

De modernisering van het getuigenverhoor

Mr. dr. R.R. Verkerk *

1 Inleiding

Het leveren van bewijs door het horen van getuigen in civiele zaken kent een lange geschiedenis. De tekst van de huidige regeling kwam grotendeels tot stand in 1959, toen een Staatscommissie een eerste ‘Ontwerp van Wet’ opstelde. Het Ontwerp zou uiteindelijk met enkele wijzigingen in 1988 worden ingevoerd.¹ Sindsdien is de wettelijke regeling niet, althans nauwelijks, gewijzigd. Ook de nieuwe KEI-wetgeving – waarvan de landelijke inwerkingtreding tot nader order is opgeschort – laat de wettelijke regeling inzake het getuigenbewijs in wezen ongemoeid.²

De rechtspraktijk is ondertussen wel ingrijpend gewijzigd. In de literatuur is dan ook terecht de vraag gesteld of de bestaande bewijsregels nog volstaan.³ In 2017 heeft een expertgroep het rapport ‘Modernisering burgerlijk bewijsrecht’ opgesteld waarin concrete voorstellen voor verbetering zijn geformuleerd.⁴ De modernisering van het bewijsrecht is sindsdien tijdens meerdere symposia aan de orde gekomen.⁵ Op 31 mei 2018 is een nieuw wetsvoorstel modernisering bewijsrecht ter consultatie voorgelegd dat op hoofdlijnen is gebaseerd op dit rapport.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op vier ingrijpende⁶ onderdelen van het wetsvoorstel en de vraag op welke wijze bewijslevering door getuigen op een effectieve en doelmatige wijze kan worden vormgegeven. Het gaat daarbij om (i) het principiële uitgangspunt dat bij de bewijslevering door getuigen een nadere afweging moet worden gemaakt tussen het belang van waarheidsvinding en ‘het belang van een doelmatige procesvoering’ (zie § 2), (ii) het voorstel om de rechter een discretionaire bevoegdheid toe te kennen om een verhoor van getuigen te bevelen (zie § 3), (iii) maatregelen die ertoe strekken partijen aan te sporen in de pre-processuele fase getuigenbewijs te verzamelen (zie § 4) en (iv) het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling (zie § 5).

2 Het horen van getuigen: een afweging tussen waarheidsvinding en efficiency

Het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht omarmt blijkens de toelichting het uitgangspunt dat een nadere afweging tussen het belang van waarheidsvinding en ‘het belang van een doelmatige procesvoering’ vereist is.⁷ Dit uitgangspunt is mijns inziens juist. Het civiele procesrecht strekt er immers toe om recht te doen tegen redelijke kosten en binnen een redelijke termijn.⁸

Waarheidsvinding is essentieel voor een goede beslechting van geschillen.⁹ Het horen van getuigen draagt daaraan bij. Anderzijds gaat het horen van getuigen gepaard met vertraging en kosten. In de (rechtseconomische) literatuur wordt, mijns inziens terecht, aangenomen dat de kosten van waarheidsvinding in de juiste verhouding moeten staan tot het belang van

* Mr. dr. R.R. Verkerk is cassatieadvocaat bij Houthoff te Rotterdam en tevens verbonden aan het Molengraaf Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1. Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, *Bewijsrecht: Ontwerp van Wet met Memorie van Toelichting*, 's Gravenhage, 1959, Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf.
2. *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3 (MvT), p. 97: ‘De regels inzake bewijs blijven inhoudelijk hetzelfde.’
3. Zie in gelijke zin: W.D.H. Asser, ‘Kei en bewijs – er is veel werk aan de winkel’, in: W.D.H. Asser et. al. *Procesinnovatie: KEIgoede ideeën* (NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 45-54.
4. De expertgroep bestaat uit A. Hammerstein, 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, A.M. Wolffram-van Doorn en J.M.I. Vink.
5. Zie bijv. B. Jakic, ‘De mars naar een modern bewijsrecht’, *BER* 2018/24 en J.J. Dammingh en L.M. van den Berg ‘Hoe zou u het bewijsrecht willen moderniseren?’ *TCR* 2018/2, p. 42-52 waarin verslag wordt gedaan van de bijeenkomst van de Nederlandse Vereniging van Procesrecht, alwaar mrs. Lock, Kaptein en De Greve een inleiding hielden over de modernisering van het bewijsrecht.
6. Enkele van de voorgestelde wijzigingen lijken naar verhouding van gering belang. Zo wordt voorgesteld de regel die de bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige beperkt te schrappen (zie art. 164 lid 2 Rv). Het schrappen van deze bepaling – die in de rechtspraktijk een beperkte rol speelt – lijkt thans weinig controversieel. Zie inzake de roerige totstandkoming van die bepaling in het bijzonder M. de Tombe-Grootenhuys, *De Partij-Getuigenverklaring in het Burgerlijk Procesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

7. MvT, par. 5.7 en de toelichting bij art. 166.

8. In sommige jurisdicties is dit uitgangspunt wettelijk verankerd. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de zogenoemde ‘overriding objective’ van de Engelse Civil Procedural Rules. Part 1.1(1) van de Civil Procedural Rules bepaalt dat de kosten voor het proces proportioneel moeten zijn: ‘These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.’

9. Zie bijv. Asser *Procesrecht/Giesen* 1, hoofdstuk 3.3 en R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011.

een zaak.¹⁰ Anders gezegd: doelmatigheidsoverwegingen zouden een rol moeten spelen bij de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het proces en het recht getuigenbewijs te leveren. Volgens het wetsvoorstel brengt dit mee dat de rechter op basis van doelmatigheidsoverwegingen af mag zien van het horen van getuigen (zie § 3 hierna).

Het is niet vanzelfsprekend dat het horen van getuigen doelmatig is. Integendeel, tegen het horen van getuigen bestaan drie hoofdbezwaren. Het eerste bezwaar is dat het rendement van een getuigenverhoor vaak tegenvalt. Het is algemeen bekend dat het menselijk brein gebrekkig is en bovendien gemakkelijk te misleiden. Ons brein bevat geen harde schijf die eerdere waarnemingen jaren later nog precies kan reproduceren. Getuigen die in alle oprechtheid en in volle overtuiging een verklaring afleggen slaan de plank soms volledig mis.¹¹ Daarbij komt dat sommige getuigen – in het bijzonder partijgetuigen – alle reden hebben informatie onjuist of onvolledig weer te geven.

Het tweede bezwaar luidt dat het getuigenverhoor naar verhouding tijdrovend en kostbaar is. Een verhoor van een enkele getuige neemt vaak circa twee uur in beslag. Het verhoor zelf kan bezwaarlijk worden ingekort. Hooguit kan een geringe tijdsbesparing worden gerealiseerd door de verslaglegging te optimaliseren.¹²

Het derde en laatste bezwaar is dat een getuigenverhoor vrijwel altijd tot vertraging leidt. Dat geldt zowel voor het voorlopig getuigenverhoor als voor het klassieke verhoor dat volgt op een bewijsbeslissing. Het duurt maanden alvorens het versnipperde proces van de enquête, contra-enquête en de daaropvolgende (schriftelijke) reacties is voltrokken.¹³ Indien getuigen onwillig zijn, rechtsmiddelen aanwenden of moeten

worden verhoord door middel van een rogatoire commissie op de voet van het Haags Bewijsverdrag, dan kan het jaren duren voor de getuige werkelijk gehoord is.¹⁴

De bezwaren die kleven aan het getuigenverhoor blijken duidelijk indien men deze afzet tegen moderne en betere bewijsmiddelen die de laatste decennia in toenemende mate beschikbaar zijn. Vanuit historisch perspectief staat de concurrentiepositie van het getuigenbewijs onder druk. Sinds de totstandkoming van het eerste ontwerp van de bestaande wettelijke regeling, zagen wij de opkomst van onder meer kopieerapparaten, scanners, e-mail, video conferencing, de smartphone en cloud computing. De toenemende digitalisering brengt mee dat we makkelijk kunnen communiceren, communicatie makkelijker kunnen vastleggen en eenmaal beschikbare informatie kostenefficiënter kunnen opslaan.¹⁵ Waarom zou men getuigen horen als goede videobeelden van een beveiligingscamera beschikbaar zijn van een geweldsincident of een verkeersongeluk? Waarom zou men getuigen willen horen als betrouwbaar DNA-bewijs voorhanden is? Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk als het klassieke verhoor van getuigen ten overstaan van de rechter ten dele zou zijn of wordt vervangen door 'modern' bewijs.¹⁶

3 Het horen van getuigen: moet het bestaande recht van partijen vervallen?

Procespartijen hebben een fundamenteel recht op een eerlijke en gelijke behandeling.¹⁷ In het verlengde hiervan hebben partijen het recht om bewijs te leveren van hun stellingen. Naar bestaand Nederlands recht is het recht om bewijs te leveren door het horen van getuigen wettelijk verankerd.¹⁸ Daarvoor gelden in de kern geen andere eisen dan dat een verzoek tot het horen van getuigen voldoende concreet en ter zake die-

10. Meer bewijs leidt tot meer kosten en tijdsverlies. Tegelijkertijd hebben bewijsverrichtingen ook nut. Hoe meer bewijs wordt geleverd, hoe kleiner de kans dat de uiteindelijke beoordeling zal berusten op (feitelijke) misslagen. Indien men aanneemt dat sprake is van afnemende meeropbrengsten dan bestaat een theoretisch optimum. Zie in algemene zin R.A. Posner, 'An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration', 2(2) *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 399-458 en R.A. Posner, 'An Economic Approach to the Law of Evidence', 51 *Stan. L. Rev.*, 1999, p. 1477-1546.

11. Zie bijv. vanuit psychologisch perspectief: G. Wolters, 'Herinneringen door getuigen', in: P.J. van Koppen (red.), *Het recht van binnen, psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 397-415. Zie ook D.H.J. Wigboldus, 'Psychologische aspecten bij bewijslevering', in: M.J.A.M. Ahsmann et al. (red.), *Bewijs* (NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 45-56, par. 1 en 2.

12. Het nieuwe KEI-art. 30n Rv bepaalt dat het proces-verbaal van een zitting kan worden vervangen door een beeld- of geluidopname. Art. 30n lid 7 en 8 Rv: '7. De rechter kan bepalen dat het proces-verbaal (...) wordt vervangen door een door of namens hem gemaakte beeld- of geluidopname. In dat geval kan de hogerveroepsrechter of de Hoge Raad alsnog verzoeken om een schriftelijke weergave van het proces-verbaal. 8 Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de toepassing van beeld- en geluidopnamen.' Zie hierover o.m. H. Steenberghe, 'Lezing voor de NVvP', in: *Enkele inhoudelijke aspecten van KEI: waar gaat en waar moet het naartoe?* (NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 35-53.

13. Recente cijfers laten zien dat procedures met enquêtes, descentes of pleidooien in kantonzaken ongeveer een halfjaar langer duren. Zie R.J.J. Eshuis en B.J. Diephuis, *Factsheet 2018-1, Civiele rechtspraak*, WODC 2017, figuur 14.

14. Een extreem voorbeeld betreft HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:36, NJ 2013/553 m.nt. L. Strikwerda (Fortis). In deze zaak werd op 25 november 2009 een voorlopig getuigenverhoor bevolen. Eerst op 28 juni 2013 zijn de bezwaren van de betreffende getuigen door de Hoge Raad verworpen. Het is denkbaar dat het recht getuigen te horen wordt misbruikt, zie bijv. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2997, NJ 2017/27. Van misbruik van recht zal echter niet snel sprake zijn.

15. Indien bijv. geschillen ontstaan over het bestaan of de uitleg van overeenkomsten, beschikken partijen in de regel over een veelheid aan e-mails, mark-ups, whatsappberichten en gespreksopnames waaruit de bedoelingen van partijen blijkt.

16. Ter vergelijking: de kerfstok is in de negentiende eeuw als bewijsmiddel achterhaald en terecht geheel vervangen door 'modern' bewijs. In 1953 schreef Anema dat de kerfstok 'reeds lang (...) als rechtsinstelling ten dode gedoemd' is. Volgens Anema werd kerfstok enkel nog in de wet genoemd 'als een getuigenis voor de praktische zin onzer analfabetische voorvaderen.' A. Anema, *Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, Asser deel 5, vijfde druk, 1953, p. 213. A. Piltó, *Bewijs en verjaring*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zoon, 1953 (derde druk) p. 78. Art. 1924 BW (oud): 'Kerfstokken, met hun dubbel overeenkomende, verdienende geloof tussen degene, die gewoon zijn om de leveranties, welke zij in het klein doen of ontvangen, op een dusdanige manier te bewijzen.'

17. Dit recht vloeit onder andere voort uit art. 6 EVRM.

18. In de literatuur wordt dan ook terecht gesproken over 'het recht op getuigenbewijs', zie bijv. G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 4.3.

nend is.¹⁹ Art. 166 Rv bepaalt dat de rechter een getuigenverhoor moet bevelen 'zo vaak een van de partijen het verzoekt.' Partijen hebben aldus conform de geldende wetgeving 'het recht' getuigen te horen. De rechter is niet bevoegd dit recht in te perken. Ook in een zakelijk geschil met een beperkt belang (bijv. over € 500) hebben partijen het recht op een enquête en een contra-enquête en mogen zij zoveel getuigen horen als zij maar wensen. Recent nog bevestigde de Hoge Raad in het arrest Lidl/Achmea dat het aan partijen is 'om te bepalen wie als getuigen worden gehoord en hoeveel getuigen worden gehoord'.²⁰

Indien men het uitgangspunt omarmt dat een nadere afweging tussen waarheidsvinding en een doelmatige procesvoering in concrete zaken benodigd is, dan kan de conclusie geen andere zijn dan dat de bestaande regeling fundamenteel onjuist is. Het recht getuigen te horen mag (en moet) worden begrensd. Dat geldt in het bijzonder voor zaken waarin de belangen beperkt zijn en zaken die een voortvarende afwikkeling vereisen. In de literatuur is ook meermaals bepleit het recht om getuigen te horen af te schaffen. Zo luidt een van de aanbevelingen van het in 2006 verschenen eindrapport fundamentele herbezinning dat het overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen verplicht moet worden gesteld en dat 'de imperatief van art. 166 Rv dient te vervallen'.²¹

Het recente wetsvoorstel heeft de gedachte dat doelmatigheidsoverwegingen een rol moeten spelen overgenomen en de tekst van art. 166 Rv naar aanleiding daarvan herzien. Het wetsvoorstel kent de rechter een 'discretionaire bevoegdheid' toe getuigen te horen.²² Er bestaan goede argumenten om de rechter (en niet de partijen) een regierol toe te kennen. Het bestaande systeem, waarin partijen bepalen of zij getuigen willen horen, is niet altijd doelmatig. Partijen zullen de kosten van de wederpartij en het gerechtelijke apparaat niet altijd in hun afweging betrekken. Het huidige rechtssysteem maakt het bovendien makkelijk voor de gedaagde om – al dan niet op oneigenlijke gronden – de procedure te vertragen door aan te sturen op bewijslevering door getuigen. Anders gezegd: partij-

en en advocaten²³ zouden geneigd kunnen zijn te veel getuigen te willen horen.

De gedachte dat de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomt is overigens niet consequent doorgevoerd. De voorgestelde uniforme regeling voor de voorlopige bewijsverrichtingen bepaalt dat een verzoek tot het horen van getuigen in beginsel wordt toegewezen.²⁴ De vraag is gerechtvaardigd of de rechter niet minst genomen de bevoegdheid moeten toekomen op basis van doelmatigheidsoverwegingen het aantal getuigen te beperken.

Een kritische kanttekening bij het wetsvoorstel is op zijn plaats. Een (te) ruime rechterlijke discretionaire bevoegdheid biedt partijen onvoldoende waarborgen dat zij (afdoende) bewijs kunnen leveren voor hun stellingen. De expertgroep 'Modernisering burgerlijk bewijsrecht' was daarom van oordeel dat art. 166 Rv zou kunnen worden gehandhaafd.²⁵ Ik acht de vrees dat het recht op bewijslevering onder druk kan komen te staan reëel.²⁶

Spaarzame empirische gegevens lijken erop te wijzen dat het klassieke getuigenverhoor in de huidige praktijk onder druk staat.²⁷ Asser spreekt van een 'trend onder rechters' om bewijs door middel van getuigen te vermijden.²⁸ Het vermijden van een getuigenverhoor kan doelmatig en juist zijn, bijvoorbeeld indien de rechter de zaak ook kan beslissen op een

19. Zie het standaardarrest HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 m.nt. W.D.H. Asser (*OZ/Roozen*). Art. 166 Rv is overigens niet altijd van toepassing in verzoekschriftprocedures, zie bijv. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6126, NJ 2010/528.

20. HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:344, NJ 2017/350 m.nt. H.B. Krans (*Lidl/Achmea*) r.o. 3.4.3: Nadat een (voorlopig) getuigenverhoor is toegestaan, is het op de voet van art. 170 Rv met inachtneming van de eisen van een goede procesorde aan een partij om te bepalen wie als getuigen worden gehoord en hoeveel getuigen worden gehoord (vgl. HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8766, NJ 2013/261, rov. 3.7).'

21. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken en I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 185: 'Een verzoek getuigen te horen dient te worden gemotiveerd en gepaard te gaan met overlegging van schriftelijke getuigenverklaringen of een samenvatting van wat de getuigen kunnen verklaren. De rechter dient steeds aan de hand van die verklaringen gemotiveerd te beslissen of het horen van de getuigen, van wie reeds schriftelijke verklaringen zijn overgelegd, nog noodzakelijk is zonder gebonden te zijn aan een prognoseverbod en zonder dat hij behoeft uit te gaan van een in-principe-verplichting tot honorering van het verzoek. De imperatief van art. 166 lid 1 Rv dient dan ook te vervallen.'

22. Zie de MvT bij art. 166 van het voorstel.

23. Met name indien een advocaat per uur wordt betaald kan een prikkel bestaan meer tijd te besteden aan een zaak dan wenselijk. Zie in algemene zin M.G. Faure, T. Hartlief en N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten Een vergelijkende beschrijving van beloningssystemen voor advocaten in een aantal landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag/Maastricht: WODC METRO, 2006, par. 2.3.1.

24. Zie art. 196 van het voorstel. Dit sluit aan bij bestaande rechtspraak, zie o.m. HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6809, NJ 2005/442 m.nt. W.D.H. Asser (*Frog/Floriade*) en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, JBPR 2018/20 m.nt. C.J.M. Klaassen (*Bencis*) en E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss.), Deventer: Kluwer 2015. Het voorstel wijkt niet af van de bestaande rechtspraak op basis waarvan het de rechter niet is toegestaan het aantal te horen getuigen te begrenzen. Zie o.m. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3922, NJ 2012/316 m.nt. C.J.M. Klaassen (*Cyrte Investments*).

25. A. Hammerstein e.a., *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 70.

26. Zie M.A.J.G. Janssen, 'De Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht over getuigenbewijs', *TvPP* 2017/5, par. 4-5. Janssen is van oordeel dat het getuigenverhoor niet nog verder onder druk moet komen te staan.

27. In het rapport 'Modernisering burgerlijk bewijsrecht' staat dat naar schatting in minder dan 3% van de civiele zaken bij de kantonrechter nog een opdracht wordt gegeven voor bewijsverrichtingen, zoals het horen van getuigen A. Hammerstein e.a., *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, voetnoot 10. Een dossieronderzoek door Ahsmann wees uit dat bij Rechtbank Rotterdam tussen 1997 en 2008 het aantal tussenvonnissen met een bewijsopdracht in handelszaken is gehalveerd. Zie M.J.A.M. Ahsmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"', in: M.J.A.M. Ahsmann et al. (red.), *Bewijs* (NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27. Zie ook R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 240. Van der Kraats heeft recent aan de hand van dossieronderzoek geconstateerd dat in ruim driekwart van de zaken stellingen op de stelplicht worden afgedaan. Zie de samenvatting in K. van der Kraats, 'De stelplicht: geen kraaienpoot maar een 'sinkhole'', *AA* 2018, p. 262-266, par. 3.

28. Zie Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/216.

zuiver juridisch punt. Ook komt het voor dat dat het verhoor achterwege kan blijven omdat stellingen niet werkelijk zijn betwist.

Het verhoor van getuigen wordt ook op oneigenlijke gronden vermeden, bijvoorbeeld doordat rechters een zaak ten onrechte ‘afdoen’ op de stelplicht.²⁹ Een greep uit de rechtspraak van de Hoge Raad leert dat met grote regelmaat klachten aan de Hoge Raad worden voorgelegd waarvan de strekking is dat feitenrechters het in art. 166 Rv verankerde recht getuigenbewijs te leveren hebben geschonden.³⁰ Een greep uit diezelfde rechtspraak leert dat dergelijke klachten met enige regelmaat slagen.³¹ Onder meer Ashmann, De Groot en Asser stellen dat de financiering van de rechtspraak te wensen overlaat en dat rechters als gevolg daarvan hebben te kampen met (te) ambitieuze productienomen en een (te) hoge werkdruk.³² Het verhoren van getuigen tijdens meerdere los in te plannen zittingen is tijdrovend. Rechters worden geprikkeld aan te sturen op een meer efficiënte afdoening van zaken, bijvoorbeeld doordat ter zitting een schikking wordt bereikt.³³ Vanuit de rechterlijke macht hoort men soortgelijke geluiden.³⁴ Rechters geven aan met name voor ‘bijzondere’ meer complexe zaken onvoldoende tijd te hebben.³⁵ Dit lijkt ten koste te gaan van

het horen van getuigen.³⁶ Zo schreef de toenmalige President van de Hoge Raad – Corstens – naar aanleiding van het zogenoemde Leeuwarder Manifest³⁷ – dat ‘[p]rikkels zouden bestaan om af te zien van het horen van getuigen, niet omdat het niet nodig is, maar omdat anders de kwantitatieve doelstellingen niet worden gehaald’.³⁸

Vooralsnog bestaat geen enkele aanleiding te veronderstellen dat het tij zal keren. Integendeel, de op zichzelf zeer begrijpelijke wens overheids gelden op een efficiënte en verantwoorde wijze te besteden lijkt één van de dragende overwegingen die ten grondslag ligt aan de nieuwe KEI-wetgeving.³⁹ Op kosten voor de ondersteuning moet flink worden bespaard. Net zoals bij de vorige grootscheepse reorganisatie in 2002 wordt tegelijkertijd de regiefunctie van de rechter versterkt.⁴⁰ Het is aan de rechter om – ook ten aanzien van het horen van getuigen – maatwerk te leveren. Maatwerk is inderdaad gewenst en de Nederlandse rechter is meer dan competent daarin te voorzien. De vraag is evenwel of rechters daarvoor afdoende tijd zal worden gegund. Als de werkdruk te hoog is dan wordt maatwerk vanzelf minimumwerk.

Ik zou menen dat de in het wetsvoorstel toegekende discretionaire bevoegdheid van de rechter alleen mag worden aangewend om op basis van gerechtvaardigde doelmatigheids-overwegingen de rechten van partijen om bewijs te leveren te beperken. Om te voorkomen dat de rechtspraak onvoorspelbaar wordt en de mogelijkheden van partijen getuigen te horen te sterk worden uitgehold, kan wellicht worden gewerkt met vuistregels waarvan de rechter in specifieke gevallen gemotiveerd kan afwijken.⁴¹ Het is uiteraard niet eenvoudig om in algemene zin vast te stellen welke zaken een (meer) uitgebreide behandeling rechtvaardigen. Zo is de vermogenswaarde van een vordering zeker geen perfecte indicator van het belang van een zaak. Evenzo is het moeilijk in algemene zin te beoordelen of de nadere vertraging die gepaard kan gaan met het horen van getuigen gerechtvaardigd is. Desondanks kunnen voor bepaalde categorieën van zaken wel vuistregels worden gefor-

29. Zie K. van der Kraats, ‘De stelplicht: geen kraaienpoot maar een ‘sinkhole’, *AA* 2018, p. 262-266. Zij beschrijft dat rechters leggen de lat voor de stelplicht in de praktijk zo hoog leggen dat het een barrière vormt voor partijen om hun materiële rechten te verwezenlijken.

30. Zie reeds de conclusie van A-G Huydecoper vóór HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9729, waarin Huydecoper aangeeft dat klachten over het passeren van een bewijsaanbod ‘veelvuldig’ aan de Hoge Raad worden voorgelegd.

31. Zie bijv. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3075, *NJ* 2014/485; HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3009, *NJ* 2015/426; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65, *RvdW* 2016/143, *NJ* 2017/382; HR 6 oktober 2017 ECLI:NL:HR:2017:2565, *RvdW* 2017/1063 (*Marble House/Cimba*) en HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045 (*X/Stichting Certe*). Zie inzake het voorlopig getuigenverhoor HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, *JBPR* 2018/20 m.nt. C.J.M. Klaassen waar in cassatie met succes werd geklaagd tegen de afwijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor.

32. Zie bijv. G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 5 en 69. Asser *Procesrecht/ Asser* 3 2013/216. M.J.A.M. Ahsmann, ‘Bewijs: verschuiving van “bewijzen” naar “stellen”, in: M.J.A.M. Ahsmann et al. (red.), *Bewijs* (NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27.

33. Zie J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 82. Zij constateert dat bijna 20% van de door haar ondervraagde betrokkenen van oordeel is dat sprake is van een dwangschikking.

34. Vgl. ook de artikelen die verschenen in *Trema*, zoals A.M. Weimar, ‘Rechters, Raadsheeren en prestatiegerichte bekostiging’, *Trema*, 2008/9, p. 384-389; C.J. van der Wilt, ‘De mammon in de rechtszaal’, *Trema* 2011(4), p. 120-126.

35. Zie in dit verband een omvangrijke enquête uit 2007 waar de vraag ‘ik heb voldoende tijd voor bijzondere zaken’ door 41% van de rechters werd beantwoord met ‘eens’ en door 45% werd beantwoord met ‘oneens’. M.M. Boone e.a. *Financieren en verantwoorden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, hoofdstuk 5, tabel 5-4. Zie ook M.M. Boone ‘Van Dieteren naar Delden’, *NJB* 2007, p. 542-549.

36. Zie B. Fruytier e.a. *Werkdruk bewezen, eindrapport werkdrukonderzoek rechterlijke macht*, Hogeschool Utrecht/Radboud Universiteit Nijmegen 2013. De conclusies van het rapport laten zien dat de gepercipieerde werkdruk hoog is. Een geïnterviewde rechter gaf aan ‘iedere vorm van instructie (vooral getuigenverhoren maar ook comparities) zo veel als enigszins mogelijk te vermijden: afdoen van zaken op stelplicht, de enige manier om te overleven’.

37. Het Leeuwarder Manifest is een pamflet dat is opgesteld door raadsheeren van Hof Leeuwarden waarin zij klaagden over de werkdruk. Het Manifest kreeg bekendheid doordat het binnen enkele weken door honderden rechters werd ondertekend.

38. G. Corstens, ‘Doe iets voordat het te laat is!’, *NRC Next*, maandag 4 februari 2013, p. 4.

39. Zie inzake de eerste ervaringen en oorzaken voor de tegenvallende eerste resultaten van de implementatie van KEI in Rechtbank Gelderland de recente korte bijdrage van M. Vaessen gepubliceerd op mr-online.nl, d.d. 4 juli 2018.

40. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, 3 (MvT), p. 7, 26-27 en 70-72 waarin de regiefunctie van de rechter wordt benadrukt. Art. 30k lid 2 Rv: ‘Met voorafgaande toestemming van de rechter kunnen tijdens de mondelinge behandeling getuigen of partijdeskundigen worden gehoord (...)’.

41. Het wetsvoorstel lijkt positief te staan tegen het gebruik van rechtersregelingen. Zie de MvT, onderdeel J, bij art. 149a Rv.

muleerd. Ik denk daarbij aan richtlijnen waarvan de strekking is dat de tijd die partijen wordt gegund getuigen te horen kan worden beperkt, zoals dat nu ook gebeurt met de tijd voor een comparitie of een pleidooi.⁴² Ook is het denkbaar vuistregels te formuleren om restricties te stellen aan het aantal getuigen dat zal worden gehoord. Om vertraging te voorkomen zou in specifieke categorieën van zaken kunnen worden bepaald dat in beginsel enkel getuigen worden gehoord indien zij worden meegenomen naar de mondelinge behandeling (zie ook § 5 hierna).

4 De voorbereiding: moeten de verplichtingen van partijen worden aangescherpt?

Het rapport 'Modernisering burgerlijk bewijsrecht' formuleert als uitgangspunt dat het zwaartepunt van de informatievergaring 'voor de procedure moet liggen'.⁴³ De expertgroep adviseert de verplichting van partijen om voorafgaand aan de procedure informatie te verzamelen verder aan te scherpen. Partijen die niet afdoende gebruik maken van de mogelijkheden tijdig bewijs te verzamelen zouden daartoe in de procedure geen gelegenheid meer moeten krijgen.⁴⁴

De aanbevelingen van de expertgroep zijn – ondanks enkele kritische commentaren⁴⁵ – grotendeels overgenomen in het recente wetsvoorstel. Art. 149a Rv van het voorstel bepaalt dat elke partij gehouden is informatie te verzamelen die zij redelijkerwijs kan verkrijgen en waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze van belang zal zijn. Laat een partij dit achterwege, dan kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij geraden acht:

'Elke partij verzamelt, voordat een zaak aanhangig is, de informatie die zij redelijkerwijs kan verkrijgen en die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor

de beoordeling van de feiten of rechten waarop deze partij zich beroept ter onderbouwing van haar vordering of verweer. In de procedure kan de rechter uit het niet overleggen door een partij van de informatie, bedoeld in de vorige zin, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.⁴⁶

Ten aanzien van het horen van getuigen bevat het wetsvoorstel drie ingrijpende wijzigingen om partijen te stimuleren voorafgaand aan de procedure getuigen te benaderen of te horen.⁴⁷ De eerste wijziging ziet op de beschikbaarheid van het voorlopig getuigenverhoor. Naar huidig recht kan men zowel voorafgaand als tijdens de procedure verzoeken om een dergelijk verhoor van getuigen. Het nieuwe wetsvoorstel daarentegen voorziet alleen in voorlopige bewijsverrichtingen '[v]oor dat een zaak aanhangig is'.⁴⁸ De tweede ingrijpende wijziging betreft de aanscherping van de bewijsaandragplicht. Van partijen wordt verwacht dat zij in de procesinleiding en het verweerschrift niet alleen aangeven wie zij als getuigen kunnen horen, maar ook dat zij schriftelijke getuigenverklaringen overleggen of uitleggen waarom deze niet zijn verkregen.⁴⁹ De derde en laatste ingrijpende wijziging is dat tijdens de procedure geen recht meer bestaat op het leveren van bewijs door het horen van getuigen. De uitdrukkelijke gedachte is dat de rechter kan afzien van het horen van getuigen als partijen zich niet afdoende hebben ingespannen om voorafgaand aan de procedure getuigen te benaderen en/of te horen.⁵⁰

Het is wenselijk partijen te stimuleren goed beslagen ten ijs te komen. Die gedachte ligt ook ten grondslag aan het reeds bestaande procesmodel.⁵¹ De wetgever heeft bij de herziening van het procesrecht in 2002 willen stimuleren dat partijen hun kaarten direct open op tafel leggen.⁵² De bestaande regels bevatten prikkels tot nakoming. Als een feitelijke onderbouwing in een dagvaarding of conclusie van antwoord achterwege blijft, loopt een procespartij het risico dat aan zijn stellingen voorbij wordt gegaan. De rechter zal dan de onvoldoende betwiste stellingen van de wederpartij als vaststaand beschouwen. Dan komt de rechter niet eens aan de bewijslevering door het horen van getuigen toe.⁵³

De voorstellen om de regels op onderdelen aan te scherpen moeten grotendeels worden toegejuicht.⁵⁴ Het is goed dat de wetgever het gebruik van schriftelijke verklaringen wil stimu-

42. Binnen de rechterlijke macht worden al jaren standaardnormen gehanteerd voor de behandeling van specifieke soorten van zaken. Voor de bekostiging van de gerechten werd (en wordt) gebruik gemaakt van specifieke productienormen (de Lamicie-normen). Men zou in goede samenspraak met rechters en advocaten en op basis van empirische gegevens (zoals bijv. tijdschrijfgegevens) in staat moeten zijn te komen tot redelijke standaarden.

43. A. Hammerstein e.a., *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, 2017, hoofdstuk 2 en de aanbevelingen op p. 91.

44. A. Hammerstein e.a., *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, 2017, aanbeveling 3, p. 91. *Het bewijsrecht dient een regeling te bevatten dat een partij die ten aanzien van een of meer door haar te stellen en te bewijzen feiten in gebreke is gebleven gebruik te maken van de mogelijkheden van bewijsvergaring die redelijkerwijs in de preprocesuele fase voorhanden waren, tijdens de procedure in beginsel geen of slechts beperkt mogelijkheden krijgt voor het (nader) stellen van die feiten of (nadere) bewijslevering daarvan.*

45. Zie in het bijzonder het advies van de adviescommissie burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 1 september 2017 'Modernisering burgerlijk bewijsrecht'. In de samenvatting staat: 'De adviescommissie staat in het bijzonder kritisch tegenover de voorgestelde invoering van de verplichting voor partijen om zoveel mogelijk voorafgaand aan de procedure (...) informatie en bewijs te verzamelen (...)'. Zie ook de voorzichtig kritische bespreking door M.A.J.G. Janssen, 'De Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht over getuigenbewijs', *TVP* 2017/5, par. 4-5, door Y.A. Wehrmeijer en E.M. Hoogervorst, 'Naar een moderner burgerlijk bewijsrecht?', *TCR* 2018/1, par. 6 en J.W. Alt, 'Sneller proces mag niet ten koste gaan van waarheidsvinding', *Advocatenblad* 2017/6, p. 54-56.

46. Art. 149a van het wetsvoorstel.

47. MvT, par. 2.

48. Art. 196 van het wetsvoorstel.

49. Zie art. 30a en 30i van het wetsvoorstel.

50. Zie de MvT, par. 5.7, en de MvT bij art. 166 Rv.

51. Zie ook de MvT bij art. 149a Rv bij het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht.

52. Parl. Gesch. Herz. Rv., p. 6-7, 279, 280. De wetgever benadrukte dat partijen in hun eerste schriftelijke stukken 'volledige openheid van zaken' moeten geven en niet mogen komen met 'vage' stellingen. De destijds kennelijk gangbare 'houd-je-kruit-droog-tactiek' moest worden uitgebannen.

53. Zie art. 149 Rv en K. van der Kraats, 'De stelplicht: geen kraaienpoot maar een 'sinkhole', *AA* 2018, p. 262-266, par. 5.

54. Zie HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, *NJ* 2017/24 (*X/Waterland*) en M.A.J.G. Janssen, 'De Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht over getuigenbewijs', *TvPP* 2017/5, par. 4.

leren. Het kan doelmatig en verstandig zijn indien partijen dergelijke schriftelijke verklaringen van getuigen overleggen. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat partijen en de rechter na het inbrengen van schriftelijke verklaringen geen reden meer zien om over te gaan tot een duur en tijdrovend mondeling verhoor.

Het is met name de mogelijke ‘sanctie’ dat de rechter zelf af zal kunnen zien van het horen van getuigen die vragen oproept. Partijen en advocaten kunnen op voorhand niet precies inschatten wat moet worden verstaan onder de informatie die ‘redelijkerwijs’ kan worden verkregen en die ‘redelijkerwijs’ voorzienbaar van belang is. Wat kan bijvoorbeeld van partijen worden verwacht indien zij – bijvoorbeeld vanwege beslaglegging of mogelijke verjarings- of vervaltermijnen – genoodzaakt zijn op korte termijn een procedure aanhangig te maken? Onduidelijkheid zal ertoe bijdragen dat partijen zich defensief en risicomijdend zullen opstellen. Het is aannemelijk dat dit zal kunnen leiden tot onnodige hoge kosten in de voorfase.

De eiser die wil voorkomen dat hij zijn recht op bewijslevering verspeelt, zal aldus zekerheidshalve over de volle breedte van het geschil uitgebreide schriftelijke getuigenverklaringen in het geding moeten brengen.⁵⁵ Dit terwijl het nog onduidelijk is welke verweren de wederpartij precies zal voeren. Dat is problematisch indien uit het latere verweer blijkt dat de wederpartij een gedeelte van de feitelijke stellingen geenszins betwist en ook niet zou hebben betwist.⁵⁶ Dan zijn de kosten voor het opstellen van langere processtukken en van schriftelijke getuigenverklaringen grotendeels nodeloos gebleken.

Op eenzelfde wijze zullen partijen zich vaker genoodzaakt voelen een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken alvorens een procedure aanhangig te maken.⁵⁷ Het is de vraag of een voorlopig getuigenverhoor – op een moment dat het partijdebat nog niet is uitgekristalliseerd – effectief zal worden ingezet. Belangrijker is evenwel dat een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen kan uitmonden in een op zichzelf staande procedure. De ervaring leert dat het vele maanden kan duren alvorens wordt beslist op een dergelijk verzoek. Het horen van getuigen in enquête en contra-enquête zal vervolgens ook tijd kosten. Het gevolg zal vermoedelijk zijn dat partijen vaker dan nu het geval is twee afzonderlijke procedures moeten doorlopen in plaats van één.

Het wetsvoorstel kan aldus in voorkomende gevallen afbreuk doen aan de doelstelling geschillen rechtvaardig en op doelmatige wijze te beslechten. Het mogelijke gevaar van (te) hoge kosten en vertragingen in de voorfase wordt algemeen

onderkend (‘front loading’).⁵⁸ Het wetsvoorstel bevat helaas geen nadere analyse of empirische onderbouwing waaruit zou blijken dat de mogelijke efficiencyvoordelen van de voorgestelde regelingen opwegen tegen de mogelijke nadelen. Anders gezegd: het voorstel licht niet toe waarom deze regels over de gehele linie zullen leiden tot een optimale (en niet alleen een meer grondige) voorbereiding. Het is ook jammer dat weinig is gedaan met de ervaringen in o.m. Engeland en Wales met soortgelijke regels. In Engeland is gebleken dat pre action protocols die zijn toegesneden op specifieke categorieën van zaken effectief waren. De ervaringen met algemene pre-processuele verplichtingen zijn echter niet positief gebleken.⁵⁹ Het gevaar van hoge en mogelijk ook onnodige kosten in de voorfase lijkt op basis van de aldaar opgedane ervaringen reëel.

5 Het verloop van de procedure: naar een geconcentreerde bewijslevering?

De bestaande wetsbepalingen inzake de structuur van het verhoor van getuigen voeren op hoofdlijnen terug tot de 19e-eeuwse wetgeving.⁶⁰ De algehele gedachte is dat partijen eerst schriftelijk of mondeling stelling nemen, waarna de rechter (in een tussenvonnis) kan vaststellen of een getuigenverhoor benodigd is. Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan zal een bewijsopdracht worden gegeven. Doorgaans is de partij op wie de bewijslast rust het eerst aan zet: zij kan getuigen opgeven ten behoeve van de enquête. Vervolgens heeft de wederpartij een wettelijk recht op een zogenoemde contra-enquête.⁶¹ Het recht op hoor en wederhoor brengt bovendien mee dat partijen na de contra-enquête het recht hebben zich uit te laten over hetgeen de getuigen onder ede hebben verklaard. Dat betekent vaak dat nog een schriftelijke ronde volgt. Het horen van getuigen leidt in het bestaande procesmodel tot een versnipperd proces bestaande uit meerdere zittingen: de comparitie, de enquête en de contra-enquête.

De nieuwe KEI-wetgeving – die nog niet landelijk is uitgerold – maakt het mogelijk dat de rechter tijdens de mondelinge behandeling getuigen of deskundigen hoort (art. 30k Rv).⁶²

58. Zie bijv. A. Hammerstein e.a., *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, par. 40.

59. Zie bijv. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, The Stationary Office 2010, p. xxii: ‘6.1 Pre-action protocols (chapter 35). There are ten pre-action protocols for specific types of litigation. By-and-large they perform a useful function, by encouraging the early settlement of disputes, which thereby leads (in such cases) to the costs of litigation being avoided. I recommend that these specific protocols be retained, albeit with certain amendments to improve their operation (and to keep pre-action costs proportionate). 6.2 On the other hand, the Practice Direction – Pre-Action Conduct, which was introduced in 2009 as a general practice direction for all types of litigation, is unsuitable as it adopts a ‘one size fits all’ approach, often leading to pre-action costs being incurred unnecessarily (and wastefully). I recommend that substantial parts of this practice direction be repealed. (...)’

60. Vgl. R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, Deel IV-2, Leiden: Brill 1897, § 123 e.v.

61. Art. 168 Rv.

62. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, 3 (MvT), p. 7, 26-27 en 70-72 waarin de regiefunctie van de rechter wordt benadrukt. Art. 30k lid 2 Rv: ‘Met voorafgaande toestemming van de rechter kunnen tijdens de mondelinge behandeling getuigen of partijdeskundigen worden gehoord (...)’.

55. De zogenoemde ‘dubbele redelijkheidstoets’ brengt immers mee dat informatie moet worden verstrekt over waarvan ‘redelijkerwijs voorzienbaar’ is dat deze relevant is. Zie MvT bij art. 149a en 149b Rv.

56. Zie in gelijke zin: Zie K. van der Kraats, ‘De stelplicht: geen kraaienpoot maar een ‘sinkhole’, *AA* 2018, p. 262-266, par. 5.

57. Het verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor is niet expliciet verplicht gesteld. Indien een partij echter geen schriftelijke verklaring kan inbrengen en evenmin verzoekt om een voorlopig getuigenverhoor dan is het evenwel onzeker of hij nog in de gelegenheid wordt gesteld getuigen te horen. De rechter heeft dan een discretionaire bevoegdheid om geen verhoor te gelasten. Een partij die getuigen wil horen zal dan feitelijk gedwongen worden een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken.

In het wetsvoorstel wordt voortgebouwd op deze regeling. Art. 166 Rv bepaalt dat toestemming kan worden verleend 'voor het horen van getuigen tijdens de mondelinge behandeling'. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de rechter regie moet kunnen voeren om waar mogelijk direct na de mondelinge behandeling een uitspraak te doen.⁶³

Het voorstel sluit aan bij het procesmodel dat internationaal gangbaar is. In de meeste jurisdicties vinden de bewijslevering en de slotpleidooien waar mogelijk plaats tijdens één geconcentreerde behandeling. In Anglo-Amerikaanse jurisdicties bestaat bijvoorbeeld een lange traditie waar al het bewijs tijdens één lange ononderbroken zitting wordt gepresenteerd (trial).⁶⁴ Ook in continentale rechtstradities, zoals Duitsland, geldt dat waar mogelijk wordt volstaan met één mondelinge zitting. Men spreekt in dit verband van een Konzentrationsmaxime.⁶⁵ Dat de geconcentreerde mondelinge behandeling internationaal als de norm wordt gezien, blijkt ook uit de ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Deze hanteren als vuistregel dat de bewijslevering en de slotpleidooien tijdens één geconcentreerde mondelinge behandeling plaatsvinden:

Principle 9.4 In the final phase evidence not already received by the court according to Principle 9.3.6 ordinarily should be presented in a concentrated final hearing at which the parties should also make their concluding arguments.

Comment:

(...) P-9C Traditionally, courts in civil-law systems functioned through a sequence of short hearings, while those in common-law systems organized a proceeding around a final 'trial.' However, courts in modern practice in both systems provide for preliminary hearings and civil law systems have increasingly come to employ a concentrated final hearing for most evidence concerning the merits.⁶⁶

Het bestaande versnipperde Nederlandse 'meezittingenmodel' leidt tot onnodige vertragingen. Het houden van de enquête, contra-enquête en de al dan niet daaropvolgende conclusies of pleidooien kost meer tijd dan een geconcentreerde behandeling. De bestaande praktijk leidt ook tot kosten. Zittingen moeten meermaals worden ingepland. Partijen moeten meermaals naar het gerechtshuis afreizen. Rechters en advocaten zullen het geheugen moeten opfrissen en zullen

meermaals stukken uit het dossier moeten doornemen. Indien wij een doelmatigheidsslag willen maken, dienen we de kerngedachte dat een geconcentreerde behandeling de voorkeur verdient te omarmen. Het uitgangspunt dient te luiden dat indien mogelijk wordt volstaan met één enkele zitting. Idealerweise zou dat uitgangspunt uitdrukkelijk in de wet verankerd moeten worden.⁶⁷ Het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht zet daartoe een ferme stap in de juiste richting.⁶⁸

Uiteraard kan het zo zijn dat in meer complexe zaken niet kan worden volstaan met één schriftelijke ronde en één mondelinge zitting.⁶⁹ De rechter dient immers te waarborgen dat partijen in de gelegenheid worden gesteld adequaat te reageren op de over en weer ingenomen stellingen. Ook dienen zij de gelegenheid te hebben zich uit te laten over getuigenverklaringen en om tegenbewijs te leveren. Het is evenmin de bedoeling dat partijen tijdens een (afsluitende) zitting verrast worden met nieuw of onverwachts bewijs. In voorkomende gevallen zal het daarom bijvoorbeeld geëigend kunnen zijn dat een tweede schriftelijke ronde wordt ingelast, dat een voorbereidende zitting plaatsvindt, dat een richtinggevende tussenuitspraak wordt gewezen, of dat de gelegenheid wordt geboden voor een nadere memorie na bewijslevering.⁷⁰ Dat laat uiteraard onverlet dat het ook in complexe zaken mogelijk moet zijn om te komen tot een meer doelmatige behandeling, alleen al door enquête en contra-enquête te combineren.⁷¹

6 Afronding en conclusie

Een moderne wettelijke regeling over het horen van getuigen moet bijdragen aan een rechtvaardige en doelmatige afwikkeling van geschillen. Het nieuwe wetsvoorstel veronderstelt terecht dat doelmatigheidsoverwegingen een grote rol kunnen en moeten spelen bij de bewijslevering door getuigen.

De vraag is gerechtvaardigd of de bestaande wettelijke regeling verbetering behoeft om de effectiviteit en doelmatigheid van het civiele proces te bevorderen. Het is evenwel niet eenvoudig door middel van een wetswijziging te komen tot een meer effectieve en efficiënte inzet van middelen. Het laaghangend fruit is reeds lang geleden geplukt. Mogelijk kan in sommige zaken wel een bescheiden winst worden behaald indien – in navolging van het wetsvoorstel – werk wordt gemaakt van een geconcentreerde mondelinge behandeling. Ik acht het evenwel twijfelachtig of werkelijke efficiencyverbeteringen zullen optreden door andere maatregelen, zoals de meer

63. MvT, par. 5.7.

64. Dit betreft de zogenoemde trial fase. Historisch gezien was het noodzakelijk dat al het bewijs gelijktijdig en aaneengesloten werd gepresenteerd vanwege het feit dat de jury oordeelde over de feiten.

65. Vgl. inzake het Duitse recht § 272(1) ZPO 'Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zur erledigen.'

66. American Law Institute and UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press 2005, Principle 9. Dit uitgangspunt lijkt ook te worden gevolgd bij de totstandkoming van de ELI/UNIDROIT Regional Rules of Civil Procedure, zie het rapport van de bespreking d.d. 9-10 april 2018, beschikbaar op www.unidroit.org.

67. Dit vergt in het bijzonder een aanpassing van het huidige art. 168 Rv.

68. Art. 30k Rv is door velen om uiteenlopende redenen positief ontvangen. Zie bijv. A. Hammerstein e.a., *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, 2017, p. 70 en Y.A. Wehrmeijer en E.M. Hoogvorst, 'Naar een modern burgerlijk bewijsrecht?', TCR 2018/1, par. 6.3.

69. Zie ook de MvT bij het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht, par. 5.7.

70. Zie bijv. HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova*) voor een voorbeeld waar het onverwachts meebrengen van getuigen naar een arbitrale zitting, zonder dat een gelegenheid werd geboden voor tegenbewijs, een schending van het beginsel van hoor en wederhoor opleverde.

71. De huidige redactie van art. 168 Rv veronderstelt dat de enquête en de contra-enquête op twee verschillende zittingsdagen plaatsvinden, maar maakt een uitzondering mogelijk na overleg met partijen. Zie Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 252 (MvT RO).

algemene verplichting voor partijen om in de pre-processuele fase (getuigen)bewijs te verzamelen.

Het is de vraag of wetswijzingen op zichzelf afdoende zijn om te komen tot een effectiever en efficiënter verhoor van getuigen. De eerste KEI-ervaringen laten zien dat de verwachtingen van procesinnovaties soms te hoog gespannen zijn. Gedragsveranderingen bij partijen en advocaten worden niet alleen bewerkstelligd door de wet te wijzigen. Daarnaast is voor een effectief verhoor van getuigen vereist dat afdoende middelen beschikbaar worden gesteld voor de rechtspraak om te besteden aan waarheidsvinding, in het bijzonder in meer complexe zaken. Indien aanvullende financiering uitblijft, kan de rechter de beoogde regiefunctie moeilijk vervullen en niet afdoende toezien op de naleving van de verplichtingen van partijen. Dan zal het getuigenverhoor ten overstaan van de rechter in te sterke mate worden teruggedrongen.