

VOORWOORD BIJ EERDERE DRUK

Voorwoord bij de eerste druk

In 1915 verscheen het aan het bewijsrecht gewijde vijfde deel van de Asser-serie, met de aan het toenmalige Burgerlijk Wetboek ontleende titel 'Van bewijs'. Het was geschreven door Anne Anema, in leven hoogleraar aan de Vrije Universiteit. Een ronduit magistraal boek dat nog steeds zijn waarde heeft als kenbron van de grondslagen van ons bewijsrecht. Asser/Anema werd een begrip. Bijna zestig jaar geleden – in 1953 – is de laatste druk uitgekomen, welke voor een deel is verzorgd door Anema zelf maar voor het overgrote deel door zijn leerling P.J. Verdam.

Als gevolg van het project van het NBW kwam in 1959 een eerste ontwerp voor een nieuw bewijsrecht tot stand. Bijna dertig jaar – tot 1988 – heeft men op het nieuwe bewijsrecht moeten wachten. Rond 1970 – in 1969 was het regeringsontwerp aanhangig bij de Tweede Kamer – gemaakt, heeft de toenmalige uitgever, W.E.J. Tjeenk Willink, aan D.J. Veegens gevraagd een nieuwe druk te verzorgen voor de Asser/Anema/Verdam. Uiteindelijk heeft dat niet tot een nieuwe druk geleid – daarvoor was er te veel veranderd in het bewijsrecht – maar tot drie nieuwe boeken. Het eerste was de studiepocket van Veegens over het gezag van gewijsde (1972), een onderwerp dat in het oude BW als onderdeel van het bewijsrecht voorkwam en daarom ook in het boek van Anema wordt behandeld. Vervolgens verschenen twee delen van een nieuw handboek onder redactie van Veegens en K. Wiersma: 'Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken'. Het eerste deel, 'Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast' (1972), is van Veegens en het tweede deel, 'Bewijs door geschriften' (1988), van H.W. Wiersma en K. Wiersma. Daarna zijn geen delen meer verschenen van dit handboek, dat overigens ook in de plaats kwam van een nieuwe – door K. Wiersma te verzorgen – druk van het bij dezelfde uitgever in 1940 verschenen 'Nederlandsch Burgerlijk Bewijsrecht' van de hand van de Groningse hoogleraar F.G. Scheltema (voltooid door zijn broer H.J. Scheltema).

De boeken van Veegens en Wiersma beoogden nog het boek van Anema en Verdam te vervangen. Dat wil dit nieuwe boek over bewijs in de Asser-serie niet. Het is een geheel nieuw boek met een opzet die afwijkt van de gebruikelijke, op de wettelijke regeling georiënteerde opzet in boeken over bewijsrecht. Het is geen commentaar op alle aspecten van het bewijs. Het beoogt naast een behandeling van de belangrijke uitgangspunten zoals de rol van het feit in de rechtstoepassing, de waarheidsvinding en de grenzen daaraan, inzicht te verschaffen in de verschillende thema's rond de informatie die in het civiele proces wordt gegeven, gevraagd, verkregen en soms afgedwongen met het oog op

de vaststelling van de feitelijke grondslag van de rechterlijke beslissing. Thema's zijn bijvoorbeeld vertrouwelijkheid van de informatie, betrouwbaarheid van de informatiebronnen en preprocesuele verzameling van informatie. Algemene processuele voorschriften en de specifiek bewijsrechtelijke komen per thema bij elkaar. Uitgangspunt bij de beschouwingen is de waarheidsvinding in het proces als beginsel van procesrecht die meebrengt dat zoveel mogelijk relevante informatie in het proces ter tafel moet kunnen komen om de partijen in staat te stellen tot een behoorlijk debat en de rechter tot een beslissing die is gebaseerd op een deugdelijke feitelijke grondslag.

In het geheel door de bewijsrechtelijke traditie bepaalde wettelijke systeem en de daarop gebaseerde commentaren en handboeken staan naast de algemene voorschriften van bewijsrecht, de bewijsmiddelen, zoals geschriften, getuigen, deskundigen, centraal. De thematische opzet van dit boek brengt mee dat die voorschriften en bronnen van informatie per thema de revue passeren. Het getuigenbewijs zal men dus niet alleen behandeld zien in een paragraaf over de getuige als informatiebron, maar ook tegenkomen bij de verschillende thema's. Een hoofdstuk waarin het getuigenbewijs in al zijn aspecten wordt behandeld ontbreekt dus. De eenheid van behandeling van de thema's prevaleert boven de eenheid bij de behandeling van de informatiebron.

De bewijslastverdeling vormt een afzonderlijk onderdeel en sluit het boek af. Zij vormt ook in de werkelijkheid van het proces en de rechterlijke oordeelsvorming het sluitstuk, omdat zij niet zozeer de waarheidsvinding dient maar de rechter een baken geeft om ook in een mist van onopgehelderde feiten, een beslissing te geven die voldoet aan de regels van het recht. Het hoofdstuk berust op teksten die ik eerder schreef in mijn in 2004 verschenen boek over de bewijslastverdeling.

De kopij is afgesloten op 1 september 2012.

Bussum, 1 september 2012

W.D.H. Asser

VOORWOORD BIJ DE TWEEDE DRUK

Deze nieuwe druk bevat ten opzichte van de vorige geen fundamentele wijzigingen. De tekst is wel op veel plaatsen aangevuld, waar duidelijkheidshalve nodig, herschreven en aangepast aan gewijzigde regelgeving, rechtspraak en sinds de vorige druk verschenen literatuur. Ook zijn de gebruikte buitenlandse bronnen geactualiseerd. De belangrijkste verandering is dat nu wordt uitgegaan van de algemene gelding van de wetgeving in het kader van KEI omdat in 2017 is begonnen met de invoering daarvan en deze binnen afzienbare tijd zal zijn voltooid. Tekstuele onvolkomenheden in de eerste druk zijn hersteld.

De kopij is afgesloten op 1 oktober 2017.

Bussum, 6 november 2017

Daan Asser

INHOUDSOPGAVE

<i>Voorwoord bij eerdere druk</i>	IX
<i>Voorwoord bij de tweede druk</i>	XI
<i>Uitgebreide inhoudsopgave</i>	XVII
<i>Lijst van verkort aangehaalde werken</i>	XXVII
Hoofdstuk 1 - Inleiding	1
1.1 Afstamming en tradities	1
1.2 Procesrechthervormingen	7
1.3 Plaats van ons wettelijk bewijsrecht	14
1.4 Internationaal privaatrecht	20
1.5 Europese en internationale ontwikkelingen	22
1.6 Toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht	30
Hoofdstuk 2 - Informatie en bewijs	33
2.1 Een overzicht	33
2.2 Feiten	36
2.3 De klassieke functie van feitelijke informatie bij de toepassing van het recht – feiten en hun rechtsgevolg	37
2.4 Informatie in het proces	46
2.5 Bewijzen: verificatie van specifieke informatie	57
2.6 Vrijheid van informatie: bewijs door alle middelen	61
2.7 Vrijheid van tegenspraak: tegenbewijs	66
2.8 Een recht op bewijs?	75
Hoofdstuk 3 - Waarheidsvinding	83
3.1 Taking facts seriously	83
3.2 Op zoek naar de werkelijke feiten: waarheidsvinding	85
3.3 Waarborgen van waarheidsvinding	91
3.4 Onmiddellijkheid	94
3.5 Samenwerking tussen partijen en rechter?	101
3.6 Dwangmiddelen	103
3.7 Enkele sancties	106
Hoofdstuk 4 - Grenzen van de waarheidsvinding	113
4.1 Inleiding	113
4.2 Partijautonomie	117
4.2.1 Inleiding	117
4.2.2 De feitelijke grondslag van de beslissing: art. 149 Rv	119

4.2.3	De bewijsovereenkomst	134
4.2.4	Erkenning	140
4.3	Vertrouwelijkheid en geheimhouding	151
4.3.1	Inleiding	151
4.3.2	Verschoningsrecht	154
4.3.3	Gewichtige redenen	180
4.3.4	Onrechtmatig verkregen informatie	186
4.4	Misbruik en ontbreken van procesbelang	193
	Hoofdstuk 5 - Bronnen van informatie voor het bewijs (bewijsmiddelen)	201
5.1	Inleiding	201
5.2	Geschriften en elektronische gegevens	201
5.2.1	Geschriften	201
5.2.2	Elektronische gegevens	204
5.2.3	Akten	205
5.3	Verklaringen ten overstaan van de rechter: partijen en derden (getuigen en deskundigen)	209
5.3.1	Inleiding	209
5.3.2	Partijverklaringen	211
5.3.3	Getuigenverklaringen	215
5.3.4	De deskundige en de descente	230
	Hoofdstuk 6 - Preprocessuele informatieverzameling voor het bewijs	235
6.1	Inleiding	235
6.2	Exhibitierecht en -plicht	240
6.2.1	Exhibitie	240
6.2.2	Geschiedenis van de exhibitieplicht in Nederland	244
6.2.3	Diverse met exhibitie verwante bepalingen	248
6.2.4	Art. 843a Rv	252
6.2.5	De exhibitiebepalingen in wetsvoorstel 33079	259
6.3	Bewijsbeslag	264
6.4	Openlegging van boeken	271
	Hoofdstuk 7 - Bewijslevering	273
7.1	Inleiding	273
7.2	Bewijsaandraagplicht	274
7.3	Het in de procedure brengen van informatie voor het bewijs	276
7.3.1	Geschriften (producties)	277
7.3.2	Getuigen	283
7.3.3	Het bewijsaanbod	284
7.3.4	Het horen van de getuigen	301
7.3.5	Verzoek tot het bevelen van een deskundigenbericht en descente	309
7.3.6	Het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht	314
7.3.7	Een andere benadering	324

	Hoofdstuk 8 - Het bewijsoordeel	327
8.1	Inleiding	327
8.2	De betrouwbaarheid van de informatie	329
	8.2.1 Authenticiteit en integriteit	329
	8.2.2 Het geschrift	332
	8.2.3 De authenticiteit en integriteit van de akte: twee bewijsregels	334
	8.2.4 De (on)betrouwbaarheid van het getuigenbewijs	335
	8.2.5 De betrouwbaarheid van het deskundigenadvies	340
8.3	Bewijskracht	342
	8.3.1 De vrijheid en de onvrijheid ten aanzien van het bewijsoordeel	342
	8.3.2 Akten en het strafvonnis	344
	8.3.3 Getuigen en partijen	346
8.4	De maatstaven voor het bewijsoordeel	348
8.5	Het bewijsinterlocutoir	354
	Hoofdstuk 9 - De verdeling van het bewijsrisico	359
9.1	Bewijslast	359
9.2	De ratio voor regels van bewijslastverdeling	362
9.3	Theoretische onderbouwing van de bewijslastverdeling	363
	9.3.1 Verschillende uitgangspunten	363
9.4	De procesrechtelijke theorie van Anema	365
9.5	De objectiefrechtelijke theorie	367
	9.5.1 De Duitse herkomst: Normentheorie	367
	9.5.2 Stelplicht	369
	9.5.3 Bewijsrisico en non liquet	370
	9.5.4 Stelplicht, bewijslast en bewijsrisico	371
	9.5.5 Keuze voor de objectiefrechtelijke theorie	372
9.6	De bewijslastverdeling in de wet	374
	9.6.1 Een algemene bepaling in de wet	374
	9.6.2 Art. 150 Rv	375
9.7	Stellen en motiveren	375
9.8	De kwalificatie van het verweer	377
9.9	Afwijken van de hoofdregel	380
9.10	Redelijkheid en billijkheid	380
9.11	Omkering van het bewijsrisico	381
9.12	Ratio van de omkering	385
9.13	Het vermoeden	386
	9.13.1 Direct en indirect bewijs; feiten en hulpfeiten	386
	9.13.2 Vermoeden	387
	9.13.3 De soorten vermoedens; terminologie	388
9.14	De wettelijke vermoedens	389
	9.14.1 Het 'onweerlegbare wettelijke vermoeden'	389
	9.14.2 Weerlegbare wettelijke vermoedens	390
9.15	Rechterlijke vermoedens	391
	9.15.1 Jurisprudentiële vermoedens; de 'omkeringsregel'	391
	9.15.2 Het rechterlijke of feitelijke vermoeden en het 'voorschandse' bewijsoordeel	394

9.16	Ingrijpen in het debat: verzwaring van de informatieplicht	396
9.16.1	Verlichting van de bewijslevering en het bewijsrisico	396
9.16.2	Ratio	397
9.16.3	De grens met omkering van het bewijsrisico	398
9.16.4	Sanctie	399
	<i>Zakenregister</i>	401
	<i>Wetsartikelenregister</i>	407
	<i>Jurisprudentieregister</i>	417

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	1
1.1	Afstamming en tradities	1
	1 Afstamming	
	2 Bewijs en het procesmodel	
	3 De common law-traditie	
	4 Beide tradities groeien naar elkaar toe	
	5 Parameters van het bewijs in het proces	
1.2	Procesrechthervormingen	7
	6 Duitsland	
	7 Frankrijk	
	8 Engeland	
	9 Nederland	
	10 De actieve rechter	
1.3	Plaats van ons wettelijk bewijsrecht	14
	11 Bronnen van bewijsrecht	
	12 De oude verdeling over de wetboeken; materieel en formeel bewijsrecht	
	13 Bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	
	14 Bewijsrecht elders in de wet	
	15 Bewijsverzameling buiten het proces	
	16 Bewijs in het strafproces en het bestuursproces	
1.4	Internationaal privaatrecht	20
	17 Lex fori	
	18 Lex causae	
	19 Art. 10:13 BW	
1.5	Europese en internationale ontwikkelingen	22
	20 Inleiding	
	21 Rechtsvorderingsverdragen en Haags Bewijsverdrag	
	22 EG-bewijsverordening	
	23 EPGV-verordening en EBB-verordening	
	24 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure 2006	
1.6	Toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht	30
	25 Art. 284 Rv: de verzoekprocedure	
	26 Kort geding, appel, cassatie en arbitrage	
2	Informatie en bewijs	33
2.1	Een overzicht	33
	27 Een waaier van informatie	
	28 Bewijzen is rechtstoepassing	
	29 Informatieplicht en informatierecht van partijen	

2.2	Feiten	36
	30 Het begrip 'feit'	
2.3	De klassieke functie van feitelijke informatie bij de toepassing van het recht – feiten en hun rechtsgevolg	37
	31 Het syllogisme	
	32 De functie van de bewijslevering in het proces	
	33 Rechtsfeiten	
	34 De kwalificatie van feiten	
2.4	Informatie in het proces	46
	35 Het partijdebat	
	36 Een verhaal in de context van het proces	
	37 Informatie: ook argumenten	
	38 Wordt het rechterlijk oordeel door de procedure gelegitimeerd?	
	39 Bron, vorm en aard van informatie van betekenis voor de bewijsrechtelijke status van de informatie	
	40 Informatieplichten ten behoeve van de rechter	
	41 Informatieplichten en -rechten ten behoeve van partijen	
	42 De informatieverstrekking	
	43 Formele structuur van de communicatie als waarborg voor gelijke kansen	
	44 Een informeler kader: de mondelinge behandeling	
	45 Elektronische communicatie	
	46 Een caveat: informatie verschiet van kleur	
2.5	Bewijzen: verificatie van specifieke informatie	57
	47 Bewijs	
	48 Verificatie van informatie: nieuwe informatie	
	49 Verificatie blijft vaak achterwege	
	50 Bewijsrecht niet adequaat ingericht voor het verzamelen van informatie	
	51 Naar een integrale regeling van de informatievoorziening en verificatie	
2.6	Vrijheid van informatie: bewijs door alle middelen	61
	52 Bewijsmiddelen zijn informatiebronnen voor het bewijs	
	53 Vrijheid van keuze van bewijsmiddelen	
	54 Uitzonderingen op art. 152 lid 1 Rv	
2.7	Vrijheid van tegenspraak: tegenbewijs	66
	55 Het begrip tegenbewijs	
	56 Tegenbewijslevering	
	57 Tegenbewijs en bewijslast; het zelfstandig of bevrijdend verweer	
	58 Tegenbewijs staat vrij	
	59 Uitsluiting van tegenbewijs	
	60 Tegenbewijs door alle middelen	
	61 Tegenbewijs tegen dwingend bewijs	
	62 Tegenbewijs tegen door de rechter vastgelegde processuele feiten, tegen het voorlopige feiten-oordeel en tegen de bindende eindbeslissing	
	63 Tegenbewijs tegen het strafvonnis	
2.8	Een recht op bewijs?	75
	64 Vraagstelling	
	65 Anglo-Amerikaanse traditie	
	66 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure 2006	
	67 Duits en Zwitsers recht	
	68 Art. 6 EVRM	
	69 Een recht op bewijslevering naar ons recht	
	70 Uitzonderingen en beperkingen	

3	Waarheidsvinding	83
3.1	Taking facts seriously	83
	71 Feiten worden niet serieus genomen	
	72 Verschil met het strafproces	
	73 De wereld van de common law	
3.2	Op zoek naar de werkelijke feiten: waarheidsvinding	85
	74 Waarheidsvinding, wetenschap en maatschappelijke verantwoordelijkheid	
	74a Waarheid en werkelijkheid in het proces	
	75 Waarheidsvinding als koepel	
3.3	Waarborgen van waarheidsvinding	91
	76 Processuele, formele en inhoudelijke waarborgen	
3.4	Onmiddellijkheid	94
	77 Omschrijving van het onmiddellijkheidsbeginsel	
	78 Een onbekend beginsel in het Nederlandse civiele procesrecht?	
	79 Het onmiddellijkheidsbeginsel en de rechterswisseling; het principe	
	79a Het onmiddellijkheidsbeginsel en de rechterswisseling; art. 155 Rv	
	79b Het onmiddellijkheidsbeginsel en de rechterswisseling; HR 14 oktober 2014, NJ 2015/181	
3.5	Samenwerking tussen partijen en rechter?	101
	80 Coöperatief gedrag vereist	
3.6	Dwangmiddelen	103
	81 Dwangsom	
	82 DNA	
	83 Getuigen; bevel medebrenging en gijzeling	
3.7	Enkele sancties	106
	84 Processuele sancties	
	85 De rechter maakt gevolgtrekkingen die hij geraden acht	
4	Grenzen van de waarheidsvinding	113
4.1	Inleiding	113
	86 Partijautonomie	
	87 Begrenzing door de aard en inhoud of wijze van verkrijging van de informatie	
	88 Begrenzing door de inrichting van het proces	
	89 Begrenzing door de kosten	
	90 Begrenzing door de juridische context	
4.2	Partijautonomie	117
4.2.1	Inleiding	117
	91 Partijen bepalen de grenzen van de rechtsstrijd	
4.2.2	De feitelijke grondslag van de beslissing: art. 149 Rv	119
	92 Twee functies	
	93 Beperking van de bronnen waaruit de feitelijke informatie geput mag worden	
	94 De ratio van de beperking. Hoor en wederhoor (het contradictoire beginsel)	
	95 De algemene uitzondering op de gebondenheid van de rechter	
	96 Algemeen bekende feiten en ervaringsregels	
	97 Begrip van het feit van algemene bekendheid	
	98 Begrip van algemene ervaringsregels	
	99 Feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels vanuit de optiek van het contradictoire beginsel	
	100 Stelplicht	
	101 De verplichting om niet of niet voldoende betwiste feiten als vaststaand beschouwen	
	102 Heeft de regel nog bestaansrecht?	

	103	Rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan	
	104	Geen verplichting voor de rechter om bewijs te verlangen	
4.2.3		De bewijsovereenkomst	134
	105	Inleiding en rechtsvergelijkende opmerkingen	
	106	Een procesrechtelijke overeenkomst	
	107	Uitsluiting van bewijsmiddelen	
	108	Wanneer de bewijsovereenkomst buiten toepassing blijft	
	108a	Bepalingen die dwingende bewijskracht verlenen	
4.2.4		Erkenning	140
	109	Het voorwerp van erkenning	
	110	Geschiedenis	
	111	Code civil en ZPO	
	112	De verdwenen onplitsbaarheid van de erkenning	
	113	Het rechtskarakter van de gerechtelijke erkenning	
	114	De gerechtelijke en buitengerechtelijke erkenning	
	115	Door wie, wanneer en in welke vorm de gerechtelijke erkenning wordt gedaan	
	116	Uitdrukkelijk en ondubbelzinnig	
	117	Aan de partijautonomie onttrokken rechtsgevolgen	
	118	Werking van de erkenning	
	119	Herroeping van de gerechtelijke erkenning	
	120	De wettelijke gronden voor herroeping	
	121	Processuele belemmeringen voor herroeping	
	122	Maatstaf voor de beslissing op de herroeping	
	123	Heeft de gerechtelijke erkenning als bijzondere categorie nog bestaansrecht?	
4.3		Vertrouwelijkheid en geheimhouding	151
4.3.1		Inleiding	151
	124	Tegengestelde belangen	
4.3.2		Verschoningsrecht	154
	125	Het functionele verschoningsrecht	
	126	Aan wie het functionele verschoningsrecht toekomt	
	127	Aan wie het functioneel verschoningsrecht niet toekomt	
	128	De omvang van het functionele verschoningsrecht; inleiding	
	129	De omvang van het verschoningsrecht; de vertrouwenspersoon als partij	
	130	De omvang van het verschoningsrecht; transacties met derden	
	131	Wie over het uitoefenen van het verschoningsrecht beslist	
	132	Het familiale verschoningsrecht; partijen en verwanten	
	132a	Het familiale verschoningsrecht; aan wie het toekomt	
	133	Wie partij is; partij in hoedanigheid	
	134	Uitsluiting van het familiale verschoningsrecht in bepaalde familiezaken	
	135	Ratio van het familiale verschoningsrecht	
	136	Omvang van het familiale verschoningsrecht	
	137	Het nemo tenetur-verschoningsrecht	
	138	Het verschoningsrecht bij exhibitie van bescheiden	
4.3.3		Gewichtige redenen	180
	139	Inleiding	
	140	Gewichtige redenen	
	141	Kennisneming van de informatie ten dienste van de afweging	
	142	De oplossing van de Hoge Raad	
4.3.4		Onrechtmatig verkregen informatie	186
	143	Positiebepaling van het leerstuk in het proces	
	144	Het dilemma; het doel heiligt niet alle middelen	
	145	Literatuur	

146	Rechtspraak	
147	Uitgangspunten voor de uitsluiting; bijkomende omstandigheden	
148	Enige aandachtspunten bij de afweging	
4.4	Misbruik en ontbreken van procesbelang	193
149	Algemeen	
150	Fishing expedition; anglo-amerikaanse wortels	
151	Fishing in ons recht	
5	Bronnen van informatie voor het bewijs (bewijsmiddelen)	201
5.1	Inleiding	201
152	Informatie voor het bewijs	
5.2	Geschriften en elektronische gegevens	201
5.2.1	Geschriften	201
153	Geschriften	
154	Geschriften gedefinieerd	
155	Gedachte-inhoud	
5.2.2	Elektronische gegevens	204
156	Een eigen plaats in het bewijsrecht	
5.2.3	Akten	205
157	De akte	
158	De inhoud van akten	
159	Bestemd om tot bewijs te dienen	
160	Ondertekening	
161	Authentieke en onderhandse akten	
5.3	Verklaringen ten overstaan van de rechter: partijen en derden (getuigen en deskundigen)	209
5.3.1	Inleiding	209
162	De mondelinge verklaring. Art. 164 Rv	
163	Schriftelijke reflectie op de mondelinge verklaring	
5.3.2	Partijverklaringen	211
164	Partijen en derden	
165	Partijen de belangrijkste informatiebron	
5.3.3	Getuigenverklaringen	215
166	Getuigplicht	
167	De getuigenverklaring als bron van informatie	
168	Wie getuigen kunnen zijn	
169	De partijgetuige	
170	De partijgetuige. Rechtsvergelijking	
171	Uit eigen waarneming	
172	Het vooraf spreken met (potentiële) getuigen	
173	De getuigenverklaring: alleen mondeling of ook schriftelijk?	
174	Getuigenverklaringen die buiten rechte zijn afgelegd	
175	Getuigenverklaring onder ede bij de notaris	
176	Het toelaten van schriftelijke getuigenverklaringen stimuleren	
176a	Buitenlandse regelingen van schriftelijke getuigenverklaringen	
5.3.4	De deskundige en de descente	230
177	Een belangrijke bron van informatie voor het bewijs	
178	Getuige en deskundige	
179	De deskundige: rechter-plaatsvervanger?	
180	De descente	

6	Preprocessuele informatieverzameling voor het bewijs	235
6.1	Inleiding	235
	181 Verzameling van informatie	
	182 Andere landen	
	183 De doeleinden van het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht	
6.2	Exhibitierecht en -plicht	240
6.2.1	Exhibitie	240
	184 Exhibitie	
	185 Grondslag van de exhibitieplicht	
	186 Geen afgerond stelsel van exhibitie	
	187 De EG-bewijsverordening en exhibitie	
6.2.2	Geschiedenis van de exhibitieplicht in Nederland	244
	188 De Romeinse oorsprong	
	189 De negentiende eeuw	
	190 De twintigste eeuw tot 1988	
	191 De commissie-Gratama	
	192 Het nieuwe bewijsrecht van 1988	
6.2.3	Diverse met exhibitie verwante bepalingen	248
	193 Art. 85 Rv	
	194 Art. 22-22b Rv	
	195 Exhibitie via getuigen	
	196 Exhibitie via deskundigen	
6.2.4	Art. 843a Rv	252
	197 Een zelfstandige grondslag voor exhibitie buiten en in het proces	
	198 De eisen voor toewijzing: rechtmatig belang, bepaalde bescheiden en rechtsbetrekking	
	199 Afwijzing van de exhibitievordering	
	199a Exhibitie door derden	
	199b Een door de rechter direct tegen een derde uitgevaardigd bevel tot exhibitie?	
	199c Exhibitie op grond van een rogatoire commissie	
6.2.5	De exhibitiebepalingen in wetsvoorstel 33079	259
	200 Wetsvoorstel 33079	
	200a Enkele opmerkingen n.a.v. het wetsvoorstel	
	200b Aanbevelingen in het advies van de expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht	
6.3	Bewijsbeslag	264
	201 Bewijsbeslag erkend	
	202 Waarom is het bewijsbeslag niet opgenomen in wetsvoorstel 33079?	
	203 Het bewijsbeslag volgens het Molenbeek-arrest	
6.4	Openlegging van boeken	271
	204 Art. 3:15j BW en art. 162 Rv	
7	Bewijslevering	273
7.1	Inleiding	273
	205 Zo volledig en zo snel mogelijk de informatie op tafel	
7.2	Bewijsaandraagplicht	274
	206 Een mededelingsplicht	
	207 (Gereserveerd)	
	208 Indien niet aan de bewijsaandraagplicht wordt voldaan	
	209 (Gereserveerd)	
7.3	Het in de procedure brengen van informatie voor het bewijs	276
	210 Inleiding	

7.3.1	Geschriften (producties)	277
	211 Recht op het leveren van schriftelijk bewijs	
	212 Bewijsstukken moeten hun bewijsfunctie kunnen vervullen	
	213 Het in de procedure brengen van bewijsstukken; art. 30k lid 5 Rv, art. 85 Rv en Landelijk procesreglement	
	214 Uitsluiting of een bevel ex art. 22 Rv?	
	215 Laattijdige productie	
	215a Producties in een vreemde taal	
7.3.2	Getuigen	283
	216 Trend onder rechters om getuigenverhoren te mijden	
7.3.3	Het bewijsaanbod	284
	217 Twee aspecten	
	218 Bewijsaanbod	
	219 Bewijsaanbod en stelplicht	
	220 Bewijsaanbod; relevantie van de te bewijzen feiten	
	221 Bewijsaanbod; specificatie	
	222 Bewijsaanbod; tegenbewijs	
	223 Aanvullend bewijs	
	224 Specificatie en stelplicht	
	225 Het prognoseverbod	
	226 De verholde prognose en de ambtshalve bewijsopdracht	
7.3.4	Het horen van de getuigen	301
	227 Opmerking vooraf	
	228 Het recht op het verhoor van de eigen getuigen	
	229 Beperking van het aantal getuigen	
	230 Aan de getuigen te stellen vragen	
	231 Opfrissen van geheugen of naderonderzoek; fishing?	
	231a Rogatoire commissie. De EG-bewijsverordening	
7.3.5	Verzoek tot het bevelen van een deskundigenbericht en descente	309
	232 De discretionaire bevoegdheid van de rechter	
	233 De totstandkoming van de vraagstelling aan de deskundige; zijn benoeming	
	234 Het onderzoek van de deskundige	
	235 Descente	
7.3.6	Het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht	314
	236 De gronden voor het verzoek	
	237 Bevoegdheid rechter	
	238 Voorlopige of bewarende maatregel in de zin van Brussel I-bis?	
	239 De voorlopige bewijsmaatregelen en de EG-bewijsverordening	
	240 Geen te hoge eisen stellen aan de specificatie van de vordering, het probandum voor het getuigenverhoor of het voorwerp van het deskundigenonderzoek	
	241 De in te stellen vordering staat niet ter beoordeling	
	242 Gronden voor afwijzing van het verzoek	
	243 Nog een andere rem op aan de bodemprocedure parallelle voorlopige bewijsverrichtingen	
7.3.7	Een andere benadering	324
	244 Case management op het punt van de bewijslevering	
8	Het bewijsoordeel	327
8.1	Inleiding	327
	245 Het feitelijk oordeel staat niet los van de argumentatie voor het gelijk	
	246 Feitenvaststelling door de rechter	
8.2	De betrouwbaarheid van de informatie	329

8.2.1	Authenticiteit en integriteit	329
	247 Het is niet altijd wat het lijkt	
	248 Men mag uitgaan van de authenticiteit en integriteit van de informatie	
	248a Betrouwbaarheid van de informatiebron getoetst; de wetenschappelijke inbreng	
8.2.2	Het geschrift	332
	249 De bij uitstek betrouwbare informatiebron	
	249a De reactie van het recht op authenticiteits- en integriteitsproblemen: rechtsgevolgen	
8.2.3	De authenticiteit en integriteit van de akte: twee bewijsregels	334
	250 De echtheid en valsheid van akten; het bewijsrisico	
8.2.4	De (on)betrouwbaarheid van het getuigenbewijs	335
	251 Het menselijk geheugen	
	252 Uitgaan van de integriteit van getuigen(verklaringen)	
	253 Toch is het tobben met de waarheidsvinding door middel van getuigen	
	254 De getuigeneed als waarborg voor betrouwbaarheid?	
	255 Heeft de verplichte beëdiging van de getuige nog enige waarde?	
8.2.5	De betrouwbaarheid van het deskundigenadvies	340
	256 Een betrouwbare informant	
8.3	Bewijskracht	342
8.3.1	De vrijheid en de onvrijheid ten aanzien van het bewijsoordeel	342
	257 De waarderingsvrijheid en de wettelijke beperkingen daarop	
	258 Kan het vrije bewijsoordeel worden beperkt door partijen?	
8.3.2	Akten en het strafvonnis	344
	259 Akten	
	260 Strafvonnis	
8.3.3	Getuigen en partijen	346
	261 Getuigen en partijen	
	262 De bewijskracht van verklaringen in het voorlopig getuigenverhoor	
	263 Partijen	
8.4	De maatstaven voor het bewijsoordeel	348
	264 Algemeen	
	265 Bijzondere toetsing	
	266 Tegenbewijs	
	267 Motiveringseisen. Getuigen en deskundigen	
8.5	Het bewijsinterlocutoir	354
	268 KEI	
	268a Het bewijsinterlocutoir	
	269 Kritiek en rechtsvergelijking	
9	De verdeling van het bewijsrisico	359
9.1	Bewijslast	359
	270 Bewijslast	
	271 'Last'	
	272 Bewijsrisico	
	273 Engelse terminologie	
9.2	De ratio voor regels van bewijslastverdeling	362
	274 De rechter moet ook bij non liquet een beslissing geven	
	275 Toedeling van bewijsrisico bij non liquet	
9.3	Theoretische onderbouwing van de bewijslastverdeling	363
9.3.1	Verschillende uitgangspunten	363
	276 Rechtszekerheid versus fair trial en billijkheid?	
	277 Verschillende theorieën van bewijslastverdeling	

9.4	De procesrechtelijke theorie van Anema	365
	278 Bewijslastverdeling is van procesrechtelijke aard	
9.5	De objectiefrechtelijke theorie	367
9.5.1	De Duitse herkomst: Normentheorie	367
	279 Het objectieve recht als uitgangspunt	
	280 Normentheorie	
	281 Ons land: Scheltema en Giesen	
9.5.2	Stelplicht	369
	282 Een beroep op het rechtsgevolg van bepaalde feiten leidt tot stelplicht voor die feiten; het zelfstandig of bevrijdend verweer	
9.5.3	Bewijsrisico en non liquet	370
	283 Stelplicht leidt tot bewijsrisico	
9.5.4	Stelplicht, bewijslast en bewijsrisico	371
	284 'Wie stelt moet bewijzen' is verkeerd	
9.5.5	Keuze voor de objectiefrechtelijke theorie	372
	285 Een logische verbinding tussen bewijslast en het materiële recht	
9.6	De bewijslastverdeling in de wet	374
9.6.1	Een algemene bepaling in de wet	374
	286 Voorganger van art. 150 Rv	
9.6.2	Art. 150 Rv	375
	287 Bewijsrisico staat centraal	
9.7	Stellen en motiveren	375
	288 Stelplicht en motiveringsplicht	
9.8	De kwalificatie van het verweer	377
	289 Bewijs van de voorwaarde	
9.9	Afwijken van de hoofdregel	380
	290 Omkering van de bewijslast en vermoedens	
9.10	Redelijkheid en billijkheid	380
	291 Afwijking op grond van ongeschreven recht	
9.11	Omkering van het bewijsrisico	381
	292 Van omkering is sprake als de partij die volgens de hoofdregel bewijslast heeft, geen bewijsrisico meer draagt	
	293 Regels zijn gegeven voor het proces	
9.12	Ratio van de omkering	385
	294 Omkering eist een structurele onevenwichtigheid in de rechtsbescherming	
9.13	Het vermoeden	386
9.13.1	Direct en indirect bewijs; feiten en hulpfeiten	386
	295 Verschil tussen direct en indirect bewijs niet van groot praktisch belang	
	296 Vermoeden: indirect bewijs	
9.13.2	Vermoeden	387
	297 Vermoeden geen bewijsmiddel	
9.13.3	De soorten vermoedens; terminologie	388
	298 Twee hoofdtypen van vermoeden	
9.14	De wettelijke vermoedens	389
9.14.1	Het 'onweerlegbare wettelijke vermoeden'	389
	299 Voorbeelden van onweerlegbare wettelijke vermoedens	
9.14.2	Weerlegbare wettelijke vermoedens	390
	300 Drie categorieën	
9.15	Rechterlijke vermoedens	391
9.15.1	Jurisprudentiële vermoedens; de 'omkeringsregel'	391
	301 Het jurisprudentieel vermoeden	
	302 De omkeringsregel	

9.15.2	Het rechterlijke of feitelijke vermoeden en het 'voorhandse' bewijsoordeel	394
303	Het voorlopig bewijsoordeel	
304	Basis voor het feitelijk vermoeden	
305	Res ipsa loquitur	
9.16	Ingrijpen in het debat: verzwarende informatieplicht	396
9.16.1	Verlichting van de bewijslevering en het bewijsrisico	396
306	Bewijsverlichting door verzwaarde informatieplicht	
9.16.2	Ratio	397
307	Verlichting bewijsnood	
9.16.3	De grens met omkering van het bewijsrisico	398
308	Grens met omkering	
9.16.4	Sanctie	399
309	Probandum staat bij voorbaat vast	

HOOFDSTUK 1

Inleiding¹

1.1 Afstamming en tradities

[1] *Afstamming.* Ons bewijsrecht stamt in belangrijke mate uit het Franse recht. Die Franse traditie begon hier niet met de Bataafse Republiek – een vazalstaat van Frankrijk–, maar in de vijftiende tot zestiende eeuw voor de gewestelijke hoven, zoals de Raad van Vlaanderen (waarvan hoger beroep openstond op het Parlement van Parijs), de Raad van Brabant en het Hof van Holland, die onder de heerschappij van de Bourgondische hertogen waren gekomen.² Vooral de stichting van het Parlement van Mechelen, later de Grote Raad der Nederlanden te Mechelen (in de wandeling: de Grote Raad van Mechelen) door Karel de Stoute respectievelijk Maria van Bourgondië, heeft het procesrecht van de gewestelijke hoven sterk beïnvloed. Daaraan hebben ook de praktijkboeken van Philips Wielant en Joost de Damhouder hun belangrijke bijdrage geleverd.³ Toen tijdens de Napoleontische bezetting van onze gewesten het Franse procesrecht werd ingevoerd betekende dat dan ook geen fundamentele breuk met het geldende systeem. Het civiele proces bleef zijn afkomst trouw. Wel werd de Franse procesrechtelijke wetgeving die in de eeuwen daarvoor tot stand was gekomen, met name de *Ordonnance civile pour la réformation de la justice* van 1667 (zie daarover nr. 12), van belang bij de interpretatie van het nieuwe recht. Bovendien kregen we een gestroomlijnde rechterlijke macht die behoorde bij de eenheidsstaat naar Napoleontische snit: de voorlopers van onze in 1838 ingevoerde kantongerechten, arrondissementsrechtbanken, provinciale gerechtshoven en de Hoge Raad.

[2] *Bewijs en het procesmodel.* Het bewijsrecht van Franse oorsprong staat deels in de Romeins-canonieke traditie die overal op het vasteland van Europa de grondslag van het civiele procesrecht vormt, en stamt voor een ander deel uit de Frankische en feodale traditie. Kenmerken die teruggaan op het Romeins-canonieke proces zijn het schriftelijk procederen, de overheersende rol van de rechter ten

[1] 1 Zie voor een goed gedocumenteerd overzicht van de ontwikkeling van het proces- en bewijsrecht: VERKERK 2010, hfdst. 2 (A concise history of fact-finding on the European continent) en hfdst. 3 (Fact-gathering and evidence in Anglo-American legal history); voorts over de Europese tradities en de procesrechtvormingen: VAN RHEE 2005.
2 Zie hierover uitvoerig: WEDEKIND, *diss.* 1971, Inleiding; verder, VAN RHEE, *diss.* 1997, hfdst. I met verdere bronverwijzing.
3 WIELANT, *Practijcke civile* 1968; DE DAMHOUDER, *Practijcke in civile saecken* 1626 (fotografische heruitgave, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1999).

aanzien van het onderzoek naar de feiten en de belangrijke rol van procesvertegenwoordigers (advocaten). Uit de Frankische-feodale traditie stamt het accusatoire karakter (het is een proces van partijen en geen inquisitoir rechtersproces), de mondelinge behandeling van de zaak en de openbaarheid van het proces.¹ Voor het bewijsrecht is de Romeins-canonieke wortel van grote betekenis. Vanouds heeft de rechter, afgezien van zijn verregaande bevoegdheden met betrekking tot het procesverloop, namelijk vooral op het terrein van het onderzoek naar de feiten bevoegdheden tot ambtshalve ingrijpen, zoals het bevelen van het getuigenverhoor en onderzoek door deskundigen. Heeft in zoverre het continentale proces altijd inquisitoriale trekken gehad, toch is in ons proces en, met verschillende modaliteiten en accenten in dat van de continentale landen van zowel de Franse als de Duitse procesrechtfamilies,² het uitgangspunt steeds blijven gelden dat het in de eerste plaats de procespartijen zijn die het proces voeren en – binnen de wettelijke regels – bepalen hoe zij dat doen. De bewijslevering was en is nog steeds in hun handen en of, in hoeverre en met welke middelen zij daartoe overgaan, was en is vooral aan hen om te beslissen. De rechters hadden vroeger de sterke neiging om partijen daarin in vrij te laten en niet te veel te sturen. Het resulteerde in langdurige processen. Op dat punt zijn de tijden echter veranderd, zoals hierna (nr. 6 en 7) nog aan de orde komt.

[3] *De common law-traditie.* Het proces in de landen van de common law, waarvan hier alleen Engeland¹ zal worden behandeld,² mist de inquisitoire trekken van de continentale procesrechtstelsels. De verschillen zijn weliswaar merkbaar maar moeten niet worden overdreven.³ Is het continentale procesrecht een hybride als gevolg van de kruising van partijautonomie met rechterhegemonie, het Engelse procesrecht heeft altijd veel meer het accent gelegd op de rol van de partijen (althans tot de hierna nog te bespreken procesrecht hervorming van 1999). Men noemt het 'adversarial' omdat het Engelse proces altijd een echt partijenproces is geweest ten overstaan van een lijdelijke rechter: de partijen bestrijden elkaar met de door hen gekozen wapens, zij bepalen de loop van het proces, en de rechter beslist aan het einde wie de winnaar is.⁴ Dit karakter houdt ook wel verband met de inrichting van het proces dat gericht is op de terechtzitting – de 'trial'. Op de trial vindt het proces zichtbaar plaats. Oorspronkelijk was er de jury

[2] 1 CHAINAIS, FERRAND & GUINCHARD 2016, randnr. 11.

2 Tot de Franse traditie behoren naast ons land onder meer België, Luxemburg, Italië en Spanje. Tot de Duitse behoren onder meer Duitsland, Oostenrijk en landen in Oost-Europa. Zwitserland, met zijn in 2011 ingevoerde Schweizerische Zivilprozessordnung/Code de procédure civile suisse waarin de verschillende kantonale tradities zijn verenigd, staat min of meer op zichzelf tussen de Duitse en Franse tradities in. Zie over de Duitse traditie: OBERHAMMER & DOMEJ, 'Germany, Switzerland, Austria', in: Van Rhee 2005, p. 103-128.

[3] 1 Daartoe behoort ook het prinsdom Wales.

2 En waar nodig ook de Verenigde Staten.

3 "We live in a world of hybrids", zoals TWINING 2006, p. 196, in dit verband opmerkt.

4 Aldus JOLOWICZ 2000, p. 177. Zie over de adversarial principle het heldere overzicht van ANDREWS 1994, p. 33-53 en voorts TWINING 2006, p. 194 e.v. en ook p. 85-86.

die over het bewijs oordeelde en de rechter die besliste over de claim. Deze inrichting van het proces brengt mee dat in de common law meer dan op het vasteland de opvatting heerst dat uit een fair proces, waarin partijen alle kansen hebben gekregen en kunnen benutten om de rechter te overtuigen, een rechtvaardige beslissing voortvloeit. Daarmee krijgt in de civiele rechtsbedeling als geheel het procedurele aspect een zwaar accent; 'the day in court' is in dit verband een veelzeggend begrip. Het proces voorafgaande aan de trial stond en staat dan ook in het teken van de voorbereiding van de trial (de 'pre-trial' fase).⁵ Het bewijsrecht, met zijn uitgewerkte regels voor het produceren van schriftelijke getuigenverklaringen zoals 'witness statements', 'witness summaries' en 'affidavits' (beëdigde verklaringen), de disclosure door beide partijen (en ook wel door derden) van voor het bewijs relevante documenten waarover zij beschikken, en de uitsluiting van bewijs (was vooral belangrijk in een juryproces), is daardoor gevormd. De jury is echter inmiddels praktisch uit het Engelse civiele proces verdwenen – een ontwikkeling die al in de negentiende eeuw begon – en daarvoor is de rechter in de plaats gekomen. Hierdoor is de opzet van het proces weliswaar niet principieel gewijzigd, maar de rechter die voortaan niet alleen over points of law maar ook over points of fact kreeg te oordelen, werd in de procedure steeds belangrijker. Langzaam groeide het besef dat de rechter de actieve leiding van het proces, met name de trial, moest krijgen.⁶ Het verdwijnen van de jury heeft dan ook mede de weg geopend tot de hierna nog te noemen hervormingen die de rol van de rechter ten aanzien van de regie over de procedure aanzienlijk hebben versterkt en in zoverre de zeggenschap van partijen-proces hebben aangetast, ook al is het Engelse proces nog steeds veel meer een partijenproces dan dat op het vasteland van Europa.

[4] *Beide tradities groeien naar elkaar toe.* Het verschil tussen het Nederlandse proces en dat van de common law was op het terrein van het feitelijk onderzoek vooral gelegen in de opzet van het model. Een centrale mondelinge behandeling van de zaak van het karakter van de Engelse *trial* ontbrak oorspronkelijk in ons proces, maar zij is in fasen ingevoerd: de mondelinge behandeling in de verzoekschriftprocedure (thans verzoekprocedure) (1970), de comparitie na antwoord in de dagvaardingsprocedure (thans vorderingsprocedure) (1989/2002), en invoering van de centrale mondelinge behandeling ingevolge art. 30j Rv (2017 in het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak, afgekort: KEI). Het produceren van bewijs verloopt in het klassieke Nederlandse procesmodel geleidelijker, namelijk eerst tijdens het verloop van het schriftelijk debat door het produceren van stukken, en rechterlijke bewijsbevelen worden vervolgens pas relatief laat gegeven: het 'trechtermodel'. Daarin wordt de procedure en met name ook de bewijslevering langzamerhand steeds meer toegespitst op bepaalde geschilpunten – mede door toedoen van rechterlijke regievoering voorafgaande aan

[3] 5 Te onderscheiden van de *pre-action*-fase van het geschil, waarin het proces nog niet is begonnen.

6 De standaarduitspraak van de House of Lords is *Ashmore v. Corp. of Lloyd's* [1992] 1 W.L.R. 446, H.L.

en op de comparitie (thans de mondelinge behandeling) en door tussenvonnissen waarin de rechter via tussenbeslissingen geschilpunten afdoet en bewijsverrichtingen beveelt met betrekking tot de overgebleven geschilpunten. Aldus wordt door de rechter het eindvonnis voorbereid. Het Engelse model legt het accent op de voorbereiding door de partijen van de trial, en dan met name op de bewijslevering. De pre-trial activiteiten bestaan vooral uit het organiseren van het bewijs wat betekent dat de trial eigenlijk op dit punt geen verrassingen meer inhoudt, zeker waar getuigen en deskundigen al van tevoren hun verklaringen respectievelijk rapportages op schrift hebben gezet en dat materiaal is uitgewisseld.

Het Duitse proces staat er in zekere zin tussenin omdat daarin wel een centrale mondelinge behandeling ('Haupttermin') bestaat bij welke gelegenheid de getuigen worden gehoord, maar daaraan voorafgaande al een groot gedeelte van het leveren van bewijs plaatsvindt onder leiding van de rechter.

Ontwikkelingen gedurende de afgelopen decennia laten zien dat de rechtsfamilies elkaar steeds meer naderen. Dat ziet men thans (2017) in Nederland gebeuren door de KEI-wetgeving die, zoals gezegd, voorziet in een centrale mondelinge behandeling na procesinleiding en antwoord en versterking van de regievoering door de rechter (art. 19 lid 2 en 30o Rv), met als mogelijk gevolg dat bewijsverrichtingen steeds meer ter voorbereiding van de mondelinge behandeling zullen plaatsvinden.¹ In nr. 6-10 wordt in het kader van de bespreking van procesrechthervormingen hierop teruggekomen.

[5] *Parameters van het bewijs in het proces.* Het syllogisme, dat als logisch redeneerschema in de processtukken en uitspraken blijft voldoen,¹ kan in een moderne, gecompliceerde samenleving waarin het recht zich voortdurend moet aanpassen en in veel gevallen door de rechter (afgezien van de wetgever) moet worden gevormd, niet meer uitsluitend bepalend zijn voor de vorm en het verloop van het civiele proces. Zo moet erkend worden dat het recht, feit en rechtsgevolg – major, minor en conclusie – in toenemende mate op elkaar inwerken. Dat is het meest zichtbaar waar de rechtsregel ruim geformuleerd is en de toepassing daarvan in hoge mate afhankelijk is van de weging van feiten en omstandigheden door de rechter en de ruimte voor verdere rechtsvorming door de rechter het grootst is (denk bijvoorbeeld aan het terrein van de onrechtmatige daad). Het recht en het procederen in de handen van partijen zijn steeds meer instrumenten geworden om in vastgelopen verhoudingen van de wederpartij tegen dragelijke (of redelijke) kosten te krijgen wat er te krijgen valt. Daarnaast hanteert de civiele rechter, binnen de voor hem geldende parameters van efficiëntie, snelheid en kwantitatieve *targets*, het proces als instrument om een in zijn ogen billijke

[4] 1 De KEI-wetten van 13 juli 2016, *Stb.* 2013, 288 (*Kamerstukken* 34059, vereenvoudiging en digitalisering eerste aanleg civiele rechtspraak en – voornamelijk t.a.v. digitalisering – Algemene wet bestuursrecht); *Stb.* 2016, 289 (*Kamerstukken* 34138, aanpassing hoger beroep en cassatie), en *Stb.* 2016, 290 (*Kamerstukken* 34212, invoering). Zie voor die wetgeving en het commentaar STEENBERGHE & DEN TONKELAAR 2017.

[5] 1 Zie daarover nr. 31.

oplossing van het tussen de partijen bestaande geschil te bewerkstelligen. Door deze ontwikkelingen komt het accent steeds meer te liggen op het door de actoren in het proces *beoogde (gewenste of meest wenselijk geachte)* rechtsgevolg. Dat bepaalt dan de premissen: de door de partijen gestelde en door de rechter geselecteerde feiten en de door de partijen ingeroepen en door de rechter toegepaste rechtsgevolgen, waarbij die feiten en rechtsgevolgen elkaar beïnvloeden.² Het is uiteraard altijd al zo geweest dat voorafgaand aan het proces door de betrokken partijen, en vervolgens in het proces door de partijen en de rechter, door het verloop van het debat en de uitkomst van bewijslevering keuzen moeten worden gemaakt: wat kan en wil de eiser/verzoeker bereiken, de verweerder weerspreken, en de rechter beslissen. Die keuzen worden echter, zo lijkt het, steeds minder bij voorbaat door de bestaande rechtsregels opgelegd. De ruime mogelijkheid die het procesrecht biedt om ook nog in de procedure, afhankelijk van wat daarin te berde wordt gebracht door alle actoren (de rechter inclus), de koers te verleggen, werkt daaraan mee. Overigens zijn op dit punt krachtige tegenbewegingen in het procesrecht te zien, welke gericht zijn op (verdere) concentrering van het debat ter wille van de efficiëntie en het voortvarende verloop van het proces en de beheersing van kosten.³

Door de toename van het belang van de rechtsvorming door de rechter – rechtsvorming is een van de doelen van het civiele proces –⁴ wordt de feitengevoeligheid in het proces groter. De uitkomst wordt daarom steeds afhankelijker van een nauwkeurige vaststelling van het feitencomplex. De feiten bepalen immers grotendeels welke uitspraak als billijk wordt ervaren en daarmee hoe de rechtsregel moet luiden die tot die billijk geachte conclusie leidt. Hieruit vloeit voort dat de uitwisseling en verificatie van feitelijke informatie die relevant is of kan zijn voor het rechterlijk oordeel door middel van stellen/aanvoeren door partijen en verifiëren door de rechter van feiten in het proces – traditioneel samengevat als het bewijs, en tegenwoordig veelal begrepen onder de ruimere noemer ‘waarheidsvinding’ –, een steeds belangrijker plaats gaan innemen in het civiele proces en de voorbereiding daarvan. De invoering in 2002 van de in art. 21 Rv neergelegde volledigheds- en waarheidsplicht van partijen getuigt daarvan. Men kan dit niet los zien van de in het algemeen in onze samenleving groeiende kritische houding ten aanzien van feitelijke beweringen als zij niet onderbouwd zijn met deugdelijk geverifieerde informatie.⁵

Met de rechtsvorming verbonden is de thans algemeen aanvaarde zienswijze dat de civiele rechter als exponent van de overheid ook een publieke taak heeft die niet alleen wordt uitgeoefend ten behoeve van de individuele partijen die voor hem verschijnen maar ook in het belang van de maatschappij als geheel, omdat goede civiele rechtspraak een onmisbare maatschappelijke en constitutionele

[5] 2 Ik verwijs hier slechts naar de heldere uiteenzettingen over de hermeneutische uitgangspunten van de moderne rechtstheorie in: SMITH, *diss.* 1998, hfdst. 2.

3 Zie hierna in § 1.2 bij de verschillende landen.

4 Aldus ook onder andere GIESEN, in: ASSER PROCESRECHT/GIESEN 1 2015/14.

5 In hoofdstuk 3 wordt op de waarheidsvinding nader ingegaan.

functie is. Het verschaffen van recht is ingebed in een democratische en sociale rechtsstaat. Een eerlijk en voortvarend proces dat voor iedereen toegankelijk is, is immers een grondrecht, gewaarborgd in met name art. 6 EVRM.

Het is de Oostenrijkse processualist Franz Klein die al aan het einde van de negentiende eeuw inzag dat het civiele proces en de rechter daarin een sociale functie hebben om maatschappelijke ongelijkheden op te heffen.⁶ Het maatschappelijk belang van (toegang tot) de civiele rechtspraak wordt in Engeland al sinds de Magna Carta van 1215, erkend⁷ hoezeer, zoals we zagen,⁸ de Engelse civiele rechtspraak toch lang werd beschouwd als iets dat vooral de betrokken particulieren aanging met de partijen als echte *domini litis* (heer en meester over het proces) en een zeer 'lijdelijke' rechter.

Hoewel eigenlijk door de eeuwen al een thema als het ging om civiele procedures, zijn gaandeweg en in toenemende mate overwegingen van efficiëntie, snelheid en kostenbeheersing een rol gaan spelen in het denken en doen van degenen die zich bezighouden met de inrichting van het civiele proces. De niet zelden zeer hoge, en soms exorbitante kosten verbonden aan civiele procedures belemmeren de toegang tot de rechter voor velen die niet zeer vermogend zijn dan wel onvermogend en daarom recht hebben op door de Staat gefinancierde rechtshulp.⁹ De lengte van civiele procedures is eveneens een belemmering om recht te krijgen ('justice delayed is justice denied' naar het bekende gezegde).¹⁰

Het zal niet verbazen dat een en ander de positie van de rechter in het civiele proces steeds sterker heeft gemaakt, ten koste van de partijautonomie.¹¹ De rechter voelt zich steeds verantwoordelijker voor het eindresultaat en daarom wordt zijn processuele rol actiever en dominanter.¹² Een interessant neveneffect is echter dat de druk die uitgaat van het bij de beleidsmakers en bestuurders vaak vooropstaande doel om de kosten van de civiele rechtspraak te beheersen, de rechters het gevoel geeft dat de kwaliteit van hun werk daaronder lijdt. Blijkbaar is het moeilijk een balans te vinden.

- [5] 6 Zie over Franz Klein en het Oostenrijkse civiele procesrecht: VERKERK 2010, § 3.1; SPRUNG, '100 Jahre Österreichische Zivilprozessordnung', in: CLC/IAPL (ed.), *Procedural Law on the threshold of a New Millennium (bijdragen op het XIe Wereldcongres van de International Association of Procedural Law 1999)* 2002, p. 11-29; en mede over de invloed op het Duitse procesrecht: OBERHAMMER & DOMEJ, 'Germany, Switzerland and Austria', in: Van Rhee 2005, p. 298-299. Zie voorts over de ontwikkeling van het Oostenrijkse procesrecht: FASCHING/KONECNY *1. Band* 2013, Einleitung, p. 1-53.
- 7 Zie ZUCKERMAN 2013, randnr. 3.23, waar ook in dezelfde zin Lord Diplock in *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp Ltd* [1981] 1 All E. R. 289 HL at 295.
- 8 Zie nr. 3.
- 9 Zie over kosten en toegang tot de rechter: ASSER PROCESRECHT/GIESEN *1* 2015/157-158 en 186-191.
- 10 Of in het Latijn: *iustitia dilatio est quaedam negatio* (vertraging van de rechtsbedeling is als het ware rechtsweigering).
- 11 Zie voor een overzicht van de macht van de rechter in de verschillende landen: Van Rhee 2005, hfdst. IIC Powers of the Judge.
- 12 Zie over partijautonomie en de actieve rechter samenvattend en met een eigen keuze voor een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de partijen en een in beginsel actieve rechter voor het proces: ASSER PROCESRECHT/GIESEN *1* 2015, hfdst. 11.

Dit alles wordt weerspiegeld in de hervormingen van het civiele procesrecht die zich sinds – grofweg – het einde van de negentiende eeuw in een aantal landen hebben voltrokken.¹³

1.2 Procesrechtervormingen

[6] *Duitsland.*¹ In de Duitse rechtsfamilie heeft Oostenrijk bij de modernisering van het civiele procesrecht het voortouw genomen met de invoering in 1895 van de Oostenrijkse Zivilprozessordnung die sterk was beïnvloed door de ideeën van Franz Klein.² In Duitsland hebben zich eerst daarna gaandeweg belangrijke veranderingen voltrokken door wetten (Novellen) tot wijziging van de uit 1877 daterende Duitse Zivilprozessordnung.³ De Duitse rechter heeft als gevolg van die ontwikkelingen in verregaande mate invloed gekregen op het verloop van de procedure. Het mondelinge element in de procedure is versterkt door invoering bij de Vereinfachungsnovelle van 1976 van concentratie van het proces door een centrale mondelinge behandeling (Haupttermin; § 272 lid 1 ZPO) die wordt voorafgegaan door sterk door de rechter gestuurde, grondige voorbereidingen die in de regel ertoe moeten leiden dat het proces tijdens deze Haupttermin definitief wordt afgerond ('endgültig erledigt'), zodat, indien geen schikking is bereikt, eindvonnis kan worden gewezen.⁴ De mondelinge behandeling is in het Duitse procesrecht niet alleen essentieel voor de bekorting en concentratie van de procedure, maar ook voor de verwezenlijking van het onmiddellijkheidsbeginsel (Unmittelbarkeit) dat met name ook bij de bewijslevering een belangrijke rol speelt.⁵ In de voorbereidingsfase kan de rechter kiezen tussen een snel gehouden mondelinge behandeling ('früher erster Termin') of een schriftelijke procedure ter voorbereiding van de Haupttermin. Die frühe erste Termin hoeft overigens niet gevolgd te worden door een Haupttermin omdat in veel gevallen de zaak meteen op die zitting wordt afgerond, waarna eindvonnis volgt. Tijdens de voorbereidingsfase kan de rechter bewijsinstructies geven, bijvoorbeeld tot het overleggen van bewijsstukken waarbij hij een termijn stelt, en hij kan getuigen oproepen voor de zitting, ook als deze een frühe erste Termin is.⁶ Zelfs kan de rechter formeel

[5] 13 Een belangrijke rechtsvergelijkende bundel op dit terrein is: Zuckerman 1999, met bijdragen van auteurs uit twaalf landen.

[6] 1 Zie voor de tekst van de ZPO met commentaar: BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS & HARTMANN, *Zivilprozessordnung* 2016 en *Münchener Kommentar ZPO* 2016.

2 Zie nr. 5, noot 6.

3 De belangrijkste, nog geldige wijzigingen zijn tot stand gebracht bij de novellen van 1924 (Emminger Novelle), 1933, 1976 (Vereinfachungsnovelle) en het Gesetz zur Reform des Zivilprozesses van 2001. Zie voor een overzicht: ROSENBERG/SCHWAB & GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 2010, § 5 II.

4 § 272 (1): "Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen".

5 § 355 ZPO: "Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozessgericht. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitglied des Prozessgerichts oder einem anderen Gericht zu übertragen". Zie over het onmiddellijkheidsbeginsel verder nr. 77-79.

6 § 273 lid 2 ZPO, en wat de getuigen betreft: § 273 lid 2 onder 4 ZPO.

door middel van een zelfstandig Beweisbeschluss bewijs opdragen,⁷ maar de praktische betekenis van deze mogelijkheid is gering vanwege, kort gezegd, het risico dat, voordat precies duidelijk is geworden – tijdens de zitting – wat er bewezen dient te worden, kosten worden gemaakt aan mogelijk irrelevante bewijsverrichtingen.⁸ Het Beweisbeschluss kan nl. in bepaalde gevallen ook voor de zitting worden uitgevoerd. In plaats van dit Beweisbeschluss is het veeleer gebruikelijk om getuigen op te roepen op de voet van § 273 lid 2, aanhef en onder 4, ZPO. De rechter heeft de plicht om na afloop van een termijn aangevoerde Angriffs- und Verteidigungsmittel te weigeren (de ‘Präklusion’), tenzij hij ervan overtuigd is dat de toelating daarvan geen vertraging oplevert of de betrokken partij genoegzaam aantoonst dat de vertraging hem niet te verwijten valt.⁹

De actieve Duitse rechter heeft een belangrijke sturende bevoegdheid tijdens de zitting door zijn Frage- und Hinweispflicht, waarmee hij ook op het feitelijke terrein bij twijfel over de juistheid of volledigheid van de feitelijke stellingen partijen vragen kan stellen en aanwijzingen kan geven, dit alles met inachtneming van de door de partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd.¹⁰ Tegenover de actieve rechter staat de medewerkingsplicht van de partijen. Zij bepalen weliswaar, ingevolge het beginsel van de partijautonomie, waarover wordt geprocedeerd, maar zij moeten met het gerecht samenwerken om snel tot een beslechting van het geschil te geraken. Men spreekt in dit verband ook wel van het bestaan van een ‘Kooperationsmaxime’.¹¹

Een punt dat voor het bewijs van belang is, is de beperkingen die in 2002 zijn aangebracht in het appelprocesrecht, waarin, naast de ‘gewone’ Präklusion van § 296 ZPO, het aanvoeren van ten opzichte van de eerste aanleg nieuwe gronden sterk is beperkt.¹²

[7] Frankrijk.¹ De invoering van de nieuwe Code de procédure civile (CPC) op 1 januari 1976 heeft in Frankrijk het civiele proces in belangrijke mate hervormd, zij het dat de hervormingen door verschillende décrets waren voorafgegaan.² Ook hier werd de greep van de rechter aanzienlijk versterkt en dat proces

[6] 7 § 358a ZPO.

8 Vgl. ROSENBERG/SCHWAB & GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 2010, § 116, randnr. 28.

9 § 296 ZPO; zie ROSENBERG/SCHWAB & GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 2010, § 68, randnr. 29.

10 § 139 ZPO; ROSENBERG/SCHWAB & GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 2010, § 77, randnr. 15 e.v.

11 Aldus ROSENBERG/SCHWAB & GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 2010, § 77, randnr. 5. Zie ook: ASSER, GROEN & VRANKEN 2003, § 6.3.3 bij en in noot 54; ASSER, GROEN & VRANKEN 2006, § 5.3 bij en in noot 67.

12 § 531 ZPO. Zie daarover: ROSENBERG/SCHWAB & GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 2010, § 138, randnr. 49 e.v.

[7] 1 Zie voor de in dit boek gebruikte tekst en commentaar op de CPC: *Code de procédure civile* 2017.

2 CHAINAIS, FERRAND & GUINCHARD 2016, randnr. 40-50.

gaat nog steeds door.³ Partijen krijgen verplichtingen opgelegd die ertoe strekken coöperatief en loyaal te procederen en de rechter beter te informeren.⁴ De rechter krijgt bevoegdheden om bewijsstukken op te vragen. In het bijzonder de invoering van de *juge de la mise en état* ('JME') bij het *tribunal de grande instance* is een belangrijke ontwikkeling geweest.⁵ Hij is de rechter die de zaak instrueert voor de zitting maar ook over de zaak zelf (mede) beslist,⁶ en hij beschikt over verregaande instructiebevoegdheden. Hij is niet alleen belast met het formele case management (het bepalen van termijn e.d.) maar ook en juist met de inhoudelijke structurering van de zaak. Hij is bevoegd tot het houden van gesprekken met de partijen (ook om de zaak eventueel te schikken) en tot het bevelen van elke bewijsinstructie, dus ook het horen van getuigen en het benoemen van deskundigen. Deze bevoegdheden⁷ betekenen dat deze rechter een grote invloed uitoefent op het proces van fact-finding.

[8] *Engeland*. Bepaald revolutionair is de hervorming van het Engelse civiele procesrecht door het in werking treden van de Civil Procedure Rules in 1999, die overigens vooral werd ingegeven door de noodzaak Engelse procedures beter toegankelijk te maken en minder kostbaar.¹ Nergens is het doel van een procesregeling zo expliciet omschreven als in de 'overriding objective' van de CPR:

"The overriding objective

1.1

- (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.
- (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –

[7] 3 Met name als gevolg van de aanbevelingen van de toenmalige president van het Tribunal de grande instance te Nanterre (naderhand van dat te Parijs), Jean-Marie Coulon, in zijn rapport aan de Minister van Justitie. Het rapport is uitgegeven als *Réflexions et propositions sur la procédure civile* 1997. Zie over de positie van en de taakverdeling tussen rechter en partijen m.b.t. de instructie: CHAINAIS, FERRAND & GUINCHARD 2016, randnr. 609-617.

4 Met name art. 8, 10 en 11 CPC. Vgl. ook art. 7 CPC dat de rechter de bevoegdheid geeft om feiten aan zijn beslissing ten grondslag te leggen die uit debat naar voren komen maar waarop de partijen niet speciaal hun 'prétentions' hebben gebaseerd.

5 Art. 763 CPC e.v. Die functie was al eerder bij wijze van experiment ingevoerd. Zie over de JME: CHAINAIS, FERRAND & GUINCHARD 2016, randnr. 1618-1623.

6 Men kent in het tribunal de grande instance ook de alleensprekende rechter (*juge unique*) die zaken beslist.

7 De bevoegdheden van de *juge de la mise en état* zijn aanzienlijk uitgebreid na de aanbevelingen van Coulon.

[8] 1 De beoogde kostenreductie is echter niet bereikt, zie de bijdragen van SORABJI & MUSGROVE, 'Litigation, cost, funding, and the future', en ZANDER, 'The Woolf reforms: what's the verdict?', in: DWYER 2009, p. 229-246 en 424-427. Als gevolg daarvan zijn in april 2013 hervormingen, voorgesteld door Lord Justice Jackson, waarmee regels voor cost management en budget management werden opgenomen in de CPR (Part 3 II en Practice Direction 3E en 3F). Zie voor het rapport: JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs, Final Report*, online: www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf (geraadpleegd 24 juli 2017).

- (a) ensuring that the parties are on an equal footing;
- (b) saving expense;
- (c) dealing with the case in ways which are proportionate –
 - (i) to the amount of money involved;
 - (ii) to the importance of the case;
 - (iii) to the complexity of the issues; and
 - (iv) to the financial position of each party;
- (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;
- (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and
- (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

Application by the court of the overriding objective

1.2

The court must seek to give effect to the overriding objective when it –

- (a) exercises any power given to it by the Rules; or
- (b) interprets any rule subject to rules 76.2, 79.2 and 80.2, 82.2 and 88.2.²

Duty of the parties

1.3

The parties are required to help the court to further the overriding objective.

Court's duty to manage cases

1.4

- (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.
- (2) Active case management includes –
 - (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;
 - (b) identifying the issues at an early stage;
 - (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;
 - (d) deciding the order in which issues are to be resolved;
 - (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;
 - (f) helping the parties to settle the whole or part of the case;
 - (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;
 - (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;
 - (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;
 - (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;
 - (k) making use of technology; and

[8] 2 Het betreft hier procedures waarin bijzondere wetten op het terrein van de staatsveiligheid van toepassing zijn.