

# 220. Het procesrechtelijke stel- en bewijsmoeras in een nieuw jasje

MR. T.R.B. DE GREVE EN MR. P.M. VOS

Met de Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht neemt het belang van informatie en bewijsvergaring in de preprocessuele fase verder toe. De horde van de stel- en betwistplicht lijkt weer een stukje hoger te zijn gelegd. Partijen kunnen bij het sluiten van de overeenkomst afspraken maken waarmee een vlotte toegang tot gegevens kan worden geregeld. Bijvoorbeeld met een procesovereenkomst en bewijsovereenkomst. Ook afspraken over het opslaan, bewaren, opvragen en uiteindelijk vernietigen van gegevens, kunnen bijdragen aan de invulling van de stelplicht.

## 1. Inleiding

De hoofdregel in het burgerlijk procesrecht is dat degene die zich op de rechtsgevolgen van een bepaald feit beroept, de stelplicht en bewijslast van dat feit draagt (art. 150 Rv). Betwist de wederpartij dat feit niet of niet voldoende gemotiveerd, dan neemt de rechter dat feit als vaststaand aan, tenzij het een feit betreft waarvan de rechtsgevolgen niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 149 lid 1 Rv). Partijen worden dus pas toegelaten tot (nadere) bewijslevering wanneer ze eerst de horde van de stel- en betwistplicht hebben genomen én de rechter oordeelt dat de vordering op de aangevoerde gronden toewijsbaar is (de fase van stellen en betwisten).

Het merendeel van de civiele dagvaardingsprocedures in Nederland wordt afgedaan zonder formele bewijsopdracht en bewijslevering. In dat merendeel oordeelt de rechter op basis van hetgeen eiser en gedaagde aan schriftelijke stukken hebben overgelegd, of tijdens een mondelinge behandeling naar voren hebben gebracht. De procedure komt niet verder dan de fase van stellen en betwisten: het afwegen van de robuustheid van het verhaal van de eiser tegenover het andersluidende verhaal van de gedaagde. Bewijsaanbiedingen worden meer dan eens verworpen met de frase dat in het licht van het gevoerde verweer of productie x, y of z, onvoldoende gesteld is en de rechter zodoende niet toekomt aan het geven van een bewijsopdracht.

Gevolg is dat de rechter niet noodzakelijkerwijs recht doet op basis van de ‘echte’ feiten, maar mogelijk op basis van aannames, en dat partijen zich niet altijd in de feitenvast-

stelling door de rechter (in diens uitspraak) herkennen, met teleurstelling tot gevolg.<sup>1</sup>

Een nieuwe wet gaat dit veranderen. Of toch niet?

## 2. De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht

De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht (hierna kortheidshalve: de Wet) treedt in werking per 1 januari 2025.<sup>2</sup> De Wet is van toepassing op zaken die na die datum aanhangig worden gemaakt.<sup>3</sup> Met de Wet beoogt de wetgever de versterking van de waarheidsvinding.

### De horde van de stel- en betwistplicht blijft onverminderd overeind en wordt misschien zelfs iets hoger

De naam van de Wet wekt de indruk dat partijen eenvoudiger bewijs zullen kunnen leveren. Dat is maar tot op zekere hoogte het geval. De horde van de stel- en betwistplicht blijft onverminderd overeind en wordt misschien zelfs iets hoger. Met de Wet zal immers nog meer dan nu al het geval is, de nadruk komen te liggen op de fase die aan bewijslevering voorafgaat: de fase waarin gemotiveerd en deugdelijk onderbouwd stellingen moeten worden ingenomen. Er zal dus niet noodzakelijkerwijs meer bewijslevering door de rechter worden toegestaan. Er zal juist meer discussie ontstaan over de vraag of een partij wel aan haar stel- en betwistplicht heeft voldaan.

1 R.H. de Bock, ‘Het fundament en de pijlers van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht’, *RM Themis* 2020/6, p. 249.

2 *Stb.* 2024, 62 en *Stb.* 2024, 72.

3 Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht art. XIII.

Wat regelt de Wet wel? De toe- en afwijzingscriteria voor de verschillende voorlopige bewijsverrichtingen worden gelijkgetrokken, er kan één verzoek worden ingediend voor meerdere soorten bewijsverrichtingen, het inzagerecht is verbeterd, er is aandacht voor de rol van de rechter tijdens de mondelinge behandeling, het conservatoir bewijsbeslag in niet IE-zaken is voorzien van een wettelijke basis en het proces-verbaal van constatering is als nieuw bewijsmiddel geïntroduceerd.

Voor een meer gedetailleerde toelichting op de doelstelling van de Wet en de concrete wijzigingen, verwijzen we graag naar De Bock (in *RM Themis*)<sup>4</sup> en Lock (in *TCR*).<sup>5</sup>

Waar het merendeel van de gepubliceerde artikelen over de Wet de rol van de rechter en de verplichtingen van partijen centraal stelt, onderzoeken wij hierna de bruikbaarheid van de Wet voor partijen. Eerst lopen we de meest in het oog springende elementen van de Wet na. Daarna verkennen we de mogelijkheid voor partijen om in de door hen te sluiten overeenkomst alvast op het proces van informatie- en bewijsvergaring voor te sorteren.

### 3. Formeel geen preprocesuele informatieplicht, maar wel de bewijs Obliegenheit

Om de civiele procedure efficiënter te laten verlopen, wilde de wetgever partijen aanvankelijk verplichten om voorafgaand aan de procedure alle relevante informatie te verzamelen en deze direct bij aanvang van de procedure aan de rechter voor te leggen.

Hiertoe was een verplichting voor partijen in het wetsvoorstel opgenomen om (als aanvulling op de waarheidsplicht van art. 21 Rv) *‘de gegevens waarover zij redelijkerwijs kunnen beschikken en die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang zijn voor de beoordeling van hun vordering, verzoek of verweer in de procedure’* al aan het begin van het geding aan de rechter en de wederpartij te verstrekken (de dubbele redelijkheidstoets). Zou een partij dit nalaten, dan zou de rechter daaraan de gevolgen kunnen verbinden die hij geraden acht. Hierbij kan worden gedacht aan (bijvoorbeeld) het niet beoordelen van de vordering, het niet-ontvankelijk verklaren van de eiser, het direct toe- of afwijzen van de vordering of het omkeren van de bewijslast.<sup>6</sup>

De voorgestelde aanvulling van art. 21 Rv stuitte op principiële en praktische bezwaren.<sup>7</sup> Het verplichtende karakter

ervan, het potentiële gewicht van de daaraan te verbinden sanctie en de onzekerheid over wat de rechter in de gegeven omstandigheden al dan niet redelijk zou vinden, zou partijen ertoe aanzetten dan maar voorafgaand aan de procedure zoveel mogelijk informatie en bewijs te verzamelen (en over te leggen). Dit zou procederen veel duurder maken. Partijen kunnen wanneer de procedure nog moet beginnen immers nog niet, en in ieder geval niet in voldoende mate, vaststellen welke informatie en bewijsmiddelen achteraf bezien relevant zullen blijken te zijn.<sup>8</sup>

In de Tweede Kamer werden diverse amendementen ingediend die strekten tot het schrappen van de voorgestelde aanvulling op art. 21 Rv. In reactie daarop stelde de minister dat er twijfels bestaan over de effectiviteit van de voorgestelde preprocesuele informatieplicht. Hij liet de beoordeling van deze amendementen daarom aan de Tweede Kamer, die ze overnam. Hiermee is de wettelijke preprocesuele informatieplicht komen te vervallen. Voorlopig, want de minister stelt voor af te wachten hoe een en ander zich in de praktijk ontwikkelt en dit onderdeel te zijner tijd bij de evaluatie van de Wet te betrekken.<sup>9</sup>

Hiermee is niet gezegd dat partijen voor nu *off the hook* zijn waar het de preprocesuele informatieplicht aangaat. De minister wees er al op dat de nadruk op vroegtijdige informatievergaring en bewijsverzameling een algemeen uitgangspunt is voor alle procedures waarin het civiele bewijsrecht van toepassing is.<sup>10</sup> Partijen moeten onverminderd aan de waarheidsplicht van art. 21 Rv en aan hun stelplicht van art. 149 Rv voldoen.

Lock meent dat niet valt uit te sluiten dat ondanks dat de preprocesuele informatieplicht het niet heeft gehaald, de rechter bij het niet uitoefenen van het informatierecht of het niet meewerken aan een informatieverzoek, toch eerder geneigd zal zijn een partij erop af te rekenen als zij niet al voorafgaand aan de procedure de moeite heeft genomen om voor de beoordeling van het geschil relevante informatie bij de wederpartij of een derde op te vragen om haar stellingen of verweren daarmee te kunnen onderbouwen. Spiegelbeeldig geldt volgens hem hetzelfde ten aanzien van een partij die ten onrechte niet heeft meegewerkt aan het verstrekken van gevraagde informatie.<sup>11</sup>

De bezorgdheid die er was ten aanzien van *frontloading* en de toenemende kosten van procederen, is met het vervallen van de voorgestelde aanvulling op art. 21 Rv dus niet weggenomen. Er bestaat alleen maar meer aanleiding voor.

4 R.H. de Bock, 'Het fundament en de pijlers van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht', *RM Themis* 2020/6, p. 248 e.v.

5 P.F. Lock, 'De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht: wat er (niet) gaat veranderen', *TCR* 2024, nr. 3.

6 C.J.A. Seinen, 'De waarheidsplicht en de geraden gevolgtrekking anno 2020: en zoektocht naar proportionaliteit', *TCR* 2020, nr. 2.

7 <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht>, met reacties van onder meer de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging van Banken, Stibbe en Houthoff.

8 T.R.B. de Greve, Nederlandse vereniging procesrecht, *Vernieuwingen in het civiele bewijsrecht, Rapport modernisering burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 42 e.v.

9 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 108.

10 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 11.

11 P.F. Lock, 'De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht: wat er (niet) gaat veranderen', *TCR* 2024, nr. 3, p. 72.

Om partijen nog eens extra bewust te maken van die waarheidsplicht en ‘betwistplicht’, moet de eiser straks in de dagvaarding een verwijzing naar de waarheidsplicht van art. 21 Rv opnemen, alsook een waarschuwing dat als de gedaagde zijn verweer niet voldoende onderbouwt, de rechter de door de eiser aangevoerde feitelijke stellingen als onvoldoende gemotiveerd betwist en dus als *vaststaand* kan aannemen (art. 111 lid 2 onder ‘m’ Rv).

### De bezorgdheid die er was ten aanzien van *frontloading* en de toenemende kosten van procederen, is met het vervallen van de voorgestelde aanvulling op art. 21 Rv dus niet weggenomen

De eiser moet op grond van art. 111 lid 3 Rv in zijn dagvaarding de door de gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor uiteenzetten. Verder dient hij ook de bewijsmiddelen waarover hij kan beschikken om zijn vordering te onderbouwen te vermelden. Dat was al zo, maar heeft wel meer nadruk gekregen.<sup>12</sup>

#### 4. In gesprek gaan met de rechter

Aan art. 24 Rv is een nieuw lid toegevoegd:

‘De rechter kan binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve met partijen de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer bespreken.’

De rechter mag dit gesprek alleen voeren met het oog op de waarheidsvinding.

Dat is echter zo ruim dat nauwelijks valt uit te leggen waar de grens dan ligt. Vrijwel iedere vraag en het antwoord daarop is potentieel van invloed op de omvang van de rechtsstrijd. Deze bevoegdheid houdt volgens de wetgever niet in dat de rechter partijen mag helpen aan mogelijke argumenten.<sup>13</sup> De praktijk laat iets anders zien. De rechter blijkt partijen wel degelijk van argumenten te voorzien. Neem het voorbeeld van de klant van een bank die zich beroept op de vernietiging van een overeenkomst en geen ongedaanmaking en terugbetaling vordert van hetgeen hij bij gevolg onverschuldigd heeft betaald, maar schadevergoeding. De kans is dan aanzienlijk dat de rechter de klant er tijdens de mondelinge behandeling met gerichte vragen toe zal bewegen de feitelijke grondslag van z’n vordering aan te passen zodat deze alsnog aansluit op de schadevergoedingsvordering. De rechter kan immers zelf de rechtsgronden wel aanvullen op de voet van art. 25 Rv. Of de

rechter zal aan de hand van de antwoorden op de gestelde vragen de vordering zo interpreteren dat de klant alsnog terugbetaling vordert:

‘U schrijft dat u schadevergoeding vordert, maar bedoelt u niet te zeggen dat u het geld terug wilt dat u aan de bank heeft betaald?’

Dat kan in principe ook, volgens de Hoge Raad, als maar aan het beginsel van hoor en wederhoor wordt voldaan.<sup>14</sup>

De wetgever onderkent dat de antwoorden van partijen op vragen van de rechter, de eiser ertoe kunnen aanzetten zijn vordering te veranderen of vermeederen. De rechter zou dan een extra schriftelijke ronde moeten toestaan of een nieuwe mondelinge behandeling moeten bevelen. De vertraging die daardoor optreedt is, aldus de MvT, onvermijdelijk en inherent aan de verantwoordelijkheid van de rechter voor een goede rechtsbedeling.<sup>15</sup>

De rechter zou echter niet alleen achteraf, nadat op basis van het gevoerde gesprek een eiswijziging wordt verzocht, zich dienen af te vragen of een extra schriftelijke ronde of aktewisseling nodig is met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor. Wij menen dat vragen die de rechter bij de mondelinge behandeling toch gaat stellen en die voorzienbaar van invloed zijn op de omvang van de rechtsstrijd, bij voorkeur ruim vóór de zitting al aan partijen moeten worden gesteld. Dit kan in een brief aan partijen of in een zittingsagenda. Dit geeft partijen de gelegenheid zich voor te bereiden en zo nodig nader onderzoek te doen. Ook zou dit onnodige vertraging kunnen voorkomen.

#### 5. Eenvoudiger toegang tot voorlopige bewijsverrichtingen

De Wet regelt dat voordat de zaak aanhangig is, de rechter voorlopige bewijsverrichtingen kan bevelen (art. 196 Rv-nieuw). Dit geldt ook voor zaken in hoger beroep. De herkansingsfunctie van het hoger beroep strekt er mede toe om nieuw bewijsmateriaal te verzamelen.<sup>16</sup> Bewijs verzamelen kan met een getuigenverhoor, een inzageverzoek, een deskundigenbericht of plaatsopneming en bezichtiging, of een combinatie daarvan. Voor het inzageverzoek geldt dat het in spoedeisende gevallen ook aan de voorzieningenrechter kan worden gericht (het nieuwe art. 197 Rv).

Niets nieuws onder de zon in dat opzicht. Wél nieuw (voor de civiele dagvaardingsprocedure) is dat de rechter ook door hem zelf aangewezen personen als getuige kan doen oproepen (het nieuwe art. 166 lid 2 Rv), wat helemaal

12 Aan art. 120 Rv is een nieuw lid 4 toegevoegd dat bepaalt dat het niet voldoen aan die verplichting geen nietigheid oplevert, maar dat de rechter er de gevolgen aan mag verbinden die hij geraden acht.

13 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 124-125.

14 HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231, NJ 2008/466, m.nt. Maeijer & Snijders, en de jurisprudentie in dat kader sindsdien.

15 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 127.

16 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 3 en 82.

past in de transformatie van de ‘lijdelijke rechter’ tot de ‘leidende rechter’.

Onder het huidige recht kan de verzoeker bij afwijzing van het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor tegen die afwijzende beschikking hoger beroep instellen. Tegen een toewijzende beschikking staat geen hoger beroep open. Onder de Wet is geen hoger beroep meer mogelijk tegen een beschikking op een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, ongeacht of de beschikking toe- of afwijzend is (het nieuwe art. 200 Rv). Een partij kan desgewenst wel opnieuw een verzoek op verbeterde gronden (of in verband met nieuwe omstandigheden) indienen of in een eventuele procedure alsnog om de bewijsverrichting vragen.<sup>17</sup>

Als de procedure eenmaal aanhangig is, kan een verzoek om bewijsverrichtingen alleen nog worden ingediend bij de rechter die de zaak behandelt. Die rechter kan natuurlijk ook ambtshalve bewijs opdragen aan een partij en verstrekking van stukken bevelen (art. 22 Rv-nieuw, een verdere uitwerking van het bestaande art. 22 Rv). De partij die bewijsverrichtingen wenst waar toestemming van de rechter voor nodig is, doet er daarom goed aan die te verzoeken voordat de procedure aanhangig is.

De criteria voor toe- of afwijzing van een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen zijn voor alle voorlopige bewijsverrichtingen gelijkgetrokken (art. 197 Rv-nieuw). Dat maakt het verzamelen van informatie en bewijs onder de Wet formeel eenvoudiger dan nu het geval is. In de praktijk gaat het vrijwel niets uitmaken omdat de facto die normen al op dezelfde wijze werden toegepast. De drempel is formeel nog steeds relatief laag. De rechter wijst het verzoek in beginsel toe. Het recht van partijen is echter niet onbegrensd.<sup>18</sup>

Dat de procedurele vereisten voor toegang tot voorlopige bewijsverrichtingen zijn vereenvoudigd, zegt niet alles. Wij denken in ieder geval niet dat de rechter in de praktijk vaker bereid zal zijn om voorlopige bewijsverrichtingen toe te staan dan nu het geval is. Hoewel naar huidig recht een voorlopig getuigenverhoor in beginsel ook steeds dient te worden toegestaan indien het verzoek aan de wet voldoet, laat de praktijk zien dat rechters dergelijke verzoeken met regelmaat afwijzen.

Het beeld dat rechters er in de praktijk gewoon geen zin en geen tijd voor hebben, is hardnekkig. En is eenmaal een procedure aanhangig, dan is dat beeld niet anders. De rechter komt eenvoudigweg niet toe aan de vraag of en zo ja door welke partij bewijs dient te worden geleverd omdat de zaak al strandt bij de beantwoording van de vraag of

aan de stelplicht is voldaan.<sup>19</sup> Immers, indien niet aan de stelplicht is voldaan, wordt aan de fase van bewijslevering niet toegekomen (art. 149 en 150 Rv).

Waar zaken na een mondelinge behandeling in voorkomende gevallen vele maanden tot zelfs een jaar voor vonnis of arrest blijven staan, hebben rechters eenvoudigweg geen tijd voor het horen van getuigen. Meer rechters en meer middelen zal dat (in positieve zin) kunnen veranderen; niet deze nieuwe wet.

## 6. Inzagerecht, nu ook zonder tussenkomst van de rechter

Met de Wet wordt ook het inzagerecht van art. 843a en b Rv ondergebracht bij de andere bewijsmiddelen in het nieuwe art. 194 Rv en verder, en vereenvoudigd en aangevuld. Zo bepaalt de Wet dat zowel partijen bij een geschil, als derden verplicht zijn mee te werken aan een verzoek van een andere partij om gegevens te verstrekken. Volgens de MvT is dit een goedkoop, snel en betrouwbaar alternatief voor een voorlopig getuigenverhoor of een deskundigenbericht.<sup>20</sup> Het inzagerecht wordt hiermee gepositioneerd als gelijkwaardig aan een voorlopig getuigenverhoor of een deskundigenbericht, en zelfs beter.

Weigert een partij of een derde om aan een inzageverzoek mee te werken, dan kan de verzoeker een inzageverzoek indienen bij de rechter. Is het inzageverzoek gericht aan een partij die een overheidsinstantie is, dan kan deze overheidsinstantie zich niet op de beperkingen van de Wet open overheid (Woo) beroepen. Is die overheidsinstantie geen partij, maar slechts een derde, dan is zij alleen verplicht om inzage te verstrekken voor zover zij daar onder de Woo toe verplicht zou zijn (art.194 lid 3 Rv-nieuw).

Niet iedere partij zal er op durven of kunnen vertrouwen dat de gegevens waarin inzage wordt verzocht, ook nadat het inzageverzoek is gedaan beschikbaar blijven. (Digitale) gegevens waarin inzage wordt verlangd, kunnen immers voordat de rechter op het inzageverzoek heeft beslist, eenvoudig worden weggemaakt. De Wet geeft die partijen de mogelijkheid om na verlot van de voorzieningenrechter conservatoir bewijsbeslag te leggen (art. 205 en art 206 Rv-nieuw) of de deurwaarder een proces-verbaal van bevindingen te laten opstellen van zijn waarneming van bepaalde feiten (art. 207 Rv-nieuw). Wie een deurwaarder wil inschakelen om op eigen terrein waarnemingen te doen, heeft daarvoor overigens geen verlot nodig. Verlot is alleen nodig waar het de waarneming van feiten betreft op een niet voor het publiek toegankelijke plaats.

17 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 92.

18 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 14.

19 J. de Haan, 'Over Kraaienpoten en 'sinkholes'. Een kritische blik op het afdoen op de stelplicht', AA mei 2021, p. 450.

20 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 15.

## 7. Weigeren mag, bij gewichtige redenen

Een partij of derde hoeft niet mee te werken aan een inzageverzoek wanneer hij zich kan beroepen op een verschoningsrecht of een gewichtige reden heeft die zich verzet tegen het geven van inzage. Dit laatste kan het geval zijn wanneer het gaat om vertrouwelijke stukken.

De wetgever laat de uitleg van het begrip ‘gewichtige reden’ over aan de rechtspraak. Wel maakt de wetgever alvast duidelijk dat de bescherming van een bedrijfsgeheim zo’n gewichtige reden kan zijn. Ook als de inbreuk op dat bedrijfsgeheim niet de kern of de aanleiding van het geschil vormt.<sup>21</sup> Bedrijfsgeheimen zijn gegevens die geheim zijn en handelswaarde hebben omdat ze geheim zijn (art. 1 Wbb). Ze zijn beschermd zolang zij geheim zijn en zolang de recht-hebbende zich redelijkerwijs inspant om dit geheime karakter te handhaven.<sup>22</sup> De weigering om te voldoen aan een inzageverzoek kan in dat licht zelfs noodzakelijk zijn om ook daarna nog aanspraak te kunnen maken op bescherming. Ook daarom is het belangrijk in handelscontracten geheimhouding en beperking van het gebruik van vertrouwelijke gegevens te regelen.

De rechter kan bepalen dat wanneer kennisneming van gegevens door een partij de bescherming van bedrijfsgeheimen onevenredig zou schaden, alleen een gemachtigde die advocaat is of die bijzondere toestemming van de rechter heeft gekregen, de gegevens mag inzien (het gewijzigde art. 22a Rv). Nieuw is dat een partij nu ook zelf aan de rechter kan meedelen dat hij bepaalde stellingen op vertrouwelijke basis wil toelichten of gegevens wil overleggen in de procedure op zo’n manier dat alleen de rechter en de gemachtigde daarvan kennis mogen nemen (art. 22 lid 7 Rv-nieuw).

## 8. Partijen kunnen ook zelf initiatief nemen

De actievare rol van de rechter tijdens een eenmaal aanhangige procedure staat er niet aan in de weg dat partijen – zo lang er nog geen procedure aanhangig is – kunnen proberen zelf zo veel mogelijk initiatief te nemen.

### 8.1 Procesovereenkomst

Partijen kunnen tot op zekere hoogte afwijken van het burgerlijk procesrecht.<sup>23</sup> Wie aanspraak wil maken op één of meer voorlopige bewijsverrichtingen, kan proberen van te voren al zo veel mogelijk drempels voor toewijzing van zijn verzoek te slechten. Zo kunnen partijen al direct in hun overeenkomst afspreken dat de andere partij op voorhand instemt met een eventueel voorlopig getuigenverhoor of gehouden is bepaalde informatie en bescheiden te verstrek-

ken als de wederpartij daarom vraagt. Zij doen hiermee in zoverre afstand van het recht verweer te voeren tegen een dergelijk verzoek. Het gaat hierbij niet om afstand van het recht inhoudelijk verweer te voeren tegen de vordering zelf, maar om een afspraak die de waarheidsvinding beoogt te bevorderen.

Dan hoeft – in ieder geval waar het een inzageverzoek betreft – niet de moeizame weg van de preprocesuele bewijsverrichtingen te worden bewandeld. De partij die inzage wenst, kan simpelweg nakoming vorderen van een contractuele verplichting om inzage te geven in vooraf bepaalde gegevens. Voor een voorlopig getuigenverhoor is uit de aard der zaak wel medewerking van de rechter nodig. Die zal het verzoek toetsen aan de weigeringsgronden van het nieuwe art. 196 Rv. Bij gebrek aan verweer zal allicht de kans op toewijzing van het verzoek groter zijn.

**De actievare rol van de rechter tijdens een eenmaal aanhangige procedure staat er niet aan in de weg dat partijen kunnen proberen zelf zoveel mogelijk initiatief te nemen**

Natuurlijk is het dan wel zinnig om procesafspraken in te kaderen. Waarom niet op voorhand afspreken dat in geschillen over de uitleg van een overeenkomst partijen instemmen met ieder verzoek om een voorlopig getuigenverhoor van de met name genoemde onderhandelaars? Of dat partijen zich verplichten om desgevraagd op eerste verzoek van de andere partij, vooraf gespecificeerde gegevens met die andere partij te delen?

Het staat partijen ook vrij om contractueel vast te leggen wat wel of juist niet kwalificeert als bedrijfsgeheim of te bepalen dat desondanks toch contractueel recht op inzage bestaat. Een dergelijk contractueel inzage-recht kan geclausuleerd worden door bijvoorbeeld te bepalen dat alleen een accountant of notaris, onder voorwaarde van geheimhouding, van die gevoelige informatie kennis mag nemen en verplicht is bepaalde gegevens onleesbaar te maken voordat inzage of afschrift wordt verstrekt.

Met gerichte procesafspraken ruimen partijen eventuele verweren tegen voorlopige bewijsverrichtingen die binnen het raam van die afspraken vallen, al zo veel mogelijk bij voorbaat uit de weg. Beide partijen kunnen dan bij een (dreigend) geschil sneller hun procespositie bepalen en een eventuele procedure goed voorbereiden, of beter nog, in de kiem smoren.

### 8.2 Bewijsovereenkomst

Met een bewijsovereenkomst kunnen partijen de verdeling van de bewijslast regelen, tegenbewijs uitsluiten en/of de omvang of zwaarte van de bewijslast regelen of beïnvloeden door dwingende of exclusieve bewijswaarde toe te kennen

21 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 189.

22 P.J. van der Korst, ‘Bedrijfsgeheimen wettelijk en contractueel beschermd’, *ORP* 2020/112 (afl. 6).

23 M.W. Knigge, *De Procesovereenkomst, Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 76 e.v.

aan bepaalde bewijsmiddelen.<sup>24</sup> Partijen kunnen bijvoorbeeld afspreken dat het bestaan van een bepaalde verplichting uitsluitend kan worden bewezen door het overleggen van specifieke gegevens. Of welke deskundige de kwaliteit van het te leveren product zal beoordelen.

Partijen moeten wel een beroep doen op een tussen hen gesloten bewijsovereenkomst. De rechter toetst dit niet ambtshalve.

Beperkende afspraken die zijn opgenomen in een bewijsovereenkomst als bedoeld in art. 153 Rv vallen buiten de preprocesuele informatieplicht die de wetgever als lid 2 aan art. 21 Rv wilde toevoegen.<sup>25</sup> Wij leiden hieruit af dat ook volgens de wetgever partijen met een bewijsovereenkomst actief sturing kunnen geven aan hetgeen zij in de procedure aan feiten en onderbouwende stukken naar voren dienen te brengen.

Hierbij dient bedacht te worden dat het enkel contractueel uitsluiten van bepaalde gegevens als bewijsmiddel nog niet betekent dat een partij die gegevens als zodanig niet aan de rechter mag voorleggen (en dus in het kader van de stelplicht onder de aandacht van de rechter brengen). Een bewijsovereenkomst heeft immers geen obligatoire werking. De rechter mag dat bewijsmiddel niet betrekken bij de vraag of een bepaald feit *bewezen* is.<sup>26</sup> Partijen moeten er wel rekening mee houden dat de rechter dat bewijsmiddel en de stellingen die partijen daarover innemen, wel kan betrekken bij de vraag of bepaalde stellingen al dan niet voldoende gemotiveerd gesteld, respectievelijk betwist zijn.

Een bewijsovereenkomst kent ook inhoudelijke beperkingen. Zo blijft een bewijsovereenkomst buiten toepassing wanneer deze betrekking heeft op feiten die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Ook uit het Burgerlijk Wetboek kan volgen dat een bewijsovereenkomst geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijft. Zo kan een beroep op een (beding uit een) bewijsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Een bewijsovereenkomst kan ook nietig zijn op grond van art. 3:40 BW in geval van strijd met de goede zeden en de openbare orde, of nietig respectievelijk vernietigbaar wegens strijd met een dwingende wetsbepaling, bijvoorbeeld art. 6:233 sub a of art. 6:236 sub k BW (consumentenrecht).

Willen partijen op voorhand afspraken maken over hoe zij zullen omgaan met bewijslast en bewijslevering, dan hoeft dat geen aparte overeenkomst te zijn. Dit kan ook in de primaire overeenkomst. Ook een niet als zodanig benoemde afspraak kan gelet op de inhoud ervan een bewijsovereenkomst zijn. Zo kan de verplichting om bepaalde gegevens

geheim te houden, effectief een bewijsovereenkomst zijn. De Hoge Raad oordeelde echter al eens dat vanwege het algemeen maatschappelijk belang van waarheidsvinding niet te snel mag worden aangenomen dat een overeenkomst een bewijsovereenkomst bevat die ertoe strekt een bewijsmiddel uit te sluiten. Als dat de bedoeling is van partijen, dan dienen zij een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling in de overeenkomst op te nemen.<sup>27</sup>

Bij dit alles moet men niet vergeten dat een halve waarheid vaak net zo ernstig is als een hele leugen. De mogelijkheid om bij de rechter feiten en documenten weg te houden die een heel ander licht op de zaak laten schijnen, behoort naar Nederlands recht geen applaus te krijgen.<sup>28</sup>

### Met gerichte procesafspraken ruimen partijen eventuele verweren tegen voorlopige bewijsverrichtingen die binnen het raam van die afspraken vallen, al zo veel mogelijk bij voorbaat uit de weg

Het is immers vaste rechtspraak dat het maatschappelijk belang dat bij de rechter de waarheid op tafel komt te liggen, zwaar weegt.<sup>29</sup> Waarheidsvinding is cruciaal voor de geloofwaardigheid van de rechterlijke macht en de rechtsstaat.<sup>30</sup>

#### 8.3 Bewaarplicht en vernietigingsplicht

Een ander aspect waar partijen zelf initiatief kunnen nemen, betreft de gang van zaken rond het bewaren en vernietigen van gegevens. De domeinenleer brengt mee dat lichtere eisen aan de stelplicht kunnen worden gesteld wanneer de voor de onderbouwing benodigde gegevens zich bevinden in het domein van de wederpartij en zij daar geen toegang toe heeft.<sup>31</sup> Maar, dit is wel afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>32</sup>

27 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, NJ 2010/471.

28 HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, r.o. 3.5: 'Het oordeel van het Hof dat het weergeven van feiten die op zichzelf juist zijn, in combinatie met het verzwijgen van andere feiten die voor de interpretatie van de weergegeven feiten essentieel zijn, in het onderhavige geval kan worden aangemerkt als het verspreiden van leugenachtige berichten in de zin van art. 334 Sr, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is evenmin onbegrijpelijk.'

29 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421 (Telegraaf c.s./De Staat), NJ 2009/451, (...) slechts van gewichtige redenen sprake kan zijn indien de concrete omstandigheden van het geval de belangen waarop de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de verlangde inlichtingen of stukken zich in het bijzonder richt, zwaarder wegen dan het zwaarwegende maatschappelijke belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt.'

30 E.F. Groot, 'Het voorlopig getuigenverhoor', in: *Burgerlijk Proces & Recht nr. XVII* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 344-345. Nummer 349 Waarheidsvinding: 'Naast de – in gevallen van bewijsnood ook dringende – behoefte aan informatie, wordt terecht grote waarde gehecht aan het beginsel van waarheidsvinding. Het nemen van beslissingen op grond van de volledige en werkelijke feiten in civiele procedures wordt breed gedragen in onze moderne en ontwikkelde samenleving en is cruciaal voor de geloofwaardigheid van de rechterlijke macht en de rechtsstaat.'

31 HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, r.o. 3.2.

32 HR 22 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:324, r.o. 3.23 en 3.27.

24 Asser procesrecht/ Asser 3, 2023/105.

25 Krans & Reynders, Parl. gesch. Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht 2024, p. 115.

26 M.W. Knigge, *De Procesovereenkomst, Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 232 en 233.

De Wet legt sterk de nadruk op het belang van het uitwisselen van gegevens tussen partijen. Het nieuwe art. 194 Rv kent partijen zelfs een rechtstreekse aanspraak toe op medewerking aan een inzageverzoek. Dit is met het oog op het belang van waarheidsvinding te billijken. Zo zal het antwoord op de vraag hoe een bepaald beding moet worden uitgelegd en of, en zo ja hoe, een partij aan z'n zorgplicht heeft voldaan, vaak in e-mails, gespreksverslagen, WhatsApp-berichten etc. besloten liggen.

We lopen er echter regelmatig tegenaan dat partijen mailboxen van vertrekkende medewerkers deleten op privacy gronden, of dat oude klantdossiers ontoegankelijk zijn geworden omdat men op een nieuw systeem is overgegaan en besluit al afgesloten klantdossiers niet meer naar het nieuwe systeem over te zetten. Dat kan serieuze spanning opleveren met de wens of noodzaak een vordering of verweer te onderbouwen.

Bijvoorbeeld, de ratio van de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW brengt mee dat de schuldenaar die zich op schending van de klachtplicht beroept, moet stellen en onderbouwen dat hij in zijn belangen is geschaad.<sup>33</sup> Daar zijn gegevens voor nodig. Ditzelfde geldt voor een beroep op verjaring. De aanvang van de korte verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW) wordt steeds diffuser. Deze start op het moment waarop de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat z'n schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke partij. Wanneer de benadeelde partij over een bepaalde mate van kennis en inzicht moet beschikken om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen, zoals bij de zorgplicht het geval is, is die zekerheid er pas op het moment dat die kennis en dat inzicht voorhanden zijn.

Houdt de schuldeiser zich van de domme, dan komt het er voor de schuldenaar op aan dat hij nauwgezet kan stellen en onderbouwen wat er destijds precies tussen partijen is uitgewisseld en tot welke inzichten dat bij de schuldeiser heeft geleid.<sup>34</sup> En dat blijkt niet altijd eenvoudig. Zelfs niet waar het relatief recente gebeurtenissen (van slechts een paar jaar terug) aangaat. Dat klinkt paradoxaal omdat steeds grotere hoeveelheden met name digitale gegevens worden geproduceerd. Die gegevens worden echter niet onbeperkt bewaard. Dat kan gelet op de kosten die met het opslaan en toegankelijk houden van data zijn gemoeid, ook niet altijd van partijen worden gevegd.

Daar komt nog bij dat juist die e-mails, gespreksverslagen en WhatsApp-berichten naar hun aard persoonsgegevens bevatten. Persoonsgegevens mogen gelet op art. 5.1 AVG alleen bewaard worden voor de doeleinden waarvoor ze zijn verzameld en moeten als ze daarvoor niet nodig zijn,

worden vernietigd of geanonimiseerd. Daarmee zijn ze niet langer beschikbaar als bron van informatie of bewijs.

Ook dit vraagt om heldere afspraken. Waarom niet op voorhand afspreken welke gegevens voor hoe lang zullen worden bewaard door de partij in wiens domein deze liggen? Dat schept duidelijkheid voor de potentiële schuldeiser. Die weet dan wanneer hij zich uiterlijk tot z'n wederpartij dient te wenden om zo nodig toegang tot gegevens veilig te stellen. Doet hij dat niet, dan kan de partij in wiens domein de gegevens eerder lagen, bezwaarlijk worden nagedragen dat hij niet kan voldoen aan een inzageverzoek of onvoldoende gegevens kan aandragen ter onderbouwing van z'n betwisting in een eventueel geschil.

## 9. Tot slot

De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht beoogt een verbetering van de waarheidsvinding en een versterking van de rol van de rechter. Dat is in het belang van alle partijen

Met de Wet is het belang van informatie en bewijsvergaring in de preprocesuele fase alleen maar toegenomen. De horde van de stel- en bewisplicht lijkt in ieder geval nog weer een stukje hoger te zijn gelegd. Een actievere rechter vraagt zo mogelijk nog actievere partijen. Dat begint niet pas wanneer er een geschil dreigt te ontstaan, en ook niet in de preprocesuele fase. Dat begint al bij het sluiten van de overeenkomst. Dat is het moment voor het maken van afspraken waarmee een vlotte toegang tot gegevens kan worden geregeld.

Hiervoor deden wij een aantal suggesties voor het vastleggen van proces- en bewijsafspraken. Denk onder meer aan het op voorhand instemmen met het horen van bepaalde personen als getuige over een concreet bewijsthema, of het maken van afspraken over de vraag met welke gegevens of met behulp van welke deskundige een bepaald feit kan worden bewezen, en welke gegevens al dan niet op verzoek dienen te worden verstrekt en onder welke voorwaarden. Een bewijsovereenkomst kan hierbij behulpzaam zijn. Proces- en bewijsafspraken zijn zoals alle overeenkomsten onderhevig aan beperkingen.

Afspraken over het opslaan, bewaren, opvragen en uiteindelijk vernietigen van gegevens tenslotte, kunnen wellicht de scherpe kantjes van de domeinleer verzachten door de (potentiële) eiser ertoe aan te zetten zich proactief op te stellen en tijdig gegevens op te vragen.

*Dit artikel is afgesloten op 8 oktober 2024.*

### Over de auteurs

**Mr. T.R.B. (Tim) de Greve**

Advocaat te Amsterdam bij Stibbe advocaten.

**Mr. P.M. (Petra) Vos**

Advocaat te Amsterdam bij Stibbe advocaten.

33 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497, m.nt. Hijma

34 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187, m.nt. Smeehuijzen.