



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht en artikel 24 lid 2 Rv: eindelijk 'een nieuwe balans'!

Ahsmann, M.J.A.M.

Citation

Ahsmann, M. J. A. M. (2021). Het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht en artikel 24 lid 2 Rv: eindelijk 'een nieuwe balans'!. *Tijdschrift Voor De Procespraktijk*, 2021(1), 1-4. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277116>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277116>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht en artikel 24 lid 2 Rv: eindelijk ‘een nieuwe balans’!

M.J.A.M. AHSMANN*

Met rode oortjes las ik kort na 18 juni 2020 het op die datum bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht.¹ Wat had de minister gedaan met alle adviezen en artikelen die waren verschenen sinds de publicatie van het conceptwetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht?² Zou hij ons huidige *civil law*-stelsel overboord gooien in ruil voor een ander stelsel: de *common law*?³ Ik werd al snel gerustgesteld. Want enkele, wat mij betreft, te verre gaande adviezen had de minister niet opgevolgd, althans afgezwakt, terwijl hij (in mijn ogen) enkele zinvolle voorstellen tot aanpassing had overgenomen. Het wetsvoorstel scherpt de al in 2002 (en 2019⁴) ingezette koers aan om op voorhand de relevante informatie en het bewijsmateriaal te verzamelen (art. 21 lid 2 en art. 120 lid 4), maar beoogt op dit punt geen fundamentele wijziging (memorie van toelichting (MvT), p. 22). Cruciale gegevens mogen niet zonder goede reden ontbreken, en terecht. Het gaat om gegevens waarover partijen ‘beschikken of redelijkerwijs’ kunnen beschikken en die ‘redelijkerwijs voorzienbaar’ van ‘belang zijn’ voor de beoordeling (de dubbele redelijkheidstoets). Pas indien daaraan niet wordt voldaan, is een sanctie op haar plaats. Het is een inspanningsverplichting voor partijen; een voorlopige bewijsverrichting is daarom niet vereist.

Deze informatieplicht sluit aan bij de al bestaande substantiëringsplicht (art. 111 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) en bewijsaandragplicht (art. 85 lid 1 Rv en art. 128 lid 5 Rv). Het belang van de

waarheidsplicht wordt verder onderstreept met de verplichting om informatie ter beschikking te stellen aan de wederpartij (art. 194 lid 1 en 2). Al deze verplichtingen dragen eraan bij dat de mondelinge behandeling als sluitstuk van de procedure een goede kans van slagen kan hebben.

Het wetsvoorstel verduidelijkt voorts de rol van de rechter op de zitting (art. 24 lid 2), stroomlijnt bepaalde regelgeving – één verzoek voor alle voorlopige bewijsverrichtingen (inclusief het inzageverzoek) in artikel 196 Rv met dezelfde toetsingscriteria⁵ – en vereenvoudigt deze door het laten vervallen van de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring uit artikel 164 lid 2 Rv. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om getuigen te horen (art. 166 Rv), waarbij het prognoseverbod overeind is gebleven; de voorgestelde inperking van het recht op getuigenbewijs is ongedaan gemaakt. De bepalingen over de stelplicht/bewijslastverdeling, de spil van het geding, zijn ongewijzigd. Het komt erop neer dat het goede van beide stelsels met elkaar is vervlochten tot een bruikbaar hanteerbaar procesmodel.

Als men echter bedenkt hoeveel inspanningen en vernuft in alle voorbereiding zijn gestoken, mag het resultaat enigszins pover worden genoemd. Het wetsvoorstel komt zes jaar nadat de Minister van (toen) Veiligheid en Justitie in 2014 een commissie had ingesteld om hem te adviseren over de modernisering van het burgerlijk bewijsrecht, meer in het bijzonder om

* Mw. prof. mr. M.J.A.M. (Margreet) Ahsmann is rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag, emeritus bijzonder hoogleraar Rechtspleging aan de Universiteit Leiden en lid van de redactie van dit tijdschrift.

1. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 2 (voorstel van wet), nr. 3 (MvT), nr. 4 (advies Raad van State en nader rapport), *Kamerstukken II* 2020/21, 35498, nr. 5 (verslag); hierna: het wetsvoorstel. Na afsluiting van deze bijdrage verscheen een aflevering van het *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2020, afl. 6) waarin zes auteurs hun visie hebben gegeven op het wetsvoorstel.
2. Concept voor het wetsvoorstel aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht.
3. Kritisch over het conceptwetsvoorstel onder meer: R. Ubels & T. van Amsterdam, ‘Een kritische beschouwing over het Wetsvoorstel ter vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht’, *TCR* 2019-1, p. 22-32; Y.A. Wehmeijer & E.M. Hoogervorst, ‘Naar een moderner burgerlijk bewijsrecht?’, *TCR* 2018-1, p. 1-9.
4. Wet van 3 juli 2019 waarbij het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is gewijzigd in verband met (onder meer) de verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (*Stb.* 2019, 241).
5. Vgl. echter J. Ekelmans, ‘Moet een drempel van aannemelijkheid worden genomen om recht te hebben op inzage in gegevens op grond van art. 843a Rv?’, *MvV* 2020, afl. 11, p. 379-385.

het in artikel 843a Rv neergelegde inzagerecht in een bredere context te verduidelijken.⁶ Het in april 2017 uitgebrachte advies vormde het uitgangspunt voor het conceptwetsvoorstel bewijsrecht (2018).⁷ Zonder empirisch onderzoek naar het functioneren van onze civiele procedure werden wederom op tamelijk intuïtieve basis voorstellen gelanceerd. Er zijn geen hypothesen geformuleerd die getoetst zijn, bijvoorbeeld de aanname dat door een vroege bewijsgaring met verregaande sancties partijen eerder zelf tot oplossing van hun geschil komen, dat aldus teleurstelling over de afloop van de procedure voorkomen zou kunnen worden, of dat de rechterlijke macht voldoende capaciteit zou hebben om méér verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen in goede banen te leiden. Het ontbreken van een deugdelijk feitelijk fundament en het dientengevolge beperkte zicht op wat de consequenties van de ingrijpende wijzigingsvoorstellen zouden kunnen zijn, had zich al eerder gewroken bij de procesrechterziening van 2016 (de inmiddels weer afgeschafte KEI-wetgeving ('Kwaliteit en Innovatie')). Wat blijkt namelijk nogal eens het geval te zijn? Datgene wat als oplossing zou kunnen dienen voor het ene probleem, roept vervolgens een of twee andere problemen in het leven. Ter toelichting.

Het bevorderen van zonder tegenspraak tot stand gekomen schriftelijke verklaringen die nog slechts op de zitting afgetikt behoeftenden te worden, zoals het conceptwetsvoorstel beoogde, kan niet leiden tot een betere waarheidsvinding in rechte.⁸ De verstrekkende preprocesuele informatieverzamelingsplicht zou ongetwijfeld resulteren in een hogere werkbelasting van rechters, want, afgezien van de toename van het aantal voorlopige bewijsverrichtingen, er wordt nu al geklaagd over de omvang van processtukken door te uitvoerige en weinig ter zake dienende betogen, waarbij stemmen opgaan om een maximale omvang aan processtukken te stellen.⁹ Het is mijns inziens dan ook zeer de vraag of de – wat mij betreft terecht geschrapte – wijzigingsvoorstellen zouden hebben bijgedragen aan verbetering van de doorlooptijd en de kosten van de civiele procedure. Verregaande ingrepen richting *common law* kunnen immers ook leiden tot meer juridisering van het conflict in de voorfase, daardoor tot hakken in het zand in de procedure en minder schikkingen waardoor ze aldus eerder contraproductief werken.

De gehele twintigste eeuw is in de literatuur benadrukt dat hét instrument bij uitstek voor versnelling een door partijen en rechter goed voorbereide mondelinge be-

handeling is met het bieden van ruimte op de zitting voor gespreksvoering door een actieve rechter. Cijfers over doorlooptijden laten zien dat de in 2002 standaard ingevoerde comparitie na antwoord efficiënt en effectief is, terwijl uit ander onderzoek blijkt dat een mondelinge behandeling de procedurele rechtvaardigheid bevordert. Des te opvallender is het daarom dat het rapport van de expertgroep, en in het verlengde daarvan het conceptwetsvoorstel en het wetsvoorstel, slechts beperkte aandacht aan de dag heeft gelegd voor het optreden van de rechter voorafgaand en op de zitting.

Internationaal bestaat consensus over de toegevoegde waarde van een actieve rol van de rechter, zo blijkt uit aanbevelingen van de Raad van Europa en de *Transnational Principles of Civil Procedure*.

Voor de formele procesleiding – de rechter neemt met het oog op de proceseconomie initiatieven om de procedure binnen redelijke termijn af te ronden – is dat in Nederland sinds 2002 inmiddels volledig geaccepteerd.¹⁰ Maar over de rol van de rechter bij de inhoudelijke kant van de zaak – de materiële procesleiding – wordt verschillend gedacht. Wettelijke bepalingen over de manier waarop de rechter op de zitting te werk zou kunnen gaan, ontbreken. Dat heeft sinds 2002 geleid tot onduidelijkheid bij rechters en onbegrip bij advocaten over wat de taak van de rechter is bij de comparitie, thans mondelinge behandeling geheten. Het in 2019 ingevoerde artikel 87 lid 2 Rv helpt de rechter niet verder omdat het slechts codificatie is van hetgeen in 2002 al in de artikelen 87 en 88 Rv was bepaald.

Artikel 24 Rv in het conceptwetsvoorstel bewijsrecht

Onuitroeibaar lijkt de opvatting te zijn dat de rechter ingevolge artikel 24 Rv zich 'lijdelijk' moet opstellen. Dit frame dwingt hem in een korset waarin hij niet thuisheert, maar het vormt wel steeds weer hét argument om hem een vooral zwijgende sfinx op de zitting te doen zijn. Deze oppervlakkige typering maakt echter niet duidelijk wat de rechter wél mag. In het conceptwetsvoorstel bewijsrecht is daaraan aandacht besteed door artikel 24 Rv op twee punten aan te passen. Aan de bestaande tekst 'De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verzoek ten gronde hebben gelegd', werd toegevoegd: 'en op hetgeen verder tijdens het geding aan de rechter ter kennis is gekomen'. Voorts werd een nieuw lid 2 voorgesteld, dat luidde: 'De rechter kan partijen ambtshalve wijzen op mogelijkheden om de

6. Advies van de expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht bestaande uit A. Hammerstein (voorzitter), W.D.H. Asser en R.H. de Bock, alsmede drie medewerkers vanuit het Ministerie van Veiligheid en Justitie, uitgebracht aan de Minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Den Haag: Boom juridisch 2017; ook raadpleegbaar onder *Kamerstukken II 2016/17, 29279*, nr. 384, bijlage.

7. Een conceptwetsvoorstel is een ambtelijke tekst die (samen met een door ambtenaren geschreven MvT) ter consultatie aan relevante partijen wordt gezonden en waaraan de minister zich nog niet heeft gebonden. In de literatuur wordt een 'conceptwetsvoorstel' nog wel eens ten onrechte als 'wetsvoorstel' geduid; vgl. bijv. noot 3.

8. M.J.A.M. Ahsmann, 'De schriftelijke verklaring: drempel voor een snelle en eerlijke procedure', *TvPP* 2020, afl. 2, p. 25-28.

9. Met ingang van 1 april 2021 voeren de hoven een bladzijdenlimiet in: maximaal 25 pagina's voor memories en 15 pagina's voor overige stukken. Vgl. R. Boonekamp, 'De uitdijning van civiele processtukken en het luisterend oor van de rechter', in: R.H. de Bock, R.J.Q. Klomp & E.L. Schaafsma-Beversluis (red.), *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 31-38.

10. M. Ahsmann, 'Formele en materiële procesleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling', *TvPP* 2017, afl. 2, p. 48-55.

grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen.'

Beide wijzigingen leidden tot kritische reacties en discussie. De toevoeging in lid 1 leek verwarrend en overbodig. De rechter moet al vanaf het begin van de negentiende eeuw letten op de feiten die in de loop der procedure ter ondersteuning van vordering en verweer zijn aangevoerd (tenzij sprake is van strijd met art. 130 Rv). Dit beginsel is in 1988 geëxpliciteerd in artikel 149 lid 1 Rv: de rechter mag slechts die feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen 'die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld'. De wetgever maakt dus een dogmatisch onderscheid tussen de wijze waarop de rechter kennis krijgt van feiten. Bepaalde feiten mag de rechter aan producties ontleen of aan hetgeen op de comparitie is besproken, ongeacht dus of ze zijn 'gesteld'. Dat geldt echter niet voor rechtsfeiten; die moeten zijn 'gesteld' wil de rechter er rekening mee kunnen houden.¹¹ Dat volgt immers uit artikel 24 Rv, dat (eveneens) in 1988 is opgenomen, en wel als complement van artikel 149 Rv. De voorgestelde toevoeging in lid 1 had dus geen zelfstandige betekenis, want zij vormde een doublure met artikel 149 lid 1 Rv. Zij is dan ook terecht in het wetsvoorstel geschrapt.

Ook over artikel 24 lid 2 van het conceptwetsvoorstel – het mogen wijzen op het aanvullen van de grondslag – rees onduidelijkheid: zag deze bevoegdheid tot suggesties ook op 'veranderen' of 'vermeerderen' van de grondslag én van de eis (in lijn met art. 130 Rv)? Mocht de rechter voortaan buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden en kreeg hij aldus een actievere rol om in de procedure aan waarheidsvinding te doen? Anders gezegd: gaf lid 2 de rechter nu wél of niet eigen ruimte om buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden? Dat leek namelijk uit de voorgestelde wettekst opgemaakt te kunnen worden, maar bleek niet uit de MvT. Blijkens de MvT zou de rechter 'vragen kunnen stellen over de feitelijke stellingen die zij hebben ingenomen en zodoende sturing geven aan het partijdebat'. Die mogelijkheid bestond echter al sinds lang; daartoe was immers juist de inlichtingencomparitie in het leven geroepen. Ook het aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 26 september 2003 (*Regiopolitie/Hovax*) verschaftte geen duidelijkheid (MvT, p. 19). Blijkens dat arrest mocht de rechter ambtshalve een rechtsfeit – het 'eigenschuldverweer' – aan de orde stellen, maar wel bij wijze van uitzondering en onder strikte voorwaarden. De vraag of de door de Hoge Raad geformuleerde voorwaarden met het nieuwe lid 2 overeind bleven, werd niet beantwoord. Relevant voor de praktijk was namelijk of de rechter een partij er bijvoorbeeld op mocht wijzen dat sprake is van verjaring als de gepresenteerde feiten de indruk *kunnen* wekken dat een beroep daarop wel openstaat. En mag (moet) de rechter de wederpartij dan wijzen op een stuitingsbrief die bij de stukken zit maar waarop geen beroep is gedaan? Hoe behoedzaam moet de rechter kortom te werk gaan?

Het is een heikel onderwerp dat de kern betreft van de rol van de rechter versus de rol van partijen: in hoeverre mag de rechter ingrijpen in het partijdebat?

Artikel 24 Rv in het wetsvoorstel bewijsrecht

Het wetsvoorstel gaat niet verder de ingeslagen weg van het conceptwetsvoorstel in, handhaaft de bestaande tekst van het eerste lid – 'De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verzoek ten gronde hebben gelegd' – en kiest voor een nieuwe formulering van artikel 24 lid 2 Rv: 'De rechter kan binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve met partijen de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer bespreken.' Daarmee is het vruchtbare samenspel tussen rechter en partijen *op de zitting* verduidelijkt, maar dus niet fundamenteel veranderd ten opzichte van wat in de bestaande praktijk al mogelijk is. Het artikel is bedoeld om daarmee, zoals in de MvT staat, buiten twijfel te stellen dat de rechter het partijdebat kan bijsturen door ambtshalve *de feitelijke grondslag* van de vordering of het zelfstandige verweer met partijen te bespreken.¹² De rechter heeft echter geen vrijbrief om ook buiten de rechtsstrijd aanvullingen te doen, zoals het conceptwetsvoorstel bewijsrecht nog leek te suggereren. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de feitelijke grondslag te bespreken door daarover opmerkingen te maken en vragen te stellen in het licht van de door hem verlangde feitelijke beslissing die recht doet aan de materieelrechtelijke werkelijkheid. Met een open gesprek over grondslag en verweer en een ten opzichte van beide partijen welwillende houding blijft hij de partijautonomie respecteren en dus artikel 24 lid 1 Rv.¹³ Niets nieuws dus, maar wel duidelijkheid die misverstanden kan voorkomen. Inherent aan rechtspraak is dat de rechter zich met de feiten bemoeit. Dat is zijn taak. De rechter mag dus het initiatief nemen – actief zijn – om meer informatie te vergaren en zo een vollediger zicht op de feiten te krijgen en leemtes in het relaas aan te vullen. Hij mag aan partijen zowel over de feiten als over het juridisch kader opheldering en uitleg vragen. Hij mag ook argumenten die uit het partijdebat voortvloeien met partijen bespreken als daarvoor aanknopingspunten zijn. Anders gezegd: die redelijkerwijs uit de processtukken kunnen worden afgeleid, daarin kunnen worden ingelezen of die min of meer in het verlangde liggen van wat wel is aangevoerd. Dat kan betekenen dat als een partij aan een feitelijk gegeven géén of een onjuist rechtsgevolg heeft verbonden de rechter dat aan de orde kan stellen. Van elk een voorbeeld.

Als een partij zegt: 'Ik kan het me allemaal niet meer zo goed herinneren omdat het al zo lang geleden is', dan mag de rechter vragen: 'Bedoelt u zich op (bevrijdende) verjaring te beroepen?' (MvT, p. 29). Dat daarmee rechtsfeiten boven water komen die anders buiten het partijdebat zouden vallen, is inherent aan de mondelinge behandeling en de bespreking van de feitelijke

11. Zie verder M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 110 e.v.

12. *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 9 en 28-31 (MvT).

13. Zie verder Ahsmann 2020, p. 175 e.v.

grondslag en het verweer. Als zij echter de vraag ontkenkend beantwoordt, houdt de verantwoordelijkheid van de rechter op; de partijautonomie blijft in zoverre overeind.

Tweede voorbeeld. Als een partij met een beroep op wanprestatie concludeert tot afwijzing van de vordering dan mag de rechter vragen hoe hij het gevorderde moet begrijpen; dus: hoe haar verweer past bij de gevraagde afwijzing. Van rechtswege hoort immers bij de grondslag wanprestatie ontbinding van de overeenkomst of opschorting van de verbintenis. De rechter mag niet ambtshalve een keuze maken, omdat dat zou leiden tot een verrassingsbeslissing, maar hij mag het wel aan de betreffende partij voorleggen omdat zij een voldoende gemotiveerd beroep op wanprestatie heeft gedaan. De rechter mag dus niet zelfstandig 'een draai' aan het partijdebat geven door uit eigen beweging over stuiting van de verjaring te beginnen als daar geen aanleiding toe is, ook al zit de brief bij de producties.¹⁴ Hij is in zoverre geen eigenaar van de zaak.

Conclusie

De minister heeft met het wetsvoorstel ten langen leste evenwicht gecreëerd en aldus wat mij betreft 'een nieuwe balans' tot stand gebracht, waarvoor het driemanschap dat aan de wieg heeft gestaan van alle procesrechterzoningen van deze eeuw zich zo heeft ingespannen.¹⁵ Het burgerlijk procesrecht is gelukkig niet overhoop gehaald. Enerzijds worden de procespartijen nog meer aangesproken op hun verantwoordelijkheid loyaal bij te dragen aan een snelle procesvoering. Anderzijds wordt geëxpliciteerd dat de rechter een actieve rol kan spelen op de zitting. De rechter behoeft daarentegen niet het werk van advocaten te doen.¹⁶ Een ten aanzien van de grondslag actieve rechter zal bij kunnen dragen aan een eerlijke uitkomst van de procedure, die overeenstemt met de materieelrechtelijke rechtspositie van partijen. De waarheidsplicht van partijen tegenover de rechter en tegenover elkaar, verankerd in artikel 21 Rv, kan niet worden gerealiseerd zonder een actieve rechter op de mondelinge behandeling.

Het is uiteraard onzeker of het wetsvoorstel op korte termijn en onverkort zal worden ingevoerd. Ik kan niet in een glazen bol kijken. En als deze tijd ons iets leert, dan is het wel dat we niet weten wat de dag van morgen ons zal brengen. Ik vermoed echter dat de behandeling ervan veel sneller zal verlopen dan de eerste herziening van het bewijsrecht: na tal van aanzetten werd in 1959 een voorontwerp gepubliceerd, maar pas dertig jaar later (in 1988) werd het nieuwe bewijsrecht ingevoerd.¹⁷ Wordt dit wetsvoorstel in 2021 aangenomen, dan bedraagt de draagtijd 'slechts' zeven jaar. Elk systeem is onvolmaakt vanwege de vorm en vanwege de mensen: rechters en advocaten.

De waarde ervan wordt mede bepaald door wat de betrokkenen ervan maken. De huidige voorstellen leiden wat mij betreft tot een evenwichtig en no nonsens procesmodel, dat we zouden moeten koesteren. Daarvoor is nodig dat iedere procesdeelnemer zijn rol optimaal en met verve vervult: een gezamenlijke verantwoordelijkheid dus waarvoor het driemanschap zich al in 2003 heeft sterk gemaakt.

14. HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20, NJ 2020/122, m.nt. Tjong Tjin Tai.

15. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

16. Zie mijn bijdrage in deze aflevering over De zittingsagenda.

17. Wet van 28 januari 1988 (*Stb.* 1988, 9).