigenverklaring voorafgaand aan een procedure op schrift te krijgen, bijvoorbeeld omdat getuigen zich om uiteenlopende redenen bezwaard voelen te getuigen tegen de 'wederpartij', of op voorhand niet altijd duidelijk is wat precies het bewijsthema zal zijn. Later kan blijken dat andere zaken relevant worden, waarvan de getuige misschien wel kennis heeft, maar wat niet staat opgenomen in de schriftelijke verklaring. In zoverre is een vroeg in het geding gebrachte schriftelijke getuigenverklaring niet zaligmakend. Ook kost het verkrijgen van een schriftelijke getuigenverklaring de nodige moeite en tijd. Wanneer vervolgens getuigen alsnog moeten worden gehoord, kan dat eerdere winst in tijd en kosten weer ongedaan maken. Daarbij komt dat de bewijswaarde van schriftelijke verklaringen van een getuige in onze visie kan samenhangen met de manier waarop die is verkregen. Een verdere verkenning naar voorwaarden voor zo'n schriftelijke getuigenverklaring lijkt ons wenselijk. De manier waarop een getuigenverklaring wordt afgelegd, kan bijvoorbeeld iets zeggen over de geloofwaardigheid van een verklaring. Zo zal bijvoorbeeld een woordelijke vastlegging van een verklaring meer inzicht geven in de manier waarop de getuige vragen heeft beantwoord, en daarmee

33. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1443.

34. Zie Adviesrapport 'Modernisering burgerlijk bewijsrecht', p.78, nr. 151.



inzicht in de geloofwaardigheid van de verklaring.<sup>35</sup> Voorts bestaat onder KEI in art. 30n lid 7 jo. art. 180 lid 6 Rv een nieuw geïntroduceerde opnamemogelijkheid van een getuigenverhoor. Een beeld- of geluidsopname van een getuige buiten de zittingszaal in plaats van een schriftelijke verklaring zou ons inziens ook mogelijk moeten zijn. Een schriftelijke getuigenverklaring lijkt ons overigens niet het recht op een getuigenverhoor ten overstaan van een rechter te kunnen vervangen.

## 7 Conclusie

In onze visie kan worden betwijfeld of de in beginsel bewijsuitsluitingsregel die de expertgroep voorstaat, een juist uitgangspunt zou moeten zijn voor alle civiele zaken in eerste aanleg. Partijen zullen nu reeds de nodige moeite in preprocesuele factfinding moeten steken om voldoende basis voor hun vordering of verweer te hebben. Bovendien is het lang niet in alle gevallen efficiënt om te veel te focussen op een vergaande bewijsvergaringsfase en kan zelfs de door de expertgroep als fundamenteel beginsel van procesrecht aangemerkte waarheidsvinding in de knel komen. Het is dan ook de vraag voor welk probleem precies een oplossing moet worden gevonden. Bestaande middelen lijken voldoende om processueel ongewenst gedrag te beteugelen, mits deze voorspelbaarder worden gehandhaafd en worden gezocht in maatregelen die een partij meer ‘raken’. Voor het overleggen van aanvullende stukken in aanloop naar de mondelinge behandeling zou naar andere termijnen kunnen worden gekeken om ongewenste ‘overvallen’ te beperken. Een optionele preprocesuele mondelinge behandeling waarin bewijsvergaringsverzoeken – waarvoor dezelfde beoordelingsmaatstaf geldt – kunnen worden gecombineerd, is ons inziens wenselijk. Aandachtspunt daarbij is met name timing. Exhibitie kort gedingen plegen vaak sneller te verlopen dan verzoekschriftprocedures voor andere bewijsverrichtingen. Ook kunnen timingsproblemen aan de orde zijn wanneer bijvoorbeeld conservatoire verhaalsen bewijsbeslagen gelijktijdig spelen. Het voorstel tot wettelijke verankering en uitbreiding van het bewijsbeslag (en de exhibitieplicht) tot zaken die geen bescheiden zijn, onderschrijven wij. Een uitgebreidere rol voor schriftelijke getuigenverklaringen past bij een efficiëntere praktijk, maar een verplichting daartoe is volgens ons niet gewenst. Wel zouden nadere regels voor dergelijke schriftelijke verklaringen kunnen worden gesteld. Al met al lijkt de weg naar een moderner bewijsrecht

ingezet, maar is het nog niet helemaal duidelijk waartoe die weg gaat leiden.

35. Dat punt speelt overigens ook bij een verhoor van getuigen in aanwezigheid van een rechter. Dit kan met name van belang zijn voor de latere beoordeling van de afgelegde verklaring, in het bijzonder door (appel)rechters die niet bij het verhoor aanwezig zijn geweest. De procedure voor de NCC voorziet al in een dergelijke woordelijke vastlegging. Een partij mag een *court reporter* meebrengen (en betalen). Zie Raad voor de rechtspraak 2015, p. 9 en de conceptversie van het NCC-reglement, art. 7.7.4, te vinden op [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/concept-procesreglement-ncc\\_nl.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/concept-procesreglement-ncc_nl.pdf). De NOvA bepleit een aantal minimumeisen en een wettelijke basis voor schriftelijke getuigenverklaringen. Zie reactie adviescommissie burgerlijk procesrecht NOvA op [www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/28667](http://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/28667), punten 28 en 29.