



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De schriftelijke verklaring: drempel voor een snelle en eerlijke procedure

Ahsmann, M.J.A.M.

Citation

Ahsmann, M. J. A. M. (2020). De schriftelijke verklaring: drempel voor een snelle en eerlijke procedure. *Tijdschrift Voor De Procespraktijk*, 2020(2), 25-28. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3243926>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3243926>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De schriftelijke verklaring: drempel voor een snelle en eerlijke procedure

M.J.A.M. AHSMANN*

Het paradigma van de waarheidsvinding verdringt langzaamaan het principe van de partijautonomie. De rechter is van partijen afhankelijk voor de feiten. Maar hij procedeert in een geschil als het ware ook mee om een zo goed mogelijk zicht op de feiten te krijgen. Het artikel van Cindy Seinen in deze aflevering biedt een fraai overzicht van de rechtspraak van de laatste zes jaar over de reikwijdte van de zorgplicht van partijen ten aanzien van de feiten: zij moeten deze ‘volledig’ en ‘naar waarheid’ aanvoeren (art. 21 Rv). De rechter kan geen recht doen op basis van een fictieve werkelijkheid en beschikt daartoe over een breed palet aan sanctiemogelijkheden. Het ‘zwaarwichtige maatschappelijke belang’ dat de ‘waarheid’ in rechte komt vast te staan, is niet meer uit het civiele proces weg te denken en inmiddels misschien wel het primaire doel van de procedure geworden.

Ik vraag me af hoe dit uitgangspunt van procesrecht zich verhoudt tot de oproep om schriftelijke getuigenverklaringen in het geding te brengen, zoals in het conceptwetsvoorstel Bewijsrecht staat.¹ Het in geding brengen van buiten rechte tot stand gekomen getuigenverklaringen is door de Expertgroep die de Minister van (toen) Veiligheid en Justitie hierover heeft geadviseerd, nadrukkelijk als een nieuwe vorm van bewijslevering gepresenteerd. Door adequate regievoering kan de rechter in overleg met partijen het horen op zitting beperken tot de getuigen van wie géén schriftelijke verklaring kon worden verkregen en getuigen die een schriftelijke verklaring hebben afgegeven die de rechter reden geeft tot het stellen van nadere vragen. Achterliggende gedachte is dat het horen door de rechter gericht en efficiënter kan geschieden.² In het advies worden de mogelijkheden van de partij die niet aan deze ‘bewijsaandragplicht’ voldoet, beperkt: de wettelijke aanspraak op getuigenbewijs komt dan te vervallen. Dat klinkt in theorie efficiënt, maar is de wetgever hiermee wel op de goede weg?

1. Een casus

Ik wil de weerbarstige praktijk van het gebruik van verklaringen adstrueren aan de hand van een opmerkelijke zaak waarbij ik als rechter in eerste aanleg betrokken ben geweest.³ Die zaak heeft geleid tot een in 2018 door de Hoge Raad gewezen arrest. Wat was er gebeurd? In januari 2001 botste een door Y bestuurde auto van achteren tegen een auto die voor een stoplicht stil stond, bestuurd door X. De moeder van X vorderde (bij dagvaarding van 13 mei 2004) van de verzekeraar van Y schadevergoeding wegens een whiplash en stelde daartoe dat zij ook in de auto had gezeten. De verzekeraar weigerde uitkering. In de procedure die volgde, had de moeder, afgezien van de verklaring van haar zoon, vier min of meer gelijklopende schriftelijke verklaringen van vier vrienden van haar zoon in het geding gebracht die bevestigden dat zij passagier was. Deze vier personen beweerden dat zij in de buurt van het ongeval waren en de moeder kort na het ongeval hebben zien uitstappen. De verzekeraar van Y betwistte echter (op basis van bestuurder Y en de passagier die naast hem zat) dat moeder in de auto van haar zoon zat ten tijde van de aanrijding en dus diende moeder dat feitencomplex te bewijzen. Een van de getuigen had, kennelijk uit wroeging, aan de verzekeraar opening van zaken gegeven over de wijze waarop de schriftelijke verklaringen tot stand waren gekomen. Na het horen van enkele getuigen heeft de verzekeraar aangifte van oplichting, valsheid in geschrifte en meened gedaan. In de daarop volgende strafzaak zijn (in hoger beroep) de zoon en drie vrienden wegens meened veroordeeld. Na afloop van de strafprocedure heeft het hof in de civiele zaak de vordering van moeder, anders dan de rechtbank, toegewezen. In cassatie werd onder meer geklaagd over het bewijsoordeel van het hof. De Hoge Raad achtte dit bewijsoordeel onvoldoende gemotiveerd, waarna hij de zaak naar een ander

* Mw. prof. mr. M.J.A.M. (Margreet) Ahsmann is rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag, emeritus bijzonder hoogleraar Rechtspleging aan de Universiteit Leiden en lid van de redactie van dit tijdschrift.

1. Art. 30a lid 3 onder g en 30i lid 6 van het Concept voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, hierna: het conceptwetsvoorstel Bewijsrecht.

2. Advies van de Expertgroep bestaande uit onder meer A. Hammerstein (voorzitter), W.D.H. Asser & R.H. de Bock, uitgebracht aan de Minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Den Haag 2017, nr. 154, dat ten grondslag ligt aan het conceptwetsvoorstel Bewijsrecht.

3. Ik heb de comparitie gedaan, het tussenvonnissen gewezen en getuigen gehoord.

hof heeft verwezen.⁴ Negentien jaar na het ongeval en na zestien jaar procederen bestaat nog immer geen duidelijkheid of moeder in de auto heeft gezeten: efficiënt en effectief zijn de schriftelijke verklaringen dus allerm minst geweest en de waarheidsvinding hebben zij niet gediend.

2. De theorie in de praktijk

Zou deze procedure onder het gemoderniseerde Bewijsrecht zijn gevoerd, dan heeft eiseres met het in geding brengen van zoveel verklaringen ruimschoots aan haar bewijssaandragplicht voldaan. Indachtig de voorgestelde (efficiënte) regievoering hoeft de rechter geen bewijsopdracht te geven en zou hij zich kunnen verlaten op de schriftelijke verklaringen. Gaat hij wel – aanvullend – over tot het horen van een of meer getuigen, dan kan hij zich bij de mondelinge behandeling beperken tot het stellen van slechts enkele vragen aan een of meer opstellers van de verklaringen. Het horen zou geconcentreerd op één dag kunnen geschieden, zo is de gedachte.

De voorgestelde theorie zou voor de praktijk in eerste aanleg een intensievere werkwijze (kunnen) betekenen. De mondelinge behandeling die zou moeten leiden tot opheldering van het feitencomplex wordt als het ware ondergeschikt gemaakt aan het getuigenverhoor. De zaaksrechter dient namelijk vóór de zitting al te hebben beoordeeld of getuigen moeten worden gehoord. Zo ja, dan formuleert hij, bij voorkeur, een bewijsopdracht en voert overleg – via de griffie – met beide partijen over de vraag welke getuigen op de mondelinge behandeling aanwezig moeten zijn en vraagt verhinderdata van partijen en getuigen op. Pas als alle gegevens zijn ontvangen, kan de griffie het vonnis naar partijen doen uitgaan met het tijdstip van en instructies over de zitting. De zogenoemde ‘planktijd’ zal hierdoor toenemen en een planningsprobleem kan ontstaan. Vanwege een tekort aan zittingszalencapaciteit en behoefte aan doorstroming van zaken roostert de griffie doorgaans meer dan één mondelinge behandeling (van gemiddeld twee uur) op een dag in. Het zal sowieso niet altijd mogelijk zijn om in één geconcentreerde behandeling alle getuigen op een dag tegelijk te horen. Los daarvan zal de advocaat van de partij die niet de bewijslast heeft, zijn definitieve opgave van getuigen voor het tegenverhoor pas willen doen na de sluiting van de verhoren aan de andere zijde. Daar lijkt mij weinig tegenin te brengen gelet op het bepaalde in art. 168 Rv, en dan kom je vanzelf op (ten minste) een tweede zittingsdag, met alle tijdsverloop (de bekende ‘planktijd’) van dien.

Ik besef dat de besproken zaak geen standaardcasus is. De casus maakt wel duidelijk dat schriftelijke verkla-

ringen nieuwe problemen in het leven roepen.⁵ Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat schriftelijke verklaringen van ooggetuigen en andere derden tot verschraling van waarheidsvinding zullen leiden; de feitenversies van partijen gaan weer prevaleren. De verklaringen zijn onder invloed van partijen geproduceerd – voorgekookt dus – en selectief wat de feiten betreft doordat ongunstige elementen daaruit zijn weggelaten. Er bestaat een te rooskleurig, naïef en weinig realistisch beeld van procespartijen. Partijen zijn een procedure begonnen omdat zij met elkaar een ernstig meningsverschil hebben. Elk van hen wil zijn gelijk halen, vaak ten koste van de ander. Daarbij is gedaagde in een voordeliger positie omdat de verklaringen niet gelijktijdig zijn uitgewisseld (vgl. het voorschrift uit art. 179 lid 1 Rv). Het afleggen van een onder ede afgelegde verklaring ten overstaan van de rechter én van de wederpartij van degene die de getuige voorbrengt, biedt enige waarborg. De rechter kan de getuige ‘horen, zien en proeven’ en mede daardoor de waarachtigheid van de getuigenis rechtstreeks waarderen. De Bock relativeert deze mogelijkheid en acht ‘toetsing van de inhoudelijke merites van een verklaring, zoals consistentie, coherentie en de kwaliteit van de verklaring’ belangrijker.⁶ Aan ieder systeem kleven bezwaren, ook aan het horen van (beëdigde) getuigen. Als de uitspraak ‘Er wordt nergens zoveel gelogen als in de rechtszaal’ waar is, dan geldt dat echter *a fortiori* voor een verklaring die tot stand is gekomen buiten de rechtszaal maar is bedoeld voor gebruik in de rechtszaal.⁷ De introductie van een systeem waarop niet of nauwelijks enige controle is uit te oefenen, zet namelijk de sluizen open voor methodes van beïnvloeding en creatief omgaan met de waarheid, in een tijd waarin het verdraaien en bagatelliseren van de feiten alledaags lijkt te zijn.

3. Het vraagrecht van de wederpartij en artikel 6 EVRM

Minstens even belangrijk als het waarheidsgehalte van het bewijsmiddel, is de vraag of niet schending van een ander fundamenteel beginsel van procesrecht, te weten art. 6 EVRM, op de loer ligt, namelijk het verdedigingsbeginsel, het recht op een gelijkwaardige positie van beide partijen in de procedure (art. 19 lid 1 Rv). Ter toelichting.

Een schriftelijke verklaring geldt in het systeem van ons bewijsrecht als een (gewoon) schriftelijk bewijsmiddel, dus niet als getuigenbewijs.⁸ Aan de wijze waarop de verklaringen tot stand komen, behoeven volgens de Expertgroep geen eisen te worden gesteld omdat wij (sinds 1988) de vrije bewijsleer en de daarin passende vrije bewijswaardering door de rechter kennen (art. 151 Rv). Met een beroep op het arrest van de Hoge

4. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103, NJ 2019/118, m.nt. S.D. Lindenberg. Het eindvonnis van de rechtbank is gedateerd 19 februari 2014. Of het hof Amsterdam inmiddels arrest heeft gewezen, heb ik niet kunnen achterhalen.

5. Vgl. R.R. Verkerk, ‘De modernisering van het getuigenverhoor’, TCR 2018, afl. 3, p. 71-78.

6. R. de Bock, ‘Feitenonderzoek tijdens de mondelinge behandeling’, in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe, *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 225.

7. Anders L.M. van den Berg, ‘Schriftelijke getuigenverklaringen in de civiele procedure’, *Trema* 2017, afl. 7.

8. Bevestigd in HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, NJ 2004/151 (over de waardering van de schriftelijke verklaring) en in HR 19 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 (over bewijsaanbod).

Raad uit 2016 heeft zij daarom voorgesteld dat partijen zelf de wijze mogen bepalen waarop de verklaringen worden verkregen (nr. 155-156).⁹ Maar steunt het arrest de opvatting van de Expertgroep echt? In die zaak was - kort samengevat - in overleg tussen raadsheer-commissaris en beide raadslieden ervoor gekozen dat de getuigen eerst een schriftelijke en door hen ondertekende verklaring zouden opstellen, die vooraf aan betrokkenen zou worden toegezonden en vervolgens nummer voor nummer door de aanwezigen op de zitting zouden worden doorgelezen, waarna de raadsheer-commissaris, de partijen en hun advocaten opmerkingen konden maken en/of vragen aan de getuigen konden stellen (r.o. 3.2.4). De wijze waarop de raadsheer-commissaris in die zaak de getuigen aan de hand van schriftelijke verklaringen had gehoord, kwam daarmee overeen met de strekking van de wettelijke voorschriften over het getuigenverhoor. De Hoge Raad had dan ook het bewijsoordeel van het hof in stand gelaten omdat het hof bij de waardering onder meer uitdrukkelijk had overwogen dat partijen de mogelijkheid hebben gehad vragen te stellen en opmerkingen te maken, overeenkomstig art. 179 lid 2 Rv dus.

In Rechtsvordering staan (uitvoerige) voorschriften over een aantal bewijsmiddelen. Ik doel op: bewijs door geschriften, door getuigen en deskundigen, gerechtelijke plaatsopneming en de mondelinge behandeling. Die voorschriften konden in het stelsel van de in 1988 ingevoerde vrije bewijsleer kennelijk niet worden gemist. Bij het getuigenverhoor kunnen partijen rekenen op een billijke bewijsvoering onder leiding van de rechter die daartoe eerst een bewijsthema (*probandum*) heeft geformuleerd, terwijl de voorschriften waarborgen bieden op openbaarheid, op de mogelijkheid dat derden-belanghebbenden aanwezig kunnen zijn, alsmede op het recht om tegenbewijs te leveren. En ten slotte: partijen hebben het recht om de getuigen vragen te stellen. Het verdedigingsbeginsel van art. 19 lid 1 Rv is dus stevig in de wet verankerd.

Hoe gaat de rechter de schriftelijke verklaringen gebruiken in het stramien van de wet? Aanbevelingen omtrent opgave van het doel - *probandum* - van de verklaring en de wijze van totstandkoming van een verklaring ontbreken, bijvoorbeeld dat het moet gaan om uit eigen waarneming kenbare feiten (art. 163 Rv), dat de opsteller niet in een familierechtelijke of ondergeschikte relatie staat, dat geen gemeenschappelijk belang bestaat, dat de getuigen buiten elkaars aanwezigheid hun verklaring hebben afgelegd (art. 179 lid 1 Rv), dat de getuige uit eigen beweging heeft verklaard, e.d. Hoe kan de rechter een en ander controleren?

Men zou kunnen tegenwerpen dat het slechts om formaliteiten gaat. De rechter dient in elk geval, met het oog op de waarheidsvinding en het vereiste van een eerlijke procedure, terug te vallen op algemene procesuele voorschriften. Partijen moeten tijdens de mondelinge behandeling de verklaringen kunnen bespreken én daarover rechtstreeks (kritische en aanvullende) vragen aan de getuigen kunnen stellen (art. 88 lid 1 Rv en 179 lid 2 Rv). Dat vraagrecht zou strikt genomen kunnen betekenen dat een partij kan verlangen dat alle personen van wie schriftelijke verklaringen in het geding zijn gebracht op zitting zouden moeten verschijnen, wil zij haar recht op tegenspraak kunnen uitoefenen en de rechter de verklaringen in zijn beoordeling kunnen betrekken.¹⁰

Het belang van hoor en wederhoor volgt ook uit de steeds stringenter rechtspraak inzake art. 6 EVRM, waarin het recht op een 'eerlijke' procedure is gewaarborgd. Dat recht vereist in beginsel dat alles wat het oordeel van een rechter *kan* beïnvloeden, voorwerp van tegenspraak is geweest. Dat geldt zelfs ingeval een productie een neutrale inhoud heeft, geen nieuwe feiten of argumenten behelst voor de beslechting van het geschil en niet van invloed is geweest op de beslissing van de rechter.¹¹ Die jurisprudentie is weliswaar niet één op één van toepassing. De vraag blijft echter of de rechter, daarom verzocht, niet eerst gelegenheid moet geven tot het horen van de betrokkenen als getuigen en dus of de verklaring als bewijsmiddel wel zonder meer de toets van art. 6 EVRM kan doorstaan?

Het continentale stramien van stellen, betwisten en bewijzen wordt steeds diffuser.¹² Waarom sluit de minister niet bij de systematiek van Rechtsvordering aan en kiest hij niet voor een stelsel waarbij de rechter aan partijen opdraagt om in elkaars tegenwoordigheid binnen een bepaalde tijdspanne personen als getuigen te horen?¹³ Ik heb in 2010 een lans gebroken voor de Rotterdamse Regeling inzake Kantoorverklaringen (RiK), die in de kern op hetzelfde neerkomt.¹⁴ Hij regelt namelijk het gebruik van schriftelijke verklaringen die (buiten de rechtbank om) in aanwezigheid van de advocaten van beide partijen zijn afgelegd. Daarmee wordt het wettelijk stelsel geen geweld aangedaan, is de contradictoire setting gewaarborgd terwijl het de rechter ontlast en de procedure daardoor sneller zal zijn.

4. Afronding

Schriftelijke verklaringen van derden (als een inlichting ten behoeve van de rechter) zijn al langer toegelaten en op zichzelf dus niets bijzonders. Het conceptwetsvoorstel beoogt echter om die, in beginsel, in de plaats

9. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, NJ 2017/14, JBPR 2017, m.nt. J.J. van der Helm, r.o. 3.4.1-3.4.3.

10. Vgl. HR 25 mei 2007, ECLI:NL:2007:BA2495, NJ 2007/294.

11. Vgl. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2263, NJ 2019/6, JBPR 2019/5, m.nt. G.C.C. Lewin; HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2879; HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1195, NJ 2015/233; HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882, NJ 2012/637.

12. Vgl. R. El Gamali & E. Tjong Tjin Tai, 'Waarheidsplicht en bewijslastverdeling', TCR 2019, afl. 2, p. 57-67.

13. Zoals de Amsterdamse rechter heeft bepaald in zijn vonnis van 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMST:2017:3726, r.o. 5.7-5.8 en 6.2.

14. M.J.A.M. Ahsmann e.a., 'Bewijs: verschuiving van bewijzen naar stellen', in: *Bewijsrecht* (Procesrechtelijke reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, nr. 23), Den Haag: Boom juridisch 2010, p. 13-27. Nadien ook S.H. Verrips, 'De kantoorverklaring is zo verschrikkelijk nog niet', WPNR 2017, afl. 7142.

te laten komen van de op de traditionele wijze (onder ede) verkregen verklaringen, afgelegd onder leiding van de rechter en in aanwezigheid van de wederpartij, die ook zelf vragen mag stellen.

Met het voorstel wordt de papieren werkelijkheid van partijen via een zij-ingang geïntroduceerd. Rechter hebben een discretionaire bevoegdheid (MvT, p. 21) en zullen misschien de te begrijpen neiging onderdrukken om zelf de personen achter de verklaringen te horen, omdat de werkdruk onverminderd hoog is. Dat onder de klassieke taakverdeling de waarheidsvinding heeft te lijden, weten we maar al te goed uit de procesrechtsgeschiedenis.

Het gebruik van schriftelijke verklaringen vergt dus ogenschijnlijk minder van de reeds te zwaar belaste rechter en lijkt misschien efficiënt. Tegelijk is de vraag of de proceseconomie hiermee werkelijk is gediend. De rechter zal immers, na overleg met partijen, tegenpraak mogelijk moeten maken omdat anders strijdigheid met een eerlijke procedure dreigt. De eenzijdig opgestelde schriftelijke verklaring zal er toe kunnen leiden dat advocaten de betrokkenen aan een kruisverhoor willen onderwerpen, zodat het horen van getuigen juist meer tijd zal vergen dan thans het geval is. Een geconcentreerde behandeling waar al het bewijs wordt gepresenteerd, zoals de minister verwacht, is een illusie.

De vraag is of de modernisering op dit punt wel goed is doordacht.¹⁵ Het Angelsaksische rechtssysteem dringt zich bij de bewijsverzameling op. De rechter heeft daar een geringe rol en blijft steeds op een zekere afstand. Anders dan in ons continentale stelsel geschiedt de bewijsgaring weliswaar buiten de rechtszaal, maar steeds met behulp van gedetailleerde regels waarbij de contradictoire setting is gewaarborgd. *Depositions* in de voorfase vormen een belangrijk onderdeel van waarheidsvinding. De beide advocaten kunnen uitgebreid vragen stellen aan de getuige en deze doorzagen. Een gerechtsmedewerker (*court reporter*) neemt de eed af en legt woordelijk de gehele ondervraging vast. Bij de *witness statements* (een enkelzijdige verklaring) vormt de buitengerechtelijke verklaring evenmin een probleem. Op de mondelinge behandeling (*the trial*) kan ook hier de bewijswaarde van de verklaringen worden geëvalueerd aan de hand van (*cross-*) *examinations*. De wederpartij kan dus altijd de getuige het vuur na aan de schenen leggen.¹⁶

Bij de invoering van de vrije bewijsleer in 1988 stond waarheidsvinding als doel van de procedure voorop.¹⁷ In het conceptwetsvoorstel wordt dit doel opgeofferd aan vermeende efficiency. 'Totstandkomingseisen, zoals een contradictoire setting (...), kunnen een drempel [cursivering MA] vormen bij het verkrijgen van schriftelijke getuigenverklaringen (...)', aldus de MvT

(p. 21). Voor de wijze waarop kennis en bewijs omtrent de feiten wordt verkregen, wordt thans aangehaakt bij een ander rechtssysteem terwijl de daar ontwikkelde waarborgen tegen misbruik in het voorstel ontbreken. De conclusie lijkt dan ook onontkoombaar: het ontbreken van eisen aan de wijze waarop schriftelijke verklaringen tot stand komen, vormt een drempel voor een snelle en eerlijke procedure.

15. Diverse auteurs hebben op de nadelen van de aanscherping van de algemene informatieverplichtingen in de preprocesuele fase gewezen, onder meer: H.F.M. Hofhuis, 'Uitgangspunten Advies van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht', *TvPP* 2017, afl. 5, p. 155-161; Y.A. Wehrmeijer & E.M. Hoogervorst, 'Naar een modern burgerlijk bewijsrecht?', *TCR* 2018, afl. 1, p. 1-9; R. Ubels & T. van Amsterdam, 'Een kritische beschouwing over het Wetsvoorstel ter vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht' *TCR* 2019, afl. 1, p. 22-32.

16. E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 57-63.

17. G.R. Rutgers & R.J.C. Flach, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het Bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 59, voorts p. 99.