

Hoe zat het ook alweer met...

Sinds 1 januari jl. moeten dagvaardingenvoldoen aan de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht. Schenden van deze plichten heeft geen nietigheid tot gevolg, maar wat dan wel?

Willem Heemskerck
redactielid

de substantiërings- en bewijsaandragplicht?

Art. 111 lid 3 Rv stelt aan ná 1 januari 2002 uitgebrachte dagvaardingenv twee vereisten die het voorheen geldende recht niet kende. Het eerste vereiste is de zogenoemde 'substantiëringsplicht', de verplichting om de door de gedaagde (buiten rechte) tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor te vermelden. Het tweede vereiste betreft de 'bewijsaandragplicht', de verplichte vermelding van de bewijsmiddelen waarover eiser kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis. Géén van de beide vereisten wordt met nietigheid bedreigd, aldus art. 120 lid 4 Rv. Dat doet de vraag rijzen welke consequenties er wel aan niet-inachtneming zouden kunnen worden verbonden.

Substantiëringsplicht

Eiser dient de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor te vermelden, waarbij er uiteraard niets te vermelden valt als er buiten rechte niets ten verwere is aangevoerd;¹ ook dan verdient het aanbeveling *dat* in de dagvaarding te vermelden.² Bij de gevolgen die aan niet-inachtneming van de substantiëringsplicht kunnen worden verbonden is de wetgever weinig creatief geweest: de rechter kan daar de gevolgen aan verbinden die hij 'geraden acht'.³ Nu is dat een formule die al voorkwam in art. 19a lid 4 en 213 lid 2 Rv-oud, waar het ging over – kort gezegd – de zwijgende partij-getuige, maar daar was het duidelijk in welke sfeer de rechter gevolgen aan dat zwijgen kon verbinden: de bewijswaardering uiteraard. Met betrekking tot de substantiëringsplicht laat zich niet goed indenken dat de rechter in de bewijswaarderingssfeer consequenties kan verbinden aan het gegeven dat eiser de verweren van gedaagde niet (volledig) heeft vermeld,

terwijl de wetgever onbesproken laat welke andere consequenties dat zouden kunnen zijn. Art. 120 lid 4 Rv geeft de rechter de bevoegdheid eiser te bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verschaffen, maar hoe moet de rechter weten dat buiten rechte verweren tegen de eis zijn aangevoerd? En is het wel zo zinvol die aanvulling te vragen, als gedaagde inmiddels zelf bij antwoord duidelijk heeft gemaakt wat zijn verweren zijn?

In verstekzaken ligt dat anders, want daar kan ik mij voorstellen dat de rechter een vordering als onrechtmatig of ongegrond afwijst (art. 139 Rv), zolang hem niet van het (door eiser weergegeven) standpunt van gedaagde is gebleken. Maar vooraleer de vordering af te wijzen kan hij – als gezegd – eiser in de gelegenheid stellen op dit punt aanvullende gegevens te verstrekken, hetgeen weer tot problemen kan leiden omdat (a) eiser bij verstek wellicht in de verleiding raakt om maar niet al te uitvoerig over de verweren van gedaagde uit te weiden of (b) eiser die verweren weergeeft en tegelijkertijd zo geëngageerd weergeeft, dat weer van een door art. 130 lid 3 Rv verboden verandering of vermeerdering van (de grondslag van de) eis sprake is.⁴

Tot slot noemt de wetgever⁵ het eigenbelang van eiser als 'drukmiddel' om aan de substantiëringsplicht inhoud te geven: in verband met de mogelijkheid dat geen gelegenheid voor een conclusie van repliek zal bestaan heeft eiser er – volgens de wetgever – alle belang bij om zoveel mogelijk te anticiperen op de verweren van gedaagde. Nu geef ik toe dat het verstandig kan zijn om op de verweren van gedaagde te anticiperen – deden we bijvoorbeeld in kort geding al niet anders? – maar ik denk niet dat de vrees om niet te mogen repliceren daarbij een stimulans zal zijn. De rechter, die de

zaak onvoldoende geïnstrueerd acht, zal immers juist eerder de gelegenheid voor repliek (en dupliek) geven en zelfs als hij dat niet zou doen, zou eiser een voorsprong hebben omdat hij bij comparitie wat nieuws heeft – het weerleggen van de verweren van gedaagde –, terwijl gedaagde het laatste aan het woord was en niet weet wat komen gaat. En daarnaast is er nog altijd het hoger beroep, dat er niet slechts toe dient om het vonnis in eerste aanleg te corrigeren, maar ook om de eigen fouten te herstellen. Ik kan mij niet goed voorstellen dat de rechtbanken eisers al te hard op de niet-inachtneming van de substantiëringsplicht zouden willen afrekenen, als zij weten dat daarmee slechts een afwenteling van het geschil op de gerechtshoven in de hand wordt gewerkt.

Ik moet de advocaat nog tegenkomen die na de weerlegging van gedaagdes verweren wegens de bewijsaandragplicht zijn cliënt belt en zegt: ‘Zouden we niet schikken?’

Bewijsaandragplicht

Eiser dient in de dagvaarding de bewijsmiddelen te vermelden⁶ waarover hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ‘ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis’. Die laatste passage, pas toegevoegd bij Nota van wijziging, is bedoeld om duidelijk te maken dat de bewijsaandragplicht slechts betrekking heeft op de stellingen van eiser ten aanzien waarvan hij gedaagdes verweer heeft weergegeven.⁷ Ook hier dus niet de sanctie van nietigheid bij niet-inachtneming. Maar wat dan wel?

De wetgever lijkt in de Memorie van Toelichting de lat vooral niet te hoog te willen leggen, overigens op een moment in het wetgevingsproces dat de bewijsaandragplicht nog algemeen luidde en niet was toegespitst op de verweren van gedaagde: ‘Opgemerkt zij nog dat de eiser niet verplicht is tot een uitputtend overzicht van zijn mogelijkheden tot bewijslevering. Waar het om gaat is dat voldoende

bewijsmiddelen worden genoemd om de gronden van de vordering te staven, zodat de rechter en de wederpartij daarmee rekening kunnen houden bij hun inbreng in de procedure.’⁸ In dezelfde alinea wordt echter een hele grote sprong gemaakt: ‘Maar als de gedaagde voorafgaand aan de procedure de feitelijke juistheid heeft betwist van bepaalde gronden van de eis, zal de eiser een bewijsstuk of getuige waarover hij beschikt ter staving van zijn stellingen, in beginsel niet onvermeld mogen laten. Doet hij dat wel en overvalt hij daarmee zijn wederpartij, dan kan de rechter besluiten geen acht te slaan op het bewijsmiddel of het voorbrengen van de getuige niet toe te staan als in strijd met een goede procesorde.’ Wat dat betreft blijft de minister in de Nota naar aanleiding van het verslag onversaagd: ‘Niettemin kan de rechter in

een concreet geval, als de bijzonderheden van de zaak daartoe aanleiding geven, nieuwe feiten of bewijs weigeren als in een eerder stadium van de procedure een desbetreffende mededelingsplicht is verzaakt.’⁹

Ik vind het nogal kras; een getuige weigeren of geen acht slaan op een bewijsmiddel omdat eiser heeft verzuimd die reeds bij dagvaarding te noemen, als hij al van het bestaan wist? Kom nou toch! Ook hier lijkt de wetgever de mogelijke sanctie – met een goede procesorde¹⁰ die er met de haren bij is gesleept – iets te zwaar te hebben aangezet, waarschijnlijk in een poging om Nederland met betrekking tot beide verplichtingen zo snel mogelijk over de streep te krijgen.

Evenals bij de substantiëringsplicht zet ook hier de wetgever het eigen-bestwilargument in: ‘Hiernaast dwingt een bewijsaandragplicht beide partijen ertoe hun positie in het debat onder ogen te zien. Voor eiser kan gelden dat zijn kansen minder groot blijken te zijn dan hij tot dan toe

dacht; gedaagde kan na de presentatie van eisers zaak tot het inzicht komen dat het beter is eieren voor zijn geld te kiezen. Zo worden beide partijen met de neus op de feiten gedrukt, hetgeen partijen aanleiding kan geven het debat in te perken en de kansen op een schikking verhoogt.’¹¹ Het zou natuurlijk kunnen, maar ik moet de advocaat nog tegenkomen die, na de verweren van gedaagde en de weerlegging daarvan te hebben gedictieerd, bij het kopje bewijsaandragplicht aanbeldend het apparaat terzijde legt, cliënt belt en zegt: ‘Zouden we niet schikken?’

De bewijsaandragplicht geldt op grond van art. 128 lid 5 Rv ook voor de gedaagde: die dient in zijn conclusie van antwoord de bewijsmiddelen te vermelden waarover hij kan beschikken ‘tot staving van de gronden van zijn verweer’, alsmede de getuigen die hij daartoe kan doen horen. In beide gevallen – dus zowel voor eiser als gedaagde – kan de rechter bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken, maar hoe die rechter nu moet weten *dat* een van de partijen een bewijsstuk of getuige verzuimd heeft te noemen, is mij een raadsel.

Toch doen

Conclusie moet zijn dat vooralsnog niet duidelijk is welke consequenties de rechter aan niet-inachtneming van de substantiërings- en bewijsaandragplicht kan verbinden. Diezelfde onzekerheid brengt echter mee dat partijen er wel verstandig aan doen om zich naar de voorschriften in de wet te richten,¹² want de rechter weet met de summere aanwijzingen van de wetgever waarschijnlijk ook niet goed welke gevolgtrekkingen hij aan niet-inachtneming moet verbinden en het ‘gelijk’ in hoger beroep halen is uiteraard omslachtiger en kostbaarder.

Na de eerste aanleg

In de verzoekschriftprocedure is geen substantiëringsplicht en bewijsaandragplicht opgenomen,¹³ maar hoe zit het in verzet, hoger beroep, cassatieberoep en bij herroeping (de opvolger van request-civiel)? Bij verzet is het duidelijk: de verzetdagvaarding geldt – nog steeds – als conclusie van ant-

Hoe zat het ook alweer met...

woord (art. 147 Rv), zodat art. 128 lid 5, waarin opgenomen de bewijsaandragplicht, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard (in art. 146 lid 1 Rv). Een substantiëringsplicht is zinledig, omdat de stellingen van oorspronkelijk eiser wel uit diens inleidende dagvaarding blijken. Anders ligt dat als er in de verzetdagvaarding tevens een eis in reconventie wordt ingesteld: ingevolge art. 146 lid 2 Rv is art. 111 lid 3 Rv – met substantiëringsplicht én bewijsaandragplicht – dan van overeenkomstige toepassing.

In hoger beroep is het niet duidelijk: volgens art. 343 Rv moeten aan de appèldagvaarding dezelfde eisen als in eerste aanleg worden gesteld, behoudens wat betreft de middelen waarop het beroep is gegrond (die bij conclusie van eis in hoger beroep, nog altijd beter bekend als memorie van grieven, mogen worden aangevoerd). Dus ook de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht? Er staat nergens dat dat niet hoeft – ook in de parlementaire geschiedenis niet -, maar het lijkt mij niet de bedoeling: de verweren van de wederpartij blijken uit de stukken van eerste aanleg en dat geldt ook voor het eigen bewijsmateriaal. Iets anders is dat de appellant die het in eerste aanleg op het bewijsterrein heeft verloren er goed aan doet zijn bewijspositie in hoger beroep waar mogelijk aan te scherpen en eventueel (een) nieuwe getuige(n) te noemen, maar dat kan ook best bij memorie van grieven. Aansluiting kan derhalve worden gezocht bij art. 353 lid 1 Rv, dat bepaalt dat voor zover uit de zevende titel (hoger beroep) niet anders voortvloeit, de tweede titel (waaronder art. 111 Rv) van overeenkomstige toepassing is; uit Titel 7 vloeit naar mijn mening voort

dat art. 111 lid 3 Rv in hoger beroep niet van (overeenkomstige) toepassing is.

Ook in cassatie gelden de substantiërings- en bewijsaandragplicht – die in hoger beroep al niet, maar in cassatie gezien art. 79 RO al helemaal niet op hun plaats zouden zijn – niet. Art. 407 lid 1 Rv stelt aan de cassatiedagvaarding weliswaar dezelfde vereisten als de dagvaarding in eerste aanleg, behoudens enkele wijzigingen in de leden 2-4, waaronder niet een uitsluiting van art. 111 lid 3 Rv, maar ook hier kan aansluiting worden gezocht bij de bepaling waarin staat dat de artikelen van de tweede titel (waaronder, nogmaals: art. 111 lid 3 Rv) niet van toepassing zijn als uit de elfde (cassatie)titel anders voortvloeit, te weten art. 418a Rv.

Wat de vordering tot herroeping betreft ontbreekt een dergelijke bepaling; art. 385 Rv verklaart (geheel) art. 111 Rv zonder meer van toepassing. Ik denk dat – zonder dat de wetgever ook hier aanwijzingen heeft gegeven – het ook de bedoeling is dat de substantiërings- en bewijsaandragplicht in acht worden genomen. De vordering tot herroeping is immers een ‘gewone’ procedure, die op de wijze als in de tweede titel (betreffende de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) bepaald, wordt gevoerd. Die procedure heeft alleen een bijzonder onderwerp, te weten het gestelde bedrag dat de wederpartij heeft gepleegd, de valsheid van stukken of door de wederpartij aanvaankelijk achtergehouden stukken; daarbij kan het zinvol zijn om weer te geven wat de verweren van de wederpartij op die verwijten zijn en om aan te geven welk bewijsmateriaal inmiddels voorhanden is, dat tot heropening van het geding respectievelijk herroeping zou moeten leiden. ■

Noten

- 1 Of slechts het, zoals ik laatst hoorde, ‘pecunia non habet’-verweer, dat uiteraard geen inhoudelijk verweer is en derhalve geen vermelding verdient.
- 2 Zie over de mogelijke spanning tussen de substantiëringsplicht en de gedragsregels een bijdrage van F.A.W. Bannier, ‘Het nieuwe procesrecht en gedragsregels 12 en 13’, die in een van de komende nummers van dit blad zal worden gepubliceerd.
- 3 Aldus de Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 99.
- 4 De rechtbank te Utrecht heeft in een voorlichtingsbijeenkomst op 15 januari 2002 aangeraden om de dagvaarding in kopjes in te delen, opdat deze sneller gescreend kan worden op de substantiëringsplicht en het bewijsaanbod (?); indien de dagvaarding niet voldoet aan de substantiëringsplicht krijgt eiser een termijn van twee weken om door middel van een (B-?)formulier alsnog aan deze verplichting te voldoen. Gebeurt dat niet, dan overweegt de rechtbank als sanctie een (gedeeltelijke) proceskostenveroordeling met 1 punt volgens het liquidatietarief. Ik vraag mij af of dat laatste zich wel verhoudt met art. 237 lid 1 Rv: welke kosten zijn immers nodeloos veroorzaakt?
- 5 Eveneens de Memorie van Toelichting, TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 99.
- 6 Waarom niet, als het schriftelijke stukken betreft, over te leggen? Nergens in de parlementaire geschiedenis heb ik op die vraag een antwoord gevonden.
- 7 Zie TK 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 50 en nr. 6, p. 9.
- 8 TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 100.
- 9 TK 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 51.
- 10 En bij de substantiëringsplicht de wat diffuse gevolgen, die de rechter geraden zouden moeten voorkomen.
- 11 TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 100.
- 12 Daarvan getuigt ook de modeldagvaarding, *Advocatenblad* 2002-1, p. 18-20.
- 13 Zie uitvoeriger H.W. Wiersma, ‘Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht’, *NJB* 2002, p. 13, r.k.