

175. *Information overload* en de meeprocederende rechter

Kanttekeningen bij het Conceptwetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht

MR. S.L. BOERSEN EN MR. T.R.B. DE GREVE¹

Eind mei 2018 is het Conceptwetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht ('conceptwetsvoorstel') gepubliceerd voor consultatie.² Het voorstel bevat meerdere bruikbare elementen. Zo zijn diverse respondenten in hun reactie op het conceptwetsvoorstel positief over het voorstel van de minister om de in de rechtspraak ontwikkelde lijn voor bewijsbeslag te verankeren in een wettelijke regeling voor het bewijsbeslag, in een voorgesteld artikel 206 e.v. Rv. In het voorgestelde artikel 205 Rv is bovendien een grondslag opgenomen voor plaatsopneming door de deurwaarder bij wijze van voorlopige bewijsverrichting. Dit was op grond van artikel 1019d lid 1 Rv al mogelijk in zaken ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten. Vooruitlopend op het conceptwetsvoorstel heeft de Hoge Raad onlangs geoordeeld dat een gedetailleerde plaatsopneming ook toelaatbaar is in andere typen zaken.³

Ook de voorgestelde uniformering van de procedure en het normenkader voor de voorlopige bewijsverrichtingen (zoals het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht en het opvragen van bescheiden voorafgaand aan een procedure) is op hoofdlijnen positief ontvangen. Overigens heeft de Hoge Raad ook hierbij de vlucht naar voren genomen, door onlangs te oordelen dat toegang tot bescheiden op grond van artikel 843a Rv ook in een verzoekschrift kan worden verzocht, waarmee dit procedureel kan worden gecombineerd met bijvoorbeeld een verzoek om andere voorlopige bewijsverrichtingen.⁴ Wij zien overigens niet in waarom het conceptwetsvoorstel in artikel 196 Rv de mogelijkheid van voorlopige bewijsverrichtingen wil beperken tot de fase voorafgaand aan de eigenlijke procedure en beoogt uit te sluiten gedurende de procedure. Er kunnen goede redenen zijn om gedurende een procedure bijvoorbeeld een voorlopig getuigenverhoor te laten afnemen.⁵ Het komt ook niet heel regelmatig voor

en mede daarom voor de hand de mogelijkheid open te laten, waarbij het aan de rechter is de toelaatbaarheid van een dergelijk verzoek van geval tot geval te beoordelen. Twee onderdelen van het conceptwetsvoorstel leiden echter tot meer controversie en deze willen wij in deze bijdrage nader bespreken:

1. Het gaat in de eerste plaats om de voorgestelde preprocesuele informatieverzamelingsplicht, die partijen oplegt om voorafgaand aan een procedure alle informatie te verzamelen die mogelijk relevant is voor de aanstaande procedure (het voorgesteld art. 149a Rv).
2. In de tweede plaats bespreken we de voorgestelde verruiming van de regiefunctie van de rechter, op basis waarvan hij of zij op eigen initiatief de feitelijke grondslag van het geschil kan verruimen (het voorgestelde art. 24 Rv).

In de conceptmemorie van toelichting bij het voorstel ('concept-MvT') is te lezen dat deze beide voorstellen tot doel hebben om waarheidsvinding in de civiele procedure meer op de voorgrond te plaatsen en bovendien om procedures efficiënter te kunnen behandelen. Deze doelstellingen zijn ontleend aan het rapport Modernisering burgerlijk bewijsrecht van juni 2017 ('Adviesrapport'), welk rapport in belangrijke mate de toon heeft gezet voor het conceptwetsvoorstel.⁶ Meer ruimte voor waarheidsvinding en meer

1 Mr. S.L. Boersen en mr. T.R.B. de Greve zijn beiden advocaat bij Stibbe te Amsterdam. De inhoud van deze bijdrage is mede ontleend aan de rede van T.R.B. de Greve op de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht van 24 november 2017 (terug te lezen in *TCR* 2018/2, p. 47-52) en de reactie van enkele advocaten werkzaam bij Stibbe N.V. (onder wie auteurs dezes) op de consultatie van het conceptwetsvoorstel (raadpleegbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht/reacties>).

2 Op de consultatiepagina zijn het conceptwetsvoorstel en de conceptmemorie van toelichting raadpleegbaar, evenals de zes reacties daarop die openbaar zijn gemaakt, zie <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht/>.

3 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, r.o. 6.2.4.

4 HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1985, r.o. 3.3.2.

5 Zie ter illustratie Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9556, r.o. 2.11.

6 Dit Adviesrapport is opgesteld door een expertgroep op basis van een adviesvraag van de Minister van Veiligheid en Justitie naar aanleiding van de bespreking van het wetsvoorstel ter verbetering van het inzagerecht in de vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie. Het Adviesrapport is raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/06/07/tk-bijlage-modernisering-burgerlijk-bewijsrecht/>

efficiëntie in het verloop van civiele procedures zijn zonder meer nastrevenswaardige doelen voor de wetgever. Het is echter te betwijfelen of voornoemde voorstellen hieraan zullen bijdragen. In de toelichting bij het voorstel wordt dit in ieder geval nauwelijks onderbouwd. Daarin is ook weinig terug te vinden over de meer fundamentele keuzes die schuil gaan achter de beide voorstellen, maar die wel ingrijpende consequenties kunnen en zullen hebben voor civiele procedures.

Meer ruimte voor waarheidsvinding en meer efficiëntie in het verloop van civiele procedures zijn zonder meer nastrevenswaardige doelen voor de wetgever

Als van de civiele rechter wordt verwacht dat hij of zij de feitelijke grondslag van een vordering of verweer onderzoekt en verruimt, zal dat ten koste gaan van de onafhankelijke positie van de rechter in het geschil. Daarmee doelen wij niet (alleen) op de eventuele schijn van voorin-genomenheid, maar vooral ook op de ondermijning van de psychologische afstandelijkheid die een rechter nodig heeft om onbevangen te kunnen beslissen. Een rechter die actief meezoekt naar het antwoord – en daarbij eventueel zelfs de vraag herformuleert – zou wel eens moeite kunnen hebben om eigen vondsten te verlaten.

Onze bezwaren tegen de voorgestelde preprocesuele informatieverzamelingsplicht zijn van meer praktische aard. Het voorgestelde artikel 149a Rv met betrekking tot de preprocesuele verzamelplicht leidt volgens ons tot het tegenovergestelde van hetgeen beoogd wordt: het kan leiden tot vertraging en complicaties. Omdat de minister in de concept-MvT ook zelf een bescheiden betekenis aan dit onderdeel van het conceptwetsvoorstel toedicht, is de vraag op zijn plaats wat de noodzaak van deze bepaling is.

De voorgestelde preprocesuele verzamelplicht

Het conceptwetsvoorstel introduceert in een nieuw toe te voegen artikel 149a Rv een verplichting voor procespartijen om voorafgaande aan een procedure alle relevante informatie die zij redelijkerwijze kan verkrijgen, te verzamelen. Volgens de concept-MvT zou deze preprocesuele verzamelplicht diverse positieve effecten hebben op de civiele geschilbeslechting. In de eerste plaats zouden procespartijen op basis van deze verzamelde informatie

‘een betere inschatting [kunnen] maken van hun proceskansen en beter beoordelen of het zinvol is om hun vordering door te zetten.’

In de tweede plaats verwacht de minister dat – in het geval de eiser beslist de vordering in te stellen – procespartijen beter voorbereid aan de procedure beginnen en dat de procedure dan snel en efficiënt zal verlopen

‘doordat de rechter bij het begin van de procedure over alle relevante informatie over het geschil beschikt’.⁷

Dat klinkt in theorie aardig, maar in de praktijk is dat anders.

Volgens de concept-MvT zou de preprocesuele verzamelplicht diverse positieve effecten hebben op de civiele geschilbeslechting

Achter deze motivering gaan diverse veronderstellingen schuil, waarvan over de juistheid kan worden getwijfeld. De indruk – die kennelijk bestaat – dat partijen regelmatig onvoorbereid aan een procedure beginnen, zonder zich voldoende geïnformeerd te bezinnen op hun proceskansen of een minnelijke oplossing en zonder zelf de relevante feiten op tafel te leggen, wordt door ons niet gedeeld. De concept-MvT geeft daarvan ook geen onderbouwing en het Adviesrapport evenmin. Wij zien ook geen generieke behoefte bij procespartijen om een beter zicht op de feiten te hebben ter bepaling van hun proceskansen. In de gevallen waarin dergelijke twijfel zich wel voordoet, bewandelt men ook nu al de route van bijvoorbeeld het voorlopig getuigenverhoor of de exhibitievordering op grond van artikel 843a Rv.

Hetzelfde geldt voor de impliciete aanname dat civiele procedures op dit moment niet ‘snel en efficiënt’ zouden verlopen, omdat de rechter over onvoldoende relevante informatie zou beschikken. Het Nederlandse procesrecht, waaronder ook het bewijsrecht, wordt juist gekenmerkt door een concentratie van stellingen en bewijslevering met stukken in de beginfase van de procedure en een efficiënte afhandeling van het geding. Uit het grote aantal zaken dat in Nederland wordt afgedaan zonder nadere bewijslevering, volgt ook dat de rechter in veruit het merendeel van de gevallen over voldoende relevante informatie beschikt om tot een eindbeslissing te komen. Een verplaatsing van bewijslevering naar de preprocesuele fase zal bovendien over het geheel genomen niet tot een efficiëntere procesgang leiden, maar brengt eerder extra proceshandelingen mee die bij een bewijslevering in de hoofdprocedure achterwege hadden kunnen blijven.

Er kunnen dus vraagtekens worden geplaatst bij de rechtvaardiging van de voorgestelde generieke preprocesuele verzamelplicht: wat voegt deze verplichting toe aan het bestaande kader van onder meer de stelplicht, de bewijsaandragplicht en de waarheidsplicht die ook nu al op procespartijen rusten? Bovendien zien wij in de voorgestelde bepaling ook diverse praktische bezwaren, waaronder een voorzienbare toename van processuele verwikkelingen met alle kosten en bezwaren van dien.

De tekst van het voorgestelde artikel 149a Rv luidt als volgt:

⁷ Concept-MvT, p. 7.

‘Elke partij verzamelt, voordat een zaak aanhangig is, de informatie die zij redelijkerwijs kan verkrijgen en die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de beoordeling van de feiten of rechten waarop deze partij zich beroept ter onderbouwing van haar vordering of verweer. In de procedure kan de rechter uit het niet overleggen door een partij van de informatie, bedoeld in de vorige zin, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.’

Het gaat dus om de verplichting om, voordat de dagvaarding is uitgebracht (of de procesinleiding is ingediend), de informatie te verzamelen die redelijkerwijs voorzienbaar van belang is voor de nog te initiëren procedure. Deze norm richt zich tot alle partijen en omvat niet alleen de verplichting om de eigen informatie bijeen te brengen, maar ook om informatie bij derden op te vragen, voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is. Uit de tweede volzin van de bepaling kan bovendien worden opgemaakt dat de verzamelde stukken en informatie in de te starten procedure dienen te worden overgelegd.

Onder het huidige procesrecht zijn procespartijen verplicht om in de procedure volledig en naar waarheid te verklaren (art. 21 Rv). Zij zijn gehouden om de argumenten en stellingen waar zij hun verweer op baseren steeds zo vroeg mogelijk in de procedure naar voren te brengen en zij hebben de verplichting om bij aanvang de bewijsmiddelen waarover zij beschikken aan te dragen. Dat wil zeggen dat stukken in het geding worden gebracht en getuigen worden genoemd (art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv).⁸ Ook hebben procespartijen een stelplicht, waarop zij worden afgerekend (art. 149 en 150 Rv). Verder kunnen partijen over en weer overlegging van bescheiden verlangen en kan de rechter overlegging van stukken gelasten (art. 843a, resp. 22 Rv). De rechter kan het procesgedrag van een partij bovendien langs de lat van de goede procesorde leggen. Indien een partij zich niet aan deze normen houdt, kan de rechter onvoldoende gemotiveerde de stellingen van die partij verwerpen en zelfs de gevolgtrekking maken die hem geraden voorkomt, hetgeen zover kan gaan dat de vordering of het verweer geheel wordt verworpen. De wetgever noemde bij de totstandkoming van artikel 21 Rv al diverse andere mogelijke sancties, zoals het verzwaren van de bewijslast van een nalatige partij.⁹

Zowel de Adviescommissie, als de minister schrijft dat de voorgestelde preprocesuele verzamelplicht hier in feite weinig aan toevoegt. De concept-MvT vermeldt dat het niet om een wezenlijk nieuwe verplichting gaat, maar alleen bedoeld is als een verdere stimulans voor partijen om sneller en doelmatiger te procederen.¹⁰ Nadere beschouwing van de voorgestelde bepaling en de concept-MvT leert echter dat de gevolgen van het voorstel verder lijken te gaan.

⁸ Art. 30a lid 3 onder g, resp. art. 30i lid 6 Rv onder KEI.

⁹ Wesseling-van Gent, E.M., *Parlementaire Geschiedenis Burgerlijk Procesrecht 2002*, p. 149-150. Zie ook het overzicht in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 21 Rv, aant. 3 en punt 6 van de noot van Sniijders onder HR 19 december 2003, NJ 2005/181.

¹⁰ Concept-MvT, zie p. 7, resp. 25 en Adviesrapport, nr. 45 op p. 26.

De voorgestelde tekst bepaalt dat de verplichting ziet op de verzameling van informatie die

‘van belang is voor de beoordeling van de feiten of rechten waarop deze partij zich beroept’.

De Minister heeft een ruime opvatting over deze verplichting. In de concept-MvT schrijft hij namelijk dat de verzamelplicht zich uitstrekt over alle informatie die redelijkerwijs voorzienbaar relevant is voor de beslechting van het geschil (p. 23) en hij impliceert dat ook informatie met betrekking tot stellingen van de wederpartij waarop een partij bedacht zou moeten zijn, moet worden verzameld én overgelegd. Dit zou meebrengen dat een partij voorafgaand aan de procedure zou moeten dooerexerceren hoe het processuele debat eventueel kan gaan verlopen en welke stellingen de wederpartij zou kunnen gaan innemen, in veel gevallen zelfs voordat de vorderingen en verweren bekend zijn.

Wij menen dat dit niet van partijen kan worden verwacht. Eerst zal minstens duidelijk moeten zijn wat de eisen, verwijten en/of verweren zijn, die de verzamelplicht afbakenen en rechtvaardigen. Een (juridisch) geschil is immers geen statische formule, waarbij (op voorhand) duidelijk is welke feiten relevant zijn voor een rechtvaardige beslissing. Wat relevante informatie is, wordt juist bepaald door de posities en stellingen die partijen afwisselend over en weer innemen. Een procedure is zodoende een dynamisch proces waarbij het inzicht bij zowel de rechter als de partijen zich gaandeweg ontwikkelt en geen lopende band waar de ‘relevante feiten’ ingaan en een rechtvaardige beslissing uitrolt. Wij betwijfelen of het vooraf bijeenbrengen en overleggen van grote hoeveelheden informatie en stukken dat proces bevordert en sneller de kern van een geschil en bovenal de (juridische) oplossing bloot zal leggen. De proceseconomie is in veel gevallen juist gediend bij een selectie van informatie, op basis waarvan de rechter in een vroeg stadium richting kan geven aan het debat. Het is dan ook – terecht – vaste rechtspraak dat procespartijen, met inachtneming van de verplichtingen die zijn neergelegd in artikel 21 Rv, een selectie mogen en moeten maken van de feiten en stukken die zij in het geding brengen.¹¹

Een (juridisch) geschil is immers geen statische formule, waarbij (op voorhand) duidelijk is welke feiten relevant zijn voor een rechtvaardige beslissing

De voorgestelde verplichting tot preprocesuele verzameling van alle mogelijk relevante informatie heeft juist het omgekeerde effect, welk effect nog eens kan worden versterkt doordat procespartijen zekerheidshalve alle denkbare informatie inbrengen, om te voorkomen dat zij later in de procedure een reprimande krijgen. Een ruime preproces-

¹¹ Asser Procesrecht/Giesen 2015, nr. 78 e.v.

suele verzamelplicht kan zodoende leiden tot een grotere belasting voor procespartijen en de rechter, met een complicerend en vertragend effect op de procedure – het tegenovergestelde van wat de minister met dit voorstel beoogt. Het naar voren halen van het debat over bewijslevering naar de preprocesuele fase zal het debat in de (hoofd) procedure niet snel ontlasten, maar eerder verruimen. In de Verenigde Staten heeft men al langer ervaring met de grote druk die exhibitieverplichtingen -en procedures (*discovery* of *disclosure*) kunnen leggen op procespartijen.¹² In het kader van een voorstel om aan de federale procedureregels voor *discovery* de verplichting toe te voegen dat partijen eigener beweging alle relevante stukken dienen te produceren – een *continuing duty to disclose* – verwoordden enkele leden van het Hooggerechtshof deze problematiek in een *dissenting opinion* als volgt:

‘This proposal is promoted as a means of reducing the unnecessary expense and delay that occur in the present discovery regime. But the duty to disclose regime does not replace the current, much criticized discovery process; rather, it adds a further layer of discovery. It will likely increase the discovery burdens on district judges, as parties litigate about what is "relevant" to "disputed facts," whether those facts have been alleged with sufficient particularity, whether the opposing side has adequately disclosed the required information, and whether it has fulfilled its continuing obligation to supplement the initial disclosure. Documents will be produced that turn out to be irrelevant to the litigation, because of the early inception of the duty to disclose and the severe penalties on a party who fails to disgorge in a manner consistent with the duty.’¹³

Het risico van overlegging van irrelevante gegevens en procedurele verwickelingen over de preprocesuele verzamelplicht wordt versterkt door de in de concept-MvT omschreven dubbele redelijkheidstoets, waarmee de rechter dient te beoordelen of een partij heeft voldaan aan de informatievergaringsverplichting. Die toets is toegespitst op wat een procespartij achteraf gezien allemaal had moeten voorzien. Achteraf, nadat een debat heeft plaatsgevonden en duidelijk is welke standpunten partijen over en weer innemen, kan een partij al te gemakkelijk worden verweten dat zij had kunnen voorzien dat bepaalde informatie relevant zou zijn voor de procedure. Dergelijke verwijten over en weer en daarmee gepaard gaande discussies kunnen de procedure gaan overheersen en het debat over het geschil – waar het werkelijk om gaat – vertroebelen.

Dergelijke verwickelingen zijn natuurlijk ook onder het huidige recht een bekend fenomeen. Het voorgestelde artikel 149a Rv lijkt hier echter een dimensie aan toe te voegen,

door aan partijen op te leggen dat zij voorafgaand aan de procedure ook alle informatie moeten verzamelen die zij redelijkerwijs kunnen verkrijgen, waaronder mede wordt begrepen het opvragen van stukken bij derden. Ook deze norm zal potentieel een bron van discussie vormen. Hoe ver reikt die verplichting en gaat zij verder dan de (impliciete) ‘onderzoeksplicht’ die procespartijen ook nu al hebben op basis van hun stel- en bewijsaandragplicht?¹⁴ De concept-MvT spreekt van informatie die redelijkerwijs ‘bemachtigd’ kan worden en noemt enkele factoren die daarin meewegen, zoals de kosten die met de vergaring samenhangen (p. 24). Een antwoord op de vraag in hoeverre dit de huidige positie en verplichtingen van procespartijen wijzigt, wordt echter niet aangereikt. De verwachtingen die worden gewekt met de titel ‘Aanscherping bestaande verplichtingen’ boven de tekst over het toetsingskader van het voorgestelde artikel 149a Rv op p. 25 van de concept-MvT, worden in die zin niet geheel waargemaakt.

Al met al komt het neer op de vraag wat de voorgestelde verzamelplicht toevoegt aan de bestaande regeling. Als het niet om een ‘wezenlijk nieuwe’ verplichting gaat, maar slechts een aansporing van procespartijen om zich deugdelijk voor te bereiden op een te verwachten procedure, is het de vraag of het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de juiste plaats is voor een dergelijke aanmoediging. Het huidige procesrecht geeft partijen en de rechter bovendien al ruimschoots voldoende richting in deze context. Partijen kunnen voorafgaand en in de procedure stukken opvragen en overlegging vorderen. Partijen die niet of niet tijdig openheid van zaken geven, kunnen daarop worden afgerekend. En zeker na de herziening van het procesrecht in 2002, is er alle ruimte voor de rechter om desgewenst, al dan niet op verzoek van partijen, in een vroeg stadium van de procedure actief de regie te voeren over de noodzakelijke bewijslevering en overlegging van bescheiden. Weliswaar zijn rechters nog vaak terughoudend bij het gebruik van deze bestaande mogelijkheden, maar het is onze ervaring dat rechters in toenemende mate oog hebben voor het belang van een deugdelijk onderbouwd debat tussen partijen over de feiten, mede onder invloed van procespartijen die steeds vaker met een beroep op onder meer artikel 21, 22 en 843a Rv om overlegging van gegevens en stukken vragen.

Blijkens de concept-MvT (p. 8) beoogt de minister met de preprocesuele verzamelplicht een extra zet te geven aan deze cultuurverandering die met de wijzigingen in de 2002 is ingezet. Naar onze mening zijn het echter veeleer de beperkte capaciteit en de (te) hoge belasting van de gerechten, die een belemmering vormen bij een meer proactieve afhandeling van geschillen. De rechter moet immers wel de gelegenheid – in het bijzonder: de tijd – krijgen om de mogelijkheden die het procesrecht bieden te benutten. Dat is uiteindelijk vooral een budgettaire kwestie en wij sluiten dus ook niet uit dat de verbeteringen die de minister met

12 Zie voor een uiteenzetting van het ontstaan en de inhoud van *discovery*-verplichtingen en procedures naar het Amerikaans recht, Ekemans, J., ‘U.S. disclosure and discovery of documents’, *TvPP* 2009/6.

13 Dissenting opinion of 22 April 1993, to Supreme Court of United States Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, Discovery Rules. Ook aangehaald in J. Ekemans, ‘U.S. disclosure and discovery of documents’, *TvPP* 2009/6.

14 Zie o.a. Conclusie A-G Verkade van 3 september 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN7889, nr. 3.4.2 vóór HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7889 en Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3376, r.o. 2.15.

het wetsvoorstel nastreeft eigenlijk vooral kunnen worden bereikt met een budgettaire verruiming voor de rechtspraak. Als het conceptwetsvoorstel wordt gevolgd, wordt echter onder het mom van gewenste cultuurverandering een diffuus systeem geïntroduceerd waarbij met mogelijke implicaties voor de werkbelasting en de effectiviteit van de rechtspraak geen rekening wordt gehouden.

De voorgestelde verruimde rol van de rechter

De rechter heeft in het civiele procesrecht van oudsher een lijdelijke rol ten opzichte van partijen en hun geschil, zoals neergelegd in artikel 23 en 24 Rv. Dat is niet zonder reden. De rol van de rechter is beperkt tot het beslechten van een geschil zoals *partijen* dat aan de rechter voorleggen. Dat is ook begrijpelijk. In een civiele procedure staan twee in beginsel gelijkwaardige partijen tegenover elkaar en deze partijen bepalen zelf de omvang van het geschil dat zij aan de rechter voorleggen. Met betrekking tot de vaststelling van de feiten, gaat de rechter af op de voorlichting door partijen. Voor zover de partijen het oneens zijn over de feiten die zij aan hun geschil ten grondslag leggen, onderzoekt de rechter wat de juiste lezing is op basis van de motivering en onderbouwing over en weer, zo nodig met (nadere) bewijsleveringen.

Hoewel de minister in de concept-MvT deze beginselen van partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter stelt te onderschrijven (p. 18), stuurt het conceptwetsvoorstel aan op een fundamentele wijziging van de positie van de rechter ten opzichte van het geschil en de partijen. De facto worden deze beginselen dus verlaten. Voorgesteld wordt namelijk om aan artikel 24 Rv toe te voegen dat de rechter de zaak ook onderzoekt en beslist op hetgeen *‘verder tijdens het geding aan de rechter ter kennis is gekomen.’*

Een toe te voegen lid 2 bepaalt dat de rechter partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen (p. 19).

Het voorstel geeft de rechter zodoende de ruimte om met een van de partijen mee te denken over de onderbouwing van haar vordering of verweer. Een rechter die op deze wijze deelneemt aan het debat over de feiten, neemt in zoverre een partij-positie in en loopt het risico daarmee zijn onafhankelijke en afstandelijke rol te verliezen. Zodoende komt hij namelijk onvermijdelijk tegenover de andere partij(en) in de procedure en in een debat te staan. Dit creëert niet alleen de schijn van partijdigheid, het risico bestaat ook dat een rechter die zich op deze wijze in het debat mengt zich psychologisch zal gaan verbinden met een zelf geformuleerde of gesuggereerde feitelijke grondslag. Het wijzen van een partij op een andere feitelijk spoor impliceert immers dat de rechter dat spoor al heeft uitgedacht en heeft besloten dat het een zinvolle route is om in de procedure te bewandelen. Het is lastig voorstelbaar dat een rechter die zelf actief ‘onderzoek’ doet naar de feitelijke grondslagen van een vordering of een verweer en die meent te slagen in die zoektocht, later op andere gedachten is te brengen.

De vraag is verder hoe voldoende wordt gewaarborgd dat een partij zich naar behoren kan verdedigen tegen feiten en omstandigheden die niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd. Weliswaar vermeldt de concept-MvT dat het beginsel van hoor en wederhoor voorop blijft staan, maar de praktijk is in de regel weerbarstiger. Het is goed denkbaar dat een dergelijke suggestie van de rechter pas op de zitting aan de orde komt. Een partij zal dan weliswaar ter plekke gelegenheid krijgen om te reageren, maar kan op dat moment waarschijnlijk onvoldoende overzien wat de implicaties zijn van een nieuw door de rechter aangedragen feit.

De rechter heeft in het civiele procesrecht van oudsher een lijdelijke rol ten opzichte van partijen en hun geschil

Het is de taak van partijen (al dan niet bijgestaan door een advocaat) hun vordering en of verweer deugdelijk met feiten te omkleden. Indien dit onvoldoende gebeurt, verbindt de wet daaraan consequenties. Het is niet aan de rechter om dan ‘bij te springen’ en een partij die in de ogen van de rechter mogelijk een kans laat liggen, te hulp te schieten. Niet in de laatste plaats, omdat een meedenkende rechter een belangrijke drijfveer wegneemt voor partijen om deugdelijk te procederen. Het zal voor partijen – mede in het licht van de hiervoor besproken preprocesuele verzamelplicht – verleidelijker zijn om de rechter te overladen met informatie, in afwachting dat de rechter de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer zal aanvullen.

De rechtvaardiging voor dit alles lijkt – afgaand op de concept-MvT (p. 9 en 51) – dat de rechter een ‘sturende’ rol heeft om de waarheidsvinding op de meest passende wijze te laten plaatsvinden. Wij vragen ons echter af of de voorgestelde verruiming de partijen en de rechter wel dichter tot de waarheid brengt, gelet op de hiervoor omschreven effecten. Overigens vraagt de grote rol die in het concept-MvT wordt toegedicht aan de waarheidsvinding, ook meer in het algemeen om enige nuance. Dit begrip veronderstelt namelijk ten onrechte dat er één ‘waarheid’ bestaat die de rechter door middel van onderzoek kan ‘vinden’ op basis van objectieve feiten. In de civiele procedure staan echter twee gelijkwaardige partijen tegenover elkaar, met ieder eigen vermogensrechtelijke belangen en een eigen visie op de gang van zaken die tot een geschil heeft geleid. De beide visies zijn vaak even legitiem, omdat nu eenmaal op goede gronden verschillend kan worden gedacht over wat is voorgevallen. Een feit als zodanig bestaat immers ook niet, maar is een door één partij gepercipieerde weergave van wat zich volgens die partij zou hebben afgespeeld. Vermeden moet worden dat de rechter zijn evenwichtige positie verliest door deel te nemen aan deze strijd tussen percepties. De civiele procedure is daarmee wezenlijk anders dan de strafprocedure, waarin omwille van het algemeen belang de overheid (het Openbaar Ministerie) een verdachte wordt vervolgd en waarin aan waarheidsvinding wordt gedaan

ten behoeve van het maatschappelijke belang bij de vervolging van strafbare feiten. Wij vrezen dat het conceptwetsvoorstel dit uit het oog heeft verloren.

Het huidige procesrecht omvat bovendien reeds ruimschoots voldoende instrumenten voor de rechter om een evenwichtig onderzoek naar de feiten (de waarheidsvinding) in het kader van de geschilbeslechting te bevorderen. Bij de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 is de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van de voortgang van de procedure verder teruggedrongen en zijn ten behoeve van de feitenvinding voorschriften opgenomen die tot op zekere hoogte beperkingen opleggen aan de autonomie van partijen.¹⁵ In de nog maar deels ingevoerde KEI-wetgeving wordt de regiefunctie van de rechter nog verder versterkt.¹⁶ Het is onduidelijk waarom de bevoegdheid van de rechter nog verder verruimd dient te worden, terwijl van de bestaande mogelijkheden in onze ervaring nog weinig gebruik wordt gemaakt en de mogelijkheden van KEI nog niet eens volledig zijn ingevoerd (al is deze wetgeving mogelijk ook al weer ten dode opgeschreven).

Tot slot

De concept-MvT bevat een tamelijk magere onderbouwing van de noodzaak van de hiervoor besproken preprocesuele verzamelplicht en de verruiming van de rol van de rechter in de civiele procedure. De mogelijk verstrekkende gevolgen lijken nauwelijks doordacht. De hiervoor gesignaleerde risico's en mogelijk nadelige effecten op het verloop van civiele procedures, worden in de concept-MvT in ieder geval nauwelijks geadresseerd. Zeker in een periode waarin de civiele rechtspraak onder druk staat van bezuinigingen en een grandioos mislukt KEI-project, mag de vraag worden gesteld of het wel verantwoord is een dergelijke onzekere factor aan het systeem toe te voegen. Zoals de auteurs van de 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht' voor het NJB onlangs verzuchtten met het gezegde 'if it ain't broke, don't fix it', is het procesrecht al enige tijd geen rustig bezit meer.¹⁷ Ons dunkt dan ook dat het nu eerst tijd is voor bezinning en het likken van de KEI-wonden, voordat er weer een draai aan het wetgevingsrad wordt gegeven.

15 Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, *Kamerstukken II* 1999/00, 26855, nr. 3, p. 6 (MvT).

16 *Kamerstukken II*, 2014/15, 34059, nr. 3, p. 26 e.v. (MvT).

17 Boer, M. de en Monchy, M. de, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2018/1869.