



BURGERLIJK BEWIJSRECHT IN BEWEGING

Medio april werd een advies gepubliceerd van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht.¹ De expertgroep adviseert over de noodzaak en wenselijkheid van een herziening van het bewijsrecht. Maar waarom moet het bewijsrecht worden aangepast? Zijn er problemen in de praktijk ontstaan die de wetgever moet oplossen? Bevat het advies goede en werkbare oplossingen voor gerechtsdeurwaarders? Die laatste vraag kan hier al met 'ja' worden beantwoord.

Door prof. mr. A.W. Jongbloed²

INLEIDING

Sommigen herinneren het zich, anderen hebben er over gelezen, maar de vorige herziening van het bewijsrecht heeft ongeveer dertig jaar geduurd (van 1959-1988). Toen werd de regeling die over Rechtsvordering en Burgerlijk Wetboek was verspreid grondig herzien en in Rechtsvordering opgenomen. Er kwam bijvoorbeeld een einde aan het in de wet noemen van het bewijsstuk 'kerfstok'³ en er hoefde niet meer gediscussieerd te worden over de vraag of een foto al dan niet bewijs kon opleveren. Inmiddels zijn we weer 30 jaar verder. Er hebben zich grote ontwikkelingen voorgedaan. Rechtsvordering is in 2002 ingrijpend gewijzigd. De waarheidsplicht van art. 21 Rv speelt steeds vaker een rol en de rechter is zeker niet lijdelijk. Straks komt KEI en er zijn meer belangrijke technische ontwikkelingen. En ook de rechter heeft enkele malen van zich laten horen, bijvoorbeeld door het bewijsbeslag in algemene zin mogelijk te achten. Zo nu en

dan rijzen vragen. De HR heeft dan wel het bewijsbeslag in algemene zin geaccordeerd, maar laat ook vragen open. Moet er een regeling getroffen worden in wetsvoorstel 33079?⁴ Wanneer ontvangt iemand een boodschap in een e-mail? De in 2002 ingevoerde substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht zijn een duidelijke verbetering, maar kan een volgende stap worden gezet? Is het wenselijk de bewijsvergaring eerder te doen plaatsvinden? Er bestond volgens de minister voldoende reden om medio 2014 een Expertgroep modernisering bewijsrecht te vormen die zou adviseren over dit thema. De groep bestaat uit voorzitter A. Hammerstein (oud-lid HR en regeringscommissaris KEI), W.D.H. Asser (oud-lid HR en hoogleraar burgerlijk procesrecht) en R.H. de Bock (toen senior raadsheer hof Amsterdam, nu AG bij de HR)⁵ en wordt bijgestaan door enkele ambtenaren van het ministerie van V&J.

DE STAND VAN ZAKEN

De Expertgroep stelt voorop⁶ dat van belang is dat partijen in een procedure de verplichting hebben om elkaar juiste en volledige informatie te verschaffen. Dit uitgangspunt gold al lange tijd, maar is bij de herziening van het civiele procesrecht in 2002 meer op de voorgrond komen te staan. Toen zijn namelijk verschillende wijzigingen in het procesrecht doorgevoerd, die erop waren gericht om partijen ertoe te brengen direct in de procedure zo volledig mogelijk informatie te geven. Naast de waarheids- en volledigheidsplicht van partijen is de bewijsaandragplicht ingevoerd (vgl. art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv). Met het oog op een volledige informatievoorziening is ook voorzien in een meer actieve rol van de rechter: de rechter heeft op grond van artikel 22 Rv de bevoegdheid gekregen om in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen. Een van de belangrijkste doelstellingen van KEI is versnelling van de procedure en een meer efficiënt verloop van de civiele procedure. Ook dan geldt dat partijen direct in hun processtukken alle relevante informatie moeten aandragen (art. 30a en 30i Rv). Ook is de actieve rol van de rechter nader vorm gegeven en versterkt door hem een algemene 'regiefunctie' toe te kennen (art. 19 lid 2 Rv). De rechter kan al vóór de zitting aansturen op het verkrijgen van meer informatie van partijen op de mondelinge behandeling (art. 30k lid 3 en lid 6 Rv). Verder kan de rechter de mondelinge behandeling benutten om het hem voorgelegde geschil in samenspraak met partijen nader te omlijnen en regie te voeren ten aanzien van het verdere verloop van de procedure. Daarbij is met name te denken aan de wijze waarop de waarheidsvinding gestalte dient te krijgen, onder meer door het overleggen van stukken, het geven van bepaalde informatie of inlichtingen of het horen van getuigen (art. 30k lid 1, lid 2, lid 5, lid 6 en art. 30o Rv). Ook heeft de rechter onder KEI meer bevoegdheden gekregen op het gebied van bewaking van de voorgang van de procedure (art. 30o Rv).

Dat klinkt heel mooi, maar ondanks deze wettelijke plichten voor partijen en bevoegdheden voor de rechter kenmerkt de praktijk van het civiele proces zich nog steeds door een, traditioneel bepaalde, terughoudende en afwachtende opstelling van procespartijen. Zolang zij niet worden gedwongen, neigen partijen ertoe op het gebied van informatieverschaffing eerder minimalistisch dan volledig te zijn. Een dergelijke opstelling komt de efficiëntie van het civiele proces niet ten goede, omdat de

voor een juiste beoordeling van de zaak vereiste informatieverschaffing pas gaandeweg de procedure, stap voor stap, plaatsvindt. De cultuur van afwachten kan bovendien leiden tot complicaties en vertraging van de procedure. 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. Overigens is op dit punt sprake van grote verschillen tussen rechters.

Daarmee wordt de roep om verandering duidelijk: deze wijze van procesvoering voldoet niet meer aan de eisen van de tijd. De samenleving heeft behoefte aan voortvarende en effectieve civiele procedures, waarbij essentieel is dat een zorgvuldige wijze van procesvoering en een behoorlijke vaststelling van de feiten plaatsvindt. Dit is alleen mogelijk als direct bij aanvang van de procedure zoveel mogelijk alle relevante informatie beschikbaar is. De belangrijkste verbeteringen van het bewijsrecht moeten dan ook worden gezocht in het tijdig en zo volledig mogelijk aanleveren van bewijsmateriaal door partijen, waar nodig onder regie van de rechter. Tijdig is in beginsel: bij de aanvang van de procedure. Dit betekent dat veel meer aandacht dient uit te gaan naar de bewijsgaring vóór de aanvang van de procedure, in plaats van naar (zoals nu vaak het geval is) bewijslevering tijdens de procedure.

Dat klinkt mooi, maar de praktijk van het civiele proces kenmerkt zich nog steeds door een, traditioneel bepaalde, terughoudende en afwachtende opstelling van procespartijen.

Zowel partijen als rechters moeten óók overtuigd zijn van het belang van volledige informatieverschaffing in een vroegtijdig stadium van de procedure. Pas dan kan er een procespraktijk ontstaan, waarin het normaal is dat alle relevante informatie direct vanaf het begin van de procedure beschikbaar is voor zowel partijen als de rechter. De kern van de aanbevelingen die in het voorliggende advies van de expertgroep zijn neergelegd, is een dergelijke procespraktijk te realiseren.

HET RAPPORT

Het rapport bestaat uit vier onderdelen. Zo gaat hoofdstuk 2 over Aandachts- en uitgangspunten bij de modernisering van het bewijsrecht. Daarin wordt onder meer

de context van de modernisering van het bewijsrecht geschetst. Er worden vier aandachtspunten geformuleerd: taakverdeling tussen partijen en rechter, omvang van de taak van de rechter, de onderlinge verhouding tussen partijen bij informatieverzameling en informatieverzameling vóór de procedure. Daarna wordt aandacht besteed aan uitgangspunten voor de optimalisering van de informatiegaring en bewijslevering in de vorm van pre-processuele bewijsverzameling, beperktere mogelijkheden voor bewijsverrichtingen tijdens de procedure en een medewerkingsplicht van partijen.

In hoofdstuk 3 wordt aandacht besteed aan het inzagerecht. Dat is nu met name op artikel 843a Rv gebaseerd en staat in nauwe verbinding met het bewijsbeslag. Dit recht zou opnieuw vorm moeten worden

gegeven. Er zou sprake moeten zijn van bepaaldheid van de bescheiden, voldoende belang, geen strijd met de goede procesorde, geen misbruik van bevoegdheid en zwaarwegende belangen. Maar niet hoeft te worden geëist dat er sprake is van aannemelijkheid van het bestaan van een 'rechtsbetrekking' of van relevantie. Ook wordt aandacht besteed aan de verhouding artikel 19 lid 2 Rv (de rechter neemt ambtshalve of op verlangen van een van de partijen alle beslissingen die nodig zijn voor een goed verloop van de procedure) en het inzagerecht en artikel 21 Rv (inlichtingenplicht) alsook het inzagerecht en artikel 22 Rv (informatieplicht). Hoofdstuk 4 heeft betrekking op bewijsbeslag, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en schriftelijk bewijs, terwijl hoofdstuk 5 gaat over het omgaan met vertrouwelijke informatie. Afgerond wordt met aanbevelingen per hoofdstuk.

Rode draad is dat bewijslevering niet pas in de procedure, maar liefst vóór aanvang van de procedure moet plaatsvinden. KEI biedt ook mogelijkheden. Te denken valt aan de in artikel 30k lid 2 Rv geschapen mogelijkheid om tijdens de mondelinge behandeling, ingevolge artikel 30k lid 1, aanhef en onder d, getuigen en deskundigen te horen. Ingevolge het nieuwe artikel 30o lid 1 Rv kan zo'n mondelinge behandeling op elk moment in de procedure worden gehouden. Ook kan worden gedacht aan het horen van getuigen door advocaten (in elkaars bijzijn) op hun kantoor.⁷

Hieronder licht ik twee punten uit het advies.

HET BEWIJSBESLAG

Ik hoef niet uit te leggen wat onder deze term wordt begrepen. De wet kent het bewijsbeslag als zodanig enkel vanaf 2007 in artikel 1019b en 1019c Rv als uitvloeisel van de Handhavingsrichtlijn. Na de nodige discussie

in literatuur⁸ en rechtspraak of de mogelijkheid ook in niet-IE-zaken bestond, heeft de Hoge Raad in 2013 bewijsbeslag in een meer algemene context aanvaard:⁹ het bewijsbeslag wordt gelegd op de voet van artikel 730 Rv (conservatoir beslag tot afgifte van een roerende zaak) in verbinding met artikel 843a Rv en voor zover nodig zijn artikel 1019a leden 1 en 3, 1019b leden 3 en 4 en 1019c van overeenkomstige toepassing. Belangrijk is om te realiseren dat de Hoge Raad het inzagerecht heeft voorzien van een daarbij passend conservatoir bewijsbeslag, maar

Rode draad in het advies is dat bewijslevering niet pas in de procedure, maar liefst vóór aanvang van de procedure moet plaatsvinden.

dat geen regeling is gegeven voor het bewijsbeslag op zaken die geen bescheiden zijn waarvan inzage wordt gevorderd. Ook is het goed om in herinnering te roepen dat de Hoge Raad strenge eisen stelt in verband met proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁰ Inmiddels is er ook meer rechtspraak en lijkt de tijd aangebroken om het bewijsbeslag in de wet op te nemen als een afzonderlijke vorm van beslag op roerende zaken.

Een belangrijke vraag is of de regeling moet worden opgenomen bij het bewijsrecht of bij het (conservatoir) beslagrecht. Het bewijsbeslag vertoont overeenkomsten met de nu al in de wet geregelde voorlopige bewijsverrichtingen (voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht, gerechtelijke plaatsopneming en bezichtiging), maar is ook een dwangmiddel dat de persoonlijke levenssfeer van de beslagene kan aantasten, zoals blijkt uit de bevoegdheid van de deurwaarder zich tot elke plaats toegang te verschaffen (art. 734 lid 1 in verbinding met art. 712 en art. 444 lid 1 Rv). Ook moet bekeken worden wat bij het bewijsbeslag heeft te gelden als 'de hoofdzaak'. Immers ex artikel 1019c lid 2 Rv vervalt het bewijsbeslag van rechtswege zodra in de hoofdzaak is beslist en deze beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Volgens Hof Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3534 is, als inzage in de beslagen bescheiden het doel van de beslaglegging is, de inzagevordering op grond van artikel 843a Rv de hoofdzaak. Dat betekent dat als de inzagevordering is toegewezen bij onherroepelijke uitspraak van de rechter en de inzage vervolgens is verkregen, daarmee het beslag vervalt. Al met al geeft de Expertgroep er de voorkeur aan een nieuwe regeling van het bewijsbeslag vanwege het verband met het bewijsrecht op te nemen (waar nodig met verwijzing naar de regels over conservatoir beslag) in Boek 1, titel 2, afdeling 9 Rv. Daar zou ook het inzagerecht (nu nog art. 843a Rv) kunnen worden opgenomen.¹¹

HET PROCES-VERBAAL VAN CONSTATERING

Zoals bekend is de KBvG er een groot voorstander van het proces-verbaal van constatering van een deurwaarder te voorzien van een wettelijke basis en de status te geven van een authentieke akte, zodat het tegenover iedereen dwingende bewijskracht heeft. In § 4.4.2 (nr. 165) spreekt de Expertgroep haar steun voor dit streven uit. Ik citeer: “Zonder twijfel kan dit bewijsmiddel een goedkoop en nuttig instrument zijn in bepaalde zaken, zoals ontruimingszaken. Als van het proces-verbaal van constateringen een authentieke akte wordt gemaakt door hiervan een ambtshandeling te maken, wordt daarmee de deurwaarder met uitsluiting van anderen (waaronder de notaris) bevoegd om bepaalde waarnemingen vast te leggen. Daartoe zou in de wet een bepaling moeten komen dat de gerechtsdeurwaarder bevoegd is tot het maken van een proces-verbaal van constatering. Wij menen dat de deurwaarder bij uitsluiting bevoegd dient te zijn tot het opmaken van een dergelijk proces-verbaal van constatering. Hij is uit hoofde van zijn wettelijke taken immers degene met de expertise ten aanzien van het doen van waarnemingen en de verslaglegging daarvan en met het inroepen van bijstand van de politie in gevallen waarin hij tot het doen van de van hem gevraagde waarnemingen zich de toegang moet verschaffen tot plaatsen waar hij die ambtshandelingen moet verrichten.”

Het verhogen van de status van het proces-verbaal van constatering past helemaal in het streven om bewijslevering niet tijdens, maar al voor de procedure te laten plaatsvinden.

AFRONDEND

In het voorgaande is lang niet alles wat in het rapport staat aan de orde gekomen. Maar duidelijk is dat met dit rapport een belangrijke stap wordt gezet. Zonder twijfel zal er nog gediscussieerd worden, maar de contouren zijn geschetst. Als partijen al vóórdat zij een civiele procedure starten alle relevante informatie over hun geschil kunnen verzamelen kunnen zij direct bij aanvang van de procedure hun bewijsmateriaal voorleggen aan de rechter, die dan sneller een beslissing kan nemen. Bovendien zijn partijen beter in staat zijn hun geschil onderling op te lossen als zij over alle relevante informatie beschikken. Het betekent in een aantal gevallen dat een rechterlijke procedure niet meer nodig is, maar mocht dat toch gebeuren dan weten partijen sneller wat de rechter van hun zaak vindt.

Laten we in ieder geval hopen dat deze herziening geen dertig jaar kost!

De expertgroep steunt de KBvG in het streven het proces verbaal van constatering van een wettelijke basis te voorzien

- 1 <https://www.rijksoverheid.nl/regering/inhoud/bewindspersonen/stef-blok/nieuws/2017/04/10/experts-komen-met-advies-voor-modernisering-van-bewijsrecht-in-civiele-zaken>.
- 2 Prof. mr. A.W. Jongbloed is redactielid van de Gerechtsdeurwaarder en o.a. raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Amsterdam (Notaris- en Gerechtsdeurwaarderskamer).
- 3 Nog altijd een mogelijk bewijsmiddel. Vgl. art. 152 lid 1 Rv: bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.
- 4 Wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden.
- 5 En in 2011 gepromoveerd op het proefschrift *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, (diss. Tilburg), Serie Burgerlijk Proces & Praktijk XI, Kluwer Deventer 2011.
- 6 Om niet tot te veel voetnoten te komen zij hier vermeld dat sommige alinea's uit het rapport zijn gekopieerd dan wel een bewerking vormen.
- 7 Vgl. S.H. Verrips, *De kantoorverklaring is zo verschrikkelijk nog niet*, WPNR 7142 (2017), p. 237-243.
- 8 Zie bijvoorbeeld J. Ekemans, *De exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010, en T.J.J. Bodewes, *Bewijsbeslag. Grondslag en rechtsgevolgen van het conservatoir beslag tot afgifte van bescheiden*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009.
- 9 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958; NJ 2014/455 (Molenbeek Invest) met vervolg in Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5435. Zie voor de uitwerking van de regels voor het bewijsbeslag de *Beslagsyllabus 2016*, p. 44 e.v., te vinden op <https://www.rechtspraak.nl/Site-Collection/Documents/Beslagsyllabus.pdf>.
- 10 Beslaglegging kan slechts kan plaatsvinden onder de in art. 843a Rv gestelde voorwaarden en het verzoek moet steeds mede worden getoetst aan de criteria van art. 843a Rv. Beslaglegging kan slechts betrekking hebben op “bescheiden” in de zin van die bepaling. De in beslag te nemen bescheiden moeten zo precies worden omschreven als in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de verzoeker kan worden verlangd, omdat de beslaglegging niet mag ontaarden in een fishing expedition. Verzoeker moet zijn belang bij de beslaglegging voldoende aannemelijk maken, alsmede feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de beslaglegging met het oog daarop noodzakelijk is: er is sprake van gegronde vrees dat de betrokken bescheiden anders verloren gaan en de beoogde bewijsvoering kan niet op andere, voor de beslagene minder ingrijpende wijze kan plaatsvinden. Verlof voor de beslaglegging wordt niet gegeven indien de bescherming van de eventuele vertrouwelijkheid van de in beslag te nemen bescheiden onvoldoende is gewaarborgd (vgl. art. 1019b lid 4 Rv).
- 11 Dat werd in wetsvoorstel 33 079 ook al voorgesteld.