

Tilburg University

Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken. Bespreking van het gelijknamige proefschrift van M. Kremers

Vranken, J.B.M.

Published in:

Tijdschrift voor civiele rechtspleging

Publication date:

2000

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Vranken, J. B. M. (2000). Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken. Bespreking van het gelijknamige proefschrift van M. Kremers. *Tijdschrift voor civiele rechtspleging*, 59-61.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS IN CIVIELE ZAKEN

Bespreking van het gelijknamige proefschrift van mr. drs. M. Kremer, 1999, XIX + 326 blz., uitgegeven door Kluwer. Prijs f

Dit proefschrift waarop de auteur begin december 1999 in Groningen bij Prof. mr. G.R. Rutgers promoveerde, heeft een aantal verdiensten. Het is goed opgebouwd, helder geschreven en behandelt diepgaand en heel volledig de bestaande Nederlandse literatuur en rechtspraak over het onderwerp. Prijzenswaardig is ook de manier waarop hij het Duitse recht en, bij wijze van interne rechtsvergelijking, het Nederlandse strafrecht in zijn onderzoek heeft betrokken. Het rechtsvergelijkende materiaal is overzichtelijk verwerkt en op een natuurlijke manier in het betoog geïntegreerd. Kremer heeft een duidelijke visie en die draagt hij met kracht en overtuiging uit. De ontknoping, het standpunt waartoe hij zelf komt in het slothoofdstuk, is bepaald onorthodox (al wil dit niet zeggen dat het ook overtuigend of bevredigend is).

Ik zal het boek niet op de voet volgen, maar proberen door te dringen tot wat naar mijn mening de, soms uitgesproken, soms impliciete vooronderstellingen en uitgangspunten zijn. Ik tel er vijf. Cruciaal is voor Kremer het onderscheid tussen materieel recht en formeel recht. Onrechtmatig verkregen bewijs is een hybridische rechtsfiguur die zich op het snijvlak van beide rechtsgebieden bevindt. Ze moet dan ook vanuit beide rechtsgebieden worden geanalyseerd. Dat zou geen probleem zijn indien de twee gebieden niet wezenlijk van elkaar zouden verschillen. Dat is echter volgens Kremer wél het geval. Daarmee kom ik bij zijn tweede vooronderstelling/ uitgangspunt: processuele normen hebben principieel een ander bereik, een andere strekking en een ander karakter dan materieelrechtelijke normen. Procesrecht reglementeert de rechtsstrijd tussen partijen. Kremer spreekt van 'ius in bello'. Materieel-privaatrechtelijke noties als redelijkheid en billijkheid gelden daarom niet in het procesrecht. Buiten de normen van het procesrecht zijn partijen volgens hem niet tot fair play gehouden (p. 144 e.v. en 227 e.v.).

Zijn eerste en tweede vooronderstelling/ uitgangspunt combinerend tot een derde, bepleit Kremer om veel meer dan tot nu toe in de Nederlandse literatuur gebruikelijk is, te onderscheiden tussen 'onrechtmatigheid' van het verkregen bewijs en 'toelaatbaarheid' ervan in de procedure. 'Onrechtmatigheid' is een materieel-privaatrechtelijke categorie en moet vanuit dat normenstelsel worden beoordeeld.

'Ontoelaatbaarheid' in de procedure is een procesrechtelijke categorie en dient vanuit

dat normatieve kader te worden beoordeeld. Volgens Kremer redeneert men in Nederland te veel terug vanuit de ontoelaatbaarheid van het bewijs in de procedure naar de onrechtmatigheid ervan. Het arrest HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsmoeder) gispt hij als een opvallend voorbeeld van deze verkeerde volgorde. Aan procesrechtelijke ontoelaatbaarheid kan men volgens hem pas toekomen nadat is vastgesteld dat de bewijsgaring civielrechtelijk onrechtmatig was.

Kremer heeft, heel consequent, zijn proefschrift naar dit inzicht opgebouwd. Deel I (hoofdstukken 2, 3 en 4) gaat in op de materieel-privaatrechtelijke criteria aan de hand waarvan vastgesteld kan worden of het bewijs onrechtmatig verkregen is. Scherpe normen ontbreken. In het privaatrecht staat de informatievrijheid voorop. De meest voorkomende verschijningsvorm van onrechtmatige bewijsgaring blijkt de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te zijn, maar of daarvan sprake is, hangt af van een op de concrete omstandigheden toegespitste belangenafweging en kan derhalve niet op voorhand in algemene regels worden geformuleerd. Deel II behandelt de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in de procedure, met name de argumenten pro (hoofdstuk 5), contra (hoofdstuk 6) en de doeleinden van bewijsuitsluiting (hoofdstuk 7).

Een vierde vooronderstelling/ uitgangspunt is dat Kremer alleen spreekt over onrechtmatige verkrijging. Volgens hem is deze beperking de consequentie van het materieel-privaatrechtelijke karakter van de onrechtmatige bewijsgaring. Alles wat niet verkrijging is, typeert hij als 'schijn gestalten van onrechtmatige bewijsgaring' (hoofdstuk 2). Achtereenvolgens rekt hij daartoe onrechtmatige informatie-verstrekking, het afleggen van verklaringen in strijd met de geheimhoudingsplicht, rechterlijke bewijsgaring en vervalsing en manipulatie van bewijsmiddelen. Een vijfde en laatste vooronderstelling/ uitgangspunt is dat volgens Kremer in Nederland te weinig in alternatieven wordt gedacht. Met name ontbreekt volgens hem aandacht voor de materieelrechtelijke gevolgen van onrechtmatige bewijsgaring, zoals schadevergoeding. Beslissend zijn processuele normen: waarheidsvinding, redelijkheid en billijkheid, fair play of rechtsstatelijkheid. Op basis hiervan wordt het bewijs in de procedure óf toegelaten óf niet. Tertium non datur. Kremer acht dit te mager en niet overtuigend. Hij motiveert dit met de stelling dat zich bij onrechtmatig verkregen bewijs vrijwel steeds de situatie zal voordoen dat de beweerde onredelijkheid of oneerlijkheid van de een tegelijk de onredelijkheid of oneerlijkheid van de ander aan het licht brengt, te weten het willen achterhouden van de waarheid (p. 230, 235 en 306).

Een en ander brengt hem tot het onorthodoxe voorstel om aan de, naar materieel privaatrecht te beoordelen, onrechtmatigheid van de bewijsgaring, 'gewoon' het materieel-privaatrechtelijke gevolg te verbinden van het moeten betalen van schadevergoeding (niet zijnde in enigerlei vorm de uitsluiting van het bewijs). Een enkele keer kan daarnaast eventueel nog een straf- of tuchtrechtelijke correctie worden opgelegd, maar nooit en te nimmer ook nog eens de procesrechtelijke sanctie van bewijsuitsluiting. Kortom, het hybridische karakter van 'onrechtmatig verkregen bewijs' als rechtsfiguur op het snijvlak van materieel recht en procesrecht lost Kremer op door alleen de materieelrechtelijke sanctie van schadevergoeding toe te passen en door procesrechtelijk alles toelaatbaar te verklaren. De tegenwerping dat hiermee de poorten voor onrechtmatigheden bij de bewijsgaring wagenwijd worden opengezet, deelt hij niet. Hij vertrouwt erop dat het materiële privaatrecht, soms aangevuld met straf- en tuchtrecht, voldoende afschrikt om uitwassen te voorkomen. Kremer vindt een dergelijk benadering van schadevergoeding/ straf- en tuchtmaatregel enerzijds en bewijstoelating anderzijds het meest evenwichtige stelsel, omdat daarmee recht wordt gedaan aan de belangen van beide partijen. In zijn woorden (p. 306):

'Immers wordt enerzijds door de schadevergoeding het door de bewijsgaring geschonden belang van de wederpartij 'gerepareerd' en komt anderzijds de bewijstoelating tegemoet aan het daarin belichaamde (proces)belang van de bewijsvoerende partij en aan de algemene belangen gediend bij de rechtspleging, waaronder het belang dat recht wordt gedaan op basis van de werkelijkheid. Mede omdat aldus *geen* van de begane onrechtmatigheden¹ zonder gevolg blijft, valt bovendien aan te nemen dat - vergeleken met de meest voor de hand liggende alternatieven (hetzij bewijsuitsluiting, hetzij het achterwege laten van welke sanctie dan ook) - deze (dubbele) wijze van reageren al met al nog in de geringste mate afbreuk doet aan de geloofwaardigheid van c.q. het vertrouwen in de rechtspleging als zodanig.'

Bij alle vijf vooronderstellingen/ uitgangspunten die ik genoemd heb, plaats ik vraagtekens. Het begint al met het toetsingskader voor onrechtmatig bewijs (ik beperk mij, anders dan hij, uitdrukkelijk niet tot bewijsgaring). Bewijzen vindt plaats in een procedure. Hoe dat moet gebeuren, door wie en met welke middelen regelt het

¹Hiermee doelt Kremer op de zijns inziens bestaande onrechtmatigheid of oneerlijkheid van beide partijen. Zie het slot van de vorige alinea.

bewijsrecht. Het bewijsrecht staat echter niet op zichzelf. Het maakt deel uit van het procesrecht en beide beïnvloeden elkaar over en weer. Het hoe, wie en wat van bewijzen is derhalve onlosmakelijk verbonden met het doel en de aard van het procesrecht en met de wijze waarop de betrokkenen - partijen en rechters - met elkaar in een procedure behoren om te gaan. Dat kan volgens mij niet anders betekenen dan dat de vraag naar de geoorloofdheid van bewijzen eerst en vooral dient te worden getoetst aan de bewijs- en procesrechtelijke normen. Helaas is door het gebruik van de term 'onrechtmatig' deze vanzelfsprekendheid uit het oog verloren, althans bij Kremer. 'Onrechtmatig' heeft (bij hem) de gedachte doen postvatten dat sprake is van een materieel-privaatrechtelijke categorie. Ten onrechte. Het is een taallist waarvoor hij bezweken is. Er zijn veel ontoelaatbare handelingen in het bewijs- en procesrecht. Voor een aantal gelden duidelijke regels, voor een aantal andere niet. Wat deze laatste betreft zal niemand eerst vaststellen of ze materieel-privaatrechtelijk onrechtmatig zijn om pas daarna - en ook nog alleen maar als het antwoord bevestigend luidt - de procesrechtelijke consequentie van (on)toelaatbaarheid te trekken. Het antwoord wordt integendeel meteen in het procesrecht, in zijn systeem en in zijn dragende beginselen gezocht. Zo hoort het ook. De bewijs- en procesrechtelijke normen vormen het natuurlijke en vanzelfsprekend eerste toetsingskader voor de beoordeling van wat toelaatbaar, geoorloofd is in de procedure. Waarom zou dit anders zin bij het zgn. 'onrechtmatig' bewijs? Het is een bewijs- en procesrechtelijke onrechtmatigheid (ongeoorloofdheid, ontoelaatbaarheid) die moet worden vastgesteld. Dat soms tevens sprake kan zijn van materieel-privaatrechtelijke en van straf- of tuchtrechtelijke onrechtmatigheid, doet hieraan niet af. Ook bij de beoordeling van de materieel-privaatrechtelijke onrechtmatigheid van een bewijs- of proceshandeling, kan de rechter niet abstraheren van het bewijs- en procesrechtelijk kader. Onrechtmatigheid, ongeoorloofdheid en ontoelaatbaarheid, bestaande in een overschrijding van ongeschreven normen, is in ons recht immers altijd situationeel bepaald. Wat buiten het bewijs- en procesrecht, bijvoorbeeld in het materiële privaatrecht, ongeoorloofd is, hoeft dit nog niet in het bewijs- of procesrecht te zijn. Ook is het ene bewijs- en procesrechtstelsel het andere nog niet.

Een volgend vraagteken bij het betoog van Kremer is zijn karakteristiek van het procesrecht als een 'ius in bello'. Partijen zouden louter hun eigen belang mogen nastreven, behoudens voorzover het procesrecht anders inhoudt. Mede door de deformalisering kunnen partijen volgens Kremer een grondhouding aannemen die hij met behulp van een citaat als volgt omschrijft (p. 292):

'Weiger niet te antwoorden, dat wekt verdenking, maar ontken. Loochen nooit wat

onloochenbaar is, maar loochen wat gelochend kan worden.^{2 3}

Ik meen dat deze karakteristiek niet strookt met de hedendaagse ontwikkelingen in het civiele procesrecht en met de maatschappelijke behoeften van tegenwoordig, niet alleen in Nederland, maar ook elders. Ik heb erover geschreven in mijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 1999⁴. Ik ga dat niet herhalen, wijs alleen nog op het onlangs verschenen boek van Adrian A.S. Zuckerman (ed), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999, waarin onderzoek is gedaan naar (de vernieuwing van) het civiele procesrecht in dertien landen. Ook daaruit blijkt dat zich vrijwel overal dezelfde ontwikkelingen voordoen. Ze kunnen worden samengevat in de trefwoorden: gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor een goed en voortvarend verlopende procedure; toenemende informatieplichten van partijen jegens elkaar en jegens de rechter, opdat het geschil zo spoedig en volledig mogelijk op tafel komt. In dit opzicht is sprake van een sterke gelijkenis met het materiële privaatrecht waarin de plicht om actief met elkaars belangen rekening te houden al eerder tot norm was verheven. Het is niet goed voorstelbaar dat deze norm wordt prijsgegeven zodra de rechter wordt ingeschakeld en dat vanaf dat moment het 'ieder voor zich' als hoogste gebod geldt.

Volgens mij dient mede tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen de al of niet onrechtmatigheid (als men die term wil handhaven) van het bewijs te worden beoordeeld. Kremer ontkent dit. Volgens hem kan dat niet. Waarom hij dit vindt, is mij

²Ook het motto van het proefschrift is nogal oorlogszuchtig: 'Als een leger diep is doorgedrongen op vijandig gebied, en veel van de ommuurde steden van de vijand in zijn rug heeft, bevindt hij zich op kritiek terrein.' (Sun-Tzu, de kunst van het oorlogvoeren).

³Vergelijk voorts zijn stellingen 3 en 4.

'De voorstelling van het proces als een dynamische ontwikkeling van de materiële rechtsposities, is inadequaat; wat zich ontwikkelt is vooral het inzicht de wijze waarop de stellingen van de wederpartij het meest effectief in een ongunstig daglicht kunnen worden geplaatst.'

'De term "hoor en wederhoor", als Nederlandse vertaling van "equality of arms" en "Waffengleichheit", illustreert dat men hier te lande weinig oog heeft voor het oorlogselement in de rechtsstrijd.'

⁴Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg, in: Asser en Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 33-88.

niet geheel duidelijk geworden. Duidelijk is alleen dat hij weinig voelt voor vage normen als belangenafweging, redelijkheid en billijkheid of fair play. Vage normen leiden tot rechtsonzekerheid (p. 294), terwijl de onredelijkheid en onbillijkheid van degene die zich van het onrechtmatige bewijs wil bedienen, staat tegenover (en wordt opgeheven door?) de onredelijkheid en onbillijkheid van de ander die de waarheid wil achterhouden. Ik ben hiervan niet erg onder de indruk. Er zijn legio gevallen in ons recht waarin twee (on)redelijkheden tegenover elkaar staan en waarin toch een knoop moet worden doorgemaakt, ook wanneer een scherpe maatstaf ontbreekt. Ik zou menen dat dit eerder regel dan uitzondering is. Daarom kan het geen argument zijn het hoofd dan maar in de schoot te leggen en te kiezen voor de oplossing van Kremer: procesrechtelijk is alles geoorloofd.

Over Kremers oplossing tot slot nog enkele opmerkingen. Hij is er zelf erg kort over (p. 305-308). Te kort naar mijn mening, want wat hij voorstelt is allermintst zonder problemen. Wat is de zin van schadevergoeding als bijvoorbeeld op grond van onrechtmatig bewijs een omgangsregeling wordt geweigerd? Heeft de betrokkene dan wel vermogensschade? Ook het causaal verband kan problemen opleveren: zou de rechter zonder het onrechtmatig bewijs een andere beslissing genomen hebben? En hoe bepaalt men de omvang van de schade? Kremer zegt er niets over. Voorts: waarom beperkt hij schadevergoeding tot een geldelijke vergoeding? Ik begrijp wel dat wanneer hij dat niet doet, hij in feite de mogelijkheid opent van bewijsuitsluitingen en dat wil hij niet, maar waarom niet? Stel dat mijn wederpartij via derden een vertrouwelijk rapport in handen gekregen heeft en dat in de procedure wil overleggen. Waarom zou ik niet mogen proberen dat tegen te houden? Zeker als het rapport onrechtmatig bewijs inhoudt, zie ik niet in waarom ik lijdzaam moet afwachten totdat de wederpartij het in het geding heeft gebracht om daarna genoeg te moeten nemen met een schadevergoeding in geld. Een ander punt is dat ik denk dat Kremer onderschat tot welke uitwassen zijn opvatting zal leiden. Er wordt een premie gezet op het met alle mogelijke, geoorloofde en ongeoorloofde, manieren naar zich toe trekken van het processuele gelijk. De dreiging van een civielrechtelijke sanctie is naar mijn inschatting onvoldoende om dit binnen de perken te houden. In de eerste plaats omdat niet alles wat bewijs- en procesrechtelijk onfatsoenlijk is, ook materieel-privaatrechtelijk onrechtmatig is. In de tweede plaats omdat, indien al civielrechtelijk onrechtmatig, het niet eenvoudig is om het causaal verband en de schade vast te stellen. Degene die een gokje wil wagen, zal het daarop laten aankomen, verwacht ik.

Ik sluit af. Een promotus kan zich zijn recensenten niet zelf uitzoeken. Een ander zou misschien meer instemming hebben betuigd met de gedachtengang en het voorstel van Kremer. Ik kan echter niet verder springen dan mijn polsstok lang is en die verzet zich met hand en tand tegen de visie die Kremer heeft op het proces en het procesrecht. Ik hoop alleen mijn verzet zodanig te hebben ingekleed dat eenieder die er anders over denkt, weet op welk(e) punt(en) hij zich bij Kremer kan aansluiten. Want, hoe zeer ik het ook met hem oneens ben, ik vind wel dat hij een uitdagend en goed proefschrift geschreven heeft. Aan het woord is iemand die ideeën heeft én de moed om afwijkende paden te bewandelen.

J.B.M. Vranken
april 2000