

# VAN TRAA

— ADVOCATEN —

C A S C O S E M I N A R

17 JUNI 2004

van de “Pantazis L” en hij verwondert zich als praktijkman over de rol die met name het Hof aan de expert heeft toegevoegd (het arrest van de Hoge Raad en meer in het bijzonder de Conclusie van de Advocaat-Generaal met onder 2.13.1 de belangrijkste passage uit het arrest van het Hof Amsterdam, p. 65-66, zijn als bijlagen opgenomen). De expert in de “Pantazis L” heeft met de vaststelling van de schadecijfers de scheepseigenaar aan die bedragen gebonden. Hoe in de toekomst de situatie als in de “Pantazis L” voorkomen kan worden, kunt u lezen in de bijdrage van Pieter den Haan.

Ook in de cascopraktijk is de wijze van procederen en het ver-  
garen en evenzeer het openbaren van informatie van essentieel  
belang. En ook hier wijst Van Traa Advocaten u weer de weg.

Van Traa Advocaten  
Rotterdam  
Juli 2004

## PROCESSUELE WAARHEIDSVINDING

*Mr F.G.M. Smeele*

### *Inleiding*

Eenieder heeft recht op een “fair trial”, een eerlijk proces.<sup>1</sup> Vanouds wordt daar onder meer onder verstaan dat de rechters of arbiters onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn, dat het proces ordelijk verloopt en dat elke partij gelijklijk en in voldoende mate de gelegenheid krijgt om zijn standpunt naar voren te brengen en om op de standpunten van de ander te reageren.

### *Recht doen aan de feiten*

Zeker zo belangrijk als voornoemde beginselen van onpartijdigheid en hoor en wederhoor is evenwel het beginsel dat het uiteindelijk vonnis recht moet doen aan de feiten. Dit lijkt voor de hand liggend, maar bij nadere beschouwing zitten hier toch wel wat problematische kanten aan. Want over welke feiten hebben wij het hier eigenlijk? Niet alles is immers even relevant voor het geschil. En wie bepaalt er welke feiten relevant zijn voor het geschil, de rechter of partijen? Uit het beginsel van de partij-autonomie vloeit voort dat *partijen* de omvang van het geschil dat zij aan de rechter of arbiter voorleggen (kunnen) bepalen.<sup>2</sup> Maar als er eenmaal een geschil

<sup>1</sup> Zie art. 6 EVRM.

<sup>2</sup> Zie art. 149 lid 1 Rv.

ligt, dan is het tenslotte toch de rechter die – zonnodig ambts- halve, dus op eigen initiatief – zelf zal bepalen welke feiten hij van belang acht voor zijn beoordeling/beslissing van het ges- schil.

#### *Feit en bewijs*

Ten tweede rijst de vraag wanneer iets een feit is en hoe dit vastgesteld moet worden. Dit is in hoofdzaak een kwestie van bewijslevering. Naar Nederlands recht zijn in principe alle bewijsmiddelen toelaatbaar.<sup>3</sup> In principe, want er zijn gevallen dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mag worden gebruikt bijvoorbeeld in verband met de privacybescherming. Dit staat wel op gespannen voet met het principe dat recht moet worden gedaan aan de feiten.

#### *Bewijskracht*

Er bestaan gradaties in de bewijskracht van bewijsmiddelen. Het meeste gewicht heeft “beslissend bewijs”. In dat geval is de rechter verplicht de inhoud van het bewijsmiddel voor waar aan te nemen en is bovendien de mogelijkheid van tegenbewijs uitgesloten.<sup>4</sup> Een voorbeeld hiervan is de voorafgaande taxatie van het verzekerde voorwerp door deskundigen.<sup>5</sup>

Iets lager in de ladder staat het “dwingend bewijs”. Ook dan is de rechter verplicht de inhoud van het bewijsmiddel voor waar aan te nemen, al is tegenbewijs mogelijk.<sup>6</sup> Voorbeelden van dwingend bewijs zijn:

- een strafrechterlijk vonnis<sup>7</sup>;
- een authentieke (notariële) akte<sup>8</sup>;
- een partijverklaring in een onderhandse akte (mits ten nadele van hem).<sup>9</sup>

In de bewijshiërarchie komen na beslissend en dwingend be- wijs de overige bewijsmiddelen die vrije bewijskracht heb- ben.<sup>10</sup> Dat houdt in dat de rechter ermee kan doen wat hij wil. Vindt hij het bewijsmiddel overtuigend dan mag hij zich er- door laten leiden zowel voor bewijs als voor tegenbewijs. Ge- looft hij er niet in, dan kan hij er ook aan voorbijgaan. Dat is het verschil met dwingend bewijs, daar kan de rechter alleen aan voorbijgaan op basis van tegenbewijs. Het komt dus aan op de beoordeling, de waardering van het bewijs door de rech- ter. Dat is niet een simpele optelsom van bewijsmiddelen pro en contra, maar een kwestie van *overtuigen*.

<sup>3</sup> Zie art. 152 Rv.  
<sup>4</sup> Zie art. 151 Rv.  
<sup>5</sup> Zie art. 275 K.

<sup>6</sup> Zie art. 151 Rv.  
<sup>7</sup> Mits op tegenspraak gewezen en in kracht van gewijsde gegaan, zie art. 161 Rv.  
<sup>8</sup> Zie art. 157 lid 1 Rv.  
<sup>9</sup> Zie art. 157 lid 2 Rv en art. 158 Rv.  
<sup>10</sup> Zie art. 152 lid 1 en 2 Rv.

Als laatste en laagste vorm van bewijskracht noem ik tenslotte de verklaring van de partijgetuige. Vanwege de letterlijke *par-tijdigheid* heeft een dergelijke verklaring geen bewijskracht ten aanzien van feiten die de partij moet bewijzen.<sup>11</sup> Wel kan de verklaring van de partijgetuige ertoe dienen om andere – onvolledige – bewijsmiddelen aan te vullen. Voor zover de verklaring in zijn nadeel werkt heeft de verklaring van de partijgetuige dus wel vrije, of zelfs dwingende bewijskracht.

### *Bewijslevering*

Het is voor partijen derhalve van belang te weten over welke bewijsmiddelen – getuigen- en/of deskundigenverklaringen, geschriften, marifoon-opnamen, foto's etc – men zelf kan beschikken ter ondersteuning van de eigen stellingen en over welke bewijsmiddelen de tegenpartij beschikt. Toch is het vaststellen van feiten *niet alleen* een kwestie van bewijsvoering. Sommige feiten, zoals het feit van algemene bekendheid dat 17 juni 2004 op donderdag en niet op zondag valt en algemene ervaringsregels hoeven niet bewezen te worden.<sup>12</sup> Evenmin behoeven feiten waarover partijen het eens zijn (onbetwiste feiten) bewezen te worden.

<sup>11</sup> Zie art. 164 lid 2 Rv.

<sup>12</sup> Zie art. 149 lid 2 Rv.

### *Bewijslastverdeling*

Ten derde speelt de vraag wie de bewijslast draagt ten aanzien van bepaalde feiten en daarmee welke partij het *bewijsrisico* loopt dat hij zijn stelling niet zal kunnen bewijzen. Vanouds geldt als uitgangspunt bij de verdeling van de bewijslast dat wie stelt ook moet bewijzen. In het vernieuwde burgerlijke procesrecht is dit uitgangspunt in art. 150 Rv aldus verwoord:

“De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.”

Blijkens de wettekst is de regel “wie stelt bewijst” de hoofdregel, maar kunnen zich situaties voordoen waar een andere bewijslastverdeling geldt krachtens een bijzondere regel geldt of op grond van de redelijkheid en billijkheid.

Een voorbeeld van een bijzondere regel van bewijslastverdeling is de in de rechtspraak ontwikkelde ‘omkeringregel’. De HR heeft bepaald:

“dat, indien door een als onrechtmatige daad of wanpres-tatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen

en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”<sup>13</sup>

Kort samengevat houdt deze omkeringregel dus in dat een onrechtmatig, gevaarscheppend handelen of nalaten, dat gevolgd wordt door de verwezenlijking van dat gevaar en het intreden van schade, ertoe leidt dat wordt aangenomen wordt dat de gevaarlijke gedraging de schade heeft veroorzaakt, al is tegenbewijs mogelijk.<sup>14</sup>

Ook het corrigerende beginsel van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat er in bepaalde gevallen een andere bewijslastverdeling geldt dan het principe van ‘wie stelt, moet bewijzen’. Zo heeft de Hoge Raad in gevallen waar een patiënt de arts of het ziekenhuis aansprakelijk hield voor verwijfbaar onzorgvuldig handelen tijdens of na een operatie, geoordeeld dat van de arts, resp. het ziekenhuis verlangd kon worden dat deze voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde de patiënt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.<sup>15</sup> Aldus wordt via de ‘bewijsaandraagplicht’ van de verweerder (het ziekenhuis), de eiser (de patiënt) geholpen bij de bewijslevering met betrekking tot de door hem gestelde

onrechtmatige gedraging en wordt de zeer ongelijke bewijspositie van partijen dus enigszins gecompenseerd.

#### *Stel- en motiveringsplicht*

Als gezegd kan de bewijslastverdeling en het daaruit volgende bewijsrisico beslissend zijn voor de uitkomst van een procedure. Toch is in de praktijk het relatieve belang van de wettelijke bewijslastverdeling de laatste decennia afgenomen. Dit hangt samen met het in die periode in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen systeem van stelplichten en motiveerplichten. In art 149 lid 1 Rv wordt deze bewijsregel aldus verwoord:

“(…) Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen (…).”

Uit deze regel volgt dat wanneer de ene partij in zijn processtukken heel concreet en gedetailleerd uiteenzet hoe de feiten volgens hem zouden liggen en hoe hij dit kan bewijzen, terwijl de andere partij hier niet of onvoldoende gemotiveerd of ondersteund door bewijsmiddelen tegenin gaat, de rechter de beweringen van de eerstgenoemde partij als vaststaand mag aannemen. Aan de hoofdregel van bewijslastverdeling ‘wie stelt moet bewijzen’, komt de rechter dan niet meer toe. Wel is het dan nog mogelijk voor de andere partij om tegenbewijs te leveren, maar het moge duidelijk zijn dat die andere partij daarmee in het proces al duidelijk op achterstand staat.

<sup>13</sup> HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 [Dicky Trading II].

<sup>14</sup> Zie uitgebreider over de omkeringregel: A.J. Akkermans, *De ‘omkeringregel’ bij het bewijs van causaal verband*, oratie Vrije Universiteit Amsterdam, Den Haag: BJU, 2002.

<sup>15</sup> HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, onder 3.4 en HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175.

Bij nadere beschouwing is het getel op dit stelsel van stel- en motiveerplichten dus voordelig om bij een procedure vanaf het begin een zo volledig en concreet mogelijk verhaal te presenteren en om meteen alle relevante bewijsmiddelen over te leggen. Tactische spelletjes om "het kruit droog te houden", daarentegen houden het risico in dat men later de bij de rechter ontstane eerste indruk niet meer kan wegnemen. De stel- en motiveerplichten stimuleren derhalve het vroegtijdig presenteren van bewijs, de zogenaamde 'front-loading of evidence'.

#### *Waarheids- en bewijsandraagplicht van partijen*

Hier komt bij dat het vernieuwde procesrecht partijen uitdrukkelijk verplicht "de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren."<sup>16</sup> Houdt een partij zich niet aan deze 'spontane waarheidsplicht' bijv. omdat hij aantoonbaar liegt, dan kan dit in zijn nadeel werken. De rechter kan daaruit namelijk de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, bijv. dat de omstreden feitelijke stelling bewezen is. Deze waarheidsplicht van partijen heeft gevolgen voor hun 'vertegenwoordigers', zoals makelaars, verzekeraars, schade-regelaars, experts en advocaten. Pieter den Haan zal hier straks dieper op ingaan in zijn bijdrage.

<sup>16</sup> Zie art. 21 Rv.

Evenmin behoeft de rechter passief af te wachten met welke feiten en bewijsmiddelen partijen zullen komen. In alle gevallen en in elke stand van het geding kan de rechter partijen bij voorbeeld bij een comparitie (verschijning) van partijen of bij een pleidooi vragen om hun stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.<sup>17</sup> In dit verband is voor de cascopraktijk interessant dat de wet uitdrukkelijk bepaalt<sup>18</sup> dat de rechter op verzoek of ambts-halve kan bevelen dat een partij boeken, bescheiden en geschriften openlegt, die deze partij krachtens de wet moet bijhouden, maken en bewaren. Tot deze boeken behoren op grond van de Scheepvaartverkeerswet en aanverwante wetten onder meer de logboeken, meetbrief en certificaten van het schip.

Onder "bescheiden" worden niet slechts geschriften verstaan, maar ook andere gegevensdragers. Sommige gegevens berusten overigens niet bij de wederpartij, maar bij derden zoals bij verkeersposten, havendiensten, Raad voor de Scheepvaart enz. Voor de cascopraktijk van belang kunnen onder meer de volgende zijn:

- logboeken,
- onderhoudscertificaten,
- foto's,

<sup>17</sup> Zie art. 22 Rv.

<sup>18</sup> Zie art. 162 Rv.

- computerbestanden,
  - geplote kaarten;
  - marifoonopnamen;
  - radarbeelden;
  - printouts van de course recorder;
  - simulaties om de aanvaringshoek te berekenen;
  - rapporten van de Raad voor de Scheepvaart en Nautische Commissie.
- Alleen op gewichtige gronden kunnen partijen weigeren vragen van de rechter te beantwoorden of om bescheiden over te leggen. Vindt de rechter de weigering onterecht, dan kan hij daaraan eveneens de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht.

Zoals Benedict Janssen hierna uitvoeriger zal uiteenzetten, kan een partij onder bepaalde voorwaarden afgifte afdwingen van kopieën van bescheiden die onder de wederpartij berusten of een derde berusten.<sup>19</sup> Dit kan zowel voorafgaand als tijdens een procedure. Ook kan tijdens een procedure de ene partij inspelen op de bewijsaandraagplicht van de ander, door de rechter heel precies voor te houden over welke relevante bewijsmiddelen (bijv. expertiserapporten, logboeken, temperatuurschijven) de andere partij kan beschikken, maar welke hij niet – althans niet spontaan – heeft overgelegd. De rechter kan

dan gevraagd worden de overlegging van deze bescheiden te bevelen of aan de weigering gevolgen te verbinden.

#### *Onderhandse getuigenverklaringen*

Tenslotte wil ik nog even stilstaan bij het belang van het vroegtijdig vergaren van onderhandse getuigenverklaringen voor de processuele waarheidsvinding. Het behoeft geen betoog dat in veel gevallen de ware gang van zaken bij een schade-evenement niet eenduidig zal blijken uit bescheiden. Vaak zullen verklaringen van getuigen en deskundigen de doorslag moeten geven. Vanouds is het processuele middel om de verklaringen van getuigen op te tekenen het getuigenverhoor onder ede door de Rechter Commissaris resulterend in een proces-verbaal van getuigenverhoor. Daarbij is het zowel mogelijk om getuigen voorafgaand of tijdens een procedure te laten horen, als ook eerst nadat de rechter in een tussenvonnis een partij heeft belast met het bewijs van een stelling.

Aangezien de rechtbanken de laatste jaren overspoeld worden met rechtszaken en hun 'productie'-capaciteit is achtergebleven bij de toename van de werklast, staan de rechtbanken tegenwoordig niet bepaald te trappelen wanneer zij tijd moeten vrijmaken voor een (al dan niet voorlopig) getuigenverhoor. Lange wachttijden zijn hiervan het gevolg. Daarom hebben de rechtbanken onlangs de advocaten opgeroepen om waar mogelijk het horen van getuigen "in eigen beheer" te nemen en de getuigen zelf te horen in aanwezigheid van de advocaat van de

<sup>19</sup> Zie art. 843a Rv.

tegenpartij en zelf de schriftelijke verklaring op te stellen. De mogelijkheid om hiervoor een beroep te doen op de rechtbank, blijft dan achter de hand voor het geval dat partijen er onderling om welke reden ook niet uitkomen.

In het licht van al de hiervoor genoemde ontwikkelingen, ben ik van mening dat het meer nog dan vroeger van belang is om alle relevante getuigen zo kort mogelijk na het ongeval te laten horen door de expert en de advocaat. De advocaat kan dan behulpzaam zijn bij het vastleggen van de getuigenverklaring en de expert kan de verklaring meenemen in zijn rapportage en als bijlage aanhechten. Eigenlijk is dit de vanouds in de casco-praktijk gevolgde werkwijze. Toch kan het geen kwaad om nog eens stil te staan bij het belang van deze werkwijze onder het huidige procesrecht.

In de eerste plaats wordt aldus in een vroeg stadium inzicht verkregen in de eigen rechts- en bewijspositie. Tevens kan aldus vermeden worden dat belangrijke bewijsmiddelen voor de eigen rechtspositie verloren gaan of door tijdsverloop en menselijke vergeetachtigheid aan betrouwbaarheid inboeten. Ook kan men in een eventuele procedure gewapend met deze onderhandse getuigenverklaringen zo concreet en gedetailleerd mogelijk het eigen standpunt uiteenzetten en met bewijsmiddelen onderbouwen.

Een kleine uitweiding is op zijn plaats over de in de tijd afnemende betrouwbaarheid van getuigenverklaringen. De ervaring leert dat ook bij volstrekt integere getuigen na verloop van tijd hun geheugen hen parten kan gaan spelen. Later bekend geworden feiten en rationalisaties beïnvloeden hoe de getuige het evenement terugkijkend 'ziet' en ook meent te herinneren. Rechters weten dit natuurlijk en plegen daarom vaak ook minder geloof en waarde te hechten aan verklaringen die pas jaren na het evenement worden afgelegd. Beter is het dan om zo kort mogelijk na het evenement een kantoorverklaring op te nemen, die alles ook in het juiste perspectief zet. Indien later toch een getuigenverhoor plaats vindt, kan de kantoorverklaring vaak aan het proces-verbaal worden gehecht.

*Conclusie: naar een pro-actieve houding ten aanzien van bewijsgeving en bewijslevering*

Hiermee ben ik aangeland bij mijn conclusie. Het huidige procesrecht vraagt partijen om een pro-actieve houding aan te nemen bij het vergaren en leveren van bewijs. Hoewel dit natuurlijk op zich geen garantie voor succes in de procedure kan zijn, wordt aldus wel de eigen procespositie geoptimaliseerd. Wanneer de wederpartij in de wapenwedloop van bewijsgeving –levering achterblijft kan vaak een belangrijke bewijsvoorsprong worden genomen. In het andere geval wordt in elk geval een onnodige kennis- en bewijsachterstand vermeden.



Natuurlijk kunnen de vroegtijdig vastgestelde feiten en ver- gaarde bewijsmiddelen nadelig voor de eigen rechtspositie uitpakken. Maar ook dan valt er veel te zeggen voor een pro- actieve houding ten aanzien van bewijslevering en -garing. Immers op grond van de waarheids- en de bewijs- aandraagplicht is men hoe dan ook gehouden om deze nadelij- ge feiten mee te delen. Het is derhalve een riskante strategie om te proberen deze feiten bij de rechter weg te houden. Ko- men de feiten alsnog aan het licht, dan kan de rechter daar immers nadelige gevolgtrekkingen aan verbinden waardoor de eigen positie nog zwakker wordt. Het is dan beter om er ruiter- lijk mee voor de draad te komen, zodat men er tenminste nog de eigen kanttekeningen bij kan plaatsen.

Ook kostenoverwegingen pleiten voor deze pro-actieve bena- dering ten aanzien van bewijsgaring en bewijslevering. Zo zijn onderhandse getuigenverklaringen doorgaans veel goedkoper dan het bijwonen door advocaten van getuigenverhoren door de rechtbank. Ook kunnen illusies over de eigen proceskansen en daaruit voortvloeiende onnodige proceskosten het best be- streden worden door vroegtijdig een scherp zicht te krijgen op de feiten.

## GEREEDSCHAP VOOR BEWIJSGARING

*B.S. Janssen*

U kunt als partij in de situatie terechtkomen dat u bekend bent met een bepaald bewijsmiddel (een rapport, een factuur of een foto) dat u zelf niet heeft, terwijl u dat graag in een procedure wilt overleggen. U kunt dan, als u daarbij een rechtmatig belang heeft, inzage of afgifte van dat bewijs- middel vorderen van degene die het onder zich heeft.

Zo speelde eerder dit jaar bij de Rechtbank te Breda een procedure, waarin afgifte werd gevorderd van een 'due dili- gence rapport', dat was opgemaakt door de accountant BDO Kamps Obers. BDO had dat rapport opgemaakt in opdracht van gedaagde BVR. Eiseres vorderde in de procedure van BVR afgifte van dat rapport van BDO. Zij meende, dat dat rapport nadere aanvijzingen kon bevatten over feiten, waar- van in de procedure werd gestreden. BVR verweerde zich onder meer met de stelling, datroe niet gehouden te zijn, omdat sprake was van een rapport, dat ook adviserend van aard was. De Rechtbank verwierp echter het verweer en wees de vordering toe, en wel op basis van 843a Rv.

### *Exhibitieplicht*

Ik neem u vandaag mee naar de wereld van de exhibitie- plicht. Het heeft wellicht voor u andere associaties, maar dit houdt in dat partijen door een rechter verplicht kunnen wor-