

HC 4B, 10-05-2019

Komend bewijsrecht

Achtergrond bewijsrecht

We gaan vandaag het onderdeel bewijsrecht afronden met een blik op de toekomst. Het hoofd onderwerp van vandaag is het **concept wetsvoorstel modernisering bewijsrecht**. Eerst gaan we bekijken waar het bewijsrecht vandaan komt. In het verleden zijn er veel voorstellen gedaan om het bewijsrecht aan te passen, maar veel van die voorstellen zijn gestrand. In 1838 is de codificatie van het privaatrecht tot stand gekomen. In die oude wetboeken was het bewijsrecht verspreid over het burgerlijk wetboek en rechtsvordering. Voor de bewijskracht en bewijswaardering bestonden allerlei wettelijke voorschriften. Tegenwoordig is de bewijswaardering aan de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. Ook is tegenwoordig bijna alles als bewijsmiddel toegelaten. Vroeger gold dat alleen voor de middelen die in de wet staan. Toen zijn er commissies geweest die het bewijsrecht aan een update hebben geprobeerd te helpen. De staatscommissie Feith heeft in 1903 een wetsvoorstel gedaan, maar die werd door de regering ingetrokken in 1928. De reden hiervoor was dat er al een andere commissie aan het werk was, namelijk de staatscommissie Gratama. Naast de opdracht bewijsrecht kwam die commissie ook met een voorstel om het gehele burgerlijk procesrecht te moderniseren. De regering heeft daar nooit een wetsvoorstel van durven maken. In 1920 vond de commissie Gratama al dat procedures veel te lang duren en veel te formalistisch waren. Dat was in die tijd niet het geval. Procedures werden gekenmerkt door veel schriftelijke stukken en mondelinge behandelingen kwamen bijna niet voor. Uiteindelijk werd de wet niet aangepast en werd de commissie Gratama in 1959 gevolgd door de staatscommissie Star Busman. Die commissie had typisch het bewijsrecht als opdracht. Uiteindelijk heeft dat 10 jaar op het bureau van de minister gelegen en toen heeft de minister een wetsvoorstel gemaakt n.a.v. de voorstellen van de staatscommissie Star Busman. Het wetsvoorstel heeft ook weer jaren bij het parlement gelegen alvorens zij daar over gingen beraadslagen. In 1987 is het wetsvoorstel aangenomen en ingevoerd per 1 januari 1988. In de loop der jaren zijn er wel tussenwijzigingen geweest, maar dat waren geen grote veranderingen. Echter, het schrappen van de onmogelijkheid om getuigenbewijs te leveren als de vordering meer was dan 300 gulden was wel een grote verandering. Voor die tijd mocht men geen bewijs leveren door middel van getuigen indien de vordering meer was dan 300 gulden. Die regel is ontleend aan een oude regel van de Franse koning in 1566. De achterliggende gedachte was dat getuigenbewijs onbetrouwbaar was. Een andere grote verandering was het afschaffen van de mogelijkheid om getuigen te wraken en het afschaffen van de onmogelijkheid om tegen de inhoud van een akte tegenbewijs te leveren door middel van getuigen. In 1951 is de mogelijkheid van voorlopig getuigenverhoor ingevoerd.

Nieuw in 1988

In 1988 is de regel in artikel 152 lid 1 Rv ingevoerd dat bewijs door alle middelen geleverd kan worden. Voorheen stond er een uitputtende lijst van bewijsmiddelen in de wet. Tegenwoordig is men niet meer gebonden aan die wettelijke opsomming. In hetzelfde artikel is de **vrije bewijswaardering** door de rechter ingevoerd, zie artikel 152 lid 2 Rv. Er kwam dus een einde aan de regel van ‘unus testis’. Immers, de bewijswaardering werd nu volledig aan de rechter overgelaten. Ook werd in 1988 de partijgetuige ingevoerd, zie artikel 164 Rv. Voorheen konden partijen niet als getuigen optreden. Sinds 1988 kan dat wel, maar wel met een beperkte bewijskracht van die getuigenverklaring. Het kan alleen ter aanvulling van onvolledig bewijs dienen. Het voorlopig getuigenverhoor was al in 1951 ingevoerd en in 1988 kwam het voorlopig deskundigenbewijs en voorlopige descende erbij, zie artikelen 202 tot 207 Rv. Tevens is er lang gediscussieerd over de vraag of het bewijsrecht ook van toepassing moet zijn in kort geding. Uiteindelijk is dat niet in de wet opgenomen.

Ontwikkelingen na 1988

Na 1988 zijn er ook enige wijzigingen geweest. Artikel 162 Rv (de openlegging van boeken) is in 2002 ingevoerd. Ook is in dat jaar de mogelijkheid om partijdeskundigen te horen opgenomen in artikel 200 Rv. Sinds 2010 kennen we de regeling van de elektronische onderhandse akte conform artikel 156a Rv. Het wetsvoorstel over het inzagerecht is in 2017 ingetrokken en ter vervanging daarvan kwam er een nieuw wetsvoorstel.

Conceptwetsvoorstel

De minister laat altijd eerst deskundigen het voorwerk doen. In dit geval is de expertgroep Modernisering Burgerlijk Procesrecht (bestaande uit Hammerstein, De Bock en Asser) benoemd. Hammerstein en De Bock zijn afkomstig uit de rechterlijke macht. Het lijkt erop dat het conceptwetsvoorstel met name geschreven is vanuit het perspectief van de rechter en niet vanuit het perspectief van de advocatuur. Daarom is er vooral vanuit de advocatuur kritiek op dit wetsvoorstel. Het advies van de commissie is uitgebracht in 2017 en is vervolgens integraal overgenomen door de minister en in een conceptwetsvoorstel gegoten. Het conceptwetsvoorstel is op internet gepubliceerd. Iedereen kan dus zijn mening erover geven. De internetconsultatie is inmiddels gesloten. Dit voorjaar zal het voorstel bij de Kamer worden ingediend, maar dat is tot op heden nog niet gebeurd.

Hoofdpijnen conceptwetsvoorstel

Het eerste kernpunt is de verplichting die aan partijen wordt opgelegd om voorafgaand aan de procedure alle informatie te delen en openbaar te maken. Het tweede kernpunt is de mogelijkheid om feitelijke grondslagen te bespreken. Dit houdt in dat de rechter feitelijke grondslagen ambtshalve aan de orde kan stellen. Als uitvloeisel van het eerste punt wordt een algemene bepaling over het verrichten van voorlopige bewijsverrichtingen opgenomen. Na het indienen van een verzoek tot het houden van voorlopige bewijsverrichtingen volgt er een mondelinge behandeling. Tijdens die mondelinge behandeling zal dan meer aan de orde komen dan alleen het verzoekschrift. De rechter zal namelijk proberen om partijen tot een schikking te laten komen. Het vierde kernpunt is het combineren van meerdere verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen in een verzoekschrift. Het vijfde kernpunt is dat het inzagerecht uit het huidige artikel 843a Rv wordt overgeheveld naar art 149a Rv. De inhoud zal enigszins verschillen. Het zesde kernpunt is dat hetgeen de Hoge Raad heeft besloten in de zaak **Molenbeek/Begeer Invest** wordt gecodificeerd, namelijk dat bewijsbeslag in niet-IE-zaken ook mogelijk is. Het zevende kernpunt is dat het bewijsrecht aangepast wordt aan KEI. Het achtste kernpunt laat zien dat er in dit wetsvoorstel belang gehecht wordt aan het overleggen van schriftelijke getuigenverklaringen. Immers, als men een getuige wil horen dan kan hij/zij ook van tevoren vragen om de verklaring op papier te zetten. De minister hoopt daarmee dat het aantal bewijsverrichtingen tijdens de procedure zal afnemen.

Aanleiding voor wetsvoorstel

De civiele procedures duurden te lang en waren te complex. In beginsel wordt zes weken na een dagvaarding de conclusie van antwoord ingediend. Aan het begin van een procedure gaat het dus best vlot, maar daarna treden vertragingen op. De vertragingen zijn vooral bij de rechterlijke macht te zien. Sinds 2002 zijn er amper mogelijkheden meer om procedures te rekken. Ook zijn processen vereenvoudigd. De meeste civiele zaken eindigen in een verstekvonnis. Dat gaat het snelst. Bewijsverrichtingen die ook eerder hadden kunnen plaatsvinden, werken vertragend. Er gelden verschillende toetsingscriteria voor de diverse bewijsverrichtingen. Tegenwoordig is een uitspraak niet altijd gebaseerd op de (materiële) waarheid, omdat niet alle feiten aan de orde zijn gekomen en de rechter zich moet baseren op een onjuist/onvolledig dossier.

Doelstellingen

Uiteraard wil de minister een oplossing voor de problemen. Procedures moeten eenvoudiger, sneller, flexibeler en efficiënter worden. De bewijsvergaring, dus de informatieverzameling, moet naar voren worden gehaald en vereenvoudigd worden. Het wordt zo erg naar voren gehaald, dat het zelfs voorafgaand aan een procedure dient te gebeuren. De bevoegdheden van de rechter om de materiële waarheid te achterhalen wordt uitgebreid. De uitspraak wordt op deze manier meer gebaseerd op de materiële waarheid. De informatieverzameling en de bewijsvergaring vooraf is een verplichting die voor beide partijen wordt opgelegd. Op grond van artikel 149a Rv moet alle informatie die redelijkerwijs verkrijgbaar is en waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat zij relevant is op tafel worden gelegd. Als dat niet gebeurt kan er een sanctie volgen. Deze belangrijke wijziging van de informatieverzameling leidt er toe dat er geen voorlopige bewijsverrichtingen meer tijdens de procedure worden gedaan. Een ander doel van het wetsvoorstel is het creëren van een actievere rol van de rechter. Artikel 24 Rv wordt gewijzigd. Aan lid 1 wordt toegevoegd dat de rechter zich ook mag baseren op hetgeen verder tijdens het geding aan de rechter ter kennis is gekomen. Op grond van lid 2

kan de rechter de partijen ambtshalve wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Het is denkbaar dat het gevaar ontstaat dat de rechter mee procedeert. Men kan verzoeken om voorlopige bewijsverrichting(en). Tijdens die mondelinge behandeling zal de rechter beoordelen of het bewijs dat gevraagd wordt nodig is en of het bewijs ook op een andere manier verkregen kan worden, bijvoorbeeld schriftelijk. Ook zal de rechter proberen om tot een schikking te komen. Op grond van artikel 199 Rv bestaat de mogelijkheid om een nieuwe mondelinge behandeling te laten plaatsvinden na de bewijsverrichting(en). Een andere hoofdlijn van het wetsvoorstel is de mogelijkheid om een gecombineerd verzoek in te dienen wanneer er meerdere voorlopige bewijsverrichtingen zijn. Dan worden de verzoeken dus via één verzoekschrift ingediend. In beginsel moet de rechter het verzoek toewijzen. Conform artikel 196 lid 2 Rv moet de rechter zo'n verzoek beoordelen naar aanleiding van vijf criteria. Deze criteria gelden voor alle soorten verzoeken, dus de toetsingscriteria zijn gelijk getrokken. Een andere hoofdlijn van het wetsvoorstel gaat over het inzagerecht. Artikel 843a Rv wordt vervangen door artikel 149b Rv. Artikel 843a lid 4 Rv vervalt. Met het nieuwe wetsvoorstel wordt het bewijsbeslag gecodificeerd, maar eigenlijk is dat een letterlijke codificatie van de regel uit het arrest **Molenbeek/Begeer Invest**. Materieel gezien verandert er bijna niets aan het bewijsbeslag. Het wetsvoorstel is gebaseerd op de KEI-wetgeving. Echter, de KEI-wetgeving zal weer ingetrokken worden en dan gaan we weer terug naar het oude systeem, maar een aantal bepalingen van de KEI-wetgeving, met name de bepalingen over de mondelinge behandeling ex art 30k Rv e.v., blijven bestaan. In het wetsvoorstel wordt aangemoedigd om schriftelijke getuigenverklaringen in het geding te brengen. In de dagvaarding en de conclusie van antwoord moeten partijen aangeven welke schriftelijke getuigenverklaringen zij hebben. Als een partij geen verklaringen heeft dient de partij uit te leggen wat de reden daarvoor is.