

Fact-finding in civil litigation : a comparative perspective

Citation for published version (APA):

Verkerk, R. R. (2010). *Fact-finding in civil litigation : a comparative perspective*. Intersentia. <https://doi.org/10.26481/dis.20100624rv>

Document status and date:

Published: 01/01/2010

DOI:

[10.26481/dis.20100624rv](https://doi.org/10.26481/dis.20100624rv)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

SUMMARY AND CONCLUSION

In order to determine whether a plaintiff in a civil case is entitled to her claim, the underlying facts are often decisive. This book discussed the rules on fact-finding. These rules regulate how information is gathered, evidence is presented and how a decision on matters of fact is made.

1. Historical Trends in the Process of Fact-finding

Austria and the Netherlands: Historical Trends in the Process of Fact-finding

The common point of departure, for both the Austrian and Dutch system of Civil Procedure is the Romano-Canonical model (Section 2.1). In this model, the pleadings and the admission or denial of facts under oath served as the main instruments to gather facts. There were hardly any instruments for the discovery of information. The role of the court was limited in the Romano-Canonical model. The judge was passive during the process of fact-gathering, had little influence over the taking of evidence and could not freely evaluate evidence. A set of technical rules determined the course of the proceeding. Evidence was presented during a sequence of hearings. Procedural rules prescribed the way in which evidence was presented and weighed. To a large extent, the procedure was a written procedure.

The Romano-Canonical model was largely developed in the 12th and 13th centuries. In medieval and early modern times, local variations of this model were adopted in courts throughout Europe. Many courts in Austrian lands and the Low Countries were also strongly influenced by the Romano-Canonical model (Section 2.1.2). Codifications that were enacted to create uniform procedural rules within national jurisdictions generally retained elements of the learned procedure. Early codifications, such as the French Royal Ordinance of 1667, the 1781 Austrian General Judicial Ordinance and the 1838 Dutch Code of Civil Procedure, contained numerous provisions directly derived from the learned procedure (Section 2.2). If one compares several early Continental codifications, one finds many similarities (See e.g. Section 6.1.3).

From the late 19th century onwards, procedural rules and practices were adopted that departed from the general principles of the Romano-Canonical model.

Generally, it was argued that new rules could improve both the accuracy and efficiency of the process of fact-finding. The fact-finding arrangements of the Austrian Code of Civil Procedure of 1895 brought about many changes in Austria. The Code embraced orality, immediacy, the free evaluation of evidence and judicial intervention. In essence, the fundamentals of the Austrian rules on fact-finding have not changed since 1895. The Austrian Code would prove to be influential in many other Continental jurisdictions (Section 2.3).

The Dutch system was subject to gradual reform. Changes that were adopted in Austria in the late 19th century were only recently made in the Netherlands. The 1988 Civil Evidence Act and the 2002 Reform Act made the most significant amendments to the rules on fact-finding. It is likely that new changes will be made in the near future. Empirical studies have been conducted assessing the effects of recent changes.

The developments in the Netherlands and Austria largely pointed in the same direction. Table 11.1 summarizes the main developments in Austria and the Netherlands. Four main developments that were identified in Section 2.4 are discussed below.

First, the structure of the proceedings changed in both Austria and the Netherlands. This had important implications for the process of fact-gathering. Presently, the parties generally file one written pleading each. After the pleadings have been exchanged, an Austrian or Dutch judge will schedule a personal appearance of the parties. This preparatory hearing *inter alia* serves to discuss the subject matter of the case. The preparatory oral hearing is currently the most important stage in the process of fact-gathering. Dutch empirical research indicates that the increased use of these preparatory hearings reduced the time to disposition and positively affected the perceived fairness of the procedure (see Sections 2.4 and 6.1).

Second, Continental systems have increasingly required the parties to disclose information and have widened the possibilities for party-driven discovery. Rules were introduced to prevent parties from withholding relevant information. Parties in Austria and the Netherlands are required to provide a complete and truthful account of the facts. Judges are likely to draw adverse inferences if parties withhold information or insufficiently substantiate their factual allegations. Parties are also required to disclose in their pleadings the evidence they intend to use in support of their factual allegations. Judges have gained more powers to order the parties to produce evidence. The Austrian Code of 1895 introduced party-driven discovery regulations inspired by the English rules. In the Netherlands, rules on discovery have been slightly widened since the 1950s. Nevertheless the Dutch rules on discovery are still relatively restrictive.

Third, the law of evidence has been 'deformalized'. The theory of formal proof that prevailed in Medieval times was considered unnecessarily complex. Rules that declared evidence inadmissible have virtually all been abolished in both Austria and the Netherlands. Most restrictions on the free evaluation of evidence have been abolished in both countries as well.

The last development in the Netherlands and Austria is that there has been a shift in the roles of parties, lawyers and judges in the process of fact-finding. Judges in Austria and the Netherlands currently have legal powers to actively participate in the process of fact-finding. Currently, judges in both Austria and the Netherlands are actively involved in clarifying the issues. They identify the facts that require evidence and are actively involved in the presentation of evidence.

Table 11.1. Main Developments in the Austrian and Dutch Fact-finding Processes

	Romano-Canonical Model	Modern Continental Systems
Pleadings	Possibly multiple pleadings for each party.	Generally each party files one written pleading only.
Preparatory hearings	No preparatory hearings, only the affirmation or denial of facts under oath.	A discussion of factual issues at a preparatory hearing.
Discovery	Rules only provide for very limited discovery.	Discovery is more widely available, but only used to a limited extent.
Admissibility of Evidence	There are many restrictions on the admissibility of (witness) evidence.	Virtually all relevant evidence is admissible.
Presentation of Evidence	The procedure is written and party-driven.	The procedure is oral and partly court-driven.
Evaluation of Evidence	There are numerous regulations on the evaluation of evidence.	The free evaluation of all relevant evidence is the general rule.

The United States: Historical Trends in the Process of Fact-finding

The present U.S. fact-finding arrangements are not rooted in one, but in (at least) two distinct English procedural regimes: common law and equity. Each of these two systems had their own procedure to resolve factual questions. The differences between these systems have been discussed in Section 3.1 and are summarized in the table below.

Table 11.2. Fact-finding Arrangements of the Common Law and Equity Procedure

	Common Law	Equity
Pleadings	Common law pleading produced a single issue.	Pleadings did not reduce the dispute to one issue.
Discovery	No discovery was available.	Limited means of discovery were available.
Presentation of evidence	Witnesses were heard in open court	Witnesses were heard in secrecy.
Roles of attorneys and judges	from the 17 th century onwards, the procedure was increasingly more adversarial.	The role of the court was prominent in the presentation of evidence.
Decision maker on factual matters	Civil jury	Professional judge

The fundamentals of the English rules on fact-finding were adopted in many North American colonies. After the Revolution, a system based on the English common law was also adopted at the federal level. The right to a jury trial in common law

cases was enshrined in the U.S. Constitution. The fundamentals of English procedure also influenced territories of the Union that were acquired at a later point in time.

The fact-finding arrangements in Anglo-American jurisdictions changed radically in the late 18th and the 19th century. One important development was that the adversarial system became increasingly important.

Moreover, important changes were made to the rules of evidence (Section 3.1.2.3). Some rules that had previously existed, such as those that disqualified specific categories of witnesses, were abolished. Many evidence rules that one finds in modern American codifications were newly developed in the late 18th and the 19th century. Rules were introduced to ensure that the jury would remain passive and independent. In addition, exclusionary rules of evidence, such as the hearsay rule, were developed.

A third important development was the adoption of the 1848 New York Field Code in a large number of state jurisdictions (Section 3.2). The Code contributed to the codification of procedural law and had important implications for the process of fact-finding. The Code simplified procedural law by merging the common law and equity procedures. A single unified system of rules applied to all civil cases. In addition, the Field Code abolished the older forms of pleading and introduced a less formalistic system of 'fact pleading'.

More recently, the American fact-finding arrangements have gone through another host of changes. The introduction of the 1938 Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) would radically reform the procedural regime. The FRCP merged the procedures of law and equity in the federal courts. In Section 3.4 it was argued that there had been four significant developments since the introduction of the 1938 FRCP.

First, the 1938 FRCP embraced the notion of 'notice pleading'. The underlying idea was that the written pleadings primarily serve to give notice to the court and the opponent about the pleader's case. Pleading rules did not require a party to provide a detailed account of the facts. An important implication was that pleadings were no longer used as a means to narrow down the factual issues.

Second, a new middle phase in the process of litigation was created pursuant to the introduction of the 1938 FRCP. The new rules on discovery aimed to prepare for trial and to ensure that all relevant information was available to both parties. These rules enabled the parties to conduct a broad search for facts with little court intervention. By the 1970s, discovery was the new centre stage in the U.S. process of fact-gathering. Interrogatories, depositions and requests for the discovery of documents are currently used in a large proportion of cases. Empirical data indicate that discovery consumes a large proportion of the time and resources allotted to litigation. In addition, summary judgments became more widely available to dispose of (parts of) the dispute before trial. Increasingly, lawyers and judges put effort in arguing and deciding motions for summary judgments. Summary judgments often provide decisions on matters of fact.

In the recent decades, trials have become rare. There has been a sharp decline in the number of cases that reach the trial stage in both state courts and federal courts. The decline in the number of trials is caused by the multitude of factors,

including the increased workload of judges and the creation of the new middle phase in the litigation process.

The developments above have led to a fourth general trend in U.S. litigation: a gradual shift in the roles of parties, lawyers and judges in the process of fact-finding. The role of the court in American civil litigation was at the heart of legislative reform. Since 1938, judges were granted more and wider discretionary powers to manage the litigation process. Judges presently issue scheduling orders, monitor the progress of litigation and render summary judgments. Nevertheless, the process of fact-finding became increasingly lawyer driven. As discovery became more important, the system of fact-gathering was effectively delegated to the bar. At the same time, the number of trials declined. This led to the evisceration of the roles of the civil jury and the judge as decision-makers. Despite wider judicial powers, a system has emerged in which the process of fact-finding is largely privatized. The American process of fact-gathering presently operates with a minimum of court intervention.

Diverging modes of Fact-finding

In Chapter 4, it was concluded that procedural rules have frequently been transplanted from one jurisdiction into another. Those that draft procedural legislation generally adopt rules and principles that were used, tried and tested elsewhere. The fact-finding arrangements of the Austrian Code of 1895 were inspired by numerous regulations of Austrian, English, German and French origin. Similarly, those that drafted the Federal Rules of Civil Procedure were inspired by the Federal Equity Rules and legislation enacted in state jurisdictions. Sometimes, changes brought about in one jurisdiction are adopted in a large number of other jurisdictions. One clear example is the abolition of the rule that disqualified parties from testifying (Chapter 6). The rule was first abolished in Connecticut and England. This example was soon followed by all other American jurisdictions. The English example also inspired developments in Austria as early as 1873. Subsequently, changes in Austria and England inspired other Continental jurisdictions to lift the ban on party witnesses.

There have been many examples of cross-influences between Anglo-American and Continental European jurisdictions. Often these cross-influences contributed to a gradual approximation of procedural systems. The pleading rules introduced by the 1848 New York Field Code were similar to those on the Continent. At the same time, the hearing of witnesses in open court and the free evaluation of evidence became leading principles in Continental systems. However, since the 1930s, there have been very few instances whereby Continental rules have been adopted in the U.S. Since the introduction of the FRCP, American developments have not been influenced by those on the Continent. Moreover, many new differences emerged since the 1930s. The introduction of very liberal party-driven discovery rules in the U.S. provides the clearest example. The broad and extra-judicial American rules on depositions and the discovery of (electronic) documents are alien to Continental lawyers.

Since the late 19th century, judicial intervention became increasingly important in most Continental jurisdictions. In the Netherlands and Austria, the personal appearance of the parties in the presence of the judge is currently the most significant phase in the process of fact-gathering. Despite the growing importance of international trade and transnational litigation, Continental and U.S. fact-finding arrangements grew further apart since the 1930s.

2. Different Fact Finding Rules and Practices

The differences between the Austrian, Dutch and U.S. federal black letter rules on fact-finding in civil cases are numerous. In addition, there are many differences in the way in which the laws are applied. In Chapter 4, the differences in the ordinary course of a lawsuit have been discussed. In the Netherlands and Austria, the process of fact-gathering is concentrated, whereas the presentation of evidence may take place at a number of dispersed court sessions. In the United States there may be many procedural steps in the pretrial stage of litigation. At the same time, evidence will be presented to the trier of fact during a single uninterrupted hearing. In discussing the differences between legal systems, it is important to distinguish between 'black letter law' and 'law in action'.

Often the written rules in one system differ greatly from those in other systems. Out of court depositions are important within the U.S. system of fact-gathering but unavailable in both the Netherlands and Austria (Section 6.1). The Austrian Code of Civil Procedure does not recognize or regulate party-appointed experts (Section 5.2). Rules on party-appointed experts are available in the Netherlands and the United States. Similarly, exclusionary rules of evidence exist in the United States but are virtually unknown in Austria and the Netherlands (Sections 3.2, 8.2 and 8.3). Jury trials, to provide a last example, are unavailable in Austria and the Netherlands and generally available in the United States (Section 8.3).

Most of the time, differences between American, Dutch and Austrian fact-finding procedures are not a matter of law. Often the laws are more or less similar while the legal practice differs greatly. In Austria, the Netherlands and the U.S., the law empowers the court to appoint experts. Austrian and Dutch judges frequently use these powers whereas empirical data show that judges in the U.S. seldom appoint experts (Section 5.3.3). In Chapter 4, I argued that the pleading rules in the Netherlands, Austria and the United States are more or less similar, but that there are reasons to assume that these operate differently in each of these jurisdictions. Moreover, judges in all jurisdictions may take time to discuss factual matters with the parties and their lawyers at a preparatory hearing. In Austria and the Netherlands judges do so more extensively than in the United States (Section 6.1). In all jurisdictions, the laws allow both judges and attorneys to question witnesses. On the European Continent, judges often put questions to witnesses. In the United States the witnesses are primarily cross-examined by counsel (Sections 3.1, 6.2.2 and 8.2).

Most of the time the fact-finding rules in Austria are roughly similar to those in the Netherlands. Both systems were initially influenced by the Romano-Canonical model. In more recent times, central tenets of the Austrian Code of Civil Procedure were also adopted in the Netherlands. Both systems were jointly contrasted with Anglo-American systems. Nevertheless, important differences do exist. In general, the role of the Austrian court is more extensive than the role of the Dutch court. In the Netherlands, the principle of party-presentation is weakened but not abolished as was the case in Austria (Section 2.3). The pursuit of truth has not played a pivotal role in the Dutch system either. Another significant difference is that the provisions on discovery in Austria are more extensive than those in the Netherlands.

The main differences between Dutch, Austrian and U.S. fact-finding arrangements and practices are summarized in Table 11.3.

Table 11.3. Fact-finding Processes: Main Differences

Stages in the Process of Fact-finding		Main Differences between Austria, the Netherlands and the United States
Fact-gathering	Pleading	Pleadings are more significant in Continental practice than in the U.S. practice as a means to clarify the facts and to narrow down the issues (Chapter 4).
	Disclosure	All systems require the parties to disclose information <i>sua sponte</i> but many small differences exist.
	Discovery	In the U.S., more so than on the Continent, discovery is widely available and used extensively. In the U.S., discovery operates extra-judicially.
	Preparatory Hearings	On the Continent, more so than in American practice, courts use preparatory hearings to discuss factual issues with the parties.
	Summary Judgments	On the Continent, judges generally render a decision at an early point in time to narrow down the issues. In the U.S., summary judgments are usually rendered after discovery is concluded.
Presentation of Evidence	Exclusionary Rules	Exclusionary rules exist in the U.S. but are virtually all abolished in Austria and the Netherlands.
	Witness Examination	In the U.S., witnesses are primarily cross-examined by counsel. In Austria and the Netherlands, the judge plays a more prominent role.
	Expertise	On the Continent, judges frequently appoint experts. In the U.S., party-appointed expert witnesses primarily testify at trial.
Decision Making	Decision Maker	Austrian and Dutch cases are virtually all tried by professional judges. In the U.S., trial by jury is the normal mode of trial.
	Rules on the Evaluation of Evidence	In the U.S. evidence is traditionally freely evaluated. On the Continent, most restrictions on the free evaluation of evidence have been abolished.
	Reasons for a decision	In the U.S., juries do not provide reasons for their verdicts. Continental judges are generally required to give reasons for their judgment.

In Sections 6.2.3, 8.2 and 8.3, I have argued that the differences between the Austrian, Dutch and U.S. black letter rules on fact-finding, as well as the differences in practice, are interrelated. I have argued that these differences flow from two fundamental differences: the different roles of judges and attorneys in the process of fact-finding and the (non) use of civil juries.

3. Understanding Differences: Procedural Models and Rules

Understanding the System of Rules

Rules should not be considered in isolation. In most jurisdictions, the rules on fact-finding constitute a carefully designed system. The drafters of procedural legislation commonly 1) identify the objectives of rules on fact-finding and 2) make assumptions about the effects that rules will have in legal practice. In Chapters 7, 8 and 9 I have aimed to answer the following questions: 'What are the main objectives and principles of the fact-finding process in both Austria and the United States?' and 'What is the rationale behind the objectives and principles of the process of fact-finding in Austria and the United States?'

In Chapters 7, I have aimed to describe the objectives and assumptions underlying the Austrian Code of Civil Procedure. In Chapter 8, I have made a 'rational reconstruction' of the U.S. rules on fact-finding and have identified their underlying objectives and assumptions. It was argued that underlying theories and objectives clarify and justify more specific rules of procedure in both Austria and the United States.

The Objectives of the Fact-Finding Process

It is commonly believed that the pursuit of truth is the primary end of the process of fact-finding. However, the pursuit of truth is not an end in itself, but a means directed towards a more remote end. A technical or pure epistemological perspective does not suffice to understand the fact-finding arrangements of legal systems. The pursuit of truth is believed to be of importance to promote settlement, reach a correct decision, level the playing field and to make the court's decision acceptable in the eyes of the litigants and the public. In order to understand the process of fact-finding, it is relevant to identify the final ends of the litigation process.

In Chapter 9, I have argued that political theory provides an adequate framework to understand and explain differences between jurisdictions. I have argued that the prevailing views on democracy and the role of the state in society impact the main objectives of the fact-finding process. First, a theoretical distinction was made between activist states and reactive states. The reactive state embraces the ideals of *laissez faire* classical liberalism. In a reactive state, individuals pursue their own ends and the state merely provides a forum to resolve conflicts that arise between individuals. Within a reactive state, fact-finding processes serve the satisfactory resolution of disputes. The litigants' perception that the procedure was fair is of great significance in a reactive state.

In an activist state, the government embraces a conception of an 'ideal society'. It implements policies that aim to advance towards creating such an ideal society. Although courts in an activist state resolve disputes, dispute resolution is not the primary aim of the litigation process. Within an activist state, civil litigation serves to implement and enforce government policies. The objective of the process of fact-finding is to establish the facts correctly, such that it is possible to enforce substantive law.

Second, it was argued that democratic values affect the way in which the decision maker in the legal process is selected (Chapter 9). Civil juries and elected judges enhance the democratic legitimacy of the litigation process. However, such a democratic input sets limits to the degree in which specialization and bureaucratization can take place. Democratic fact-finding procedures are likely to be less efficient (Chapters 8-10).

Virtually all legal systems are concerned with the rectitude of the final decision, fairness, efficiency and (democratic) legitimacy of the legal process (Table 11.4). Some of these (conflicting) ends of the litigation process have been explicitly codified. For example, FRCP Rule 1 states that the federal rules 'should be construed and administered to secure the just, speedy and inexpensive determination of every action'. If these primary ends of the litigation process are attained, the judicial process may create positive externalities. The positive side effects of the litigation process may be identified as (collateral) ends of the justice system. It is undisputed that the legal process should be designed in such a way that it enhances access to justice.

Table 11.4. *What constitutes a Good Fact-finding Procedure?*

Rectitude of the Decision, Correct Outcomes	Fairness of the Litigation Process	Efficiency of the Litigation Process	Legitimacy of the Litigation Process
Have legal rules been applied correctly? Is the decision based on 'true' facts?	Could the parties voice their opinion and were they treated with dignity? Was the decision maker neutral and impartial?	Have the costs of litigation been reasonable? Is the lawsuit resolved within reasonable time?	Do the rules of procedure have (democratic) legitimacy? Does the decision maker have (democratic) legitimacy?

The Austrian Model

Different jurisdictions emphasize different ends of the process of fact-finding. In Chapter 7, the Austrian model of civil litigation was discussed. The Austrian model takes the community as a starting point. In essence, the model is both collectivistic and utilitarian. The Austrian model embraced features of an activist state. According to Franz Klein, procedural law served to enforce substantive law. In addition, he was concerned with the efficiency of the justice system. In order to promote efficiency, Klein favored specialization and the division of labor. He proposed to organize the judiciary along bureaucratic lines. In the Austrian system, the trier of fact has no democratic legitimacy. We may conclude that in the Austrian

model of fact-finding, the rectitude of the final decision and the efficiency of the legal process were the most important objectives.

Many specific Austrian fact-finding rules should be understood as an attempt to create a system that would produce good outcomes at low costs. Rules on fact-finding were designed to establish the facts correctly. The pursuit of truth was hence of great importance. Courts have a duty to establish the facts correctly, parties ought to be truthful. Procedural rules empower both the court and the parties to search for relevant information and evidence. The most innovative feature of the 1895 Code of Civil Procedure was that it strengthened the role of the judge. Active judicial intervention was pivotal in the Austrian model. Klein assumed that by strengthening the role of the court, it was possible to enforce substantive law effectively and efficiently.

The U.S. Model

In Chapter 8, it was argued that two distinctive features of the U.S. fact-finding process are most prominent: 1) the civil jury and 2) the adversarial system. The main justification for the civil jury is that it provides for democratic legitimacy. Several arguments exist to opt for an adversarial procedural model. In my opinion, two arguments are most compelling. First, the adversarial system is able to avoid premature decision-making by the trier of fact and thereby serves to ensure that the trier of fact remains unbiased and impartial. Furthermore, the adversarial system provides both parties with sufficient opportunities to voice their opinion. If parties are heard, this positively affects the litigant's perception of procedural fairness.

The U.S. federal system has features of a reactive state. It seems to be more concerned with the resolution of disputes than the enforcement of government policies. In addition, it provides the trier of fact with democratic legitimacy. We may conclude that the federal U.S. process of fact-finding primarily aims for the fair and legitimate resolution of disputes (see Chapter 9).

Specific U.S. rules on fact-finding either serve to accommodate the civil jury or are needed to implement an adversarial system. Typical U.S. rules on the structure of American litigation, the oral presentation of evidence, the exclusion of evidence and the use of direct sanctions against parties are all needed to accommodate the civil jury. Rules on pretrial discovery, the presentation of evidence and the exclusion of evidence all fit well within the adversarial system.

4. Understanding Differences: Fact-finding Processes in Action

Those that draft procedural rules generally strive to attain specific objectives and make assumptions about the effects that rules will have in legal practice. Rules are normally designed and adopted to promote the efficiency, legitimacy, accuracy or fairness of the process of fact-finding.

In the preceding Chapters, many factors have been identified that affect the success of fact-finding rules. Sometimes rules are adequate, but other factors needed to attain the acquired results are lacking. At other times, the empirical assumptions underlying the legislative model were inaccurate or incorrect. Empirical research that predicts or evaluates the effects of legislative changes has only been used

recently. In the preceding chapters, examples of successful and unsuccessful policies have been discussed.

Rules are often ineffective because judges or attorneys are unwilling or unable to apply the rules. This dissertation listed many less successful examples of legislative attempts to increase the role of the judiciary in the process of fact-finding. Austrian judges have not always been willing to search for the truth beyond and behind the allegations of the parties (Section 2.3). Similarly, New York judges were generally not positive towards the innovations brought about by the 1848 Field Code (Section 3.2). U.S. District Court judges have often been overburdened. Therefore, they have not been able to take sufficient time to make use of their discretionary powers (Section 3.4.3). More successful examples have also been discussed, such as the Austrian and Dutch attempts to encourage the judge to discuss the facts of the case with the parties during an oral preparatory hearing. Both in Austria and the Netherlands, legislative changes went hand-in-hand with an increase in the number of judges. An obvious conclusion is that procedural rules may prove to be ineffective if professionals are unwilling or unable to apply them.

Often a legal system functions differently than intended by the legislature because the effects of legislation were not foreseen. The introduction of broad and liberal rules on discovery in the United States aimed to enhance the mutual knowledge of relevant facts (Section 3.2.2). The rules successfully managed to ensure that information was properly exchanged. The rules also had numerous (positive and negative) side-effects that were largely unforeseen. The drafters of the FRCP could not foresee in 1938 how rules on the discovery of documents would operate in a world in which Xerox machines, faxes, computers and digital databases are part of everyday life. Many other effects may have been unforeseen. Discovery rules have been abused in ways that are diametrically opposed to the objectives of the FRCP (see Section 3.3.2). In addition, I argued that the introduction of broad rules on discovery has contributed to a sharp decline in the number of trials (see Section 3.4.3).

It was concluded in Sections 7.4 and 8.4 that Austrian and U.S. fact-finding rules do not always operate as intended. Legal systems do not always succeed in providing for an effective, fair, legitimate and efficient process of fact-finding. To understand how the rules on fact-finding operate in legal practice, references to empirical studies have been made throughout the previous chapters. It is difficult to make conclusive comparative judgments. Nevertheless, some remarks will be made on the degree in which the main objectives and models underlying procedural legislation are congruent with the actual fact-finding processes before the courts.

Fairness of the Process of Fact-finding

The American system, more so than the Austrian system, emphasizes the role of parties and lawyers in litigation. I have argued that the main reason to opt for an adversarial system is that it may enhance the fairness of the legal process. Moreover, I have argued that there are good reasons to assume that an American civil jury is less likely to make premature decisions than a professional Continental judge (Chapter 8). In addition, there have been fears that Continental litigants may feel that their views are insufficiently taken into account when expert evidence is evaluated (Section 5.1.4).

It is however difficult to make conclusive comparative judgments on the fairness of the procedure. Laboratory studies generally do not enable us to draw firm conclusions about real life procedures (Chapter 8). Similarly, it is difficult to compare the available studies that have measured litigant satisfaction and litigants' perceptions of fairness. In Chapter 6, several studies that measured the litigants' perception of fairness were discussed. Different questionnaires, scales, and research questions have been used in different countries, which makes it difficult to compare data across borders. The available data do not provide strong reasons to believe that litigants would perceive a procedure in the U.S. as fairer than the procedure in the Netherlands or *vice versa*. It is possible to draw more specific conclusions. On the basis of empirical studies conducted in the Netherlands, one may for instance conclude that scheduling a personal appearance of the parties positively affects the litigant's perception of the fairness of the procedure (Section 6.2.1).

The Accuracy of the Process of Fact-finding

Austrian academics have indicated that rules that aimed to promote the pursuit of truth may not have been very successful in legal practice (see Section 2.3.1.4). Austrian judges have not always been inclined to search for facts beyond and behind the allegations of the parties. In addition, the Austrian system does not correctly align incentives. The analysis of the Austrian procedural rules and the prevailing cost regime in Chapter 10 showed that Austrian lawyers are not always induced to prepare their cases thoroughly.

There are also reasons to doubt whether the American adversarial system is capable of establishing the facts correctly. As argued in Chapter 3 and 10, the American system induces the parties to conduct a thorough search for facts. On the other hand, parties also have an incentive to distort or conceal the truth or to exploit the financial inequality between the parties.

In Chapter 5, the effectiveness of different approaches to expertise was addressed. On the Continent, it often seems difficult to identify mistakes made by experts and to oppose the findings of court appointed experts. It is often said that judges insufficiently scrutinize the findings of the expert. In the United States, expert witnesses are induced to do their work thoroughly. Findings of an expert are likely to be scrutinized by another expert. However, there is reason to doubt the reliability and objectivity of party-appointed expert witnesses. In an American setting, it is more likely that expert witnesses provide an unreliable and biased testimony.

In Section 6.2.1.2, surveys of litigants and lawyers were discussed. American surveys show that discovery successfully enhances the mutual knowledge of the case and manages to avoid surprise at trial. Similarly, Dutch surveys indicate that a majority of litigants and lawyers are of the opinion that relevant information had been adduced after the personal appearance of the parties was concluded.

Democratic Legitimacy of the Fact-finding Process

Much more than on the Continent, the actors in the U.S. system of litigation have democratic legitimacy. In the federal system, the civil jury is the most important

vehicle to involve the people in the litigation process. In addition, judges are directly elected by the people in many American state jurisdictions. It is fair to say that the American process of fact-finding is more democratic. Nevertheless, it must be noted that the sharp decline in the number of trials effectively eviscerated the democratic legitimacy of the American judicial process. Today, only a very small share of all cases is tried by a civil jury. In addition, it is very doubtful whether the popular election of judges improves the public perception of legitimacy.

Efficiency of Litigation

The resources (money and time) allocated to the process of fact-finding should be proportional to the needs of the case. One can spend too much or too little money on fact-finding processes in litigation (Chapter 10). In practice, complaints about the high costs of litigation are most common.

It is difficult to compare available data on the efficiency of the justice system. It is for example hard to make conclusive comparative judgments on the degree in which national jurisdictions are able to curb delay (Chapter 4). The time to disposition differs greatly between jurisdictions. There are however many factors that determine the time needed to resolve civil cases. Cases handled by Austrian County Courts have different case characteristics than those handled by U.S. District Courts. It is extremely tough to correct for all such differences. On the basis of the available data, no comparative conclusions could be drawn. It is possible to analyze more specific changes within jurisdictions and their impact on the (median) time to disposition (see for example Section 2.4).

Although there are compelling reasons to believe that the Austrian approach to expert evidence is less costly than the American approach to expertise, there are no conclusive data to confirm this hypothesis (Chapter 5). I argued that mixed models, such as the system presently used in England, provide a promising alternative that may lead to a proportional allocation of resources. In a mixed model, the Continental approach is used in the majority of relatively simple and small cases. The use of party -appointed experts may provide an added value in specific categories of (complex) cases.

The use of civil juries has a negative impact on the costs of litigation (Chapter 8 and 10). There are two main reasons for this observation. First, it is clear that the employment of twelve additional lay jurors adds to the direct costs of litigation. Second, the jury has an impact on the course of litigation. The divide between the pretrial and the trial stage of litigation is needed to accommodate for the civil jury. This may in turn lead to the duplication of work. As explained in Chapter 5, experts may be heard multiple times: they may be deposed, may be heard during a *Daubert* hearing and may provide a testimony at trial. In Continental systems, these hearings can be merged.

In Chapter 10, I made use of economic theory to analyze the incentives for the litigants and lawyers within the Austrian, Dutch and U.S. procedural systems. Legal incentives are likely to affect the effectiveness and efficiency of the process of fact-finding. I argued that adversarial systems may induce parties to overspend on fact-finding unless a proper legal framework is in place. It was argued that in the U.S.

federal system, there are many incentives for parties to spend large amounts of resources on fact-finding. The U.S. federal system induces the parties to be very thorough, probably too thorough. In other jurisdictions, such as Austria, there might be incentives for the parties to spend very few resources on fact-finding. The analysis supports the complaints often heard in comparative literature that U.S. litigation is more expensive.

5. Concluding Remarks

The procedures that are used to resolve factual questions in Austrian and Dutch courts differs greatly from those used in American courts. This book aimed to enhance our understanding of these differences and aimed to show how these differences evolved throughout time. Often, procedural rules are implemented that were tried and tested elsewhere. A remarkable conclusion is that the differences between the fact-finding arrangements in Continental and American jurisdiction are larger today than they were a century ago.

This book showed that fact-finding arrangements do not exist in the abstract. Procedural rules constitute a system that should be studied as a single whole. It has been argued that political theories and ideologies shape the language and content of the law. How procedural rules operate in practice depends on a multitude of factors, such as the mindset of judges and attorneys and the court's budget.

Over the last decades, there has been an increased focus on empirical studies and methods to predict and evaluate the effects of legislative change. These studies are of great value in predicting under what circumstances available legal solutions may produce positive effects.

I believe comparative law may serve as a useful tool to generate possible legal solutions to pressing procedural problems. In addition, experiences in other jurisdictions may be of use to assess the possible effects of legislative change. These may be of help to identify under what conditions legal rules may flourish. This book has mainly been descriptive. Nevertheless, I hope this book may serve as an accessible starting point to generate viable legal solutions that may improve existing systems. For example, Austrian experiences may provide a source of inspiration for proposals to widen the Dutch rules on document discovery. Similarly, Continental jurisdictions that are faced with new challenges to utilize party appointed experts may consider adopting rules inspired by the American rules. Rules on the admissibility of party appointed experts and the disclosure of mandatory expert reports may prove to be useful in a Continental setting.

SAMENVATTING. HET ONDERZOEK NAAR DE FEITEN IN HET CIVIELE PROCES, EEN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

In veel civiele procedures voert de gedaagde verweer tegen de vordering die door de eiser is ingesteld. Om te bepalen of de vordering moet worden toegewezen, is behalve het toepasselijke recht ook de juistheid van de door partijen gestelde feiten van belang. Dit proefschrift handelt over het onderzoek naar de feiten in de procedure. Het onderzoek naar de feiten in het civiele proces bestaat uit drie fasen. In de eerste fase worden feiten verzameld, hoofd en bijzaken worden onderscheiden en de daadwerkelijke twistpunten worden geïdentificeerd. In de tweede fase worden de partijen in de gelegenheid gesteld bewijs aan te dragen. In de laatste fase wordt er een beslissing genomen ten aanzien van de feiten. Het doel van deze dissertatie is om de procesrechtelijke regels ten aanzien van elk van deze fasen inzichtelijk te maken door deze te contrasteren met buitenlandse regelgeving. Daartoe worden de regels die in Nederland gelden met name vergeleken met de regelgeving in Oostenrijk en de Verenigde Staten. Allereerst wordt ingegaan op de historische achtergrond van het procesrecht. Vervolgens worden de huidige verschillen tussen voornoemde jurisdicties in kaart gebracht. Tot slot volgt een theoretische beschouwing over de doelen en beginselen van het onderzoek naar de feiten in het civiele proces.

Feiten in het civiele proces: de herkomst van de regels

Het procesrecht in veel moderne Europese staten, waaronder Oostenrijk en Nederland, is terug te voeren op het geleerde Romano-Canonieke recht dat hoofdzakelijk in de 11^e tot en met de 13^e eeuw ontwikkeld werd. Hoewel er lokale varianten bestonden, werden elementen van het Romano-Canonieke model op den duur in vele rechtbanken in Europa gebruikt. Het middeleeuwse *ius commune* heeft uiteindelijk een grote invloed gehad op 18^e en 19^e eeuwse nationale codificaties (hoofdstuk 2). In het geleerde model werd het onderzoek naar de feiten in groot detail gereguleerd. De procedure was voornamelijk schriftelijk en gaf de rechter weinig discretionaire bevoegdheden. Dit procesmodel werd aan het einde van de 19^e eeuw sterk bekritiseerd. Dit leidde in Oostenrijk in 1895 tot de invoering van een nieuwe *Zivilprozessordnung*. Veel regels die als onnodig formalistisch werden

getypeerd werden afgeschaft. Het wetboek benadrukte de mondelinge behandeling van de zaak, kende de rechter veel bevoegdheden toe en verwachtte van partijen dat zij zich coöperatief zouden opstellen. Het Oostenrijkse voorbeeld werd door vele jurisdicties op het Europese continent gevolgd. De meeste Nederlandse wetswijzigingen van de laatste decennia lijken sterk op veranderingen die in Oostenrijk een eeuw eerder werden doorgevoerd.

De huidige Amerikaanse regeling omtrent het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten is geworteld in het middeleeuwse Engelse rechtssysteem (hoofdstuk 3). Traditioneel waren er in Engeland meerdere procesrechtelijke systemen. In de *common law* rechtbanken werd gebruik gemaakt van een procedure die bestond uit twee stadia. In de eerste (schriftelijke) ronde werden de partijen gedwongen om hun geschil terug te brengen tot één enkel feitelijk of juridisch twistpunt (*common law pleading*). Was het twistpunt feitelijk van aard, dan konden partijen in de tweede fase meestal bewijs presenteren voor de jury (*jury trial*). Andere rechtbanken die eveneens bevoegd waren over civielrechtelijk geschillen te oordelen, zoals de *Court of Chancery*, hanteerden een geheel andere procedure die meestal sterker leek op de procedure op het Europese Continent. Het Engelse recht werd in hoofdlijnen ook toegepast in de Engelse koloniën. Na de Amerikaanse onafhankelijkheid bleef het Engelse recht lang richtinggevend. Het recht van partijen op een *trial by jury* werd zelfs in de grondwet verankerd. Het procesrecht was in sterke mate rechtersrecht. Daarnaast was het sterk gefragmenteerd. De vorm van het proces hing nauw samen met het materiële recht; de vordering bepaalde doorgaans het precieze verloop van de procedure (*forms of action*). Daarnaast hanteerden veel Amerikaanse koloniën aparte procedures voor *equity* zaken. Aan de versnippering van het procesrecht kwam een einde doordat in de 19^e en de 20^e eeuw het procesrecht, en later ook het bewijsrecht, gecodificeerd werden. De *New York Code of Procedure* van 1848 (Field Code) en de *Federal Rules of Civil Procedure* (1938, FRCP) bleken de meest invloedrijke Amerikaanse codificaties. Geleidelijk ontstond er een nieuwe procedure die uiteindelijk op veel punten af zou wijken van het oude *common law* systeem.

Veel invloedrijke wetboeken, zoals de Oostenrijkse *Zivilprozessordnung* van 1895 en de Amerikaanse FRCP van 1938 bestaan voor een heel groot deel uit wettelijke bepalingen die vrijwel letterlijk zijn overgenomen uit andere jurisdicties. Nieuwe wetboeken zijn zoals nieuwe recepten: ze presenteren een nieuwe mix van bekende ingrediënten. Zo was het Wetboek van New York van 1848 onder meer beïnvloed door de Engelse *common law* en *equity* procedures en wetgeving uit Louisiana en Frankrijk. Evenzo was het Nederlandse Wetboek van 1838 hoofdzakelijk een variatie op een bekend recept: de Franse *Code de Procédure Civile* van 1806. De geringe wederzijdse beïnvloeding door jurisdicties aan weerszijden van de Atlantische Oceaan is opmerkelijk. Wanneer men de ontwikkelingen op het Europese Continent en in de Verenigde Staten beziet valt op dat regels aangaande het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten nu sterker van elkaar verschillen dan in 1930.

Verschillen tussen het Oostenrijkse, Amerikaanse en Nederlandse proces

Op dit moment zijn er grote verschillen tussen jurisdicties ten aanzien van de wijze waarop binnen civiele procedures de feiten verzameld, bewezen en vastgesteld worden. Soms zijn deze verschillen een gevolg van verschillende rechtsregels. In andere gevallen zijn de regels vergelijkbaar maar zijn er grote verschillen in de rechtspraktijk waarneembaar.

In de eerste fase van de procedure worden de feiten verzameld en de belangrijkste twistpunten geïdentificeerd. Mede doordat de Field Code van 1848 geïnspireerd was op Franse wetgeving is er wel enige gelijkheid tussen de Amerikaanse en continentale regels aangaande de voorbereidende schriftelijke ronde. In elk van de besproken jurisdicties wordt in beginsel aan beide partijen eenmaal de gelegenheid geboden schriftelijk hun zienswijze kenbaar te maken en feiten aan te dragen. Hoewel de regels enigszins vergelijkbaar zijn, lijkt het belang van de inleidende schriftelijke stukken in Nederland en Oostenrijk groter te zijn dan in de Verenigde Staten (zie hoofdstuk 3.4.1 en 4.2.2).

In Nederland en Oostenrijk is de mondelinge behandeling van de zaak onder leiding van de rechter het belangrijkste middel om het feitencomplex op te helderen (hoofdstuk 6). In Oostenrijk is de mondelinge behandeling van de zaak al sinds 1895 de belangrijkste fase in het civiele proces. In Nederland was het wettelijk al jaren mogelijk om de (feiten van de) zaak mondeling te bespreken (comparitie van partijen). Pas in de laatste decennia wordt er door de rechtbanken op grote schaal gebruik gemaakt van comparities nadat de gedaagde schriftelijk voor antwoord geconcludeerd heeft. Tijdens de comparitie wordt doorgaans (veel) tijd besteed aan het verhelderen van de (feitelijke) geschilpunten. Meestal is de rechter actief tijdens de zitting.

Hoewel de Amerikaanse rechter eveneens bevoegd is om de zaak inhoudelijk met de partijen te bespreken ter zitting, gebeurt dit in de praktijk zelden. In de Verenigde Staten ligt in de eerste fase van het proces heel sterk de nadruk op het verzamelen van de feiten door middel van *discovery*. Opvallend vanuit rechtsvergelijkend en historisch perspectief is dat de FRCP de partijen ruime mogelijkheden biedt om de wederpartij of derden te dwingen informatie te verstrekken. Voorts valt op dat *discovery* zich doorgaans volledig buiten de rechter om voltrekt. Uit empirische studies blijkt dat *discovery* steeds meer het zwaartepunt in de Amerikaanse procedure is geworden. Met name wordt er in de rechtspraktijk gebruik gemaakt van *interrogatories* (het voorleggen van schriftelijke vragen aan de wederpartij), *depositions* (het 'voorlopige' verhoor van partijen of getuigen buiten de rechter en de rechtbank om) en *requests for the discovery of documents* (verzoek aan de wederpartij tot overleggen van documenten). Ook worden de partijen sinds de jaren 90 verplicht uit zichzelf informatie te verstrekken aan de wederpartij, onder andere ten aanzien van het bewijs dat ze uiteindelijk willen gebruiken (*disclosure*).

In Nederland zijn er minder juridische mogelijkheden voor de partijen om de wederpartij te dwingen informatie beschikbaar te stellen. Zo zijn naar Nederlands recht de mogelijkheden om relevante documenten van de wederpartij op te vragen beperkt. De Oostenrijkse regeling is in dit opzicht ruimer. Zij biedt partijen de mogelijkheid de wederpartij vragen te stellen of bewijsmiddelen op te vragen. In

geen van beide landen opereren de beschikbare *discovery* regels echter volledig buiten de rechter om. Wel zijn in Nederland en Oostenrijk ten gevolge van procesrechthervormingen de partijen meer en meer verplicht alle relevante informatie aan te dragen. Daarnaast heeft ook de rechtbank bevoegdheden om partijen ambtshalve te bevelen informatie of bewijs te verstrekken.

In zowel Oostenrijk, Nederland als de V.S. is het niet ongewoon dat de rechtbank (door middel van een tussenvonnis) een beslissing neemt waarin zij de betwiste feiten identificeert. Belangrijk verschil is dat in Nederland en Oostenrijk de beslissing meestal wordt genomen tijdens of snel na de eerste mondelinge behandeling van de zaak. In de V.S. wordt een *summary judgment* vaak pas gewezen na de *discovery* fase.

Nadat alle relevante informatie verzameld en besproken is, wordt de partijen in de tweede fase van het proces de mogelijkheid geboden om bewijs te leveren. Uitgangspunt in Oostenrijk, Nederland en de V.S. is dat al het relevante bewijs in beginsel toelaatbaar is (vrije bewijsleer). In Oostenrijk en Nederland zijn er vrijwel geen uitzonderingen op deze regel. In de V.S. zijn er meer uitzonderingen op de toelaatbaarheid van het bewijs. Bewijs van horen zeggen (*de auditu*) en onbetrouwbaar deskundigen bewijs mogen niet ter zitting als bewijs gepresenteerd worden. In Nederland en Oostenrijk is dergelijk bewijs toelaatbaar, maar kan een rechter bijvoorbeeld aan een *de auditu* verklaring minder bewijskracht toekennen.

Voorts zijn er grote verschillen in de rechtspraktijk aangaande de wijze waarop bewijs gepresenteerd wordt. In Nederland en Oostenrijk zijn rechters vaak actief betrokken bij de presentatie van het bewijs. Zo benoemen rechters regelmatig zelf deskundigen. In de Verenigde Staten zijn rechters weliswaar bevoegd om deskundigen te benoemen maar doen zij dit zelden. Doorgaans selecteren de partijen zelf elk hun eigen deskundigen die ter zitting een verklaring kunnen geven. Daarnaast zijn rechters in Oostenrijk en Nederland veelal actiever op de zitting waar bewijs gepresenteerd wordt dan hun Amerikaanse ambtsgenoten. Zo worden op het continent getuigen hoofdzakelijk door de rechter verhoord terwijl zij in de V.S. onder de invloed van het *adversarial system* voornamelijk onderhevig zijn aan *cross-examination* door de advocaten.

Tot slot moet opgemerkt worden dat in de V.S. het bewijs in civiele zaken op één zitting gepresenteerd wordt aan de jury of aan de rechter (*trial*). Hoewel een *trial* soms meerdere dagen duurt, zijn vrijwel alle trials binnen één week beëindigd. In Nederland (en in mindere mate ook in Oostenrijk) is het niet ongebruikelijk dat eerst getuigen gehoord worden die door eiser zijn opgeroepen en dat het tegenbewijs van gedaagde een maand later geleverd wordt. In ingewikkelde zaken is het mogelijk dat bewijs geleverd wordt op drie of vier zittingsdagen, soms verspreid over enkele maanden.

Een ander in het oog springend verschil tussen jurisdicties in de V.S. enerzijds en Nederland en Oostenrijk anderzijds is dat in de V.S. het recht op een *trial by jury* grondwettelijk verankerd is. Juryrechtspraak is de gebruikelijke manier om te beslissen over het door partijen naar voren gebrachte bewijs. De jury mag het bewijs vrij waarderen en geeft geen redenen voor haar oordeel. In Oostenrijk en Nederland wordt de eindbeslissing altijd door de rechter genomen. De meeste beperkingen op de vrije waardering van het bewijs in Oostenrijk en Nederland zijn inmiddels

afgeschaft. Rechters hebben in beginsel de (beperkte) plicht hun beslissing te motiveren.

De verschillen tussen de federale Amerikaanse traditie en die van Nederland en Oostenrijk vloeien voort uit twee meer fundamentele uitgangspunten (hoofdstuk 8). Deze verschillen hangen samen met de verschillende rollen van advocaten en rechters in het civiele proces en met het gebruik van lekenrechtspraak.

In Oostenrijk en Nederland is een (geleidelijke) verandering opgetreden in de rollen van rechters en advocaten in het civiele proces (hoofdstuk 2.4.4). De meer prominente rol van de mondelinge behandeling van de zaak, de grotere bevoegdheid van de rechter om de afgifte van bewijsstukken te vorderen en de afschaffing van formele regels aangaande de bewijswaardering hebben ertoe geleid dat de rechter actiever betrokken is bij het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten. Hoewel de Nederlandse rechter zich nog immer lijdelijk op dient te stellen, is de rol van de rechter in de rechtspraak belangrijker geworden. In Oostenrijk is de leer van de lijdelijkheid van de rechter in grote mate verlaten.

Rechters in de Verenigde Staten hebben steeds meer bevoegdheden gekregen om als 'casemanager' op te treden (hoofdstuk 3.3.3). Toch is de rechter in de Amerikaanse rechtspraak nu veel minder betrokken bij het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten dan vóór de introductie van de FRCP. Omdat *discovery* zich vrijwel geheel buiten de rechter afspeelt, is met name het verzamelen van de feiten en van het bewijs nu volledig aan advocaten en partijen overgelaten. In zekere zin kan men spreken van een toegenomen 'privatisering' van de overheidsrechtspraak in de V.S. sinds 1938 (hoofdstuk 3.4.4).

Kort samengevat kan men stellen dat in de continentale rechtspraak de rechter actiever betrokken is bij het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten. Veel Amerikaanse regels en gewoonten passen binnen een procescultuur die gedomineerd wordt door het *adversarial system*. De Amerikaanse regels ten aanzien van bewijsuitsluiting en *discovery* alsmede het verhoor van getuigen door *cross-examination* vloeien voort uit dit beginsel. Veel regels in Nederland en Oostenrijk passen op hun beurt binnen een procestraditie waarin de rechter zich actiever opstelt in het onderzoek naar de feiten.

Ook het gebruik van de jury in civiele zaken heeft een grote impact op het procesrecht en de procespraktijk. Veel Amerikaanse regels dienen vooral om de rechtspraak door 12 leken mogelijk te maken. De nadruk op de mondelinge presentatie van bewijs, het onderscheid tussen een *trial* en een *pretrial* fase en het gebruik van directe sancties tegen procespartijen zijn met name te rechtvaardigen binnen een systeem waarin recht wordt gesproken door een jury.

Het feitelijk debat en de doelen van het civiele proces

De regels over het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten dienen doorgaans de waarheidsvinding. Toch is waarheidsvinding in het civiele proces niet een doel op zichzelf, maar eerder een middel om andere doelen te verwezenlijken. Waarheidsvinding is onder meer van belang om te komen tot een juiste beslissing, schikkingen te bevorderen en om de ongelijkheid tussen partijen op te heffen. Een puur kentheoretisch perspectief op het onderzoek naar de feiten volstaat daarom

niet om de regels over het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten te begrijpen. Om het onderzoek naar de feiten te begrijpen is het van belang om de uiteindelijke doelen van het civiele proces te identificeren. Vier belangrijke doelen van het civiele proces zijn hieronder weergegeven (Tabel 12.1). In iedere jurisdictie wordt het belang van een juiste uitkomst, een eerlijk proces, efficiëntie en legitimiteit onderkent. Het gewicht dat wordt toegekend aan deze afzonderlijke doelen verschilt echter sterk.

Tabel 12.1 Vier doelen van het civiele proces

De uitkomst van het proces is correct	Het proces is eerlijk	Het proces is efficiënt	Het proces is legitiem
Zijn de juiste (materiële) rechtsregels toegepast?	Zijn de partijen gehoord?	Waren de kosten en de duur van de procedure gezien het belang van de zaak redelijk?	Zijn de regels van het proces democratisch tot stand gekomen?
Zijn de feiten waarheidsgetrouw vastgesteld?	Zijn de partijen met respect behandeld?		Is de beslisser (democratisch) gelegitimeerd?
	Is de beslisser neutraal en onpartijdig?		

De visie op de rol van de staat in de samenleving en de visie op democratie bepalen in sterke mate de doelen van het civiele proces (hoofdstuk 9). Politieke opvattingen over de belangrijkste doelen van het proces werken door in de vaststelling van regels over het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten.

Allereerst werd in hoofdstuk 9, in navolging van Damaska, een onderscheid gemaakt tussen twee theoretische uitersten: activistische en reactieve staten. Een reactieve staat heeft geen opvatting over hoe de maatschappij eruit zou moeten zien. Het is aan de burgers hun eigen doelen na te streven. De reactieve staat voert een klassiek liberaal *laissez faire* beleid. Wanneer individuen betrokken raken in een conflict, heeft de staat geen voorkeur voor een specifieke oplossing. In de reactieve staat is het enkel van belang om wanorde en chaos te voorkomen. Geschiloplossing is het dan ook het enige doel van het civiele proces. In een reactieve staat is waarheidsvinding enkel van belang wanneer dit aan de geschiloplossing bijdraagt.

De activistische staat daarentegen, heeft een duidelijke opvatting over wat goed is voor de maatschappij en voor de burgers. Zij voert een actief beleid op vele terreinen van het leven om de maatschappij volgens deze maatstaven te verbeteren. Hoewel geschiloplossing ook van belang is in de activistische staat, dient procesrecht vooral om het overheidsbeleid te implementeren. In een activistische staat is het procesrecht dienstbaar aan het materiële recht: rechtshandhaving is haar primaire functie. Om recht te kunnen handhaven is waarheidsvinding van groot belang. In de activistische staat dienen de feiten correct vastgesteld te worden. De rechter, die namens de staat optreedt, heeft de plicht de feiten zoveel als mogelijk naar waarheid vast te stellen.

Naast de visie op staatsinrichting hebben ook de opvattingen over democratie een grote invloed op het procesrecht. In de meeste landen worden de procesrechtelijke regels vastgesteld door de volksvertegenwoordiging. Sommige jurisdicties gaan een stap verder. Met name in Amerikaanse jurisdicties zijn rechters

vaak direct gekozen of politiek benoemd. Daarnaast komt jury rechtspraak op grote schaal voor in de V.S. Dit betekent dat de beslissing ten aanzien van de feiten (direct) democratisch gelegitimeerd is. Met name het gebruik van jury's in civiele zaken heeft een enorme impact op de regels aangaande het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten. Lekenrechtspraak heeft tevens grote gevolgen voor de efficiëntie van het burgerlijk proces. Deze vorm van rechtspraak staat namelijk haaks op specialisatie. Het verkiezen van rechters heeft voorts tot gevolg dat het moeilijk is de rechterlijke macht bureaucratisch te organiseren. De democratische rechtsgang beperkt de mogelijkheden om het proces efficiënt te organiseren.

De wetgever streeft er meestal naar regels te ontwerpen die ertoe bijdragen dat het onderzoek naar de feiten legitiem is en tevens efficiënt, eerlijk en accuraat verloopt. Dit beoogde resultaat wordt niet altijd bereikt. Soms zijn de regels weliswaar adequaat, maar laat de implementatie te wensen over. Op andere momenten worden de doelstellingen niet gehaald omdat de beleidstheorie waarop de regelgeving is gebaseerd onjuist of onvolledig is.

Het gebruik van empirische studies teneinde de effecten van regelgeving te voorspellen of te evalueren neemt de laatste decennia toe. Dit maakt het mogelijk de effecten van interventies – zoals de introductie van de comparitie na antwoord in Nederland – te meten. Het is veel moeilijker om aan de hand van de beschikbare gegevens een vergelijkend oordeel te vellen over de procesrechtelijke regels in verschillende jurisdicties. Het is bijvoorbeeld erg moeilijk te bepalen welk systeem van regels leidt tot een snellere afhandeling van zaken (zie hoofdstuk 4). Evenzo is het lastig te beoordelen welk procesrechtelijk systeem door de procespartijen als eerlijker ervaren wordt (zie hoofdstuk. 8.2.2, 5.1.4 en 6.2.1).

In het Oostenrijkse procesmodel ligt de nadruk op de uitkomst van het proces en de efficiency van de procedure. Het Oostenrijkse procesmodel werd ontwikkeld door Frans Klein aan het eind van de 19^e eeuw. Dit model is in essentie gebaseerd op een collectivistisch en utilistisch maatschappijbeeld. Het Oostenrijkse model neemt de gemeenschap als uitgangspunt en stelt dat de staat er zorg voor dient te dragen dat de welvaart van de burgers vergroot wordt. Het Oostenrijks model bevat elementen van het procesmodel van de 'activistische staat'. Franz Klein betoogde dat procesrecht ertoe dient om het materiële recht te handhaven. Daarnaast hechtte hij veel waarde aan het efficiënt afhandelen van zaken. Om die reden toonde Klein zich een voorstander van specialisatie. Voorts was hij van mening dat de rechterlijke macht bureaucratisch georganiseerd dient te worden. In Oostenrijk wordt geen gebruik gemaakt van lekenrechtspraak in civiele zaken en heeft de rechter geen directe democratische legitimatie.

Specifieke Oostenrijkse regels aangaande het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten kunnen gezien worden als het resultaat van een poging om een systeem te ontwerpen dat op efficiënte wijze leidt tot een juiste vaststelling van de feiten. Waarheidsvinding is van groot belang in het Oostenrijkse rechtssysteem. Rechters zijn verplicht de feiten zoveel mogelijk naar waarheid vast te stellen en partijen zijn verplicht de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Rechters en partijen zijn bevoegd om zich toegang te verschaffen tot relevante informatie en beschikbare bewijsmiddelen. Bij de invoering van de *Zivilprozessordnung* werd de

versterking van de rol van de rechter in het civiele proces gezien als het belangrijkste middel om te komen tot een efficiënte en correcte afhandeling van geschillen. De Oostenrijkse rechter dient vanaf het begin van de procedure actief betrokken te zijn bij de zaak.

De Nederlandse procesrechttraditie is in de laatste decennia meer in de richting geschoven van het Oostenrijkse procesmodel. Toch zijn de beginselen van het Nederlands procesrecht gematigder. In Nederland ligt de nadruk veel minder op waarheidsvinding dan in Oostenrijk. Daarnaast is de lijdelijkheid van de rechter nog altijd een van de uitgangspunten van het Nederlands procesrecht. Wel is gedurende de laatste decennia veel meer aandacht voor de kosten en de duur van de procedure.

Tot op zekere hoogte is (de implementatie van) het procesrecht in haar huidige vorm in Nederland en Oostenrijk effectief gebleken. In het algemeen worden de meeste zaken in Nederland en Oostenrijk snel afgehandeld. Daarnaast heb ik betoogd dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het Oostenrijkse proces (en in mindere mate ook het Nederlandse proces) betrekkelijk kostenefficiënt is (zie o.m. hoofdstuk 10.5). Een belangrijke aanname van het Oostenrijkse procesmodel is dat de actieve rechter een positieve invloed zou hebben op een effectieve en efficiënte afhandeling van zaken. Recente Nederlandse studies hebben aangetoond dat procedures waarin de rechter actief deelneemt (o.m. doordat een comparitie gehouden wordt) sneller afgehandeld worden. Daarnaast was Franz Klein van mening dat een actieve rechter zou voorkomen dat partijen en advocaten zich te kwader trouw zouden gedragen. Er is wel enige steun voor deze aanname. Zo zijn de meeste Amerikaanse advocaten van mening dat Amerikaanse rechters actiever dienen op te treden om misbruik van procesrecht te voorkomen.

Andere aspecten van het Oostenrijkse recht lijken minder succesvol. Het is met name de vraag of waarheidsvinding in de Oostenrijkse procespraktijk goed uit de verf is gekomen. Er zijn weinig prikkels voor advocaten en rechters om echt op zoek te gaan naar de onderliggende feiten (hoofdstuk 10.5). Oostenrijkse rechters zijn tevens huiverig gebleken om buiten het partijdebat te treden teneinde de feiten juist vast te stellen (hoofdstuk 2.3.1.4).

Eerder is betoogd dat het (federale) Amerikaanse procesrecht twee fundamentele kenmerken heeft: 1) jury rechtspraak en 2) het *adversarial system*. De civiele jury moet bovenal gezien worden als een democratische instelling. Zij is het toonbeeld van volkssoevereiniteit en een waarborg tegen rechterlijke willekeur.

Het *adversarial system* vergt dat de rechter en de jury zich afzijdig opstellen in de procedure. Dit uitgangspunt kan met name door huidige psychologische inzichten gelegitimeerd worden. Doordat degene die de beslissing over de feiten neemt zich in het proces lijdelijk opstelt, kan worden voorkomen dat er vroegtijdig een beslissing wordt genomen die gebaseerd is op onvolledige informatie. Door zich afzijdig op te stellen is het mogelijk dat de beslisser zich niet laat leiden door vooroordelen en daadwerkelijk onpartijdig blijft. Voorts biedt een systeem waarin de rechter zich afzijdig houdt de partijen voldoende ruimte om gehoord te worden.

Het federale Amerikaanse systeem heeft kenmerken van de reactieve staat en blijkt voornamelijk gericht te zijn op het oplossen van geschillen. Daarnaast is het

procesrecht in de V.S. in grotere mate dan in andere landen democratisch gelegitimeerd. Het verzamelen, bewijzen en vaststellen van de feiten dient hoofdzakelijk om te komen tot een legitieme en eerlijke manier van geschiloplossing.

Het Amerikaanse proces kan gekenmerkt worden als democratisch. Veel rechters worden verkozen of politiek benoemd. De lekenrechtspraak geniet bovendien groot aanzien. Toch dienen er wel enige kanttekeningen geplaatst te worden. Ten eerste is het zeer de vraag of het verkieszen of politiek benoemen van rechters tot gevolg heeft dat burgers de rechtspraak als legitiem ervaren. Daarnaast is het aantal trials de laatste decennia sterk afgenomen. In de Federale rechtbanken wordt in slechts 1% van alle aangebrachte zaken een jury samengesteld.

Er is geen empirisch bewijs dat aantoonde dat het Amerikaanse *adversarial system* tot gevolg heeft dat het Amerikaanse systeem door de procespartijen als eerlijker wordt gezien dan de Nederlandse en Oostenrijkse systemen. Nederlandse en Amerikaanse studies laten zelfs zien dat het optreden van de rechter door advocaten en procespartijen vaak gewaardeerd wordt.

Het is zeer de vraag of het *adversarial system* ertoe bijdraagt om te komen tot een correcte vaststelling van de feiten. Enerzijds worden de partijen geprikkeld om de feiten grondig te onderzoeken. Anderzijds hebben de partijen er ook belang bij ongunstige informatie te verhullen. Daarnaast is er gegronde reden om aan te nemen dat het *adversarial system* in de V.S. negatieve gevolgen heeft voor de onafhankelijkheid van getuigen en deskundigen.

Hoewel empirische vergelijkende studies niet beschikbaar zijn, is er gegronde reden om aan te nemen dat procederen in de V.S. duurder is dan in Oostenrijk en Nederland. Zo leidt het gebruik van jury's tot hoge kosten. Daarnaast hebben de ruime *discovery* regels tot gevolg dat de omvang van een geschil eerder toe- dan afneemt. In hoofdstuk 10 heb ik betoogd dat in het Amerikaanse systeem partijen geprikkeld worden om te veel geld te besteden aan het verzamelen en bewijzen van feiten.

Afsluitende opmerkingen

Er zijn grote verschillen in de wijze waarop de feiten in het proces verzameld, bewezen en vastgesteld worden. Dit boek heeft tot doel gehad deze verschillen in kaart te brengen. Tevens hoop ik dat dit boek een bijdrage heeft geleverd aan het begrijpen van deze verschillen. Ik heb betoogd dat afzonderlijke regels in samenhang bestudeerd dienen te worden. Daarnaast is aangegeven hoe men vanuit een historische, ideologische of economische invalshoek procesrecht regels kan begrijpen. Aan de hand van het beschikbare empirische materiaal is ook aangegeven hoe het onderzoek naar de feiten in de rechtspraktijk verloopt.

Hoewel dit boek hoofdzakelijk beschrijvend van aard is, kan rechtsvergelijkend onderzoek tevens bijzonder nuttig zijn om inspiratie op te doen teneinde een bestaand procesmodel te verbeteren. Empirisch onderzoek dat in één land is verricht, kan mogelijk ook inzichten opleveren die elders gebruikt kunnen worden. In zekere zin is de wereld één groot juridisch laboratorium waar op grote schaal geëxperimenteerd wordt. Ik hoop dat dit boek tevens van waarde mag zijn

om bestaande systemen te verbeteren. Zo kunnen de Oostenrijkse bepalingen inzake *discovery* en de Amerikaanse bepalingen aangaande het vrijgeven van een *mandatory expert report* dienen als bron van inspiratie om het Nederlandse rechtssysteem te verbeteren.