

# MODERNISERING BEWIJSRECHT EN DE ROL VAN DE ADVOCAAT IN DE VOORFASE

DOOR / CASPAR JANSSENS & VINCENT HOFMAN

**Het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht beoogt informatiegaring en bewijsverzameling in de fase voorafgaand en tijdens de procedure efficiënter te laten verlopen. Met de preprocesuele bewijsgaringsplicht die het wetsvoorstel introduceert, wil de minister een grote verantwoordelijkheid bij advocaten neerleggen. Aansprakelijkheidsrisico's liggen dan op de loer, betogen Caspar Janssens en Vincent Hofman.**

**H**et bewijsrecht is onderhevig aan diverse ontwikkelingen. Zo valt te denken aan digitalisering van de samenleving en de daarmee gepaard gaande complicaties op het gebied van privaatrechtelijke handhaving. Ook wat betreft burgerlijk procesrechtelijke wetgeving zijn verschillende trends zichtbaar. Deze geven de context weer waarin het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht op 31 mei 2018 in consultatie is gegaan.

Zo is met de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in 2002 de trend ingezet de rol van de civiele rechter te veranderen naar een minder afwachter, maar actieve en sturende rol. De gewijzigde rol van de civiele rechter heeft met de komst van de KEI-wetgeving in de vorm van de 'regiefunctie' in het proces meer handen en voeten

gekregen, bijvoorbeeld in artikel 22 KEI-Rv die de rechter de discretionaire bevoegdheid verschaft partijen in elke stand van de procedure te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen.

Verder is sterk merkbaar dat met de KEI-wetgeving en ook het voorliggende wetsvoorstel steeds meer de focus komt te liggen op het belang van een voortvarend verloop van de civiele procedure. De KEI-wetgeving verplicht partijen binnen kortere doorlooptijden te procederen en geeft de rechter de handvatten om hier en daar sturing te geven ten behoeve van de efficiënte procesgang.

Tegelijkertijd is de tendens dat voldoende tijd dient te worden ingeruimd voor informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan de procedure, zodat partijen de procedure wat bewijslevering betreft

zo doelmatig mogelijk kunnen insteken. Hiermee gepaard gaat bijvoorbeeld de wens om nog voor aanvang van de procedure bewijsmiddelen veilig te stellen. Bovendien zouden preprocesuele informatiegaring en bewijsverzameling partijen inzicht kunnen geven in hun onderhandelingspositie. Dat kan ervoor zorgen dat partijen gemakkelijker en eerder een minnelijke oplossing voor hun geschil kunnen vinden. Dan hebben partijen minder snel de tussenkomst van de rechter nodig, wat kostenbesparend werkt en het gerechtelijk apparaat ontlast.

## PREPROCESSUELE BEWIJSGARING

Met deze trends in gedachten heeft de minister voorgesteld de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaand aan de procedure een prominentere plek toe te kennen.

Dit voorstel krijgt gestalte in de artikelen 149a en 149b van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht. Voordat de procedure aanhangig is, moet elke partij *alle* informatie verzamelen 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, luidt het voorstel. Dit stelt partijen beter in staat hun rechtspositie te bepalen c.q. hun feitelijke onderbouwing aan te vullen. Het leidt ertoe dat partijen een juiste waardering van hun proceskansen in een eventuele procedure kunnen maken om in te schatten of het zinvol is door te zetten, aldus de memorie van toelichting.<sup>1</sup> De concrete invulling van die verplichting zal worden neergelegd in rechtersregelingen. Daarin zal dan worden opgenomen welke schriftelijke stukken of andere bewijsmiddelen in een bepaald type zaak moeten worden verzameld – gelijk de zogeheten ‘boodschappenlijstjes’ in alimentatiezaken. Voor de vraag in welke mate de informatiegaring en bewijsverzameling voorafgaande aan een procedure zou moeten plaatsvinden, vermeldt de memorie van toelichting dat hierop geen concreet antwoord kan worden geformuleerd.<sup>2</sup> Het wetsvoorstel beoogt een dubbel redelijkheidstoets in te voeren om te beoordelen of een partij heeft voldaan aan de zogeheten preprocesuele bewijsgaringsplicht en dus voldoende aan informatiegaring en bewijsverzameling heeft gedaan. Op basis hiervan zal eerst moeten worden getoetst of voorafgaand aan de procedure voor de betrokken partij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar was welke informatie voor de beslechting van het geschil relevant was. Vervolgens zal moeten worden getoetst of de bedoelde informatie in de fase voordat de procedure aanving redelijkerwijs door de betrokken partij had kunnen worden bemachtigd.

Voor de invulling van de dubbele redelijkheidstoets acht de minister een aantal gezichtspunten van belang. Te denken valt aan de aard en complexiteit van het geschil, de wederzijdse positie van partijen en het stadium waarin het geschil tussen partijen zich bevindt. Het wetsvoorstel beoogt in beginsel aan de eiser op dit punt hogere eisen te stellen dan aan de verweerder, omdat de eerste in de procedure een andere positie bekleedt. Het kan bovendien verschil maken of een partij zich in de voorfase van de procedure heeft laten bijstaan door een advocaat. Voor een partij zonder advocaat is namelijk minder goed te voorzien welke informatie precies relevant is voor de beslechting van het geschil dan voor een partij die zich heeft laten bijstaan door een advocaat. Met de dubbele redelijkheidstoets voor de verplichtingen van partijen in de voorfase van de procedure beoogt het wetsvoorstel een waarborg te bieden dat partijen binnen redelijke grenzen informatie vergaren over voor hen onbekende of niet vaststaande feiten en ondersteunend bewijsmateriaal voor hun feitelijke stellingen verzamelen. De minister benadrukt dat deze gedachtegang niet nieuw is aangezien artikel 21 Rv hierin al voorzagt,<sup>3</sup> maar dat het slechts een aanscherping is van de verplichtingen die hieruit al voortvloeiden. Bovendien wordt ingevolge artikel 30a lid 3 onder f en g KEI-Rv al van eisers verwacht dat zij in de procesinleiding de bewijsmiddelen noemen waarover zij al beschikken en niet kunnen beschikken. Wordt aan dit alles niet voldaan, kan de rechter hieraan de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht (artikel 149a van het wetsvoorstel), wat in voorkomende gevallen kan betekenen dat latere bewijslevering in de procedure niet meer mogelijk zal zijn. Overigens betekent dit niet dat een partij steeds beperkt wordt in de mogelijkheid om lopende de procedure alsnog bewijs te leveren. Van sommige informatie valt simpelweg voorafgaand aan

de procedure redelijkerwijs niet te voorzien dat deze voor de beslechting van het geschil relevant zou kunnen zijn. Maar bij een flagrante schending van informatieverplichtingen die tot een onnodige vertraging van de procedure leidt of belemmert dat recht wordt gedaan aan de materiële waarheid, beoogt het wetsvoorstel het de rechter wel vrij te staan om latere bewijslevering niet toe te laten. Ook artikel 22 Rv is in het kader hiervan gewijzigd in het wetsvoorstel. Om een partij in staat te stellen aan de preprocesuele bewijsgaringsplicht te voldoen, kan zij zich bedienen van enkele voorlopige bewijsverrichtingen, zoals het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht, de voorlopige plaatsopneming en bezichtiging en de inzagevordering. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat een partij verschillende verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen combineert (artikel 196 van het wetsvoorstel). In het bijzonder kan over het inzage-recht, dat is afgeleid van de huidige exhibitievordering (artikel 843a Rv), worden opgemerkt dat dit een partij in staat stelt om zonder tussenkomst van een rechter haar recht op inzage tegenover de wederpartij bij een rechtsbetrekking en tevens tegenover een derde in te roepen (artikel 149b van het wetsvoorstel). Wordt echter wel de tussenkomst van een rechter gevegd, dan kan dit bij wege van een verzoek om een voorlopige bewijsverrichting (artikel 204 jo. artikel 196 jo. artikel 194/195 van het wetsvoorstel).

## ROL ADVOCAAAT

Een factor die van belang is bij de dubbele redelijkheidstoets is of een partij zich heeft laten bijstaan door een advocaat, zo schrijft de minister.<sup>4</sup> Voor beantwoording van de vraag wat precies van een advocaat in de voorfase van een procedure mag worden verwacht, dient te worden bezien hoe een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in de gegeven situatie zou hebben gehandeld. De minister schrijft dat van ►

advocaten mag worden verwacht dat zij zich eerst verdiepen in de feiten en de bewijsmiddelen, nadenken over de wederzijdse rechtsposities van de partijen bij het geschil en anticiperen op de stelplicht en de bewijslast voordat zij een procedure voor hun cliënt aanspannen.<sup>5</sup>

Deze passage van het wetsvoorstel lijkt de zorgplicht van professionele rechtsbijstandverleners te willen oprekken tot een punt waarop advocaten niet alleen zich dienen te vergewissen van een goede processtrategie, maar bij advocaten ook meer de verplichting komt te rusten om bij cliënten door te vragen over voorhanden bewijs. Slechts het zorgvuldig documenteren van onder meer vragen naar opgave van verschillende bescheiden en andere bewijsmiddelen bij cliënten, zou advocaten dan van aansprakelijkheid van achteraf gekomen claims kunnen behoeden. Of bij schending een beroepsfout meteen zou vaststaan, lijkt ons – net als bij een termijnoverschrijding – niet altijd het geval. Een weging van de omstandigheden van het geval zal dat moeten uitwijzen.

## KRITIEK

Namens de Nederlandse orde van advocaten heeft de adviescommissie burgerlijk procesrecht op het wetsvoorstel gereageerd.<sup>6</sup> De commissie heeft de minister verzocht de passage met betrekking tot toepassing van de dubbele redelijkheidstoets te schrappen. De NOvA acht het in het algemeen onjuist de verantwoordelijkheid voor de preprocesuele bewijsgaringsplicht bij de advocaat te leggen.<sup>7</sup> Een advocaat dient voorafgaand aan het aanhangig maken van een procedure vanzelfsprekend na te denken over de bewijspositie van zijn cliënt en daarbij is de preprocesuele bewijsgaringsplicht een hulpmiddel. Maar dat mag volgens de NOvA geen doel op zich zijn, laat staan dat met *hindsight bias* zou kunnen worden geoordeeld over de preprocesuele bewijsgaringsverplichting.

De adviescommissie wijst er in de

tweede plaats op dat het onjuist is om een gedragsnorm voor een advocaat ook toe te passen op de cliënt van die advocaat. De rechter die moet beoordelen of een partij aan de op hem rustende preprocesuele bewijsgaringsplicht heeft voldaan, weet namelijk niet of deze partij zijn advocaat wel alle relevante informatie heeft gegeven, en, als dat niet het geval is, of hem dat kan worden verweten, wat de advocaat zijn cliënt heeft geadviseerd en of de cliënt dat advies heeft opgevolgd. Gelet op de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt behoort de rechter zich daarin ook niet te verdiepen. De rechter kan dus niet beoordelen of een partij deze van de advocaat afgeleide gedragsnorm al dan niet heeft geschonden.

De NOvA merkt ten slotte op dat moet worden voorkomen dat een cliënt afziet van het raadplegen van een advocaat omdat hij daardoor een zwaardere preprocesuele bewijsgaringsplicht op zich zou nemen, of dat hij voor zijn wederpartij verzwijgt een advocaat in de arm te hebben genomen.

In algemene zin kan nog over de preprocesuele bewijsgaringsplicht worden opgemerkt dat deze door haar nadruk op *fact finding* bij complexe(re) zaken met veel partijen en/of een grensoverschrijdend element tot negatieve effecten zou kunnen leiden. De kritiek na het advies van de commissie-Hammerstein was dat het in dergelijke zaken de efficiëntie die het wetsvoorstel nastreeft niet ten goede zou komen als partijen voorafgaand aan de procedure hun bewijsvoering reeds geheel 'rond'

dienen te hebben. Denk bijvoorbeeld aan massaschadeclaims waarbij eerst de vraag van aansprakelijkheid speelt voor men aan de schadevaststelling toekomt. De memorie van toelichting stelt dit probleem te hebben ondervangen, aangezien in een dergelijk geval de schadevaststelling nog even wordt 'geparkeerd'.<sup>8</sup> Desalniettemin leeft in de advocatuur nog steeds de gedachte dat partijen met het oog op de mogelijke sanctie lopende de procedure geen bewijs meer in mogen brengen en reeds voorafgaand aan het proces allerlei informatie moeten verzamelen en hiervoor kosten moeten maken, terwijl het evengoed mogelijk is dat deze feiten voor de uiteindelijke beslechting van het geschil niet eens relevant zijn, dan wel onbetwist zijn. Daarbij komt dat de sanctie op het niet voldoen aan de preprocesuele bewijsgaringsplicht in voorkomende gevallen ervoor kan zorgen dat de rechter uitspraak doet op basis van een onjuist of onvolledig vastgesteld feitencomplex. Dit brengt de beoogde *fact finding* dan in het gedrang. Of deze adviezen ook worden overgenomen, is nog niet bekend. De consultatie is inmiddels gesloten. Het wachten is nu op de politieke behandeling van het wetsvoorstel. ■

**Caspar Janssens** is cassatieadvocaat bij Kneppelhout & Korthals N.V. in Rotterdam en lid van de adviescommissie burgerlijk procesrecht van de NOvA.

**Vincent Hofman** is advocaat bij Van Traa Advocaten N.V. in Rotterdam.

## NOTEN

1 MvT, p. 22-23, te vinden via: <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht>.

2 Idem, p. 23.

3 Idem, p. 25.

4 Idem, p. 24.

5 Idem, p. 24.

6 Wetgevingsadvies conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures. Het advies is te vinden via: <https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/138073>.

7 Wetgevingsadvies, p. 15-16.

8 Idem, p. 24.