

Evenwicht in processuele lasten

F.J.H. Hovens

stafjurist gerechtshof Arnhem

Onlangs verscheen het eindrapport over de herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht. Daarin worden enkele fundamentele veranderingen, meestal voortbouwend op het Interimrapport van 2003, voorgesteld. Frank Hovens zet de belangrijkste ideeën op een rij, zoals: partijen zouden bij elke feitelijke stelling of samenhangend complex van stellingen moeten aangeven welke getuigen daarvoor bewijs zouden kunnen leveren. Hovens geeft ook een eerste aanzet voor de evaluatie van het Eindrapport.

Het lang verwachte *Eindrapport* over de Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht is verschenen. De jongste loot aan de stam van de civiele procesrechtbeoefening heet *Uitgebalanceerd*. Hiermee is voorlopig een einde gekomen aan de onderzoeksfase van de operatie fundamentele herbezinning, die is ingezet met het in 2003 verschenen *Interimrapport Een nieuwe balans*.¹ Een einde aan de onderzoeksfase, maar niet aan de operatie. Ook dit rapport zal eindeloos worden becommentarieerd en vervolgens is het aan de minister om te bezien wat ermee gedaan wordt. Maar daarnaast bevat het rapport ook veel waardevolle suggesties die zonder wetswijziging kunnen worden toegepast.²

WEL RECHTSSTRIJD, GEEN SLAGVELD

De gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en rechter voor een goed verloop van de procedure was de rode draad in het *Interimrapport* en is dat ook in het *Eindrapport*. Daarmee wordt niet bedoeld dat betrokkenen moeten samenwerken als in een op vrijwilligheid gebaseerde gezamenlijke onderneming, maar dat er een taakverdeling moet zijn tussen partijen (lees: hun rechtshulpverleners) en de rechter, waarbij ieder vanuit de eigen verantwoordelijkheid zich actief inzet om de procedure hetzij in der minne te eindigen, hetzij de procedure zodanig te voeren dat er sprake is van *procedural* en *substantial justice*.³

Informatie-uitwisseling is een van de sleutelwoorden. Maak in een vroegtijdig stadium duidelijk wat je eigen standpunt is, zowel in feitelijk als juridisch opzicht, waarop dat is gebaseerd (welke relevante informatie is bekend, welke bewijsmiddelen zijn voorhanden) en wat de na te streven belangen zijn. Niet alleen tijdens de procedure, maar ook daarvoor al, zodat een procedure zoveel mogelijk voorkomen kan worden. Het achterhouden van belangrijke informatie, het toepassen van vertragingstactieken, het opwerpen van formaliteiten, het mag

Als de procedure kan worden gewonnen omdat de wederpartij geen kennis heeft van essentiële informatie waarover de cliënt wel beschikt, moet die informatie dan vrijwillig worden prijsgegeven? Je hoeft de tegenstander toch zeker geen munitie te verschaffen waarmee deze het fatale schot kan afvuren? In veel reacties op het *Interimrapport* zijn kritische opmerkingen van deze strekking terug te vinden.

Toch zijn de voorstellen van de werkgroep niet zo fundamenteel vernieuwend als soms wordt gedacht; iets wat de werkgroep ook

Je hoeft de tegenstander toch zeker geen munitie te verschaffen waarmee deze het fatale schot kan afvuren?

allemaal niet omdat dit aan een efficiënte geschilbeslechting in de weg staat.

Hieronder gaat een groot spanningsveld met de dagelijkse praktijk schuil. Een advocaat wordt nu eenmaal ingehuurd om te helpen een geschil op te lossen in het voordeel van zijn cliënt. Of dat nu gebeurt binnen of buiten de rechtszaal is daarbij om het even. Als de cliënt er belang bij heeft dat er mist wordt opgetrokken over de feitelijke gang van zaken omdat de waarheid niet in zijn voordeel is, waarom zou dat dan niet mogen?

zelf benadrukt. Ik zie het meer als het doortrekken van reeds lang bestaande (en breed aanvaarde) opvattingen over de verhouding tussen partijen in de procedure. Denk aan de wetgeving en rechtspraak die een verzwaarde motiveringsplicht in het leven roepen voor werkgevers en sommige professionals, ten einde de werknemer/consument/patiënt aanknopingspunten te verschaffen voor nadere bewijslevering.⁴ Dit mechanisme dient vooral om in een aantal specifieke situaties het evenwicht te herstellen tussen in onbalans

die slapjanussen van dit rapport willen rechtvaardigheid zeker...
- een flagrante aantasting van het Clausewitz-principe: het recht is de voortzetting van oorlog met andere middelen!



geraakte processuele lasten waardoor het realiseren van het materiële recht in gevaar zou komen.⁵

Eisen stellen aan processueel gedrag en het uitbannen van 'conflictueus' gedrag, zoals de onderzoekers voorstaan, heeft dezelfde achtergrond. Hier kan ook een parallel worden getrokken met het materiële recht. Bij de onderhandelingen over de verkoop van een huis is het niet aan te bevelen dat de verkoper een bodemrapport achterhoudt waaruit blijkt dat de bodem is verontreinigd. Vernietiging van de koopovereenkomst

algemene mededelingsplicht in en vóór de procedure wordt aangenomen,⁶ gaan ook de onderzoekers niet zover invoering daarvan te bepleiten. Zij willen wel de waterscheiding in de taakafbakening doorbreken ten aanzien van de rechtsvinding, de feitenvinding en het verloop van de procedure.

STREVEN NAAR ÉÉN INSTANTIE

Het is allang geen gevestigde praktijk meer dat de rechter eindeloos verzoeken om uitstel honoreert en nadere conclusies en akten accepteert zolang de wederpartij

niet – meer – overeenstemt met hetgeen de eiser wil bereiken en de feiten die hij daartoe gesteld heeft, mag hij daar best iets van zeggen tijdens de zitting of in een tussenvonnis. Doet hij dat niet en bewaart hij die conclusie tot het eindvonnis en komt hij op grond daarvan tot zijn beslissing, dan zal de desbetreffende partij appèl instellen en daar alsnog haar vordering aanpassen, de benodigde feiten stellen, een behoorlijk bewijsaanbod doen et cetera. Wie is daar per saldo bij gebaat?

Nauw verbonden met het door de onderzoekers gehanteerde uitgangspunt van efficiënte en faire procesvoering door alle betrokkenen, zou moeten zijn het streven om het geschil zoveel mogelijk in één instantie te doen beëindigen op zodanige wijze dat het appèl niet nodig is om allerlei omissies en gebreken te herstellen, met alle daaraan verbonden kosten en tijdverlies. Een actieve betrokkenheid van de rechter kan daaraan bijdragen en hoeft ook niet te worden gezien als een inbreuk op de partijautonomie. De onderzoekers krijgen daarbij een behoorlijke steun in de rug door recente rechtspraak van de Hoge Raad, waarbij met name kan

Aanvoeren van geheel nieuwe stellingen kan ook worden 'afgestraft' door een proceskostenveroordeling

wegens dwaling of bedrog et cetera ligt dan op de loer omdat de verkoper heeft gezwegen waar hij had moeten spreken, en dat wordt als vanzelfsprekend ervaren.

Waar echter in het geldende recht niet een

niet protesteert. Het is allang niet meer zo dat de rechter zich verre houdt van de feitenvergaring en de grondslagen van de vorderingen en verweren. Als de rechter ziet dat (de grondslag van) de vordering

1 Voor een bespreking van het *Interimrapport*, zie *Advocatenblad* 2003-13, p. 552 en p. 561.

2 Door ruimtegebrek blijft in dit artikel veel onbesproken: de cassatiefase (§ 9.3), complexe procedures en massaschade (§ 8.5.4), de kwaliteiten en capaciteiten van de procesdeelnemers, waaronder

nadrukkelijk ook de rechter (§ 5.8 en 5.9) en mediation (hoofdstuk 4).

3 *Eindrapport*, p. 48.

4 Artikel 7:658 (oud) BW; HR 20 november 1987, NJ 1988, 500; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368.

5 Aldus W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer, Deventer 2004, p. 116.

6 Zie o.m. W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. KUB 1997, W.E.J. Tjeenk Willink 1997; I. Giesen, 'De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002, p. 85.

Nee, daar zouden we de zaak meteen
mee winnen. Dat bewaren we tot de
tweede aanleg...



worden gewezen op de zaak Regiopolitie/
Hovax.⁷

Ter zake van de voorfase van de procedure worden de voorstellen in het *Interimrapport* onverkort gehandhaafd. Er is ook niet veel kritiek op gekomen. In dat verband verdient opmerking dat er al wordt gewerkt aan een soort 'pre-action protocols' voor bepaalde soorten zaken (bijvoorbeeld letselschadezaken).⁸ Ook een uitbreiding van de 'disclosure'-mogelijkheid wordt bepleit, mede omdat het gemakkelijker is een schikking te bereiken wanneer er meer duidelijkheid bestaat omtrent de feiten, zoals vanuit de balie is opgemerkt.⁹

BASISMODEL EN GETUIGEN

Dat de huidige procedurevormen (dagvaarding en verzoekschrift) moeten worden samengevoegd spreekt haast vanzelf. Bepleit wordt een basismodel (waarbij het inleidend processtuk wordt ingediend bij de griffie, die vervolgens zorg draagt voor doorzending naar de wederpartij) met een beperkt aantal 'afsplitsingen'.¹⁰ Het basismodel is min of meer de huidige regeling: één schriftelijke ronde, gevolgd door een mondelinge behandeling. Binnen dat stramien is het aan de vindingrijkheid van partijen en de rechter om desgewenst nader gestalte te geven aan het procesverloop, afhankelijk van de bijzonderheden van de concrete zaak.

De al eerder bepleite procesafspraken tussen partijen op individueel niveau, maar ook algemeen geldende 'practice directions', leidraden et cetera kunnen richting geven, bijvoorbeeld voor de inrichting van de comparitie na antwoord in bepaalde zaken (denk wederom aan letselschadezaken), zodat partijen en de rechter beter weten wat er van hen wordt verwacht. In dit kader wordt aandacht gevraagd voor het casemanagement door een zaakrechter, die vanaf

het begin verantwoordelijk is voor de zaak en alle inhoudelijke beslissingen neemt, ook die welke nu op het bordje van de rolrechter liggen.¹¹

Schriftelijke getuigenverklaringen moeten een centrale rol krijgen; partijen zouden bij elke feitelijke stelling of samenhangend complex van stellingen moeten aangeven welke getuigen daarvoor bewijs zouden kunnen leveren en zo mogelijk ook al schriftelijke verklaringen van die getuigen overleggen. Aan de hand daarvan kan worden bezien of het zinvol is de getuige ook formeel en onder ede te horen.¹²

De werkgroep haakt in op de discussie over het Rotterdamse Rikken, waar getuigen worden gehoord in aanwezigheid van beide advocaten en bepleit een wettelijke verankering daarvan. In dat geval kan in beginsel worden afgezien van het – nogmaals – horen van de getuige, tenzij daarvoor toch goede gronden zijn.

KOERSWIJZIGING KOST GELD

Met name de ideeën over het hoger beroep in het *Interimrapport* hebben de aandacht

getrokken en zijn deels scherp bekritiseerd waarbij de pijlen hoofdzakelijk werden gericht op de voorgestelde inperking van de herkansingsfunctie. In het *Interimrapport* werd de stelling ingenomen dat partijen gehouden zijn hun geschil zoveel mogelijk in eerste aanleg precies te omlijnen. Verzaakt een partij die plicht en komt zij in appèl met nieuwe feiten en stellingen, dan zouden die, bij gebreke van een rechtvaardiging daarvoor, buiten beschouwing kunnen worden gelaten of zou de desbetreffende partij in de daardoor veroorzaakte kosten kunnen worden veroordeeld. Dit idee wordt in het *Eindrapport* nader geconcretiseerd.

Een nadere feitelijke invulling van een in eerste aanleg al te berde gebrachte vordering of verweer is toegestaan, inclusief een daarop gericht bewijsaanbod dat in eerste aanleg is verzuimd. Wanneer het daarentegen gaat om nova die een radicale koerswijziging ten opzichte van de rechtsstrijd in eerste aanleg impliceren, is dat niet langer toelaatbaar. Ook de toelaatbaarheid van de wijziging van eis in appèl moet in die sleutel worden geplaatst. In de daaropvolgende paragraaf

Een inperking van de herkansingsmogelijkheid in appèl is de beste aansporing om in eerste aanleg bedachtzaam en zorgvuldig te procederen

(9.1.4.7) wordt betoogd dat het aanvoeren van geheel nieuwe stellingen ook kan worden 'afgestraft' door een proceskostenveroordeling en dat zulks de voorkeur verdient boven uitsluiting. Een koerswijziging is dan toch toelaatbaar, zij het dat daarvoor een prijs moet worden betaald. In dat geval kan de zaak ook worden teruggewezen naar de eerste aanleg. Dat is ook mogelijk in geval van een relevant bewijsaanbod, dat al in eerste aanleg had kunnen worden gedaan. Naar mijn smaak wordt in het *Eindrapport* onvoldoende benadrukt dat de ratio voor het opwerpen van drempels voor het aanvoeren van nova niet zozeer is gelegen in bekorting van de appèlprocedure¹³ maar in het herstellen van het evenwicht tussen de eerste en tweede aanleg. Een inperking van de herkansingsmogelijkheid in appèl is de beste aansporing om in eerste aanleg bedachtzaam en zorgvuldig te procederen.¹⁴

LIEVER VERLOFSTELSEL

Een gemiste kans is wat mij betreft het punt van de (bijzondere) appèlverboden. Thans wordt de rechtspraak geteisterd door de zogeheten doorbraakjurisprudentie¹⁵ die steeds ongrijpbaarder wordt. Voorgesteld wordt deze rechtspraak uit te breiden met een vierde doorbrekingsgrond. In geval van 'echte fouten en vergissingen' van de rechter zou deze zelf in staat moeten worden gesteld deze te herstellen.¹⁶ Weigert hij dat, dan staat alsnog een rechtsmiddel open tegen die 'foute' beslissing.

Ik vrees dat deze regeling dan helemaal onhanteerbaar wordt. Wat is een 'echte fout of vergissing'? Valt hier ook een andere bewijswaardering onder, een anders uitvallende belangenafweging, een geheel ontoereikende motivering? Ik geef de voorkeur aan de invoering van een verlofstelsel voor dit soort procedures, waarbij de appèlrech-

ter telkens een afweging kan maken of er dringende redenen zijn partijen toe te laten tot de appèlprocedure.¹⁷ Dat is helder en overzichtelijk en geeft voldoende armslag om alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen (is er sprake van een rechtelijke fout, is die fout ernstig genoeg, zijn er andere gronden die het appèl rechtvaardigen?).

NIET NAAR DE KROCHTEN

Het *Interimrapport* en het *Eindrapport* vormen tezamen een belangrijke bijdrage aan de ontwikkeling van een nieuw civiel procesrecht. Hopelijk is hen niet hetzelfde lot beschoren als traditioneel het geval is bij voorstellen van deze aard, namelijk een stoffige bureaulade ergens in de krochten van het departement. Ze verdienen beter. ●

7 HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 m.nt. JBMV onder 461; JBPr 2004, 15 m.nt. Teuben, waar de Hoge Raad toestond dat de rechter eigener beweging de kwestie van de eigen schuld aan de orde stelde, vooruitlopend op het partijdebat. Let wel: hij mag dat niet ambtshalve meenemen in zijn beoordeling. Als partijen dat debat niet willen aangaan, moet de rechter er ook vanaf blijven. Dat is precies wat in het *Interimrapport* werd betoogd (p. 79 e.v.) en thans in het *Eindrapport* wordt herhaald (p. 53).

8 Bijvoorbeeld over de inschakeling van medisch deskundigen en de bijbehorende vraagstelling. Zie o.m. A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letsel-schade en medische expertise', *TvVP* 2004, p. 93.

9 *Eindrapport*, p. 72.

10 Dat wil zeggen: het basismodel, uitgebreid met specifieke regels, toegespitst op de bijzonderheden van bepaalde geschillen, zoals Faillissementswetprocedures, familie zaken, small claims, enkele procedures op grond van Boek 2 BW, procedures voor massaschade (aangeduid als 'complexe procedures'). Zie § 8.3 *Eindrapport*.

11 *Eindrapport*, § 7.1. Anders dan in het *Interimrapport* zou de centrale rol overigens wel behouden moeten blijven.

12 Het prognoseverbod zou dan in zoverre kunnen verdwijnen: *Eindrapport*, p. 92.

13 In dat verband wordt vaak aangevoerd dat in Nederland relatief weinig wordt geappelleerd en dat het dus niet nodig is te morrelen aan het appèlprocesrecht.

14 Ik ga hier verder niet op in. Zie nader mijn dissertatie *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, diss. UvT 2005, Kluwer 2005, § 7.2.

15 Een rechtsmiddelverbod kan worden doorbroken indien de rechter een fundamenteel vormverzuim heeft begaan, de desbetreffende regeling ten onrechte heeft toegepast of juist ten onrechte niet heeft toegepast.

16 *Eindrapport*, p. 138. In feite betekent dat een uitbreiding van artikel 31 Rv.

17 F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep*, Kluwer 2005, § 7.7.