



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Zittingsagenda: de rechter als derde procespartij?

Ahsmann, M.J.A.M.; Bock, R.H. de; Klomp, R.J.Q.; Schaafsma-Beverluis, E.L.

Citation

Ahsmann, M. J. A. M. (2020). Zittingsagenda: de rechter als derde procespartij? In R. H. de Bock, R. J. Q. Klomp, & E. L. Schaafsma-Beverluis (Eds.), *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag* (pp. 1-12). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277843>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277843>

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

Zittingsagenda: de rechter als derde procespartij?

Margreet Ahsmann¹

“(…) Rechtsvordering. Een oud kavalje, behoorlijk opgelapt in de loop der tijd, wat verward, niet meer zo snel, maar buitengewoon taai. Een echt procedureel hindernisparcours, laat staan een military kan men er nauwelijks meer mee nemen, daarvoor moet men andere paarden bestijgen. Maar voor de alledaagse ritjes kan het nog heel goed dienen.”

Aldus schreef onze jubilaris in 1994 in een artikel getiteld: *Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?*²

Vele malen heeft Daan in zijn lange en actieve loopbaan met talloze artikelen, annotaties en conclusies bijgedragen aan het ‘oplappen’ van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), dat uit 1838 dateert. Iedereen die hem zag ‘rijden’, kon niet anders dan diep onder de indruk raken van zijn rijkunst.

In twee driemanschappen heeft hij zich, op basis van jarenlange praktijkervaring opgedaan met ‘het kavalje’, als een ‘edele cavallero’ kunnen uitleven. Talloze ideeën en aanbevelingen die het driemanschap Asser, Groen & Vranken in zijn rapporten *Een nieuwe balans* (2003) en *Uitgebalanceerd* (2006) heeft gedaan, zijn verwerkt in de, weliswaar ter ziele gegane KEI-wetgeving,³ maar de essentie ervan – de mondelinge behandeling als hart van de civiele procedure – is in de Spoedwet (afschaffing) KEI (2019) ongewijzigd overgenomen.⁴ Daans invloed doet zich ook gelden in de voorstellen in de wet Vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (2020), tot stand gekomen op basis van een adviesrapport waaraan hij heeft meegeschreven (2017).⁵ Zijn het slechts bijdragen tot het ‘oplappen’ van Rechtsvordering geweest? Of beschikken we nu eindelijk over een processueel paard waarmee gemakkelijk een hindernisparcours kan worden genomen? Een oordeel hierover laat ik graag aan Daan zelf over. Belangrijker in dit verband vind ik dat de

¹ Prof.mr. M.J.A.M. Ahsmann is rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Den Haag en emeritus buitengewoon hoogleraar Rechtspleging in Leiden.

² In: *BW-Krant Jaarboek: Historisch vooruitzicht*, Kluwer 1994, p. 41-54; <https://openaccess.leiden-univ.nl/handle/1887/36914>.

³ Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (*Stb.* 2016, 288), in werking getreden 1 september 2017.

⁴ Wet van 3 juli 2019 (*Stb.* 2019, 241), in werking getreden 1 oktober 2019.

⁵ *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, opgesteld door een expertgroep bestaande uit onder meer A. Hammerstein (voorzitter), W.D.H. Asser & R.H. de Bock, uitgebracht aan de Minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Den Haag 2017.

hierboven geciteerde passage een mooi voorbeeld is van de onvolprezen stijl en het bloemrijke taalgebruik van Daan: helder, bij vlagen geestig en oorspronkelijk, en steeds *to the point*. Een bijdrage schrijven in een feestbundel voor Daan is dus om allerlei redenen géén sinecure. Ik heb daartoe mijn heil gezocht in Daans eigen publicaties en een onderwerp gevonden dat Daan blijkens zijn geschriften ter harte gaat: de rechter (in de bewoordingen van het driemanschap) als *casemanager*. Ik wil daartoe enkele dilemma's bespreken die voor de rechter opdoemen bij de vraag of hij een zittingsagenda zal opstellen en wat daarvan de inhoud zou moeten zijn. En zoals altijd is kennis vanuit de rechtsontwikkeling onmisbaar om een dieper inzicht in de problematiek te kunnen schetsen.

1. De zittingsagenda

Ruim dertig jaar geleden, in 1989, is in werking getreden art.19a (oud) Rv, de voorloper van het huidige art. 22 lid 1 Rv.⁶ Het bepaalt dat de rechter aan partijen kan bevelen bepaalde stellingen bij de comparitie mondeling toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.⁷ Dit 'bevel', zoals de wetgever het noemt, is vormvrij. Daan heeft destijds (1990) in de Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering een interessante passage aan deze bepaling gewijd. Het loont om daaruit uitvoerig te citeren, ook als voorbeeld van zijn fraaie wijze van formuleren. Hij schreef toen (onder 1):

“Met deze wettelijke vastlegging (...) is een fundamentele wijziging gekomen in de plaats en de functie van de rechter in de burgerlijke procesvoering: van een lijdelijke figuur, die de partijen in hun procesvoering slechts volgde en alleen bij excessieve vertraging als rolrechter ingreep, is hij geworden de actieve initiatief nemende overheidsdienaar, die rechtstreeks invloed uitoefent op tempo en wijze, en (...) ook op de inhoud der procesvoering.” Even verderop (onder 2): *“Maar de vraag blijft klemmen of sommige rechters met dit instrument niet in de onzalige verleiding komen [het staat er echt!], de procesvoering en de inhoud daarvan mede te gaan sturen en beïnvloeden.”*⁸ En nog weer verder (3): *“Hier is aan de meest principiële afwijking van het lijdelijkheidsbeginsel gestalte gegeven. De rechter treedt hier op als derde procespartij, intentione et actu.”*

⁶ Bij Wet van 25 oktober 1989, *Stb.* 1989, 483.

⁷ Op de mogelijkheid om stukken op te vragen, ga ik in deze bijdrage, vanwege het beknopte karakter ervan, slechts zeer beperkt in. De ervaring leert mij dat partijen daaraan doorgaans goed voldoen; de problemen die zich daarbij kunnen voordoen, acht ik ook minder groot.

⁸ Op deze passage is al gewezen door Th.S. Röell, 'De onzalige verleiding van de comparitie-rechter', in: D. Allewijn e.a., *De mondelinge behandeling, negen jaar met het nieuwe burgerlijk procesrecht* [NVvP, 29], Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2011, p. 9-25.

Daan onderscheidt in deze passage de rechter die de teugels van de processuele leiding in handen neemt van de rechter die de materiële procesleiding heeft.⁹ Over die laatste rol schrijft hij (onder 5): “Die vragen en de te verkrijgen inlichtingen behoeven niet in de beschikking tot het houden van de comparitie te worden vermeld, al zal het de gang van zaken bevorderen indien de beschikking in grote lijnen het te behandelen thema of de te behandelen onderdelen van de stellingen en weren aangeeft.”

Nog geen zestien jaar later, in het eindrapport *Uitgebalanceerd* (2006), dient veranderingsdrang zich aan: het driemanschap is voorstander van de rechter als ‘*casemanager*’, die zich (afgezien van het tempo) ook met de inhoud van het geschil mag bemoeien. Hij moet aan partijen tijdig laten weten wat hij nog aan informatie nodig heeft. “Te denken valt aan een bepaalde, in richtlijnen neergelegde routine van het vaststellen van een comparitieagenda waarin in overleg tussen rechter en partijen tevoren de nog te beantwoorden vragen, de overige te behandelen inhoudelijke en processuele onderwerpen en de gang van zaken ter zitting worden neergelegd.”¹⁰

Aan de door het driemanschap gewenste instructie vooraf heeft de KEI-wetgever in de MvT slechts beperkt en heel globaal aandacht geschonken (p. 27). In de wettekst is zij niet opgenomen.¹¹ In navolging van art. 30k lid 3 KEI-Rv bepaalt art. 87 lid 4 Rv (2019) slechts dat de griffier de partijen, voor zover mogelijk, tevoren informeert ‘over het doel van de mondelinge behandeling.’ ‘Het doel’ – slechts één doel? – is verder niet toegelicht; bedoeld zal zijn hetgeen de wetgever in art. 87 lid 2 onder a tot en met c Rv (2019) heeft omschreven: inlichtingen geven, stellingen onderbouwen, schikking beproeven. Het voorbehoud ‘voor zover mogelijk’ lijkt overbodig; dat geschiedt thans steeds al in het standaard comparitievonnissen. Het benoemen van het ‘doel’ van de zitting door de griffier staat mijns inziens los van de discretionaire bevoegdheid die de rechter heeft om een bevel te geven overeenkomstig art. 22 lid 1 Rv, waaraan lid 7 van art. 87 Rv (2019) refereert. De term (zittings)agenda ontbreekt in Rv 2019; in de MvT komt de term niet voor.¹²

Dat is wél het geval in het LPR 2019. Art. 4.4 bepaalt, onder het kopje ‘*Agenda voor de mondelinge behandeling*’, dat de rechtbank in het vonnis of anderszins aanwijzingen of bevelen kan geven over (onder meer¹³) ‘door partijen nader over te leggen stukken’

9 M. Ahsmann, ‘Formele en materiële procesleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling’, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017, afl.2, p. 48-55.

10 *Uitgebalanceerd*, p. 85; vgl. *Een nieuwe balans*, p. 85-86.

11 H.M.M. Steenberghe & J.D.A. den Tonkelaar, *Commentaar & Context KEI*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 105-106.

12 R.H. de Bock, ‘Feitenonderzoek tijdens de mondelinge behandeling’, in: D. de Groot & H. Steenberghe, *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch, 2019, p. 183-247, koppelt de zittingsagenda aan art. 87 lid 4 Rv (par. 9.4.3).

13 Voorts is informatie over spreektijd genoemd en de beslissing om getuigen en partijdeskundigen mee te nemen.

en ‘de vraagpunten of onderwerpen die de rechtbank tijdens de mondelinge behandeling wil bespreken’. Art. 4.4. LPR maakt dus een koppeling met de bevoegdheid op grond van art. 22 lid 1 Rv.¹⁴ Men zou kunnen zeggen dat het ‘bevel’ van art. 19a oud Rv, thans art. 22 lid 1 Rv, is geworden tot – wat nu heet – de ‘zittingsagenda’.

2. Wanneer is een zittingsagenda efficiënt en effectief?

Het opstellen van een goede zittingsagenda is om allerlei redenen geen gemakkelijke taak.¹⁵ De rechter dient, en terecht, in zijn optreden efficiënt (doelmatig) en effectief (doeltreffend) te werk te gaan. Een zittingsagenda kan, in het bijzonder in complexe zaken, beide doelen dienen en is dan een nuttig instrument, bijvoorbeeld in verdeelingszaken en letselschadezaken.¹⁶ Het kan dan tevens efficiënt en effectief zijn om met partijen overleg te voeren over de invulling van de agenda, bijvoorbeeld door die in concept aan partijen toe te sturen en haar zo nodig te laten aanvullen (art. 19 lid 2 Rv).

Een agenda in een tamelijk overzichtelijke zaak behoeft echter niet steeds efficiënt en effectief te zijn. Staan de kosten van het opstellen van een agenda wel in verhouding tot het gestelde doel: een beslissing die recht doet aan de materiële werkelijkheid? Brengt een agenda de rechter eenvoudiger bij zijn doel? Alle procesrechterzinnen van de laatste eeuw zijn gericht op meer concentratie van de proceshandelingen in één gebeurtenis, zodat de rechter maar één keer het dossier hoeft te lezen waardoor de procesgang kan worden versneld. De concentratie gaat (voor een deel) verloren omdat de rechter die aan partijen een op maat geschreven zittingsagenda wil toesturen het dossier in een vroeg stadium grondig moet lezen en vervolgens nogmaals voorafgaand aan de zitting. Versnippering maakt dat een agenda niet effectief is – de rechter doet meer dan nodig is om zijn doel te behalen – en evenmin efficiënt, gelet op de (extra) tijd van de rechter die ermee is gemoeid. Het standaard opstellen van een maatwerkagenda voor alle civiele zaken is bij de huidige bezetting van de rechterlijke macht dan ook onuitvoerbaar.

De rechter moet dus een keuze maken – wel of geen agenda –, die niet hoeft samen te vallen met wat voor partijen of voor de procedure efficiënt en/of effectief is. De vraag dringt zich dan op waaraan de rechter in dit spanningsveld voorrang dient te geven en hoe hij die afweging kan maken. Rechtszekerheid en voorspelbaarheid enerzijds en waarheidsvinding en toegang tot de rechter anderzijds strijden met elkaar over de rol van de rechter ten dienste van partijen. Bovendien dienen zich

¹⁴ Het woord ‘vraagpunten’ voegt, naast ‘onderwerpen’, mijns inziens niets wezenlijks toe en is overigens een verouderde procesrechtelijke term: het riekt naar ‘het verhoor op vraagpunten’. Van Dale (1898) definieert ‘vraagpunten’ als ‘onderwerpen ter beantwoording’.

¹⁵ M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 5.4.2 (over inhoud van de zittingsagenda).

¹⁶ Dat is ook de gedachte van de wetgever in 2002 geweest, Van Mierlo & Bart, *Parlementaire Geschiedenis Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 326.

nieuwe vragen aan. Welke taak komt aan de rechter toe in zijn voorbereiding van de mondelinge behandeling? Anders gezegd: welke toetssteen dient hem voor ogen te staan bij de vraag wat hij wel en niet aan partijen mag vragen? Daarover bestaat veel onduidelijkheid onder rechters, mede veroorzaakt omdat de door het driemanschap gewenste *Richtlijnen* er niet zijn gekomen. Gelukkig heeft de wetgever met het voorgestelde nieuwe lid 2 van art. 24 Rv verduidelijkt dat de rechter ambtshalve de feitelijke grondslag met partijen mag bespreken.¹⁷ Lid 2 bepaalt: “De rechter kan binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve met partijen de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer bespreken.”

Aan de hand van vier willekeurig gekozen praktijkvoorbeelden, ontleend aan zaken met geschoolde procesvertegenwoordigers, wil ik een antwoord zoeken op de gestelde vragen, kort samengevat: wanneer draagt een zittingsagenda wél of juist niet bij aan rechtszekerheid en waarheidsvinding, en wat hoort wél en niet thuis in een zittingsagenda. Antwoorden daarop kunnen helderheid bieden wanneer de rechter als ‘derde procespartij’ zou kunnen worden beschouwd.

3. Praktijkvoorbeelden

3.1 *Rechter stelde géén zittingsagenda op*

Partijen hebben onder meer een geschil over de hoogte van de prijs van 100 plantenleveranties. Eiser stelt dat een bedrag van € 2.200,- per leverantie is afgesproken; gedaagde betoogt bij antwoord daarentegen dat de afgesproken prijs € 2.000,- bedraagt. Ter zitting daarnaar gevraagd, antwoordt eiser dat hij niet weet hoe de prijs tot stand is gekomen, want die heeft zijn (niet aanwezige) broer, met wie hij inmiddels is gebrouilleerd, met gedaagde afgesproken. Op de vraag van de rechter aan gedaagde hoe het volgens hem nu precies zit, erkent hij dat het bedrag zoals door eiser genoemd eigenlijk wel juist is. Het punt was daarmee snel van tafel. Het optreden van de rechter ter zitting heeft impact op partijen en de positie die zij innemen; zij beseffen dat zij de rechter niet iets op de mouw kunnen spelden. ‘Verrassing’ kan in het belang van waarheidsvinding dus soms ook juist nodig zijn. Hoe zou de zitting zijn verlopen wanneer de rechter ‘de prijs’ als te bespreken punt in een zittingsagenda zou hebben benoemd? Men kan zich afvragen of beide advocaten hun cliënten hierover niet tevoren uitvoerig zouden hebben geïnstrueerd. Krijgen de strategie en tactiek van de procespartijen dan niet weer de – zoals het verleden ons leert – ongewenste overhand? En omgekeerd: zou een partij zich op zitting door de (dus niet tevoren gestelde) vraag naar de prijsafpraak echt ‘overvallen’ hebben gevoeld? Ik waag het te betwijfelen.

¹⁷ Op 18 juni 2020 is het wetsvoorstel Vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht bij de Tweede Kamer ingediend, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 498, nr. 2 (Voorstel van wet), nr. 3 (MvT).

Vervolgens bleken de andere in de processtukken genoemde geschilpunten – of de planten op tijd in het buitenland waren afgeleverd en in ontvangst waren genomen, wie daarvoor verantwoordelijk was en of ze betaald waren – veel gecompliceerder te zijn dan door partijen in hun processtukken verwoord. Naar aanleiding van de toelichting op de comparitie diende het bewijs vervolgens op een ander punt te worden geleverd dan uit de stukken leek te kunnen worden opgemaakt. Het debat van partijen onder leiding van de rechter was kortom noodzakelijk om verheldering in de punten van geschil tussen partijen te brengen; er ontstond voortschrijdend inzicht. Het is voor een rechter in eerste aanleg een bekend verschijnsel dat de zaak tijdens de mondelinge behandeling toch vaak net anders komt te liggen dan hij vóór de behandeling dacht. De gang van zaken heeft er in elk geval toe bijgedragen dat partijen ter zitting een schikking hebben bereikt.

3.2 *Rechter stelde wél een zittingsagenda op*

Hieronder staan vragen opgesomd die in drie comparitievonnissen zijn gesteld. Daarbij moet ik één voorbehoud maken: de onderliggende stukken ken ik niet en dus evenmin het gevoerde verweer.

Aan het eerste tussenvonnissen ontleen ik de volgende vragen.

1. Wat is de stand van zaken in appel en welke gevolgen heeft dat voor onderhavige procedure?
2. Agenda, onderzoeksrapporten, toedracht, verklaring schade aan motor, opzet tot misleiding?

In een ander comparitievonnissen staat dat de rechtbank meer duidelijkheid wenst te verkrijgen over:

3. de precieze omvang van het opgedragen werk, welke andere partijen werk hebben aangenomen, welke werkzaamheden aan de puien zijn verricht na de opschorting/beëindiging en door wie;
4. de opstelling van de schade-omvang is volstrekt onvoldoende gespecificeerd, stellingen over causaal verband ontbreken;
5. de onderbouwing van de tegenvordering mist eveneens de nodige specificatie, zowel waarvoor bedragen worden gefactureerd als wat de inhoud is van het nog te factureren (meer-)werk.

En aan het derde voorbeeld ontleen ik de volgende vragen.

6. Had u de woning (in het geheel) niet gekocht als u had geweten dat de woonoppervlakte 215 m² in plaats van 247 m² was?
7. Heeft u het aantal m² besproken met de verkopers toen u er achter kwam dat het woonoppervlak geringer was? Zo ja, hoe? Zo nee, waarom niet?
8. Op grond van bestendige jurisprudentie lijkt onrechtmatig handelen een gegeven en beperkt uw verweer zich tot de gestelde schade. Klopt dat? Waaruit blijkt dat uw cliënten aanvankelijk een hogere vraagprijs in gedachten hadden?

Het moet gezegd worden: deze rechters hebben de mondelinge behandeling terdege voorbereid; het zijn kortom actieve rechters. Bepaalde vragen acht ik zinvol en inderdaad thuishoren in een zittingsagenda, bijvoorbeeld vraag 1. En in het verlengde daarvan bijvoorbeeld vragen over bevoegdheidskwesties, in zaken met een internationale component welk recht van toepassing is (eventueel met de vraag of partijen willen kiezen voor het Nederlandse recht), of het verzoek om een reactie op het bij antwoord gedane beroep op niet-ontvankelijkheid. Dergelijke vragen voorkomen dat het debat verder uitdijt of dat de vordering eventueel onnodig wordt afgewezen.

Vraag 2 heeft kennelijk de bedoeling partijen duidelijk te maken dat de rechter genoemde onderwerpen op zitting wil bespreken, en is in dat opzicht nuttig. Het geeft partijen inzicht in de thema's die besproken zullen worden en welke stukken relevant zijn (vgl. art. 22 lid 1 Rv). Tegelijk vraag ik me af of een advocaat de (onder 2) genoemde onderwerpen niet zelf had kunnen bedenken. Is het niet het intrappen van een open deur?

De verlangde informatie bij vraag 3 lijkt nuttig en ten nauwste samen te hangen met de feitelijke grondslag, maar vind ik zonder kennis van het dossier lastig te overzien. Daarom twee andere voorbeelden die in een agenda zouden kunnen worden vermeld. Het benoemen van een verweer dat voor het eerst bij conclusie van antwoord is gevoerd, bijvoorbeeld verjaring (en dan bij het verzoek om reactie tevens te vragen: 'indien voorhanden, voorzien van stukken').¹⁸ Het bespreken van de feitelijke grondslag als de rechter voorziet dat hij een rechtsgrond zou willen aanvullen (art. 25 Rv), en eventueel die rechtsgrond te benoemen om verrassingsbeslissingen te voorkomen; een advocaat kan zich dan voorbereiden op juridisch-technische vragen.

Wanneer ik evenwel andere vragen tot me laat doordringen, dan bekruipt me ook enige aarzeling. Ik geef enkele observaties, zonder daarin volledigheid te willen pretenderen. Bij de gevraagde informatie genoemd onder 4 (en 5) kan men zich in gemoede afvragen of de rechter niet eerst moet beoordelen of partijen hun processtukken wel goed hebben ingericht. De stelplicht van degene die een rechtsgevolg inroept, staat immers voorop. Pas dan kan de wederpartij adequaat reageren. Is het dan aan de rechter om een partij op die nalatigheid te wijzen en haar de gelegenheid te geven deze te herstellen? Het valt niet te rijmen met de doelstelling van Rechtsvordering 2002: advocaten dienen ervoor te zorgen dat de rechter op de comparitie een zo compleet mogelijk dossier tot zijn beschikking heeft; zij moeten de feitelijke grondslag van hun vordering hebben gespecificeerd. De comparitie is bedoeld voor een doelmatige zakelijke bespreking ter precisering van het feitelijke materiaal. Daarvan uitgaande kan de rechter kiezen erover te zwijgen in de agenda, die dan mogelijk incompleet is, en op de zitting daarover gerichte vragen te stellen. De rechter kan "de schade" ook als thema in de agenda benoemen, al dan niet met het verzoek om een specificatie én betalingsbewijzen over te leggen; dat strookt met art. 22 lid 1 Rv en art. 4.4 LPR. De rechter zal dan op zijn wenken worden bediend,

¹⁸ Zie de casus beschreven in Ahsmann 2017, p. 48 e.v.

misschien met alsnog geproduceerde stukken. Zelfs kan hij ervoor kiezen dit onderwerp tijdens de mondelinge behandeling niet uit eigen beweging aan de orde te stellen, mogelijk met in zijn achterhoofd dat dit geschilpunt makkelijk is 'weg te schrijven' als de eiser er niet zelf op terugkomt, ook al zou dat niet mijn voorkeur hebben.

Bij vraag 6 weifel ik eveneens. De rechter wil kennelijk een juridisch verantwoorde beslissing kunnen nemen, reden waarom hij de onvolledigheid van de feitelijke grondslag aan de orde stelt. Zal de rechter aldus geen voorgekookte antwoorden krijgen, terwijl hij op zitting juist een onbevangen en spontaan gesprek wil voeren over hetgeen in de stukken staat? Ik ga ervan uit dat de koper in zijn processtuk een beroep op dwaling heeft gedaan (art. 6:228 BW). De koper had dan (ingevolge lid 1 aanhef) de onjuiste voorstelling van zaken moeten uitwerken om aan zijn stelplicht te voldoen. Zeer waarschijnlijk zal de koper de gestelde vraag op zitting bevestigend beantwoorden en zal zijn advocaat daarbij een goed verhaal bedenken. Vraag is dan ook: wordt het probleem dat een agenda zou moeten oplossen – geen 'overval' meer door de rechter op zitting – hiermee niet verschoven naar de wederpartij? Kan de wederpartij wel *adequaat* reageren in de zin van art. 19 lid 1 Rv en is nog wel sprake van het strijden met '*gelijke wapenen*'? De verkoper moet namelijk ter zitting wél direct op het verhaal van de koper reageren en kan, anders dan de koper, niet eerst met zijn advocaat overleggen; hij weet immers tevoren niet wat de koper ter sprake zal brengen.

En ook bij vraag 8 koester ik bedenkingen. Is het nodig of zinvol om al voorafgaand aan de zitting mee te delen: "Op grond van bestendige jurisprudentie *lijkt* onrechtmatig handelen een gegeven (...)?" De rechter geeft met deze constatering al een, zij het voorzichtig geformuleerd oordeel en neemt een voorschot op het debat. Hij heeft zich prematuur een mening gevormd over de vraag wie van partijen gelijk heeft. Het is dan ook geen verzoek tot het 'toelichten van bepaalde stellingen' (art. 22 lid 1 Rv), of 'het benoemen van vraagpunten of onderwerpen die de rechter (...) wil bespreken' (art. 4.4 LPR). En lokt de rechter met zijn (volgende) vraag – beperkt uw verweer zich tot de gestelde schade? – niet veeleer een tot de tanden gewapend betoog uit? Maakt het de zaak niet juist groter? Ieder antwoord levert immers een nieuwe vraag op. En ten slotte: heeft de rechter hiermee niet een grens overschreden?

4. Wat vergt een eerlijke procedure?

De voorbeelden tonen aan dat een zittingsagenda de rechter uit zijn onpartijdige balans kan brengen. De schijn daarvan is immers al voldoende voor schending; de rechter kan dan worden gewraakt omdat de procedure niet eerlijk is. Hoeveel actiever de rechter gedurende de 20^e eeuw ook is geworden, het moge duidelijk zijn dat hij ten aanzien van de omvang van de strijdpunten uiteindelijk een grens in acht heeft te nemen. De artikelen 23, 24, 25, 149 en 150 Rv zijn in Rechtsvordering altijd onverkort gehandhaafd. Het voorgestelde nieuwe lid 2 van art. 24 Rv brengt in het

moeten respecteren van de grenzen van de rechtsstrijd evenmin verandering.¹⁹ Aanknopingspunten voor het vragen om toelichting dient de rechter dus in de stellingen van partijen te vinden; zij moeten, anders gezegd, voor de hand liggend zijn.

Als keerzijde van de medaille geldt dat partijen sinds 2002 hun positie bij dagvaarding en antwoord op zodanige wijze moeten hebben vormgegeven dat de grondslag van het geding voorafgaand aan de zitting min of meer volledig in beeld is en dat zij, gelet op art. 21 Rv, geen relevante feiten mogen achterhouden. Die informatieverplichting van partijen, die in het Wetsvoorstel verder is aangescherpt, dient vertrekpunt voor de rechter te zijn bij de beoordeling van de vraag wat de inhoud van de zittingsagenda zou moeten zijn. De rechter mag uitgaan van een zelfbewuste advocatuur die haar rol volwaardig vervult. In het verlengde daarvan zou ik denken dat de rechter de zittingsagenda niet mag gebruiken om een partij te waarschuwen, bijvoorbeeld dat stellingen onvoldoende zijn onderbouwd. De rechter treedt mijns inziens dan op, in de woorden van Daan, als 'derde procespartij'.

Een zittingsagenda komt tegemoet aan klachten van advocaten (en dus ook partijen) sinds de geconcentreerde procedure van 2002. Zij zouden zich op zitting overvallen voelen door vragen van de rechter waarop zij zich niet hebben kunnen prepareren.²⁰ Daar valt wat mij betreft wel wat op af te dingen. Al bij de totstandkoming van Rechtsvordering (1838) verlangden zij daarom dat de rechter het onderwerp van de comparitie in het tussenvonnis tot uitdrukking zou brengen. Daar wilde de minister echter niet aan "omdat daardoor tot allerlei instigatiën kon aanleiding gegeven worden, en aldus het doel der bijeenkomst verijdeld of moeilijk gemaakt." De keuze van de vragen werd geheel aan de rechter overgelaten "van wien als onzijdig persoon geen verschalking te wachten is."²¹ De persoonlijke verschijning van partijen bij de inlichtingencomparitie werd zo essentieel geacht, omdat de rechter rechtstreeks met partijen over de feiten, als dé informatiebron bij uitstek, in gesprek wilde. Daartegen maakten advocaten ook toen bezwaar omdat het hun tactiek kon doorkruisen; gelukkig is die bedenking nooit gehonoreerd. Men zou het bezwaar door vragen overvallen te worden eveneens kunnen inbrengen tegen het onvoorbereid horen van getuigen. Niemand denkt er evenwel over om aan een getuige de te stellen vragen vooraf toe te sturen. Ook daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat, in verband met de waarheidsvinding, de getuige niet tevoren geïnstrueerd dient te worden omtrent het te geven antwoord. Het gevolg geven aan de roep van advocaten om zoveel mogelijk een zittingsagenda op te stellen, draagt niet bij aan een volwassen benadering van het proces. Vragen over concrete feiten horen wat mij betreft niet thuis in een zittingsagenda maar zouden 'vers' aan

¹⁹ Ahsmann 2020, paragrafen 6.3.3 en 6.3.4.

²⁰ H. ten Haaft, 'De mondelinge behandeling vanuit het perspectief van de advocaat', in: De Groot & Steenberghe 2019, p. 473-505.

²¹ M. Ahsmann, 'Oraliteit als nieuw beginsel van burgerlijk procesrecht: de pleitnota kan dus pleite!' In: J. Hijma (red.), *Een kwart eeuw – privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-22 (nt. 16).

partijen moeten worden gesteld. Zekerheid vooraf is ondergeschikt aan het realiseren van de grootst mogelijke rechtvaardigheid (en doelmatigheid).

Ook anderszins dient de rechter het fundamentele beginsel van een eerlijke procedure te bewaken. Ik hoor steeds vaker dat het ‘wel zo praktisch is’ om een partij tevens te verzoeken de verlangde informatie tevoren (tijdig) schriftelijk toe te sturen; bijvoorbeeld in maximaal twee/drie A4'tjes een reactie op vier specifieke punten. Dat zou niet alleen voor de advocaat, maar ook voor de rechter praktisch zijn want dan komt de rechter op zitting beter beslagen ten ijs. Maar wat is de status van een dergelijke toelichting? Dat zou neerkomen op een verkapte conclusie van repliek. Als de rechter de wederpartij dan geen recht op (schriftelijke) dupliek geeft, kan zij niet adequaat reageren en schendt de rechter de *equality of arms*. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever geweest voorafgaande aan de mondelinge behandeling partijen eerst nog repliek (en dus ook dupliek) te laten nemen. Daarmee zou de prikkel tot het terugbrengen van het aantal processtukken tot één schriftelijke ronde teniet worden gedaan.²² En ook de MvT op art. 19a Rv vermeldt expliciet dat de toelichting op het bevel ‘mondeling ter comparitie’ dient te geschieden. “Met deze regel wordt tegengegaan dat de toelichting van stellingen voor de comparitie schriftelijk plaatsvindt waarop de wederpartij eveneens voor dat tijdstip schriftelijk wil reageren, hetgeen in feite zou neerkomen op een met de aanwijzing niet beoogde conclusie-wisseling.”²³ De procesrechtsgeschiedenis leert ons de overbekende gevolgen van meer schriftelijkheid in de procedure.

5. Conclusie

Duidelijk moge zijn dat een zittingsagenda een lastig te hanteren instrument is. Empirisch onderzoek op dit punt ontbreekt en is hard nodig. De wens van de advocatuur om te weten wat de rechter op de comparitie gaat bespreken en de angst voor erkenningen door hun cliënt op de zitting, zijn niet nieuw. Altijd staat echter in het proces voorop dat de rechter partijen niet zal beetnemen – ‘verschalken’ –, wat onlosmakelijk met zijn onpartijdigheid samenhangt. De rechter is degene die partijen mogen vertrouwen; dat dient voor hem bij alle afwegingen die hij in dit verband moet maken uitgangspunt te zijn. Ik heb geen steekhoudend argument gehoord tegen het ondervragen van partijen zonder gelegenheid tot voorbereiding.

De hele geschiedenis door gaat het om het maken van keuzes in de verdeling van bevoegdheden over partijen en de rechter. Dat haken en ogen – ‘allerlei instigaties’ – aan een zittingsagenda kleven, moge duidelijk zijn. Een rechter zou, wat mij betreft, een agenda niet op voorhand als een noodzakelijk vereiste moeten beschouwen, maar zich in iedere zaak moeten afvragen wat maatwerk vereist: de onderwerpen

²² Van Mierlo & Bart 2002, p. 652-653.

²³ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 574, nr. 3, p. 4.

tevooren in een zittingsagenda te benoemen of die ‘vers’ op zitting te bespreken. Het kan immers net zo efficiënt en effectief zijn om aan die *onzalige verleiding* weerstand te bieden en zo op rechtersuren te bezuinigen. Wat evident is, hoeft niet in een agenda te staan. Actieve bemoeienis met de grondslag of het verweer door een partij vooraf te waarschuwen dat stellingen onvoldoende zijn onderbouwd, hoort wat mij betreft evenmin thuis in een agenda. De rechter kan er ook voor kiezen pas op zitting te beoordelen hoe hij met onvolledige stellingen zal omgaan, mede afhankelijk van de context van het debat: de vordering afwijzen, zelf de schade begroten of desnoods nog een akte laten nemen (eventueel met een sanctie in de proceskostenveroordeling). Wél kan het nuttig zijn om in een agenda – in de woorden van Daan: – ‘in grote lijnen het te behandelen thema’ te benoemen dat door partijen onvoldoende is gesignaleerd (genoemde voorbeelden over niet-ontvankelijkheid, e.d.) of in een complexe zaak de zitting vooraf te stroomlijnen door ‘onderdelen van stellingen en weren’ te vermelden die ter sprake zullen komen. Dat is ook efficiënt en effectief voor partijen.

De rechter dient te beseffen dat partijen verplichtingen hebben ten aanzien van het inrichten van processtukken, dat door een andere timing – onderwerpen vooraf in een agenda benoemen, waardoor ze meer aandacht krijgen – verdere juridisering van het conflict kan dreigen, dat hij waarmee juist tekort kan doen aan waarheidsvinding en het strenge beginsel van de *equality of arms*. Een zittingsagenda kan dus ook een verkeerde oplossing voor het probleem zijn.

De advocatuur zal het ontbreken van een agenda misschien betreuren, maar dat zij dan zo. De rechter heeft immers de regie. Als hij het efficiënt én effectief acht een agenda op te stellen, kan hij zich beperken tot het opsommen van te bespreken onderwerpen en het stellen van neutrale vragen (vgl. hierboven 3.2, onder 1 en 2). Dan is hij geen ‘derde procespartij’, maar een rechter die op het juiste moment de teugels in handen neemt. In iedere zaak beïnvloedt de rechter het debat op talloze wijzen en is veel aan zijn procesbeleid overgelaten. Als richtinggevend beginsel óf hij van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik zal maken, zou kunnen dienen: “de goede procesorde, de beginselen van een behoorlijke rechtspleging en de fundamentele rechten die door art. 6 EVRM worden gewaarborgd”, zoals Daan al in zijn Leidse oratie schreef.²⁴ En daartoe blijven, zoals altijd, de omstandigheden van het geval bepalend: dus soms wél een zittingsagenda en soms niet.

Afronding

Daan, jij vertegenwoordigt de drie werelden waarvoor ik belangstelling koester: rechtsgeschiedenis, rechtspraak en procesrecht. Jij bent ook de verbinding met Robert Feenstra, onze gemeenschappelijke ‘Doktorvater’. Ten slotte beschouw ik je als mijn oudere ‘Doktorbruder’ naar wie ik al opkeek toen ik in 1976 bij het diesdiner

²⁴ Fair, redelijk en billijk. *Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht* (oratie Leiden 2000), p. 13. <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/5257>.

van het Romeinsrechtelijke dispuut Philips van Leiden voor het eerst naast je zat; die bewondering is gedurende bijna vijfenveertig jaar gebleven. Ik ga ervan uit dat jouw vernieuwende ideeën over het procesrecht nog heel lang voorwerp van discussie zullen blijven, waarmee jouw gedachtegoed voort zal leven. De geschiedenis is immers nooit voorbij!