

Ministerie van Veiligheid en Justitie  
t.a.v. de minister de heer drs. S.A. Blok  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 3 oktober 2017  
dossiernummer: 103850  
telefoonnummer: 070-3353574  
e-mail: j.vollaard@advocatenorde.nl

**Betreft: modernisering burgerlijk bewijsrecht**

Geachte minister,

De NOvA heeft kennisgenomen van uw brief d.d. 7 juni 2017 betreffende het advies "modernisering burgerlijk bewijsrecht" van de expertgroep (bestaande uit mr. A. Hammerstein, prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock). De NOvA heeft haar adviescommissie burgerlijk procesrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,  
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg  
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie

Bezoekadres  
Neuhuyskade 94  
2596 XM Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35  
Fax 070 - 335 35 31

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag



## ADVIES

Van	: adviescommissie burgerlijk procesrecht
Datum	: 1 september 2017
Betreft	: <b>Advies "Modernisering burgerlijk bewijsrecht" van de expertgroep bestaande uit mr. A. Hammerstein (vz), prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock</b>

## SAMENVATTING

De adviescommissie onderschrijft de algemene uitgangspunten en de praktische aanbevelingen van de expertgroep voor modernisering van het bewijsrecht, maar heeft ook enkele kritische kanttekeningen.

De adviescommissie staat in het bijzonder kritisch tegenover de voorgestelde invoering van de verplichting voor partijen om zoveel mogelijk voorafgaand aan de procedure, in de preprocesuele fase, informatie en bewijs verzamelen, waarbij partijen, als zij niet aan deze verplichting voldoen, bij wijze van sanctie tijdens de procedure geen of slechts beperkt mogelijkheden krijgen voor nadere bewijsverrichtingen.

Toepassing van de voorgestelde sanctie leidt ertoe dat de (als fundamenteel beginsel van procesrecht aangemerkte) waarheidsvinding in het gedrang komt doordat mogelijk uitspraak wordt gedaan op basis van een onjuiste of onvolledige feitelijke grondslag. Dit leidt ertoe dat de uitspraak minder aanvaardbaar wordt gevonden en vaker hoger beroep zal worden ingesteld. Toepassing van de sanctie werkt dan contra-productief.

Hoewel de adviescommissie het (overigens onder het huidige recht reeds geldende) uitgangspunt onderschrijft dat relevante informatie zoveel mogelijk bij aanvang van de procedure beschikbaar wordt gesteld, is een punt van zorg dat de "preprocesuele bewijsgaringsplicht" leidt tot een toename van het beroep op de rechter in de fase voorafgaand aan een procedure, en tot aanzienlijke *front-loading* van kosten voor partijen die niet het risico willen lopen in de procedure in hun bewijsmogelijkheden te worden beknot. De adviescommissie acht dit om diverse redenen onwenselijk. Bovendien overschat de expertgroep volgens de adviescommissie het vermogen van partijen om geschillen onderling op te lossen, zeker waar het gaat om allerhande procedurele geschillen in het kielzog van het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt.

Een ander punt van zorg is dat bij de voorgestelde modernisering erg de nadruk ligt op een snel(ler) en efficiënt(er) verloop van civiele procedures. Het risico bestaat dat schending van de preprocesuele bewijsgaringsplicht wordt gebruikt als argument om bewijslevering tijdens de procedure uit kosten oogpunt (nog verder) terug te dringen.

Tot slot is een punt van aandacht dat de expertgroep enerzijds waarheidsvinding door de – steeds "actievare" – rechter als een fundamenteel beginsel van procesrecht aanmerkt,<sup>1</sup> maar anderzijds in zijn advies geen aandacht besteedt aan de beperkingen die in dit verband voor de rechter voortvloeien uit artikel 24 Rv en artikel 149 Rv. Over de betekenis van deze artikelen is echter een fundamentele discussie nodig. De "cultuuromslag"<sup>2</sup> die zowel bij rechters als bij procespartijen nodig is om te

Bezoekadres  
 Neuhuyskade 94  
 2596 XM Den Haag  
 Tel. 070 - 335 35 35

Postadres  
 Postbus 30851  
 2500 GW Den Haag

<sup>1</sup> Advies, nr. 8.

<sup>2</sup> Advies, nr. 13.

bewerkstelligen dat de relevante informatie daadwerkelijk in (een vroeg stadium van) de procedure op tafel komt, kan volgens de adviescommissie niet worden bereikt zonder dat de rechter ruimere bevoegdheden (en praktische mogelijkheden) krijgt om zelf actief aan waarheidsvinding te doen. Daarvoor is verder nodig dat de rechter flagrante schendingen van informatieverplichtingen ook daadwerkelijk bestraft. De praktijk heeft in dat kader behoefte aan harde en duidelijke regels, die door de rechtspraak consistent worden toegepast.

### Kernpunten

- Het is voor een efficiënte behandeling en beslissing van het geschil van belang dat de relevante informatie en het beschikbare bewijs zoveel mogelijk bij aanvang van de procedure beschikbaar worden gesteld.
- De voorgestelde invoering van een preprocesuele bewijsgaringsplicht voegt echter weinig toe aan de reeds bestaande informatieplichten van partijen (waaronder de substantiërings-, bewijsaandraag- en waarheidsplicht) en de bevoegdheden van de rechter om consequenties te verbinden aan schending daarvan.
- Het probleem is dat de bestaande plichten in de praktijk niet altijd worden nageleefd en dat rechters (te) weinig gevolgen verbinden aan schending daarvan, laat staan dat dit op consistente wijze gebeurt. Daarvoor is een cultuuromslag nodig in de Nederlandse civiele rechtspleging.
- Voor het bewerkstelligen van die cultuuromslag dient de rechter in de eerste plaats evidente schendingen van informatieverplichtingen ook daadwerkelijk te sanctioneren. Dat gebeurt nu in de praktijk te weinig en te weinig consistent. In de tweede plaats moet de rechter meer ruimte krijgen, en benutten, om zelf actief aan waarheidsvinding te doen. Daarvoor is echter een fundamentele discussie nodig over de betekenis van de artikelen 24 en 149 Rv.
- De gewenste cultuuromslag laat zich niet afdwingen door als sanctie op niet-nakoming van de preprocesuele bewijsgaringsplicht te stellen dat partijen in de procedure geen gelegenheid meer krijgen voor bewijslevering.
- Een dergelijke sanctie doet bovendien afbreuk aan de waarheidsvinding, die (steeds meer) als een fundamenteel beginsel van procesrecht wordt beschouwd. Een uitspraak die is gebaseerd op een onjuist of onvolledig vastgesteld feitencomplex, wordt minder snel aanvaard en leidt tot meer appelprocedures. Dat is onwenselijk.
- De (dreiging van de) voorgestelde sanctie en de verplichting van partijen om elkaar over en weer relevante informatie te verstrekken leiden bovendien tot meer verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen en een frequenter beroep op de rechter in de voorfase. Dat leidt weer tot hoge(re) kosten voor partijen en legt beslag op de capaciteit en middelen van de rechtspraak, terwijl dit niet noodzakelijkerwijs leidt tot een snellere oplossing van het materiële geschil. Bovendien wordt door de te verwachten toename van rechterlijke bemoeienis in de voorfase de potentiële "winst" die wordt behaald doordat tijdens de procedure minder bewijsverrichtingen hoeven plaats te vinden, teniet gedaan.
- Het verdient aanbeveling om de schriftelijke getuigenverklaring een wettelijke basis te geven en om partijen te stimuleren om waar mogelijk vroegtijdig schriftelijke getuigenverklaringen over te leggen. De wettelijke verankering van het schriftelijk getuigenbewijs mag er echter in de praktijk niet toe leiden dat rechters (nog) minder gebruik maken van het mondelinge getuigenverhoor tijdens de procedure. Voorts dienen in de wet bepaalde minimumeisen te worden gesteld ten aanzien van de wijze van totstandkoming en de inhoud van schriftelijke getuigenverklaringen.
- De nadruk ligt in het advies erg op snelheid en *efficiency* van de procedure. De vrees bestaat dat de voorgestelde sanctie op schending van de preprocesuele bewijsgaringsplicht in de

praktijk zal worden "gebruikt" om bewijslevering ten overstaan van de rechter (nog verder) terug te dringen.

## CONSULTATIEREACTIE

1. De adviescommissie heeft kennis genomen van het advies "*Modernisering burgerlijk bewijsrecht*" van de expertgroep bestaande uit mr. A. Hammerstein (voorzitter), prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock. Op verzoek van de minister heeft de expertgroep advies uitgebracht over de noodzaak en de wenselijkheid van een modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures. De achtergrond van dit verzoek is de in de rechtspraak al enige jaren bestaande wens het bewijsrecht in civiele procedures te moderniseren en het wetsvoorstel ter verbetering van het inzagerecht, dat reeds aanhangig was en waarvan het raadzaam werd geacht dit te bezien in de bredere context van het bewijsrecht. De minister heeft het advies van de expertgroep op 7 juni 2017 aan de Tweede Kamer gestuurd.<sup>3</sup>
2. Gezien de omvang van het advies van de expertgroep concentreert de adviescommissie zich hierna op een aantal onderdelen en aanbevelingen uit het advies van de expertgroep die relevant zijn voor de advocatuur en die volgens de adviescommissie nadere overdenking of uitwerking behoeven. Dat betekent niet dat de adviescommissie fundamentele kritiek heeft op het advies als zodanig. Het advies geeft nadrukkelijk geen uitgewerkt voorstel voor wetgeving, maar is mede bedoeld om een oplossingsrichting voor te stellen en de discussie enige richting te geven.<sup>4</sup> Aan die discussie beoogt de adviescommissie met het navolgende een bijdrage te leveren. De adviescommissie onderschrijft op zichzelf de algemene uitgangspunten en de praktische aanbevelingen van het advies, maar heeft daarbij enkele kritische kanttekeningen. Die kanttekeningen worden hierna toegelicht. Met het oog op die toelichting worden hierna eerst de kernpunten van het advies van de expertgroep samengevat. Onderdelen van het advies die voor de onderhavige consultatiereactie niet relevant zijn of die de instemming<sup>5</sup> van de adviescommissie hebben, worden daarbij korthedshalve achterwege gelaten.

### Samenvatting advies expertgroep

3. Het advies van de expertgroep is onderverdeeld in vier onderdelen, die zijn gebaseerd op verschillende "concept-deeladviezen" die de expertgroep in een eerder stadium heeft opgesteld. Het advies resulteert per onderdeel in een aantal aanbevelingen voor aanpassing van de wettelijke regeling van het bewijsrecht (hoofdstuk 6 van het advies). De genoemde onderdelen betreffen achtereenvolgens:
  - (i) algemene uitgangspunten voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering (hoofdstuk 2 van het advies);
  - (ii) het inzagerecht (hoofdstuk 3 van het advies);
  - (iii) bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs (hoofdstuk 4 van het advies);
  - (iv) omgaan met vertrouwelijke informatie (hoofdstuk 5 van het advies).

<sup>3</sup> [www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven\\_regering/detail?id=2017Z07678&did=2017D16203](http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2017Z07678&did=2017D16203)

<sup>4</sup> Advies, nr. 36.

<sup>5</sup> Het betreft bijvoorbeeld aanbevelingen die betrekking hebben op codificatie of nadere invulling van de reeds bestaande praktijk of rechtspraak.

4. De meest fundamentele aanbevelingen zitten in onderdeel (i) van het advies. Dat onderdeel zal daarom hierna het meest uitvoerig aan de orde komen.
  
5. De hierna te bespreken "uitgangspunten" voor optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering plaatst de expertgroep in de context van een vijftal rechtsontwikkelingen, te weten:
  - de actievere en meer sturende rol van de civiele rechter ten aanzien van feitenonderzoek en het verloop van de procedure;<sup>6</sup>
  - de invoering van de KEI-wetgeving, met een centrale plaats voor de mondelinge behandeling en meer regie voor de rechter;<sup>7</sup>
  - de toegenomen aandacht voor een voortvarend en efficiënt verloop van de procedure;<sup>8</sup>
  - de aangescherpte tegenstelling tussen het recht op openbaarmaking en geheimhouding van informatie;<sup>9</sup> en
  - de (mede onder druk van bezuinigingen) toegenomen verwachting dat partijen zelf buiten rechte hun geschillen oplossen en pas in laatste instantie de gang naar de rechter maken.<sup>10</sup>
  
6. Afgezien van deze rechtsontwikkelingen wijst de expertgroep ook een viertal aandachtspunten aan die bepalend zijn voor de gedachtevorming over het optimaliseren van de informatiegaring en bewijslevering voor een efficiënte en effectieve geschilbeslechting. Het betreft:
  - de taakverdeling tussen partijen en rechter, waarbij de verhouding tussen de verplichting van partijen om de voor hun geschil relevante feiten en informatie aan te dragen, en de verantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding niet altijd duidelijk is;<sup>11</sup>
  - de omvang van de taak van de rechter, waarbij onduidelijkheid bestaat over mate waarin en de wijze waarop de rechter zelf aan waarheidsvinding doet en op dit punt ook grote verschillen bestaan tussen rechters;<sup>12</sup>
  - de onderlinge verhouding tussen partijen bij informatieverzameling, waarbij partijen in de praktijk plegen te volstaan met het in het geding brengen van informatie die hun standpunt onderbouwt en waarbij het niet gebruikelijk is dat partijen voor aanvang van de procedure informatie waarover zij zelf niet beschikken, bij hun wederpartij opvragen;<sup>13</sup>
  - informatieverzameling vóór de procedure, waarbij de expertgroep opmerkt dat de focus in het huidige bewijsrecht sterk ligt op informatiegaring en bewijslevering in de procedure, terwijl bewijsgaring voorafgaand aan de procedure ertoe kan leiden dat partijen meer inzicht in het relevante feitencomplex hebben, hun procespositie beter kunnen inschatten en zelf tot een oplossing van hun geschil komen.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> Advies, nr. 17.

<sup>7</sup> Advies, nr. 18.

<sup>8</sup> Advies, nr. 19.

<sup>9</sup> Advies, nr. 20.

<sup>10</sup> Advies, nr. 21.

<sup>11</sup> Advies, par. 2.2.2.

<sup>12</sup> Advies, par. 2.2.3.

<sup>13</sup> Advies, par. 2.2.4.

<sup>14</sup> Advies, par. 2.2.5.



7. Tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde rechtsontwikkelingen en aandachtspunten formuleert de expertgroep in zijn advies een aantal algemene uitgangspunten om de informatiegaring en bewijslevering in civiele procedures te optimaliseren.
8. Als eerste uitgangspunt bepleit de expertgroep invoering van (wat de adviescommissie hierna kortheidshalve aanduidt als) een "preprocessuele bewijsgaringsplicht". Dit houdt in dat partijen zoveel mogelijk voorafgaand aan de procedure (in de preprocessuele fase) de voor het geschil relevante informatie verzamelen en uitwisselen.<sup>15</sup> In dit kader zou bekeken moeten worden hoe partijen op ruimere schaal dan nu het geval is, mogelijkheden krijgen om zelf informatie te verzamelen.
9. Het tweede uitgangspunt vloeit voort uit het eerste en houdt in dat partijen die in de preprocessuele fase hebben nagelaten informatie te verzamelen die redelijkerwijs voorhanden was, tijdens de procedure in beginsel geen of slechts beperkte mogelijkheden krijgen voor nadere bewijsverrichtingen.<sup>16</sup> De preprocessuele bewijsgaringsplicht kan volgens de expertgroep slechts tot succes leiden als op schending daarvan een sanctie staat.<sup>17</sup> Om duidelijk(er) te maken wat van partijen wordt verwacht, adviseert de expertgroep dat in richtlijnen of protocollen wordt neergelegd welke informatie partijen in de voorfase moeten verzamelen voor bepaalde (soorten van) procedures.<sup>18</sup>
10. Een derde uitgangspunt houdt in dat partijen in de preprocessuele fase jegens elkaar verplicht zijn mee te werken aan het verstrekken van alle informatie die relevant is voor de oplossing van hun geschil, behoudens zwaarwegende belangen om dit niet te doen.<sup>19</sup> Dit betekent dat van partijen wordt verlangd dat zij in de voorfase van de procedure relevante informatie bij hun wederpartij opvragen. De expertgroep stelt dat dit thans geen gebruikelijke praktijk is, maar dat dat het wel zou moeten worden.
11. Omdat discussie mogelijk is over de vraag hoe ver de verplichting tot het verstrekken van informatie aan de wederpartij reikt, moet rechterlijke tussenkomst mogelijk zijn. De expertgroep adviseert om een preprocessuele mondelinge behandeling in te voeren, waar partijen hun geschil vroegtijdig en voorafgaand aan de inhoudelijke procedure onder leiding van de rechter kunnen bespreken en waar kan worden bekeken welke voorlopige bewijsverrichtingen (zoals een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht) nodig zijn om een compleet beeld van de feiten te krijgen.<sup>20</sup>
12. De expertgroep beveelt aan om één algemeen "verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen" in te voeren, in plaats van de nu bestaande afzonderlijke verzoeken tot bijvoorbeeld het houden van een voorlopig getuigenverhoor of het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht.<sup>21</sup> Daarbij kunnen voorlopige bewijsverrichtingen zo nodig worden gecombineerd en kunnen de toetsingscriteria die gelden voor de verschillende verzoeken op elkaar worden afgestemd.<sup>22</sup> Bij de behandeling van een verzoek tot een voorlopige

<sup>15</sup> Advies, par. 2.3.2 en p. 91, aanbeveling sub 1.

<sup>16</sup> Advies, par. 2.3.3 en p. 91, aanbeveling sub 3.

<sup>17</sup> Advies, nr. 43.

<sup>18</sup> Advies, par. 2.3.2 en p. 91, aanbeveling sub 2.

<sup>19</sup> Advies, par. 2.3.4 en p. 91, aanbeveling sub 4.

<sup>20</sup> Zie o.m. Advies, nr. 39.

<sup>21</sup> Advies, p. 91, aanbeveling sub 5.

<sup>22</sup> Zie o.a. Advies, p. 92, aanbevelingen sub 2 en sub 8 onder "Hoofdstuk 3".

bewijsverrichting of tijdens een preprocesuele mondelinge behandeling kan de rechter partijen helpen hun geschil in te kaderen en mogelijk op te lossen voordat het geschil escaleert en verder wordt gejuridiseerd.

13. Met betrekking tot het getuigenbewijs (onderdeel (iii) van het advies) pleit de expertgroep ervoor om de mogelijkheid van schriftelijk getuigenbewijs in de wet te op te nemen. Het gaat dan om verklaringen die buiten rechte door getuigen zelf op schrift zijn gesteld of zijn afgelegd tegenover een advocaat of notaris en door deze op schrift zijn gesteld. Naar de mening van de expertgroep hoeven in de wet geen eisen te worden gesteld aan de wijze van totstandkoming van deze verklaringen, aangezien de rechter in beginsel vrij is in de waardering van getuigenbewijs.<sup>23</sup> Gezien de in beginsel beperktere mogelijkheden voor bewijsverrichtingen in de procedure moeten partijen volgens de expertgroep worden verplicht zo snel mogelijk schriftelijke getuigenverklaringen over te leggen en mogen zij dat slechts onder bepaalde omstandigheden nog later doen.<sup>24</sup>

#### Kanttekeningen adviescommissie

14. Het advies geeft de adviescommissie aanleiding tot de volgende overwegingen en kanttekeningen.
15. De adviescommissie onderschrijft het uitgangspunt van de expertgroep en het belang dat relevante informatie en het beschikbare bewijs zoveel mogelijk bij aanvang van de procedure beschikbaar worden gesteld, en dat partijen de rechter volledig en naar waarheid informeren over de relevante feiten. Dat komt de behandeling en beslissing van het geschil in de procedure ten goede. De adviescommissie heeft echter ernstige twijfels bij het nut en het effect van de invoering van de voorgestelde "preprocesuele bewijsgaringsplicht", waarbij van partijen wordt verlangd dat zij op voorhand actief bewijs vergaren, bijvoorbeeld door getuigen te (doen) horen of informatie op te vragen bij hun wederpartij, op straffe van verval van de mogelijkheid dit in de procedure nog te doen. In dat kader zijn voor de adviescommissie de volgende overwegingen van belang.
16. Allereerst vraagt de adviescommissie zich af wat de voorgestelde invoering van de preprocesuele bewijsgaringsplicht toevoegt aan de reeds in de wet opgenomen substantiërings-, bewijsaandraag- en waarheidsplichten, en de bevoegdheid van de rechter om consequenties te verbinden aan de niet-naleving daarvan.<sup>25</sup> Het probleem is niet het ontbreken van verplichtingen van partijen of bevoegdheden van de rechter, maar het werkelijke probleem is dat de reeds bestaande informatieverplichtingen in de praktijk niet altijd worden nageleefd, en rechters doorgaans geen (voldoende serieuze) gevolgen verbinden aan (evidente) niet-nakoming van deze verplichtingen.<sup>26</sup> Dat probleem wordt niet opgelost met invoering van een nog weer verdergaande "preprocesuele informatieplicht". Daarvoor is – zo constateert de expertgroep volgens de adviescommissie terecht – een

<sup>23</sup> Daarbij dient de rechter overigens wel rekening te houden met de wijze van totstandkoming van de getuigenverklaring, zo valt af te leiden uit HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, NJ 2017/24 (Lahmann / St. Continuïteit).

<sup>24</sup> Advies, nr. 154 op p. 75.

<sup>25</sup> Zie o.a. artikel 21, 22, 30a lid 3 en 30i lid 6 Rv en 85 Rv. Aan niet-naleving van deze verplichtingen kan de rechter doorgaans de gevolgen verbinden "die hij geraden acht" (zie bijv. artikel 21 en 22 Rv). Zie ook Advies, nr. 57.

<sup>26</sup> Advies, par. 3.2.2, nr. 56.



"cultuuromslag" nodig.<sup>27</sup>

17. Anders dan de expertgroep verwacht de adviescommissie niet dat die cultuuromslag kan worden bewerkstelligd door de preprocesuele bewijsgaringsplicht te verzwaren met de sanctie van verval van de mogelijkheid in de procedure (nader) bewijs te leveren. Het effect van een dergelijke sanctie valt of staat met daadwerkelijke en consistente toepassing daarvan door de rechtspraak. Die toepassing valt echter niet te verwachten. De ervaring leert dat er nu al grote verschillen zijn in de consequenties die rechters verbinden aan niet-naleving van informatieplichten door procespartijen. Dat komt doordat veel afhangt van de omstandigheden van het geval en vaak sprake is van een "grijs gebied". *Hard en fast rules* zijn daardoor moeilijk te geven. Dat onderkent de expertgroep overigens ook waar hij stelt dat de mate waarin van partijen verwacht mag worden dat zij voorafgaand aan de procedure doen aan informatiegaring, afhankelijk zal zijn van de aard van de procedure en de zaak. Voor de meeste kantonzaken zullen andere maatstaven moeten worden aangelegd dan voor handelszaken met grote belangen, aldus de expertgroep.<sup>28</sup> Dit mag redelijk zijn, maar maakt het moeilijk voorspelbaar wat er precies van procespartijen wordt verwacht en wanneer al dan niet een sanctie zal worden toegepast. Bij de vraag of een sanctie op schending van de preprocesuele bewijsgaringsplicht moet worden toegepast, zien rechters zich bovendien geconfronteerd met het spanningsveld tussen de handhaving van processuele informatieplichten (waardoor bepaalde informatie mogelijk van de procedure wordt uitgesloten) en de waarheidsvinding, die meebrengt dat rechters een beslissing nemen die zoveel mogelijk berust op een correcte vaststelling van het relevante feitencomplex. De adviescommissie meent dat de gewenste cultuuromslag niet met de voorgestelde sanctie kan worden "afgedwongen".
18. Om te bereiken dat partijen daadwerkelijk vroegtijdig in de procedure met de relevante informatie komen, is volgens de adviescommissie in de eerste plaats nodig dat de rechter flagrante schendingen van informatieverplichtingen ook daadwerkelijk bestraft. Dat gebeurt in de praktijk te weinig en te weinig consistent.<sup>29</sup> De ervaring leert dat rechters lang niet altijd consequenties verbinden aan schending van processuele (informatie)verplichtingen of zelfs de waarheidsplicht. Een consistente lijn is binnen de rechtspraak al helemaal niet te ontdekken. Dit brengt mee dat procespartijen geen noodzaak voelen om op voorhand aan hun informatieverplichtingen te voldoen, zeker niet waar zij daarmee hun wederpartij "in het zadel" helpen. Het risico van het niet-voldoen aan de wettelijke (informatie)verplichtingen is kleiner dan de winst bij het wel voldoen aan die verplichtingen. Het risico dat een procespartij consequenties van haar proceshouding ondervindt, moet dus groter worden. Sancties zouden kunnen bestaan uit het aannemen van een verzwaarde stelplecht voor de partij die in verzuim is, omkering van de bewijslast of een veroordeling in de door het verzuim veroorzaakte (reële extra) kosten.<sup>30</sup> Daarbij heeft de praktijk behoefte aan harde en duidelijke regels. Zo zou schending van de waarheidsplicht in een verzoek om verlop voor het leggen van beslag zonder meer moeten leiden tot opheffing van het beslag, zonder

<sup>27</sup> Advies, nr. 13.

<sup>28</sup> Advies, nr. 31.

<sup>29</sup> Een parallel valt te trekken met (veel) te laat in het geding gebrachte producties, die in de praktijk toch vaak door de rechter worden geaccepteerd.

<sup>30</sup> In dit verband valt wat de adviescommissie betreft ook toe te juichen dat in de herziene gedragsregels voor advocaten wordt voorgesteld een bepaling toe te voegen die inhoudt dat de advocaat de rechter nimmer bewust onjuiste of misleidende inlichtingen mag verstrekken.

verdere belangenafweging.<sup>31</sup>

19. Daarnaast is nodig dat de rechter zelf meer mogelijkheden krijgt, en ook daadwerkelijk benut,<sup>32</sup> om aan waarheidsvinding te doen en tot vaststelling van de relevante feiten over te gaan. Zo raken partijen er (op den duur) van doordrongen dat de waarheid in de procedure aan het licht zal komen, ook als zij de rechter niet spontaan van de relevante informatie voorzien. Voor effectieve waarheidsvinding door de rechter is allereerst nodig dat daarvoor tijdens de procedure ook gelegenheid is en dat er niet uit *efficiency*-overwegingen van wordt afgezien. De adviescommissie meent bovendien dat voldoende vergaande waarheidsvinding door de rechter niet mogelijk is zonder een fundamentele discussie over de reikwijdte van de bevoegdheid van de rechter om (zo nodig zelf) de relevante feiten vast te stellen, en dus over de betekenis van de artikelen 24 en 149 Rv. Die artikelen en de beperkingen die daarvoor de rechter voortvloeien, blijven in het advies van de expertgroep onderbelicht. Volgens de expertgroep zou de verantwoordelijkheid van de rechter voor het "achterhalen van de waarheid" steeds meer worden onderkend, en zou het klassieke uitgangspunt van partijautonomie op het punt van informatieverzameling in de procedure "grotendeels zijn verlaten".<sup>33</sup> Het beeld van de lijdelijke rechter zou niet meer kloppen.<sup>34</sup> De adviescommissie meent dat dit niet juist is. Uit een aantal recente publicaties blijkt dat verschillend wordt gedacht over de mate waarin de rechter zelf actief aan waarheidsvinding kan doen.<sup>35</sup> De genoemde stellingen zijn ook niet in lijn met de stelling elders in het advies dat het partijen zijn die de omvang van de rechtsstrijd bepalen (artikel 24 Rv) en dat het aan partijen is om de voor hun vordering of verweer noodzakelijke feiten en omstandigheden aan te voeren, waarbij de rechter in beginsel geen taak heeft.<sup>36</sup> Kortom, zolang de rechter niet meer ruimte krijgt/neemt om zelf aan waarheidsvinding te doen als partijen hun "preprocessuele bewijsgaringsplicht" en overige informatieplichten verzaken, zal de noodzakelijke cultuuromslag uitblijven.
20. Volgens de adviescommissie dient de nadruk dan ook veel meer te liggen op naleving en consistente handhaving van de reeds bestaande informatieverplichtingen en op verruiming van de mogelijkheden voor de rechter om actief aan waarheidsvinding te doen, dan op invoering van een strengere en met sancties verzwaarde "preprocessuele bewijsgaringsplicht". Ter verdere concretisering van de inhoud van de

<sup>31</sup> Vgl. Hof Amsterdam 10 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV0477, ten onrechte afgezwakt in de Beslagsyllabus 2017, nr. 2, waar is vermeld dat misleiding door onvoldoende toelichting in het beslagrekest de voorzieningenrechter reden *kan* (lees: dus niet hoeft te) geven om een latere vordering tot opheffing van het beslag reeds om die reden toe te wijzen.

<sup>32</sup> De expertgroep wijst er terecht op dat de mogelijkheden die de rechter nu al heeft, bijvoorbeeld om overlegging van bepaalde stukken te gelasten (artikel 22 Rv), in de praktijk weinig worden benut. De ervaring leert dat de kans dat rechters zelf actief aan waarheidsvinding doen klein is. Integendeel, rechters lijkt er in de praktijk veel aan gelegen om bewijslevering te voorkomen.

<sup>33</sup> Advies, par. 2.2.2, nr. 27.

<sup>34</sup> Advies, par. 3.2.2, nr. 62. Overigens denkt A.W. Jongbloed hier anders over. Hij stelt: "Ook de civiele rechter benut zijn bevoegdheden om alle relevante informatie van partijen te verkrijgen lang niet altijd ten volle. Veel rechters lijken eveneens vast te zitten in een traditioneel bepaalde, terughoudende en ten opzichte van partijen afwachtende (lijdelijke) opstelling, waarbij het aan partijen wordt overgelaten te bepalen welke informatie in de procedure wordt ingebracht." Zie Jongbloed, 'Burgerlijk bewijsrecht in beweging', de *Gerechtsdeurwaarder* 2017/2, p. 27-30.

<sup>35</sup> Zie o.a.: A.C. van Schaick, 'Een eerlijk proces onder KEI?', *TvPP* 2017/2; M.J.A.M. Ahsmann, 'Formele en materiële procesinleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling', *TvPP* 2017/2; H.M.M. Steenberghe, 'Welke eerlijkheid duurt het langst?', *TvPP* 2017/2; J.C. Heuving, 'KEI-bestendige advocaten', *TvPP* 2017/4; G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 142<sup>e</sup> jaargang/2012-I, Kluwer: Deventer 2012, p. 45-154.

<sup>36</sup> Advies, par. 3.2.2, nr. 56.

informatieverplichtingen van partijen zouden eventueel de bestaande substantiërings- en bewijsaandraagplicht<sup>37</sup> uitgebreid kunnen worden met de verplichting voor partijen om ook aan te geven welke bescheiden of getuigen hun stellingen weerspreken of daaraan afbreuk doen en welke bescheiden of getuigen de stellingen van de wederpartij onderbouwen of bevestigen.<sup>38</sup> Dit bevordert dat in een vroeg stadium van de procedure duidelijk is welke feiten en bewijsmiddelen voor de beslissing van de zaak van belang zijn.

21. Ook om andere redenen acht de adviescommissie de door de expertgroep voorgestelde sanctie op niet-naleving van de preprocesuele bewijsgaringsplicht fundamenteel onwenselijk.
22. Ten eerste gaat toepassing van de voorgestelde sanctie van uitsluiting van bewijsmogelijkheden in de procedure direct ten koste van de waarheidsvinding. Waar de rechter een partij bij het niet-voldoen aan de preprocesuele bewijsgaringsplicht geen gelegenheid meer geeft voor (nadere) bewijslevering, heeft de waarheidsvinding daar immers per definitie onder te lijden. In die zin is de voorgestelde sanctie niet goed verenigbaar met het door de expertgroep onderstreepte belang van de waarheidsvinding als fundamenteel beginsel van procesrecht.<sup>39</sup> Als in de procedure geen ruimte meer is voor bewijslevering, bestaat de kans dat de rechter uitspraak doet op basis van een onjuist of onvolledig vastgesteld feitencomplex. Een dergelijke uitspraak zal door procespartijen minder snel geaccepteerd worden. Dat leidt tot een afname van het vertrouwen in de rechtspraak en tot meer appelprocedures.
23. Ten tweede zal de (dreiging van de voorgestelde) sanctie ertoe leiden dat voor procespartijen het belang van het verzamelen en verkrijgen van bewijs in de voorfase van een procedure groter wordt. Dat zal naar verwachting leiden tot méér verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen, zoals een voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht of verzoeken tot inzage in stukken op grond van artikel 843a Rv.<sup>40</sup> Dat is onwenselijk want dergelijke bewijsverrichtingen:
  - a. leiden tot hoge kosten voor partijen, terwijl die een oplossing van het materiële geschil niet noodzakelijkerwijs dichterbij brengen;<sup>41</sup>
  - b. leggen een aanzienlijk beslag op de capaciteit en middelen van de rechtspraak;
  - c. leiden tot vertraging in de oplossing van het materiële geschil;
  - d. zijn – gezien het vroege stadium waarin zij plaatsvinden en bij gebreke van een concreet geformuleerd bewijsthema – mogelijk (deels) onnodig of niet volledig, als later in de procedure geschilpunten concreet uit de verf komen en blijkt dat de rechter anders oordeelt over het probandum of de bewijslastverdeling, of als de wederpartij een nader

<sup>37</sup> Van artikel 111 lid 3 en artikel 128 lid 5 Rv.

<sup>38</sup> Idee ontleend aan P.J. van der Korst, 'Discovery in het Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2009/4, p. 140-143.

<sup>39</sup> Advies, nr. 8.

<sup>40</sup> De adviescommissie wijst erop dat de Commissie verbetervoorstellen civiel in 2004 juist adviseerde om de toegang tot het voorlopig getuigenverhoor (en het voorlopig deskundigenbericht) te beperken, omdat (i) een voorlopig getuigenverhoor de rechter veel tijd kost, terwijl het belang ervan voor de procedure vaak beperkt is, en (ii) de rechter het verhoor en de vragen slechts beperkt kan sturen omdat hij alleen beschikt over een summier verzoekschrift. Zie Commissie verbetervoorstellen civiel, Den Haag: De Rechtspraak 2004, vindbaar op [www.recht.nl/doc/verbetervoorstellenciviel.pdf](http://www.recht.nl/doc/verbetervoorstellenciviel.pdf) (onder 5.3).

<sup>41</sup> De beoordeling van het materiële geschil is immers afhankelijk van de juridische beoordeling daarvan door de rechter, waarover partijen van mening kunnen verschillen, en in dat kader de waardering van het bijgebrachte bewijs.

verweer voert of andere stellingen inneemt.

24. Bovendien leidt een toename van het beroep op de rechter in de voorfase ertoe dat de *efficiency*-verbetering voor de rechterlijke macht die met de preprocesuele bewijsgaringsplicht is beoogd, niet wordt bereikt. De potentiële "winst" die wordt behaald doordat tijdens de procedure minder bewijsverrichtingen hoeven plaats te vinden,<sup>42</sup> wordt immers teniet gedaan door meer rechterlijke bemoeienis in de preprocesuele fase. In wezen is sprake van een verplaatsing van de bewijsverrichtingen van de procedure zelf naar de voorfase. Daarbij verdient opmerking dat de bewijsverrichtingen in de voorfase veel minder zijn ingekaderd door het partijdebat en de beoordeling daarvan door de rechter, zodat ook nog eens de kans bestaat dat de bewijsverrichtingen in de voorfase (onnodig) veel uitvoeriger zijn dan tijdens de procedure het geval zou zijn.<sup>43</sup>
25. Ten derde vreest de adviescommissie dat de voorgestelde preprocesuele informatieplicht, gezien de sanctie op niet-nakoming daarvan, ertoe zal leiden dat procespartijen bij aanvang van de procedure alles in het geding zullen brengen wat ook maar enigszins relevant kan zijn, om maar de indruk te wekken dat zij aan hun verplichtingen hebben voldaan, zodat het voor de rechter moeilijk(er) wordt om een sanctie toe te passen. Dit zal leiden tot – ongewenste – uitdijing van procesdossiers en processtukken.<sup>44</sup> Een zelfde tendens is gesignaleerd waar in de rechtspraak zichtbaar werd dat partijen vaker werden "afgestraft" vanwege het (beweerdelijk) niet-voldoen aan de stelplicht. Dat leidde tot uitdijende processtukken en pleidooien waarbij partijen in herhaling vallen om maar te voorkomen dat de rechter oordeelt dat zij onvoldoende hebben gesteld.
26. Ten aanzien van de voorgestelde verplichting van partijen om elkaar in de preprocesuele fase over en weer van relevante informatie te voorzien, merkt de adviescommissie op dat in veel gevallen de door de expertgroep gekoesterde verwachting niet reëel is dat partijen hier in onderling overleg uitkomen, gezien het bovenliggende materiële geschil dat partijen verdeeld houdt en het gegeven dat op basis van de geldende criteria (van bijvoorbeeld artikel 843a Rv) niet altijd gemakkelijk is vast te stellen of bepaalde informatie wel of niet aan de wederpartij moet worden verstrekt.<sup>45</sup> Zeker in zaken waar grote belangen op het spel staan, zal dat ertoe leiden dat een partij liever door de rechter laat vaststellen dat zij bepaalde informatie aan de wederpartij moet verstrekken dan die informatie vrijwillig af te geven. Dat betekent dat in de voorfase vaker een beroep op de rechter zal worden gedaan dan nu het geval is.<sup>46</sup> Om de hiervoor, in nr. 23 en 24, genoemde redenen, acht de adviescommissie dat onwenselijk. Overigens besteedt de expertgroep geen aandacht aan de tijd die het kost om voorafgaand aan de procedure alle relevante informatie te vergaren.

<sup>42</sup> Overigens is de vraag hoeveel winst er te boeken is met het (nog verder) terugdringen van getuigenverhoren tijdens de procedure, aangezien volgens de expertgroep naar schatting in minder dan 3% van de civiele zaken (inclusief incassozaken bij de kantonrechter) opdracht wordt gegeven voor bewijsverrichtingen als getuigenbewijs of deskundigenbericht. Zie Advies, p. 19, voetnoot 10.

<sup>43</sup> De expertgroep onderkent ook dat bij een voorlopig getuigenverhoor regelmatig aan de orde is dat partijen de noodzaak voelen om "over de gehele breedte" getuigen te horen. Zie Advies, nr. 151.

<sup>44</sup> De processtukken zullen mogelijk langer worden omdat volgens vaste rechtspraak niet volstaan kan worden met het overleggen van een productie, maar moet worden aangegeven wat de relevantie daarvan is voor het partijdebat.

<sup>45</sup> Overigens stelde De Bock in haar rede uitgesproken bij de aanvaarding van haar hoogleraarsambt op 22 juni 2017 juist dat het voor veel mensen in conflictsituaties niet haalbaar is om zelf conflicten en geschillen op te lossen; zie R.H. de Bock, *De toekomst van de civiele rechtspraak. Een pleidooi om de rechter niet te ontlasten*, Uitgeverij Paris, Zutphen 2017, p. 12.

<sup>46</sup> Zie ook Advies, nr. 48, waar de expertgroep erop wijst dat rechterlijke tussenkomst mogelijk moet zijn als er discussie rijst over de vraag hoe ver de verplichting tot het verstrekken van informatie aan de wederpartij strekt.



Zeker als getuigen moeten worden gehoord of getuigenverklaringen moeten worden opgesteld, kan dat veel tijd kosten. Die tijd is er niet altijd (bijvoorbeeld omdat op korte termijn een procedure aanhangig gemaakt moet worden in verband met beslaglegging of verjaring).

27. Het voorstel van de expertgroep om de mogelijkheid van schriftelijk getuigenbewijs in de wet te verankeren (zie hiervoor, nr. 13), heeft op zichzelf de instemming van de adviescommissie. De adviescommissie meent ook dat het de voorkeur verdient dat partijen waar mogelijk in een vroeg stadium van de procedure schriftelijke getuigenverklaringen produceren. Dat heeft als evident voordeel dat snel duidelijk is wat getuigen (in de kern) kunnen verklaren en op welke punten getuigen elkaar tegenspreken. Dat kan verdere bewijslevering in de procedure stroomlijnen. De adviescommissie heeft hierbij echter twee kanttekeningen.
28. Ten eerste pleit de expertgroep ervoor dat partijen verplicht worden om zo snel mogelijk getuigenverklaringen over te leggen en dat zij dat slechts onder bepaalde omstandigheden later nog mogen doen.<sup>47</sup> Hoewel de expertgroep er tegelijkertijd nadrukkelijk op wijst dat het mogelijk maken van schriftelijke getuigenverklaringen niet tot doel heeft om mondeling getuigenbewijs tijdens de procedure (nog verder) terug te dringen, is volgens de adviescommissie de vrees gerechtvaardigd dat de nadruk op snelheid en efficiëntie in de praktijk ertoe leidt dat rechters sneller zullen volstaan met alleen schriftelijke getuigenverklaringen. Dat is onwenselijk omdat het horen van getuigen ten overstaan van de rechter wel degelijk meerwaarde kan hebben en ook voor de waardering van de getuigenverklaring relevant is op welke wijze een getuige is gehoord (al dan niet ten overstaan van een rechter, onder ede, in aanwezigheid van de wederpartij of met behulp van een schriftelijke verklaring).<sup>48</sup> De wettelijke verankering van het schriftelijk getuigenbewijs mag dus niet ertoe leiden dat rechters (nog) minder gebruik maken van het mondelinge getuigenverhoor tijdens de procedure.
29. Ten tweede pleit de adviescommissie er, anders dan de expertgroep, voor om wel eisen te stellen aan de wijze van totstandkoming van schriftelijke getuigenverklaringen. De rechter is weliswaar in beginsel vrij in de waardering van het getuigenbewijs (artikel 152 Rv), maar bij de waardering kan de wijze van totstandkoming van een getuigenverklaring wel degelijk relevant zijn. De verklaring van een getuige die op papier is gezet door de advocaat van een van partijen, zal minder bewijswaarde hebben dan de verklaring die tot stand is gekomen in aanwezigheid van (de advocaat van) de wederpartij of die ook integraal op video of audio is opgenomen. Wil overlegging van een schriftelijke getuigenverklaring werkelijk effectief zijn (en in sommige gevallen een mondelinge getuigenverklaring overbodig kunnen maken), dan zullen bepaalde minimale eisen moeten worden gesteld aan de wijze van totstandkoming en de inhoud daarvan.<sup>49</sup>
30. Een punt van zorg voor de adviescommissie is dat de nadruk in het advies van de expertgroep erg ligt op verbetering van de snelheid en efficiëntie van civiele procedures. Ook de minister benadrukt in zijn brief aan de Tweede Kamer dat het advies van de expertgroep

<sup>47</sup> Advies, nr. 154 op p. 75.

<sup>48</sup> Zie recent HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, NJ 2017/24 (Lahmann / St. Continuïteit).

<sup>49</sup> Aansluiting zou bijvoorbeeld gezocht kunnen worden bij de IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), artikel 4.

past in het Programma Civiele Rechtspleging, dat tot doel heeft "*juridische procedures in de civiele rechtspleging efficiënter te laten verlopen en het procesrecht daartoe te herinrichten*" en dat voorziet in "*maatregelen ter verbetering van de geschilafdoening en ter versterking van het geschiloplossend vermogen van partijen zelf*".<sup>50</sup> Kortom, het civiele proces moet vooral sneller en efficiënter, zonder kostbare en tijdrovende bewijslevering, en partijen moeten gestimuleerd worden om hun geschil buiten rechte op te lossen.

31. Efficiëntie in de civiele rechtspleging valt uiteraard toe te juichen, maar moet geen doel op zich zijn en mag niet ten koste gaan van fundamentele beginselen zoals hoor en wederhoor of waarheidsvinding.<sup>51</sup> De door de expertgroep voorgestelde sanctie van uitsluiting van bewijsmogelijkheden in de procedure als niet aan de preprocesuele bewijsgaringsplicht is voldaan, bergt het risico in zich dat deze sanctie wordt "gebruikt" om kostbare en tijdrovende bewijslevering in de procedure te vermijden en zo sneller uitspraak te kunnen doen. Dat dit risico niet denkbeeldig is, blijkt uit het feit dat ook nu al zaken ten onrechte worden afgedaan op het niet-voldoen aan de stelplicht of bewijstaanbiedingen ten onrechte worden gepasseerd. De bewijsvoering in de civiele procedure mag niet het karakter van een sluitpost krijgen.

1 september 2017

mr. drs. R.M. Hermans (voorzitter)

mr. drs. M.H. de Boer

mr. M.A.J.G. Janssen

mr. C.S.G. Janssens

mr. dr. A.I. Keur

mr. M.R. van Zanten

<sup>50</sup> Kamerstukken II, 2016/17, 29 279, nr. 384.

<sup>51</sup> Zie ook H.J.W. Alt, 'Sneller proces mag niet ten koste gaan van waarheidsvinding', *Advocatenblad* 2017/6, p. 54-56.