

‘Vooralsnog vooral van symbolische betekenis’

De waarheids- en volledigheidsplicht onder het vernieuwde civiele procesrecht

mr. M. Kremer
advocaat te Groningen¹

Wat zal de invloed op de rechtspraktijk zijn van de nieuwe substantiëringsplicht? In deze bijdrage worden vragen en problemen behandeld waarmee de spelers in het civiele geding kunnen worden geconfronteerd. Welke feiten zijn relevant, en wat houdt het ‘volledig’ aanvoeren van de feiten eigenlijk in? De ‘calculerende conclusie’ van Mert Kremer luidt alvast dat de nieuwe bepaling weinig invloed zal hebben, wegens onduidelijkheden over de uitleg en het ontbreken van sancties.

Een van de meest intrigerende bepalingen van het nieuwe procesrecht in burgerlijke zaken – in werking getreden per 1 januari 2002 – is zonder twijfel de wettelijke waarheids- en volledigheidsplicht voor procespartijen. In art. 21 Rv wordt deze verplichting aldus omschreven:

Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

Plaatsing van deze bepaling in de derde afdeling van Titel I, luidende ‘Algemene voorschriften voor procedures’, duidt aan dat het hier in de zienswijze van de wetgever een voorschrift betreft met een algemeen en ook principieel karakter.²

EERDERE ONTWIKKELINGEN

De opname van art. 21 Rv in het nieuwe procesrecht staat niet los van ontwikkelingen die in het civiele procesrecht al decennialang

hun invloed hebben doen gelden. De achterliggende doelstellingen – verbetering van het proces van waarheidsvinding en verkorting van de termijn waarbinnen de rechter het geschil beslist – zijn bepaald niet nieuw. In nagenoeg alle eerdere pogingen tot herziening van het civiele procesrecht, met enige regelmaat ondernomen sinds het begin van de twintigste eeuw,³ werd het belang van een snelle en op de materiële waarheid gebaseerde, dat wil zeggen met de werkelijkheid overeenstemmende rechterlijke beslissing benadrukt. De behoefte daartoe werd vooral gevoed door het inzicht dat de rechterlijke macht zich veelal lijdelijker opstelde dan door de wetgever van 1838 was beoogd.⁴ Mede door de liberalistische afge-

mene afkeer van overheidsop treden stond de rechterlijke lijdelijkheid hoog in het vaandel. Dit had tot gevolg dat het civiele geding wel werd gezien als een soort behendigheids spel tussen advocaten waaraan de rechter mocht meedoen.

Hoewel pogingen tot algehele herziening steeds strandden, werden er met name op het terrein van de waarheidsvinding wel deelsuccessen geboekt. Met name het in 1988 ingevoerde herziene bewijsrecht in civiele zaken bood de rechter meer mogelijkheden op het gebied van de materiële waarheidsvinding, vooral door de afschaffing van allerlei beperkende voorschriften voor toelating van bewijsmiddelen en voor de rechterlijke waardering van de bewijskracht daar-

Aanvankelijk werd het civiele geding gezien als een behendigheids spel tussen advocaten waaraan de rechter mocht meedoen

Ook in de jurisprudentie was de waarheidsplicht allengs al sterker gaan wegen



van. Voor dat doel werd in art. 152 Rv (art. 179 Rv oud) de vrije bewijsleer in de wet verankerd: bewijs kan worden geleverd door alle middelen en de rechter is vrij in de waardering van het bewijs, dit behoudens wettelijke uitzonderingen, die in aantal overigens gering zijn.

De voorstellen waarop dit bewijsrecht was gebaseerd stamden reeds uit het jaar 1959, maar de invoering had op zich laten wachten omdat geen overeenstemming mogelijk leek over belangrijke twistpunten, met name het instituut van de partijgetuige, de regels voor bewijslastverdeling en de toepasselijkheid van het bewijsrecht buiten de contentieuze procedure. Door de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 (vooruitlopend op de invoering van het NBW), kon het bewijsrecht in het nieuwe procesrecht grotendeels ongewijzigd worden overgenomen.

Enkele noviteiten zijn er per 1 januari 2002 wel: te wijzen valt op art. 155 Rv (waarin de regel dat de rechter voor wie het bewijs is bijgebracht zoveel mogelijk aan het vonnis moet meewerken tot algemene bepaling van bewijsrecht is verheven), art. 162 Rv (het oude art. 8 WvK betreffende de openlegging van boeken), art. 173 Rv (aanscherping van de regeling voor onwillige getuigen), art. 200 Rv (invoering van het instituut partijdeskundige) en art. 284 Rv (dat het bewijsrecht tevens toepasselijk verklaart in verzoekschriftprocedures). Buiten het strikte bewijsrecht valt nog te wijzen op uitbreiding en aanvulling van de exhibitieplicht in het herziene art. 843a en het nieuwe art. 843b Rv: deze regeling is uitgebreid tot alle gegevensdragers en ziet dus niet meer uitsluitend op schriftelijke bewijsmiddelen, ter-

wijl ook is voorzien in situaties waarin de eigen bewijsmiddelen verloren zijn gegaan.

GEEN INGRIJPENDE OMSLAG

De invoering van de waarheids- en volledigheidsplicht past ook in andere opzichten in een bestaande traditie. Dit blijkt onmiddellijk wanneer art. 21 Rv wordt vergeleken met § 38 van de Duitse Zivilprozessordnung (ZPO), waarvan het eerste lid luidt: (1) 'Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäss abzugeben'. Zo blijkt de eerste zin van art. 21 Rv de nagenoeg letterlijke vertaling te zijn van deze bepaling. Niet onvermeld mag blijven dat § 138 ZPO op zijn beurt is geënt op § 178 van de Oostenrijkse ZPO,⁵ een bepaling waarvan de overname in Nederland zelfs al in het jaar 1907 werd bepleit.⁶ Ook de nadere strekking van art. 21 Rv, door de minister aldus omschreven dat het van belang

is 'dat in dit verband nu duidelijk wordt gemaakt, dat het ook in een civiele procedure niet aangaat dat partijen relevante feiten bewust achterhouden of onjuist weergeven. Het gaat er hier dus slechts om, de bewuste leugen uit te bannen', is als zodanig niet origineel. In het Duitse handboek van Rosenberg/Schwab/Gottwald staat in de eerste aantekening bij de 'Wahrheitspflicht' vermeld: 'Der Bekämpfung der "Lüge im Prozess" dient § 138 ZPO'.⁷

Ten slotte maakt ook bestudering van de Nederlandse rechtspraak duidelijk dat van een ingrijpende omslag geen sprake is, omdat de waarheidsplicht daarin allengs sterker is gaan wegen. Als ijkpunten komen vooral in aanmerking de arresten van de Hoge Raad van 12 juni 1953, NJ 1954, 61 (Bloedproef- of Vaderschapsactie-arrest) en van 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen). In eerstgenoemd arrest oordeelde de Hoge Raad dat ons civiele recht *niet* de regel behelst dat van een procespartij niet kan worden verlangd dat zij aan de wederpartij de door deze verlangde gegevens voor tegenbewijs tegen zichzelf verschaft, terwijl in het arrest van 1996 uitdrukkelijk werd aangenomen dat er sprake is van procesbedrog in de zin van art. 382 Rv, ingeval een partij feiten verzwijgt die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van de procedure *zouden hebben kunnen leiden*, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoorde te zijn.

Voor het arrest uit 1996 laat weinig onduidelijkheid bestaan: indien een partij relevante feiten verzwijgt die tot een andere uitkomst van het geding hadden kunnen leiden – dat dit zo zou zijn geweest is dus geen vereiste – blijft dit niet zonder gevolg. A contrario kon hieruit een tamelijk vérgaande waarheids- en volledigheidsplicht worden afgeleid. Met het oog daarop rijst dan ook de vraag naar de aanvullende invloed van art. 21 Rv op het procesgedrag van partijen. Om die vraag te beantwoorden is het zinvol na te gaan welke verplichtingen uit art. 21 Rv voortvloeien en welke sancties op overtreding ervan (kunnen) worden gesteld.

DE VERPLICHTINGEN

De vraag welke verplichtingen nu precies voortvloeien uit art. 21 Rv laat zich minder eenduidig beantwoorden dan de bepaling suggereert. Naar de letter ervan gaat het om (a) *alle*⁸ (b) *voor de beslissing van belang zijnde* (c) *feiten*, maar er rijzen bij alle onderdelen onmiddellijk diverse vragen, die hierna in omgekeerde volgorde worden besproken.

Wat is een feit?

(Ad c) Wanneer ‘feit’ wordt opgevat als ‘gebeurtenis of omstandigheid waarvan de werkelijkheid of het geschied zijn vaststaat’⁹, kortom als een historisch lokaliseerbaar onderdeel van de werkelijkheid, dringt zich al snel de gedachte op dat daar- onder wellicht niet zijn te begrijpen allerlei gedachten, veronderstellingen, meningen en conclusies over de ‘naakte’ feiten. In lijn daarmee wordt in het Duitse recht dan ook aangenomen dat de waarheids- en volledigheidsplicht slechts feiten betreft die men zelf *daadwerkelijk* kent, en dus bijvoorbeeld niet feiten die men slechts waarschijnlijk acht en feiten die men zich niet goed of volledig herinnert enzovoort.¹⁰

Wanneer die interpretatie – die bijvoorbeeld ook aansluit bij art. 163 Rv: ‘een getuigenverhoor kan slechts als bewijs dienen, voorzover het betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten’ – wordt gevolgd, valt alles wat zich afspeelt in de *opiniërende* sfeer buiten de verplichting van art. 21 Rv: standpunten zijn nu eenmaal geen feiten. Volgens deze redenering kan men een ongunstig partijdeskundigenrapport dus buiten beschouwing laten.

Hoewel hierover niet met zekerheid valt te oordelen – de rechtsontwikkeling zal dit moeten uitwijzen – lijkt vermelde redenering vooralsnog te kunnen standhouden. Hij vindt niet alleen steun in het Duitse recht, maar ook in de literatuur over het onderwerp.¹¹ Discussie kan met name wel ontstaan over rapporten van *toedrachtsonderzoek*: voorzover daarin onbetwistbare en nog niet uit eigen wetenschap bekende feiten worden vastgesteld, worden ze de betreffende partij door kennisneming van het rapport immers bekend en vallen ze in beginsel onder de verplichting van art. 21 Rv. Dit lijkt

echter anderzijds niet zonder meer mee te brengen dat dan ook het rapport zelf (volledig) zou moeten worden overgelegd: dit is immers niet meer dan de weergave van die feiten.

Overigens geldt dit alles niet onverkort wanneer onderzoek is verricht in opdracht van een verzekeraar. Conform vaste rechtspraak van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf moeten expertiserapporten desgevraagd in beginsel (uitzonderingen zijn denkbaar) worden verstrekt indien de verzekeraar zich ter staving van zijn afwijzend standpunt op de inhoud daarvan beroept. Inmiddels zijn er aanwijzingen dat toedrachtsonderzoek, bij afwijzing van aansprakelijkheid, door verzekeraars ook *spontaan* moeten worden verstrekt, althans lijkt dit besloten te liggen in het oordeel van de Raad van Toezicht in zijn uitspraak van 2 april 2001.¹² Van Hees¹³ attendeert erop dat deze uitspraak niet ziet op rapporten van schaderegelaars (die zijn aan te merken als interne notities) en evenmin op rapporten van bijvoorbeeld arbeidsdeskundigen en artsen. Alertheid blijft dus geboden!

Welke feiten zijn relevant?

(Ad b) De vraag welke feiten voor de beslissing van belang zijn, moet niet alleen uiteindelijk door de rechter worden beoordeeld, maar kan bovendien niet worden geabstraheerd van de juridische context waarin de feiten worden gepresenteerd: feiten worden gesteld in de context van de door partijen ingeroepen rechtsgevolgen.¹⁴ Kan het in het algemeen al lastig zijn de grenzen van relevantie juist te trekken, dat geldt temeer wanneer partijen creatief omgaan met hun feitelijke en juridische stellingen (bijvoorbeeld door onjuiste juridische kwalificatie van de feiten) of juridische kwalificaties geheel achterwege laten.



Bovendien doemt hier een zekere spanning op met het verbod voor de rechter om de feitelijke grondslag van de stellingen van partijen aan te vullen: indien een bepaald – vanuit ‘objectief’ juridisch perspectief wellicht relevant – feit door geen van beide procespartijen wordt gesteld, lijkt dit toch te moeten meebrengen dat de rechter er voorshands vanuit dient te gaan dat partijen dit feit niet aan zijn beslissing ten grondslag gelegd willen zien, hetgeen hen ook vrijstaat (die vrijheid vormt de kern van de partijautonomie). Waarom zou de rechter er van moeten uitgaan dat het niet-aanvoeren van relevante feiten is terug te voeren op misleiding? En hoe te denken over situaties waarin de potentiële betekenis van bepaalde feiten voor de beoordeling van het geschil door de betreffende procespartij en/of haar advocaat eenvoudig niet wordt gezien? Wanneer art. 21 Rv zou inhouden dat partijen elkaar ook

Omdat het alleen feiten betreft die men daadwerkelijk kent, kunnen opinies als die in een ongunstig partijdeskundigenrapport buiten beschouwing worden gelaten

voor domheden moeten behoeden, kan dit leiden tot vérgaande uitholling van het contentieuze karakter van de civiele procedure.¹⁵

Rechterlijk activisme draagt bovendien het gevaar in zich te miskennen dat het doel van de civiele procedure niet zozeer de waarheidsvinding zelf is, als wel het beslechten van een concreet, partijen verdeeld houdend geschil. Dat ‘de waarheid’ daarbij een belangrijke rol speelt, is terug te voeren op de omstandigheid dat het rechterlijk oordeel wordt geëgitimeerd doordat het is gebaseerd op een voor partijen herkenbare en door hen erkende werkelijkheid (anders zou het geschil beter kunnen worden beslecht door het werpen van een dobbelsteen).¹⁶ Die legitimatie is naar partijen toe juist groter naarmate zij de relevante werkelijkheid waarover de rechter moet oordelen, zelf hebben kunnen definiëren. Op die wijze wordt ook duidelijk dat functionele waarheidsvin-

vante) feiten van aanvang af helder hebben en waarop de rechter vervolgens het objectieve recht toepast.

Wat is ‘volledig’ aanvoeren van de feiten?

(Ad a) Ook bij de beantwoording van de vraag welke omvang eigenlijk het aan de rechter voor te leggen feitencomplex moet hebben, is een excursie naar het Duitse recht zinvol omdat daarin meer dan in Nederland is bediscussieerd welke feiten onder de reikwijdte van § 138 ZPO zijn te scharen. Zo wordt bijvoorbeeld wel aangenomen dat deze bepaling enkel een volledigheidslucht meebrengt aan gaande feiten die in het domein van de eigen stelplicht (en bewijslast) vallen.¹⁸ Wanneer die lijn in het Nederlandse recht zou worden doorgetrokken – waarbij opmerking verdient dat de ‘regel’ ook in Duitsland niet onomstreden lijkt¹⁹ – zou dit dus betekenen dat feiten waarvan de stelplicht en bewijslast op de wederpartij rusten in beginsel niet behoeven

Waarom zou de rechter er van moeten uitgaan dat het niet-aanvoeren van relevante feiten is terug te voeren op misleiding?

ding het meest gediend is met tweestrijd¹⁷ en dat in de procedure ruimte moet bestaan voor ontwikkelingen in het debat over de feiten.

Het doet daarbij recht aan het dynamische karakter van het geding wanneer partijen voortdurend – totdat er uitspraak wordt gedaan – hun visie op de onderlinge rechtsverhouding en de relevante feiten mogen concretiseren en wijzigen en juist daaraan ontnemen ook allerlei processuele voorzieningen hun bestaansrecht (denk aan vermeerdering/wijziging van eis en van verweer en aan het stelsel van rechtsmiddelen). De oude procedure met twee schriftelijke conclusieronden was in dit opzicht – behoudens wellicht voor de categorie ‘eenvoudige zaken’ – beter toegesneden op de eisen van de rechtspraak dan de nieuwe procedure, waarin een beperkter opvatting van de rechtspraak tot uitdrukking lijkt te komen en die er kort gezegd op neer komt dat partijen de (rele-

te worden aangevoerd.²⁰ Zo zouden bijvoorbeeld bij een vordering uit onrechtmatige daad al die feiten die (mogelijk) voor de wederpartij een rechtvaardigingsgrond opleveren, niet behoeven te worden aangevoerd.

Daarbij dient te worden bedacht dat de tegenovergestelde redenering zou leiden tot het ogenschijnlijk ongerijmde resultaat dat ex art. 21 Rv op de eisende partij min of meer de volledige stelplicht rust, althans dat van haar wordt verwacht dat zij tevens feiten aanvoert die in de kern genomen tot de stelplicht van de gedaagde behoren. Dat de wetgever zich ook maar enigszins van deze spanning met het systeem van bewijsrecht bewust is geweest, blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet.

Tot welke vragen en problemen een en ander kan leiden, wordt besproken door Winter,²¹ wiens op de verzekeringspraktijk gerichte beschouwingen in een bredere context toepasbaar lijken. Een onbedoeld neven-



effect van een te omvangrijke substantiëringsplicht zou met name kunnen zijn dat onderzoek naar de feiten wordt beperkt, zowel qua omvang (namelijk beperkt tot die feiten die het eigen standpunt dragen) als qua diepgang (namelijk tot op het niveau waarop die feiten – nog – gunstig zijn). Voor de (potentieel) gedaagde partij is er zelfs het nodige voor te zeggen elk onderzoek eerst maar eens achterwege te laten: laat de eiser – op wie immers de stelplicht rust – het werk maar verrichten.

SANCTIES

Aangaande de sancties op schending van art. 21 Rv valt allereerst te constateren dat de wet hierover zelf weinig uitsluitel biedt: de rechter kan aan het niet-voldoen aan de genoemde verplichtingen ‘de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht’. Ook de parlementaire behandeling kan op dit punt niet veel meer duidelijkheid verschaffen: in de memorie van toelichting wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat art. 21 Rv niet beoogt vast te leggen *op welk moment* partijen aan deze verplichtingen moeten voldoen: ‘de bepaling vormt voor partijen slechts een algemene handleiding in het processuele debat’.²² Als mogelijke gevolgen van onvolledigheid, wordt genoemd dat de rechter ‘daardoor wellicht de aannemelijkheid van andere stellingen extra kritisch [zal] bezien, hetgeen in bepaalde gevallen voor de verdeling van de bewijslast van belang kan zijn’, terwijl verder meer concrete resultaten zouden zijn te verwachten van de artt. 22 Rv, 111 lid 3 Rv (dat betrekking heeft op de inhoud van de

*Als het rechterlijk oordeel niet gebaseerd zou
zijn op een voor partijen herkenbare en door hen
erkende werkelijkheid, zou het geschil beter
kunnen worden beslecht door een dobbelsteen*

dagvaarding) en 128 lid 5 Rv (dat betrekking heeft op de inhoud van de conclusie van antwoord).

Echt overtuigend is dit niet. De rechter dient altijd de stellingen van partijen kritisch te bezien en het verschaffen van onvolledige en/of onjuiste informatie zal toch altijd al wel op de waardering van de andere stellingen van die partij van invloed zijn geweest, bijvoorbeeld door middel van de redenering via het 'voorshands vermoeden'.

Ook de verwijzing naar de aangeduide wetsartikelen kan niet bijster overtuigen. In art. 22 Rv wordt de regel van art. 110 Rv oud (voor de kantongerechtsprocedure) en art. 19a lid 1 Rv oud (bevel in het kader van een inlichtingencomparitie) voor alle procedures van toepassing verklaard: de rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. De wet voorziet ook hier echter slechts weer in de onbestemde sanctie dat de rechter uit weigering de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht, waarover in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de rechter daaraan bijvoorbeeld de consequentie kan verbinden dat hij een stelling van de betreffende partij niet als juist aanvaardt. Daarbij gaat het echter goedbeschouwd toch in feite om niet meer dan om toepassing van de al sinds jaar en dag bestaande bewijsrechtelijke hoofdregel dat feitelijke stellingen door partijen voldoende moeten worden onderbouwd en/of betwist. Art. 22 Rv veronderstelt bovendien dat het bestaan van een bepaald stuk bekend is: de term 'bepaalde' is namelijk niet aldus te verstaan dat de rechter een ongespecificeerd bevel kan geven tot – bijvoorbeeld – overlegging van 'alle relevante stukken waarvan partijen zich in de loop der procedure nog willen bedienen'²³, laat staan een bevel om alle stukken te overleggen waarvan een van beide partijen zich zou kunnen bedienen.

Omdat tegen de weigering van de rechter om een bevel ex art. 22 Rv te geven voor de partij die daarom verzocht geen rechtsmiddel openstaat,²⁴ hebben partijen ook slechts weinig mogelijkheden om dit 'recht' te effectueren. Volgens de Nota naar aanleiding van het Verslag van de Tweede Kamer betreft het een discretionaire bevoegdheid van de rechter en hoeft hij zelfs niet uitdrukkelijk te beslissen op een verzoek daarvan gebruik te maken. Verder valt op dat in de parlementaire geschiedenis weliswaar wordt aangegeven dat bijvoorbeeld verbeurte van een dwangsom mogelijk is wanneer aan een gegeven bevel niet wordt voldaan, maar omdat partijen aan art. 22 Rv geen vorderingsrecht kunnen ontnemen²⁵ en de rechter niet ambtshalve tot oplegging van een dwangsom kan overgaan, lijkt ook dit geen begaanbare weg. Voor verbeurte van een dwangsom zal vaak wel moeten worden uitgeweken naar een kort geding.

Door de verwijzing naar art. 111 lid 3 Rv, als zijnde een bepaling waarvan *meer concreet resultaat* is te verwachten, wordt de toch al tweeslachtige indruk van het geheel alleen nog maar versterkt. Bij nadere beschouwing blijkt immers dat de wet nu juist ruimhartig voorziet in correctiemechanismen om 'verzuimen' bij het voldoen aan waarheids- en volledigheidsplicht te herstellen. Zo eist art. 111 lid 3 Rv bijvoorbeeld dat in de dagvaarding ook de tegen de eis aangevoerde (preprocessuele) verweren en de gronden daarvoor worden vermeld,²⁶ maar het achterwege laten daarvan is blijkens art. 120 lid 3 Rv uitdrukkelijk niet met nietigheid bedreigd: op grond van art. 120 Rv kan de rechter eiser bevelen *alsnog* de *ontbrekende* gegevens te verschaffen.²⁷ Daarmee wordt in feite op onvolledigheid



gepreludeerd en wordt ook een achterliggend dilemma blootgelegd. Indien men wil voorkomen dat hoger beroep (veel) vaker wordt gebruikt als instrument om nog onbesproken feiten onder de aandacht te brengen – hetgeen de voordelen van een snelle rechtsgang weer teniet zou doen – lijkt aanvulling van feiten ook ruimhartig te moeten worden toegestaan. Tegelijk ondergraaft dit het nieuwe systeem op andere wijze, omdat de substantiëringsplicht daarmee snel aan scherpte verliest.

Een vraag die eveneens aandacht verdient, is die of de verplichtingen van art. 21 Rv ook (kunnen) doorwerken in de buitenprocessuele context. Hoewel de werking van art. 21 Rv tekstueel beperkt lijkt tot de processuele fase, is daar wel iets voor te zeggen: partijen kunnen elkaar immers aanspreken op het feit dat ze in een eventuele procedure de desbetreffende informatie hoe dan ook moeten verschaffen. Of daarvan veel invloed zal uitgaan, valt in zijn algemeenheid lastig te voorspellen, ook al omdat de wet uiteraard ook niet voorziet in sancties op weigeringen in de pre-processuele fase.²⁸

*Een gedaagde partij kan onderzoek eerst achterwege
laten: laat de eiser, op wie immers de stelplicht
rust, het werk maar verrichten*

Een procespartij heeft met het achterhouden van feiten niet veel te verliezen en wel wat te winnen

De vraag of advocaten daartoe zijn gehouden dient inmiddels – althans vanuit tuchtrechtelijk perspectief – kennelijk in het algemeen ontkennend beantwoord te worden. Zo oordeelde de Raad van Discipline Den Haag bij uitspraak van 12 februari 2001,²⁹ dat het binnen de vrijheid die een advocaat heeft om de belangen van zijn cliënt te behartigen kan passen dat hij niet reageert op verzoeken om informatie van de wederpartij.

CALCULERENDE CONCLUSIE

Naar verwachting zal van art. 21 Rv weinig concrete invloed uitgaan en zal de bepaling met name door de bestaande onduidelijkheden over de uitleg ervan en het ontbreken van duidelijke en ernstig te nemen sancties vooralsnog vooral van symbolische betekenis zijn. Vanuit het perspectief van de calculerende, afwachtende (lees: ‘verzwijgende’) partij was en blijft de situatie aldus dat aan het achterhouden van informatie geen zwaarwegend bijkomend nadeel lijkt voort te vloeien: in het ergste geval wordt de informatie alsnog

bekend, maar die situatie onderscheidt zich niet of nauwelijks van de situatie waarin men de informatie zelf in het geding brengt. In feite heeft een procespartij met het achterhouden van feiten niet veel te verliezen en wel iets te winnen. Immers, het is een van de twee: ofwel de wederpartij voert de feiten (in eerste aanleg of in hoger beroep) alsnog zelf aan, in welk geval aanvullende sancties niet voor de hand liggen, ofwel de wederpartij gaat daartoe niet over omdat – grofweg – die feiten bij haar niet bekend zijn of de betekenis ervan niet wordt onderkend.

Daarbij speelt de tijd waarschijnlijk in het voordeel van de verzwijgende partij: de kans dat de wederpartij alsnog bekend wordt met die feiten – die zich veelal wel in de sfeer van de verzwijgende partij zullen afspeelen – lijkt af te nemen met het verloop van de procedure. Het lijkt redelijk om aan te nemen dat partijactiviteiten op het gebied van de informatievergaring met name vóór en aan het begin van de procedure het meest intensief zijn. Hoewel toevallige kennisneming ook daarna niet is uit



te sluiten, zullen partijen deze bemoeienissen in de regel wel staken nadat de uitspraak kracht van gewijsde heeft gekregen. In dat geval kan de uitspraak in een later stadium weliswaar alsnog via het rechtsmiddel van de herroeping worden aangetast en (wellicht) een schadevergoedingsverplichting ontstaan, omdat procesbedrog in de zin van art. 382 Rv wel als onrechtmatige daad zal zijn aan te merken, maar die mogelijkheid bestond ook al onder het oude recht. ●

NOTEN

- 1 De auteur is als advocaat werkzaam bij Trip Advocaten en Notarissen te Groningen.
- 2 Zie memorie van toelichting, TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 49.
- 3 Verwezen zij naar de ontwerpen van de Nederlandse Juristen Vereniging (1911), van de Vrijzinnig Democratische Bond (1912), het ontwerp van de Staatscommissie Gratama uit 1920 en dat van de Staatscommissie Dorhout Mees uit 1948, zoals besproken door J. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in het geding*, diss. Groningen 1991, pp. 29-42.
- 4 Bosch-Boesjes, p. 23.
- 5 In de memorie van toelichting bij art. 21 Rv – TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 52 – wordt ook met zoveel woorden naar deze Duitse en Oostenrijkse bepalingen verwezen, alsmede naar de artt. 6 en 11 NCPG van het Franse civiele procesrecht.
- 6 NJV-adviezen van Caroli en Hartzfeld uit 1907 waren geïnspireerd door de Oostenrijkse wet van 1898. Vgl. Bosch-Boesjes, a.w., p. 29.
- 7 Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 1993, § 65 VIII.
- 8 Dit vloeit in beginsel voort uit de zinsnede dat de feiten *volledig* moeten worden aangevoerd.
- 9 Aldus de omschrijving in Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal (13e herziene uitgave).
- 10 Rosenberg/Schwab/Gottwald, t.a.p.
- 11 Zie bijvoorbeeld Klaassen, a.w., p. 1456 (onder verwijzing naar de – door haar als enigszins cryptisch omschreven – parlementaire geschiedenis).
- 12 RvT 2 april 2001, nr. 2001/24 WA.
- 13 H.W.C. van Hees, *PIV-Bulletin* 2002, nr. 3.
- 14 Voor een heldere uiteenzetting over de wisselwerking feit en recht zie bijvoorbeeld: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag*, TCR 2002, nr. 2, pp. 29-37.
- 15 Zoals Klaassen, t.a.p., p. 1453, onder verwijzing naar Wiersma en Vranken, terecht betoogt is het toch niet laakbaar dat partijen een hen welgevallige selectie van de feiten presenteren en deze ook in hun voordeel interpreteren.
- 16 Zie M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer 1999, pp. 171 e.v.
- 17 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.w., § 78 I, merken op: “Der Egoismus der Parteien und die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen tragen ... besser als eine Staatliche Untersuchung dazu bei, das Streitmaterial vollständig beizubringen und aufzuklären.”
- 18 Rosenberg/Schwab/Gottwald, vatten deze regel in § 65 aldus samen: “Generell besteht die Pflicht zur Vollständigkeit nur innerhalb der subjektiven Behauptungslast.”
- 19 Er zijn ook schrijvers die een dergelijke beperking afwijzen, zoals Stürmer, *Die Aufklärungspflicht*, 1976 (Rosenberg/Schwab/Gottwald, p. 364, noot 93). Klaassen, a.w., p. 1458, wijst erop dat volgens Hartmann naar Duits recht de volledigheidsplicht geheel los moet worden gezien van de regels van bewijsrecht.
- 20 In deze zin bijvoorbeeld ook reeds J.M.I. Winter, *Het gemoderniseerde burgerlijk procesrecht en de schaderegelingspraktijk*, *PIV-Bulletin*, 2002/5, p. 7.
- 21 Winter, t.a.p., pp. 7 en 8.
- 22 TK 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 53.
- 23 Zo’n bevel werd door het Hof Amsterdam in het kader van art. 19a Rv (oud) in strijd geacht met de beginselen van Nederlands procesrecht. Zie Hof Amsterdam 29 februari 1996, NJ 1997, 127.
- 24 Tegen het bevel zelf – indien gegeven – staat wel een hogere voorziening open, omdat dit is aan te merken als tussenvonnissen dan wel tussenbeschikking.
- 25 Een vorderingsrecht kunnen partijen wel ontlenen aan art. 843a en art. 843b Rv.
- 26 Alsmede de bewijsmiddelen en de getuigen ter zake van (slechts!) het betwiste deel van de vordering.
- 27 Soortgelijks geldt voor de conclusie van antwoord: zie art. 128 lid 5 Rv.
- 28 Het is niet ondenkbaar dat (ook) zulke weigeringen in de proceskostenveroordeling tot uitdrukking worden gebracht, zoals bijvoorbeeld in de nieuwe Engelse Civil Procedure Rules is opgenomen ten aanzien van onredelijke preprocesuele gedragingen.
- 29 *Advocatenblad* 22 maart 2002, pp. 282-283.