

De (pre)processuele mededelings- plichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling

Mr. I. Giesen

Inleiding

Sedert enige jaren mogen de (pre)processuele mededelingsplichten van (toekomstige) procespartijen zich verheugen in een toenemende belangstelling. Het belang van dergelijke plichten is verder versterkt door de introductie van het herziene procesrecht in eerste aanleg per 1 januari 2002.¹ De opkomst van deze plichten is ook niet zonder gevolgen gebleven, zo zal blijken, voor (de plaats en de reikwijdte van) het bewijsrecht (art. 149 e.v. Rv) en de verdeling van de bewijslast. Het doel van deze bijdrage is om de (wederzijdse) beïnvloeding van beide onderwerpen nader voor het voetlicht te brengen en dan met name om aan te geven op welke wijze de mededelingsplichten doorwerken op de bewijslastverdeling.

Ik zal hierna eerst aangeven welke mededelingsplichten er na de introductie van het nieuwe civiele procesrecht zoal te ontdekken zijn. Daarna behandel ik een aantal mogelijke sancties op een eventuele schending van dergelijke plichten, gevolgd door een kort overzicht van een aantal mededelingsplichten uit het recentelijk herziene Duitse procesrecht. Vervolgens zal ik trachten te analyseren wat de gevolgen zijn van het bestaan van die mededelingsplichten voor de bewijslastverdeling tussen de partijen. Een eventuele omgekeerde invloed (van bewijsrecht op mededelingsplichten) komt daar ook aan bod. Een conclusie rond deze bijdrage af.²

Mededelingsplichten voorafgaand aan en in het civiele proces

Inleiding

Rechterlijke uitspraken dienen, zowel met het oog op de belangen van partijen als met het oog op de belangen van de maatschappij, zo veel mogelijk te berusten op wat er werkelijk gebeurd is.³ Een van de middelen om dit, tot op zekere hoogte,⁴ te bereiken, is het creëren van zogenoemde mededelingsplichten voor procespartijen. Dergelijke plichten bestaan inmiddels ook in het Nederlandse procesrecht, zoals uit het navolgende overzicht volgt. Het is echter (nog) niet zo dat er een *algemene* en *spontane* mededelings- of informatieplicht voor procespartijen bestaat.⁵

Diverse plichten naar (nieuw) Nederlands procesrecht

Van den Reek heeft een aantal jaar geleden uitvoerig beschreven wanneer, waarover, en in welke mate partijen in een (aanstaand) proces verplicht zijn mededelingen (gegevens of informatie) te verstrekken. In zijn analyse, die mijns inziens ook na de invoering van het nieuwe procesrecht nog overeind staat, geeft hij aan dat de eerste mededelingsplicht besloten ligt in de aan de dagvaarding gestelde eisen. De eiser dient aan te geven wat hij vordert en waarom hij dat doet (art. 111 lid 2 sub d en lid 3 Rv naar huidig recht).⁶ Daarbij moeten die feiten gesteld worden die in de regel het gevorderde rechtvaardigen,⁷ en in het nieuwe procesrecht ook alvast (zie lid 3) de door de gedaagde reeds aangevoerde verweren en de gronden daarvoor. Tevens dienen de beschikbare bewijsmiddelen genoemd te worden. Ook daaruit kan de nodige informatie naar voren komen. Het gaat hierbij om de 'substantiëringsplicht' en de 'bewijsaan-

1 Vgl. F.R. Salomons, Het nieuwe burgerlijk procesrecht, AA 2002, p. 347 e.v., bijv. op p. 348.

2 Deze bijdrage is gebaseerd op hetgeen ik over dit onderwerp schreef in mijn proefschrift. Zie I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, diss. KUB, Den Haag 2001, m.n. p. 17 e.v. Na afronding van deze bijdrage verscheen nog een artikel van de hand van C.J.M. Klaassen, Spreken is zilver, zwijgen is fout, NJB 2002, p. 1450 e.v.

3 Uitdrukkelijk zo C.J.M. Klaassen, Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding, in: C.P.M. Cleiren (e.a.), Het procesrecht en de waarheidsvinding, Den Haag 2001, p. 47-48.

4 Vgl. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, Opening van zaken, TCR 2002, p. 8.

5 Vgl. bijvoorbeeld HR 31 mei 2002, RvdW 2002, 93 (K./Aegon), waarin beslist werd dat de gedaagde partij niet verplicht is het door haar verzamelde feitenmateriaal ter beschikking te stellen aan de eiser zodat die dat materiaal kan controleren. Vgl. ook Giesen, a.w., p. 20-22 (met verdere verwijzingen); Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 10, en J.G.A. Linssen, Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking, diss. KUB, Den Haag 2001, p. 6-3.

6 W.A.J.P. van den Reek, Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht, diss. KUB, Deventer 1997, nr. 4-5.

7 Van den Reek, a.w., nr. 6.

draagplicht'.⁸ Omdat een deugdelijke sanctionering van een eventuele schending van een dergelijke plicht in de nieuwe wet lijkt te ontbreken⁹ en het mogelijk lijkt om stellingen later eventueel nog aan te vullen.¹⁰ is het nog maar de vraag hoe effectief deze regeling zal zijn. De verwijzing naar de sanctie uit artikel 21 Rv zal die effectiviteit niet sterk vergroten.¹¹ Dat de rechter kan bevelen om alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken (art. 120 lid 4 Rv), vormt eigenlijk geen sanctie, die als 'sanctie' dan ook nog eens discretionair is, maar eerder een gelegenheid tot herstel van het verzuim.¹²

Bij de mededelingsplichten hoort vervolgens natuurlijk ook de plicht van de gedaagde om zijn weerwoord met redenen te omkleeden (art. 128 lid 2 Rv), waarbij deze ook de bewijsmiddelen en de nog te horen getuigen (art. 128 lid 5 Rv) dient te noemen (opnieuw een 'bewijsaandragplicht' derhalve). De gedaagde dient dus zijn eigen verweren feitelijk te onderbouwen, net zoals de eiser zijn eis zal moeten motiveren, en daartoe zal de gedaagde onvermijdelijk ook feiten moeten aanvoeren.¹³ Tevens dient de gedaagde de stellingen van de eiser gemotiveerd te betwisten. Doet hij dat niet, dan staan die stellingen immers als onbetwist vast (art. 149 Rv).¹⁴ Van belang bij de stelplicht van zowel de eiser als de gedaagde is nog dat die plicht (bij een eventueel re- of dupliek) zwaarder wordt als de feitelijke onderbouwing of betwisting van de ander uitvoeriger is.¹⁵

In verband met de feitenverzameling is speciaal van belang dat in het nieuwe procesrecht ervoor gekozen is de comparitie van partijen een centralere plaats te geven. In principe vindt een dergelijke comparitie in elke procedure plaats (art. 88 Rv), na de conclusie van antwoord, waarbij tegelijkertijd de mogelijkheid van re- en dupliek ingeperkt wordt (art. 131 en 132 Rv). In de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat hierdoor meer en eerder openheid van zaken gegeven zal worden.¹⁶ Daarbij verdient echter opmerking dat het niet toestaan van re- en dupliek op zich niet zal voorkomen dat *ongunstige* feiten niet geopenbaard worden. Tijdens een comparitie kan de rechter wel nadere inlichtingen verkrijgen van partijen. Hij ondervraagt partijen en kan bevelen een toelichting te geven of schriftelijke bescheiden te overleggen (zie ook art. 22 Rv).¹⁷ Partijen mogen ook elkaar vragen stellen (art. 88 lid 2 Rv). Naast de inlichtingencomparitie van artikel 88 Rv bestaat er ook nog de schikkingscomparitie (art. 87 Rv), waarbij de rechter tracht een schikking te bereiken. Partijen zullen daartoe moeten onderhandelen en dus informatie moeten prijsgeven.¹⁸ Hetgeen hiervoor over de comparitie gesteld werd, geldt ook voor de (preprocessuele) comparitie na voorlopig getuigenverhoor van artikel 191 Rv.

Andere procesrechtelijke instrumenten die partijen tot het doen van mededelingen verplichten, zijn de regeling van de partijgetuige (art. 164 Rv), op basis waarvan een partij vragen moet beantwoorden en dus informatie moet geven, het voorlopig getuigenverhoor (art. 186 e.v. Rv), waarvoor hetzelfde geldt, en het deskundigenbericht (art. 194 e.v. Rv), waarvoor noodzakelijk is dat de deskundige ingelicht wordt door partijen.¹⁹ Dat klemt temeer daar de procespartijen bij een deskundigenbericht expliciet verplicht zijn om mee te werken aan het onderzoek (art. 198 lid 3 Rv). Hierbij zij nog speciaal gewezen op de regeling van de partijdeskundige (art. 200 Rv), waarvoor het voorgaande ook geldt. Ook wijs ik nog op artikel 162 Rv, op basis waarvan de rechter de openlegging van de boeken, bescheiden en geschriften kan bevelen, hetgeen ook tot openbaring van informatie zal leiden.²⁰

In dit overzicht hoort ook de exhibitieplicht van artikel 843a Rv genoemd te worden.²¹ Dat artikel bepaalt dat een partij die daarbij een rechtmatig belang heeft, inzage, afschrift of een uittreksel kan vorderen van bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij zij partij is. Het verzoek wordt gericht aan degene die de bescheiden onder zich heeft. Na aansporing daartoe door bijvoorbeeld Hoyng en Barendrecht en Van den Reek²² is dat artikel

- 8 J.B.M. Vranken, Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg, in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, Verantwoordelijk procederen, Den Haag 1999, nr. 87 en 89. Zie ook F.A.W. Bannier, Het nieuwe procesrecht en gedragsregels 12 en 13, Advocatenblad 2002, p. 296 e.v.; Klaassen, a.w., nr. 5; W.A.J.P. van den Reek, Wetsvoorstel 26 855: herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg. Een overzicht in vogelvlucht, TCR 2000, p. 3; R.J.B. Boonekamp en C.J.J. van Maanen, Het procesmodel van het ontwerp, TCR 2000, p. 6; H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, derde druk, Deventer 2002, nr. 137; Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 4, p. 29. De verweren van de wederpartij en de bewijsmiddelen hoeven echter niet uitputtend opgesomd te worden, zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 100 en nr. 5, p. 46 en 50.
- 9 Een verzuim leidt niet tot nietigheid, zie art. 120 lid 4 Rv, en Boonekamp/Van Maanen, TCR 2000, p. 7. Zie verder nog de volgende paragraaf en Klaassen, a.w., nr. 6.
- 10 J.B.M. Vranken c.s., Oproep voor een beter nieuw civiel procesrecht, NJB 1999, p. 1964; Klaassen, a.w., nr. 6.
- 11 Zie Boonekamp/Van Maanen, TCR 2000, p. 7, en de volgende paragraaf. De verwijzing is te vinden in Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 99.
- 12 Vgl. de kritiek bij Boonekamp/Van Maanen, TCR 2000, p. 7. Kritiek kwam er ook vanuit de Tweede Kamer, zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 4, p. 29-34.
- 13 Van den Reek, a.w., nr. 10. Zie ook nog Snijders/Ynzonides en Meijer, a.w., nr. 144.
- 14 De werking van deze regel is gelijk aan die van de zogenoemde 'verzwaarde' of 'aanvullende stelplicht', met dien verstande dat in dat laatste geval zwaardere eisen aan de betwisting gesteld worden. Zie daarover nader Giesen, a.w., p. 39 e.v., en Van den Reek, a.w., nr. 11-12. Ik ga aan die verzwaarde stelplicht verder voorbij.
- 15 Vgl. HR 1 december 2000, NJ 2001, 45 (TTS/Sigillo); HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 780 (Bovoland/Amersfoortse).
- 16 Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 6. Bij nota van wijziging zijn de mogelijkheden om conclusies van re- en dupliek te nemen en om pleidooi te houden, verruimd ten opzichte van het eerste voorstel, zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 6, p. 10, en uiteindelijk art. 132 Rv.
- 17 De plicht bescheiden te overleggen, kan ook gebaseerd worden op art. 6 EVRM of de goede procesorde, zie de noot van Vranken onder HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 (Interforce/Rosier), nr. 8. Dat arrest bevestigt overigens dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om partijen te verplichten stukken te overhandigen. De rechter kan partijen echter niet verplichten om ongeclausuleerd 'alle bescheiden' te verstrekken, zie Hof Amsterdam 29 februari 1996, NJ 1997, 127 (Sigma/Bouman). Vgl. ook HR 31 mei 2002, RvdW 2002, 93 (K./Aegon).
- 18 Van den Reek, a.w., nr. 17. Zie over het voorgaande ook Asser-Vranken, Algemeen Deel**, Zwolle 1995, nr. 17-18 en 22-23; Snijders/Ynzonides en Meijer, a.w., nr. 146.
- 19 Zie Van den Reek, a.w., nr. 18-24, en Asser-Vranken, nr. 25.
- 20 Art. 162 Rv is gelijk aan art. 8 WvK (oud). Zie verder kritisch Linsen, a.w., p. 638-639.
- 21 Ik wijs er verder nog op dat in gevallen waarin een schriftelijk bewijsmiddel verloren is gegaan, een partij afschrift of inzage van dat bewijsstuk kan vorderen van degene die het stuk wel nog heeft, zie art. 843b Rv, waarover H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, Bewijsrecht in civiele procedures, derde druk, Deventer 1998, p. 52-53, en A. Pitlo, T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs, zevende druk, Arnhem 1995, p. 99.
- 22 W.A. Hoyng, Vier procesrechtelijke wensen, in: B.W.M. Nieskens-Isphording (e.a.) (red.), In het nu, wat worden zal (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 107-108; J.M. Barendrecht en W.A.P.J. van den Reek, Exhibitieplicht en bewijsbeslag, WPNR 6155 (1994), p. 743. Zie ook Van den Reek, a.w., nr. 25-28; Linsen, a.w., p. 642; Pitlo/Hidma en Rutgers, a.w., p. 98.

tegenwoordig toepasbaar op alle schriftelijke bewijsstukken en zelfs op informatiedragers, en niet meer alleen op onderhandse akten.²³ De vereisten uit artikel 843a Rv (oud) van een rechtmatig belang en van de aanwezigheid van een rechtsbetrekking tussen partijen zijn gehandhaafd.²⁴ Toegevoegd is verder dat niet aan deze vordering voldaan hoeft te worden indien daarvoor gewichtige redenen bestaan of indien een behoorlijke rechtspleging ook zonder de gevraagde gegevens is gewaarborgd (art. 843a lid 4 Rv). Daarmee zal mede beoogd zijn om het 'vissen' naar (voor het geschil minder relevante) informatie door een procespartij, hetgeen potentieel een gevolg zou kunnen zijn,²⁵ te voorkomen.²⁶

Het nieuwe procesrecht bepaalt in de afdeling 'algemene bepalingen' verder nog dat partijen verplicht zijn de voor hun stellingen relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Daarmee lijkt overigens niet meer beoogd te worden dan het uitbannen van de bewuste leugen.²⁷ De sanctie op het niet voldoen aan deze plicht is, naast nietigheid van de dagvaarding of afwijzing van het gevorderde,²⁸ dat de rechter daaraan de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht.²⁹ Dat door middel van deze waarheidsplicht een procespartij wellicht geforceerd wordt om (een begin van) bewijs tegen zichzelf te leveren, doet daaraan niet af. Het civiele procesrecht kent geen regel die daartegen bescherming biedt.³⁰ Dat wil overigens niet zeggen dat er een *actieve* (en *spontane*) plicht bestaat om de ander bij zijn bewijsvoering te helpen.³¹

Ook het al genoemde artikel 22 Rv is hier van belang. De rechter kan partijen bevelen, in elke stand van het geding (ook los van een comparitie), om stellingen toe te lichten en bescheiden te overleggen. Deze bepaling is gebaseerd op de artikelen 19a en 110 Rv (oud).³² De sanctie op deze discretionaire bevoegdheid van de rechter³³ is opnieuw dat die rechter aan een verzuim die gevolgen mag verbinden die hij geraden acht.³⁴ Volgens de memorie van toelichting is het bijvoorbeeld mogelijk dat een stelling van de betreffende partij niet als juist aanvaard wordt. Daarnaast kan de rechter een dwangsom opleggen.³⁵ Ook de aanname van een vermoeden ten nadele (in de zin van: een stelling onaannemelijk achten) van de weigerachtige partij lijkt mogelijk.³⁶ Of dat echt effectief zal zijn, is echter een andere vraag.

Sanctionering na schending van een mededelingsplicht

Sancties en pakkansen

Hét probleem bij het effectueren van de (vernieuwde) mededelingsplichten en dus bij het beschikbaar krijgen van zo veel mogelijk feitelijke gegevens, zo bleek ten dele hiervoor al, lijkt de rechterlijke sanctionering na een eventueel verzuim door een procespartij te zijn. De mogelijke sancties zijn namelijk niet steeds van dien aard dat daarvan direct veel sturing verwacht kan worden.³⁷ Zo is bijvoorbeeld de sanctie dat een niet in de dagvaarding genoemd bewijsmiddel buiten beschouwing gelaten kan worden, discretionair van aard.³⁸ De geringe sturende kracht van de sancties geldt dan met name ten aanzien van het moeten openbaren van voor een bepaalde partij *onwettige* informatie (waarbij bedacht dient te worden dat gunstige informatie sowieso verstrekt zal worden), ook als er een expliciete mededelingsplicht daartoe bestaat. Omdat plichten zonder sanctie vaak nogal tandeloos blijken, verdient dit thema onze volle aandacht, ook al zijn de eerste

geluiden uit de praktijk over de effectivering van de nieuwe plichten redelijk positief.

Voorafgaand aan de vraag naar de eventuele sanctionering na een geconstateerd verzuim, speelt overigens ook nog dit probleem, dat de 'pakkans' gering is. Het lijkt niet juist om te veronderstellen dat het voor de rechter eenvoudig zal zijn te ontdekken dat een procespartij feiten heeft achtergehouden. En zelfs als de rechter al een vermoeden in die richting koestert, zijn de problemen nog niet voorbij, want als de rechter niet weet waarover informatie achtergehouden wordt, zal het moeilijk zijn om door middel van gerichte vragen alsnog de vinger op de zere plek te leggen.

Als een procespartij echter wel ontmaskerd wordt, rijst nog

23 Vgl. Salomons, AA 2002, p. 350; Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 13.

24 Zie hierover Van den Reek, TCR 2000, p. 3-4; Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 12-13, en HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259 m.nt. PV (News International/ABN AMRO), waarin de Hoge Raad in het midden laat of een beweerdelijk gepleegde onrechtmatige daad voldoende is om een rechtsbetrekking tussen partijen te kunnen aannemen. Zie ook Linssen, a.w., p. 642. De minister meent van wel, zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 79.

25 Zonder vrees dienaangaande, Hoyng, a.w., p. 108.

26 Vgl. Linssen, a.w., p. 644; Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 13.

27 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 52, en Kamerstukken II, 1995-1996, 24 651, nr. 3, p. 82; Vranken, a.w., nr. 86 (die deze bepaling overbodig acht); Klaassen, a.w., nr. 33. Vgl. ook Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 10, en Bannier, Advocatenblad 2002, p. 298.

28 Zie daarover Van den Reek, a.w., nr. 8, met verdere verwijzingen.

29 Zie over die sanctie nader de volgende paragraaf. Het lijkt hierbij nog steeds om het uitbannen van de bewuste leugen te gaan, zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 52, hoewel er op dit vlak nogal wat onduidelijkheid resteert, zie C.J.J.C. van Nispen, De rechter en zijn plaats, in: J.B.M. Vranken (e.a.) (red.), Ontwerp aanpassing wetboek van burgerlijke rechtsvordering, Deventer 1997, p. 26, en bijvoorbeeld Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 6, en nr. 5, p. 25, waar gesteld wordt dat het partijen niet vrijstaat om ongunstige feiten te verzwijgen. Ook kritisch: Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 4, p. 16.

30 HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 m.nt. DJV (Bloedproef); HR 28 september 2001, RvdW 2001, 146 (Rowa/Hooters); Klaassen, a.w., nr. 34, en Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 11.

31 Zie Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 10. Het zijn nog steeds de partijen zelf die de feitelijke kaders van de procedure bepalen.

32 Kritisch te dien aanzien onder andere Vranken, a.w., nr. 87; Vranken c.s., NJB 1999, p. 1964.

33 Over de problemen die dat oplevert: J.M. Barendrecht, Snel en goed recht doen. NJB 1994, p. 839; Asser-Vranken, nr. 37.

34 Deze sanctie speelt ook een rol bij het boekenonderzoek (art. 162 lid 2 Rv), het verhoor van partijgetuigen (art. 164 lid 3 Rv) en bij de plicht voor partijen om mee te werken aan een deskundigenbericht (art. 198 lid 3 Rv).

35 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 54; Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 11.

36 Zie HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 m.nt. DJV (Bloedproef); Hof Amsterdam 31 mei 1990, TvGR 1993, 33 (X./WUH); HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 m.nt. CJHB en EAA (Kools/Pensioenfonds voor huisartsen) (voorwaarde is volgens de Hoge Raad wel dat aannemelijk is dat het document van beslissende aard is); A. Hammerstein, Te goeder trouw procederen. TVP 1989, p. 1607 en 1609; de noot van Snijders onder HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 (Kinetics/Mol), sub 2j. In deze zin ook HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 m.nt. JdB (C./M.).

37 Zo ook W.D.H. Asser, Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces, NJB 1999, p. 1254; Klaassen, a.w., nr. 6 en 37. J.B.M. Vranken, De radicale vernieuwing van het civiele procesrecht in Engeland en Wales, NJB 1999, p. 1882 en 1885 signaleert te veel vrijblijvendheid, en ook de Tweede Kamer mist sancties, zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 4, p. 14, 16 en 17. Over het belang van sanctionering ook Lord Woolf, Access to Justice. Final report, Londen 1996, p. 72 e.v.

38 Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 100.

steeds de vraag welke sanctie dan mogelijk is. Veelal wordt dan gesteld dat de rechter aan een verzuim die gevolgen mag verbinden *die hij geraden acht*. Zeker in de sanctiesfeer is dat een heel erg open norm.³⁹ De regering heeft overigens expliciet gekozen voor een, zoals zij het noemt, 'flexibel' sanctiestelsel.⁴⁰ Zij wil ontmoedigen dat partijen hun kruut droog houden door de mogelijkheid om later stellingen aan te vullen, te beperken. Ten aanzien van informatie die voor een partij ongunstig is, zal dat echter niet werken, want dergelijke informatie wil die partij helemaal niet aanvullen. De (ook praktisch relevante) vraag hoe deze sanctie dan nader ingevuld kan worden, ligt dan ook nog steeds op tafel.

Een enkele sanctie kort nader bekeken

Ik wees hiervoor al op de 'nietigheid van de dagvaarding' als sanctie. Het probleem daarmee is uiteraard dat gewoon een nieuwe dagvaarding zal volgen. Verder noemde ik ook de 'afwijzing van het gevorderde'. Dat is mijns inziens echter alleen een gerechtvaardigde sanctie indien de betreffende informatie zo relevant is dat een totale afwijzing evenredig is.⁴¹ Bovendien zien beide sancties in beginsel alleen op de eiser en niet op de gedaagde, terwijl juist aan die zijde vaak het pijnpunt zal zitten.

Dat het 'niet als juist aanvaarden' van een stelling in dit kader als sanctie genoemd wordt,⁴² voegt weinig toe omdat zulks al voortvloeit uit artikel 149 Rv, met als gevolg dat van een echte sanctie op onbehoorlijk gedrag moeilijk gesproken kan worden. De dwangsom lijkt dan geschikter als pressiemiddel,⁴³ maar daarvoor geldt dat deze niet ambtshalve opgelegd mag worden (art. 611a Rv). Bovendien is een dwangsom moeilijk voorstelbaar ten opzichte van informatie waarover geen expliciete mededelingsplicht bestaat. Tevens veronderstelt het opleggen van een dwangsom dat al bekend is dat iemand bepaalde informatie onder zich heeft en dat deze persoon die informatie niet wil verstrekken, hetgeen veelal niet het geval zal zijn.

Het 'vermoeden ten nadele van de weigerachtige partij' heeft dit bezwaar dat daarvoor aannemelijk dient te zijn dat de bescheiden waarvan inzage werd gevraagd, van beslissende aard zijn.⁴⁴ De vraag rijst dan immers hoe dat aangetoond kan worden. Bovendien moet opnieuw het bestaan van het betreffende stuk al bekend zijn. De wetgever noemt verder nog de mogelijkheid om de aannemelijkheid van feiten 'extra kritisch te bezien' als op andere punten de informatieverstrekking onvolledig was.⁴⁵ Mijns inziens zou een sanctie echter betrekking moeten hebben op het feit ten aanzien waarvan het verzuim begaan werd.⁴⁶

Vranken heeft voorgesteld om de Duitse regeling van de 'Präklusion' in te voeren in Nederland. Dat voorstel komt hierop neer, dat indien een partij in eerste instantie verzuimt om haar stellingen te onderbouwen, feiten aan te voeren en bewijsmiddelen te benoemen, zulks niet meer hersteld kan worden in een latere fase. Vranken maakt daarbij overigens een uitzondering voor nieuwe, nog niet eerder bekende gegevens en voor gevallen waarin er een legitieme reden is voor niet-naleving.⁴⁷ Indien dit alsnog ingevoerd zou worden, zouden de gevolgen daarvan terdege 'doorge-rekend' moeten worden, want de 'Präklusion' staat niet op zichzelf. Deze is bijvoorbeeld nauw verbonden met de plicht van de Duitse rechter om partijen op allerlei verzuimen te wijzen.⁴⁸ Daarnaast is nog van belang dat ook deze sanctie er niet toe zal leiden dat een partij de voor haar ongunstige feiten zal openbaren.

Immers, het verlies van de mogelijkheid om zulks in een later stadium alsnog te doen, zal de procespartij die bepaalde informatie niet wil openbaren, niet afschrikken. Integendeel, het zal die procespartij juist welgevallig zijn.

Een weinig fraai beeld van mogelijke sancties

De staat van het sanctiearsenaal is mijns inziens niet best. Veel van de genoemde sancties kunnen in bepaalde gevallen wellicht nuttig zijn, maar daarmee wordt niet bereikt dat de voor een van de partijen *onwelgevallige* gegevens en bescheiden boven water komen. Doordat meestal alleen diezelfde partij daadwerkelijk weet dat die informatie bestaat, zal de pakkans ten aanzien van een verzuim bovendien zo gering zijn dat 'verzwijging' veelal lonend is. Dit is onwenselijk en past niet in de huidige tijd, maar het lijkt wel (nog) de realiteit te zijn door het ontbreken van een daadwerkelijke sanctiemogelijkheid.⁴⁹

Mededelingsplichten naar (nieuw) Duits recht

Inleiding

Ik zal in deze paragraaf aandacht besteden aan het *Duitse* recht, omdat ook daar per 1 januari 2002 het procesrecht voor een belangrijk deel herzien is.⁵⁰ Wellicht kan daaruit wel inspiratie geput worden om het Nederlandse recht her en der nog wat aan te passen, bijvoorbeeld in het kader van de 'fundamentele herziening van het procesrecht' die nu onderweg is. Het Duitse procesrecht moest gewijzigd worden volgens de regering, omdat het nodig was het procesrecht 'bürgernäher, effizienter und durchschaubarer' te maken teneinde snel tot begrijpelijke en acceptabele oplossingen te kunnen komen.⁵¹ Ik ga daar zo nader op in.

39 Vgl. Vranken, a.w., nr. 86.

40 Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 13 en 27.

41 Als de achtergehouden informatie betrekking heeft op slechts één van de benodigde feitelijke elementen van de vordering, zal afwijzing van het gevorderde mijns inziens disproportioneel zijn. Zie in algemene zin, Woolf, a.w., p. 74; Klaassen, a.w., nr. 36.

42 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 54. Vgl. ook Klaassen, a.w., nr. 16.

43 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 54.

44 HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 m.nt. CJHB en EAA (Kools/Pensioenfondsvoor huisartsen). Vgl. ook Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 28.

45 Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 53, en nr. 5, p. 26.

46 Zo ook Woolf, a.w., p. 74.

47 Vranken, a.w., nr. 87 en 89, en nr. 11, 12 en 15. Anders: Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 25, omdat daarmee ook de voor de wederpartij gunstige informatie uitgesloten wordt.

48 Zie § 139 ZPO, waarover meer in de volgende paragraaf.

49 De uit het Engelse recht welbekende regels die partijen verplichten om ongunstige feiten te melden (zie hierna), helpen mijns inziens ook niet, weer vanwege de geringe pakkans. Datzelfde geldt ook voor de 'verzwaring van de bewijslast' en de proceskostenveroordeling (Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 26). Achteraf kan via een herroeping (art. 382 Rv) nog een en ander hersteld worden, maar opnieuw is daarvoor vereist dat de betreffende informatie bekend is bij de wederpartij.

50 De Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) werd door de regering op 24 november 2000 ingediend bij de Deutscher Bundestag (BT-Dr. 14/4722) en werd wet op 27 juli 2001. BGBl. I, 1887 e.v. (inwerkingtreding: 1 januari 2002). Dit regeringsontwerp bouwt voort op een eerder initiatiefwetsontwerp (BT-Dr. 14/3750).

51 BT-Dr. 14/4722, p. 58.

In Engeland en Wales is ook net een herziening achter de rug via de nieuwe Civil Procedure Rules 1998 (CPR),⁵² maar omdat die regeling recent nog besproken is in dit tijdschrift,⁵³ ga ik daar nu niet op in. Ik wijs er hier wel nog op dat doordat partijen in Engeland in principe al het bewijsmateriaal waarover zij beschikken, moeten aanmelden en overleggen,⁵⁴ de beschikbaarheid van informatie groot is. Daarbij geldt dan overigens wel weer dat (ook in Nederland) het besef is doorgedrongen dat de (oude) 'discovery'-procedure ook de nodige nadelen kende.⁵⁵ Of de nieuwe 'disclosure'-procedure al die nadelen wegneemt, valt nog te bezien.⁵⁶ Overigens, het is in beginsel mogelijk om via de regels van het Nederlandse recht ongeveer hetzelfde te bereiken als via de regels van 'disclosure'.⁵⁷ Vooral het voorlopig getuigenverhoor kan daartoe bijdragen.⁵⁸ In Nederland kan dus in beginsel ook vrij veel informatie vrijkomen, hoewel dat meer inspanning zal vergen omdat een (meer) algemene en spontane mededelingsplicht zoals in Engeland ontbreekt.⁵⁹

Het nieuwe procesrecht in Duitsland

Het Duitse civiele procesrecht kent een aantal instrumenten die tot een ruimere beschikbaarheid van informatie (zouden moeten) leiden. Via het nieuwe procesrecht wordt onder andere getracht het gebruik van die instrumenten extra te stimuleren,⁶⁰ hoewel tegelijkertijd ook op de verantwoordelijkheid van partijen gewezen wordt.⁶¹ De nieuwe wet probeert, naast de hiervoor al genoemde doelen, te bewerkstelligen dat de overbelasting van de rechterlijke macht teruggedrongen wordt. Daartoe worden de mogelijkheden van hoger beroep beperkt (alleen controle van de procedure in eerste aanleg, in beginsel geen echte tweede feitelijke instantie),⁶² om zo personeel en kosten uit te sparen. Deze middelen kunnen dan ingezet worden in eerste aanleg. De procedure in eerste instantie moet immers wel verstevigd worden om te kunnen volhouden dat de mogelijkheden voor hoger beroep beperkt zijn. Die versterking wordt gezocht op het personele vlak (er komt meer mankracht beschikbaar vanuit het minder belaste hoger-beroepstraject en er komen veel meer enkelvoudige zittingen)⁶³ en op het inhoudelijke vlak. Voor wat betreft die inhoud staat voorop dat als het al niet lukt om een zaak te schikken (de mogelijkheden daartoe worden ruimer), het doel zou moeten zijn om in eerste aanleg de zaak voor eens en altijd af te ronden. Maar dat kan alleen als het mogelijk is om alle feiten te beoordelen. Daartoe wordt de rechterlijke 'Hinweisplicht', waarover zo meer, versterkt.⁶⁴

Daaraan voorafgaand is in § 138 Abs. I ZPO (onveranderd) geregeld dat de verklaringen van partijen volledig en waarheidsgetrouw dienen te zijn. Dat is een plicht ten opzichte van de wederpartij én de rechter. Verboden is daarmee de bewuste leugen (en het bewust verzwijgen van feiten) en ontoereikend is het ponderen van stellingen 'ins Blaue hinein'.⁶⁵ Het belangrijkste rechtsgevolg binnen een lopende procedure van het niet voldoen aan deze plicht is dat de rechter de leugenachtige stelling niet in zijn bewijswaardering betreft, hetgeen zo logisch is dat zulks nauwelijks als sanctie gezien kan worden.⁶⁶ Verder kan een leugenachtige partij strafrechtelijk of civielrechtelijk aansprakelijk gehouden worden.⁶⁷

- 52 De Civil Procedure Rules 1998 (1998 Nr. 3132 (L. 17)) zijn in werking getreden op 26 april 1999, en daarbij op detailpunten nog aangepast, zie The Civil Procedure (Amendment) Rules 1999 (1999 Nr. 1008 (L. 8)). Zie over de CPR onder andere Lord Woolf, *Access to Justice. Interim report*, Londen 1995; Woolf, a.w. 1996; A.A.S. Zuckerman, *Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça change...*, MLR 1996, p. 773 e.v.; M. Zander, *The Government's Plans on Civil Justice*, MLR 1998, p. 382 e.v.; Vranken, a.w., nr. 37 e.v.; Vranken, NJB 1999, p. 1879 e.v.; D.W.C.L. Struycken, *English civil procedure two years after the Woolf reforms*, TCR 2001, p. 59 e.v.
- 53 Struycken, TCR 2001, p. 59 e.v.
- 54 Zie Van den Reek, a.w., nr. 108. Naar nieuw recht heeft de rechter ruime mogelijkheden de bewijslevering te sturen, zie C. Passmore en J. Goodliffe, *Ten questions about the Woolf reforms*, NLJ 1999, p. 282; Vranken, a.w., nr. 52.
- 55 Zie A.A.S. Zuckerman, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, in: A.A.S. Zuckerman (red.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford 1999, p. 11; Woolf, a.w. 1995, p. 164-165; Woolf, a.w., p. 124; Van den Reek, a.w., nr. 75; Asser-Vranken, nr. 20 (die overigens de voordelen ervan doorslaggevend acht); Asser, NJB 1999, p. 1254, en M. Kremer en E. Rehbock, *Discovery en andere wegen der (ge)lijdelijkheid*, AA 47 (1998) 5, p. 455, die zich geen voorstander van overname tonen. Wel positief: Betlem c.s., *Omkering van proceslast*, Den Haag 1999, p. 76.
- 56 Zo zal het terugdringen van de kosten van 'disclosure' moeilijk worden, vgl. Vranken, a.w., nr. 5. Zie ook M. Zander, *Woolf on Zander*, NLJ 1997, p. 770, en Struycken, TCR 2001, p. 64.
- 57 Vgl. HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 m.nt. HJS (Kinetics/Mol), r.o. 5.2; de noot van Snijders (sub 2f en 2h) onder dat arrest; Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 13, alsmede Kremer/Rehbock, AA 1998, p. 454 en 456. Ook Asser-Vranken, nr. 21, gaat in die richting.
- 58 Zie de conclusie van A-G Leijten voor HR 11 januari 1985, NJ 1985, 352 (Van Laarhoven Assurantiën/Finatabank), die het voorlopig getuigenverhoor omschrijft als een vorm van 'pre-trial-discovery', en verder Hoyng, a.w., p. 105-107, en Betlem c.s., a.w., p. 75. W.D.H. Asser, *Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering*, in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, Den Haag 1999, nr. 5.3 noemt dit middel te beperkt.
- 59 Voor Nederland recent nog Linssen, a.w., p. 643. Ik schreef 'in beginsel', want het bemachtigen van documenten van de wederpartij is hier moeilijker dan in Engeland, ondanks art. 843a Rv. Bovendien is de praktijk in Nederland anders dan in Engeland: hier is de feitengaring meer in handen van de rechter. Deze zal niet erg gedreven zijn (hij heeft er weinig belang bij) om daadwerkelijk alles te weten te komen. Zie R. Cooter en T. Ulen, *Law and Economics*, tweede druk, Reading 1997, p. 364.
- 60 Zie over de herziening van het Duitse procesrecht onder andere H. Däubler-Gmelin, *Reform des Zivilprozesses*, ZRP 2000, p. 33 e.v.; H-J. Musielak, *Reform des Zivilprozesses*, NJW 2000, p. 2769 e.v.; P. Hartmann, *Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen*, NJW 2001, p. 2577 e.v.; E. Schneider, *Die missglückte ZPO-Reform*, NJW 2001, p. 3756 e.v.; M. Huber, *Verfahren und Urteile erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG)*, JuS 2002, p. 483 e.v.; C. Katzenmeier, *Aufklärungs/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess*, JZ 2002, p. 533 e.v., alsmede over het Duitse recht van voor 2002 onder andere Vranken, a.w., nr. 8 e.v., en de hierna genoemde literatuur.
- 61 Zie bijvoorbeeld Katzenmeier, JZ 2002, p. 533; BT-Dr. 14/4722, p. 62.
- 62 Zie bijvoorbeeld Hartmann, NJW 2001, p. 2590-2591; Musielak, NJW 2000, p. 2773 e.v. Zeer kritisch Schneider, NJW 2001, p. 3757.
- 63 Zie nader Musielak, NJW 2000, p. 2772-2773.
- 64 Zie over dit alles onder andere Däubler-Gmelin, ZRP 2000, p. 35-37; BT-Dr. 14/4722, p. 58 en 60 e.v.
- 65 Zie H.J. Musielak (red.), *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, München 1999, § 138 (Stadler), Rdn. 1-2 en 6; G. Lüke (e.a.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Band 1, §§ 1-354, München 1992, § 138 (Peters), Rdn. 1-2; R. Zöllner (e.a.), *Zivilprozeßordnung*, 21. Aufl., Köln 1999, § 138 (Greger), Rdn. 1-3, en BGH NJW 1998, 2976, op p. 2977.
- 66 P. Frohn, *Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweisplicht nach § 139 ZPO*, JuS 1996, p. 244. L. Rosenberg, K-H. Schwab en P. Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, 15. Aufl., München 1993, p. 366 geeft aan dat het bekend zijn van de onwaarheid van een feit onherroepelijk met zich brengt dat het tegendeel is komen vast te staan, zodat dat tegendeel logischerwijs ook als basis van de beslissing zal dienen.
- 67 Zie Zöllner/Greger, § 138, Rdn. 7; Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 7-8.

Het tweede lid van § 138 ZPO bepaalt vervolgens dat iedere partij zich dient uit te laten over de door de ander gestelde feiten (als die partij aan haar stelplicht terzake voldaan heeft),⁶⁸ terwijl het derde lid bepaalt dat niet-betwiste feiten als vaststaand beschouwd moeten worden. Bewijs is dan niet meer nodig.⁶⁹ Zulks geldt overigens niet als de wederpartij zich niet kan uitlaten over de gestelde feiten, omdat zij daartoe de kennis niet heeft noch deze kan verkrijgen.⁷⁰ Deze twee leden vormen samen de basis voor wat in Nederland de 'verzwaarde stelplicht' heet, en in Duitsland onder de noemer 'Substantiierungslast' door het leven gaat.⁷¹

Interessant is zeker ook § 139 ZPO dat per 1 januari 2002 gewijzigd is. Dat artikel bepaalt kort gezegd, dat de rechter verplicht is te bewerkstelligen dat de partijen zich over de feiten en de juridische merites van de zaak uitlaten, hun stellingen eventueel aanvullen en de bewijsmiddelen benoemen. Daartoe dient hij de feitelijke en juridische aspecten van het geschil met de partijen te bespreken en vragen te stellen. Hij dient ervoor te zorgen dat de zaak uitputtend besproken wordt.⁷² De rechter moet de zijns inziens maatgevende gezichtspunten blootleggen en er uiteraard ook voor zorgen dat de partijen daarop kunnen reageren⁷³ (zie § 139 Abs. I en II ZPO). Deze zogenoemde 'Hinweisplicht' van de rechter is bedoeld om te verhinderen dat een partij verijdbaar benadeeld wordt in haar materiële rechtspositie.⁷⁴ De herziening van dit artikel betreft overigens een precisering van het geldende recht en niet de introductie van een nieuw instrument.⁷⁵ Aan de 'Hinweisplicht' is onder andere toegevoegd dat indien er punten zijn die de rechter anders ziet dan *beide* partijen, hij de partijen daarop moet wijzen (§ 139 Abs. II ZPO). Ook dient de rechter de 'Hinweis' zo spoedig mogelijk te geven en schriftelijk vast te leggen ('Dokumentationspflicht').⁷⁶

Het gaat bij § 139 ZPO uitdrukkelijk om een advies- of waarschuwingsplicht van de rechter, niet om een (discretionaire) bevoegdheid.⁷⁷ Wanneer deze plicht voor de rechter ontstaat, is echter moeilijk bij voorbaat te zeggen, want deze ontstaat alleen als er daartoe een concrete aanleiding is, bijvoorbeeld als de feitenvoorstelling onduidelijk is of leemten vertoont.⁷⁸ Een aantal voorbeelden kan dit wellicht verduidelijken. Als de feitelijke voorstelling van zaken zoals geschetst door de eiser te algemeen is, mag de rechter die stelling niet zonder meer als ongemotiveerd buiten beschouwing laten. Hij dient te bewerkstelligen dat een en ander opgehelderd wordt.⁷⁹ Ook dient de rechter te wijzen op eventuele andere grondslagen voor de vordering of op eventuele verweren die nog niet eenduidig aangevoerd zijn.⁸⁰ Bovendien dient de rechter na te gaan of een bepaald persoon nu wel of niet als getuige voorgedragen is.⁸¹ § 139 ZPO geeft de rechter derhalve duidelijk een ondersteunende en zelfs leidende rol in het proces.⁸² En omdat het in de nieuwe opzet van het procesrecht van nog groter belang is dat in eerste aanleg de feiten duidelijk worden (het hoger beroep is immers 'uitgekleed'), is het belang van deze 'Hinweisplicht' alleen nog maar groter geworden.⁸³ De grens van deze plicht ligt daar waar de onpartijdigheid van de rechter in het geding komt.⁸⁴

Een andere belangrijke (al bestaande) bepaling is § 282 ZPO. Op basis daarvan dienen partijen tijdig, dat wil zeggen voor het verstrijken van de toepasselijke termijn en op zijn minst voor het sluiten van de mondelinge behandeling (§ 296a ZPO), al hun stel-

lingen en verweren naar voren te brengen. Dit noemt men de 'allgemeine Prozeßförderungspflicht'. Gelegenheid om een eventueel verzuim te dien aanzien te herstellen, bestaat niet meer indien zulks tot vertraging van de procedure zou leiden (§ 296 Abs. II ZPO), de al genoemde 'Präklusion'. Ook de rechter dient er overigens op toe te zien dat partijen hun stellingen tijdig aanvoeren.⁸⁵ Als de rechter bijvoorbeeld zijn plichten op basis van § 139 ZPO verzaakt, is de sanctie van 'Präklusion' niet mogelijk: naar nieuw recht geldt de beperking van de hoger-beroepsmogelijkheden dan niet en kunnen alsnog nieuwe feiten worden aangevoerd.⁸⁶

Een van de speerpunten van de recente hervorming van het Duitse procesrecht betreft de regeling in de §§ 278 en 279 ZPO met betrekking tot de zogenoemde 'Güteverhandlung', naar Nederlands recht te vergelijken met de schikkingscomparitie.⁸⁷ De rechter dient in elke fase van het geding op de mogelijkheid

68 Zie Zöller/Greger, § 138, Rdn. 8; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 18. De mate van betwisting die nodig is, is net als in Nederland afhankelijk van de mate waarin de stelling van de wederpartij onderbouwd is, zie BGH NJW 1993, 528, op p. 529; BGH NJW 1999, 1404, op p. 1405.

69 Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 15; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 19 en 23; Zöller/Greger, § 138, Rdn. 8b en 9. Art. 149 Rv bewerkstelligt hetzelfde naar Nederlands recht.

70 Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 19.

71 Zie Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 10-11, en Frohn, JuS 1996, p. 247 e.v. Zie nog noot 15 hiervoor.

72 Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 2. Zie hierover ook A. Piekenbrock, Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweisplicht, NJW 1999, p. 1360 e.v.; Huber, JuS 2002, p. 483 e.v., en Vranken, a.w., nr. 12.

73 Anders is de aanwijzing zinloos, zie BGH BVBl. 2001, 1272, op p. 1273. Als een reactie van partijen anderszins niet mogelijk is, dient de mondelinge behandeling heropend te worden, zie BGH VersR 2000, 739, op p. 740.

74 Zie BGH VersR 2000, 738; BGH VersR 2000, 739; Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 5; Zöller/Greger, § 139, Rdn. 1 en 9.

75 Musielak, NJW 2000, p. 2772; Schneider, NJW 2001, p. 3756-3757. § 139 omvat ook delen van de oude §§ 273 en 278 ZPO, zodat nu alle regels inzake 'Hinweisplichten' samengevoegd zijn, zie Huber, JuS 2002, p. 483.

76 Zie Musielak, NJW 2000, p. 2772; Schneider, NJW 2001, p. 3757; Hartmann, NJW 2001, p. 2582-2583; Huber, JuS 2002, p. 484.

77 Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 5; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 5-6.

78 Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 5 en 7, met voorbeelden in Rdn. 8-14; Piekenbrock, NJW 1999, p. 1360, en p. 1361-1362; Zöller/Greger, § 139, Rdn. 3-4; Frohn, JuS 1996, p. 245.

79 Zie bijvoorbeeld Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 8; Frohn, JuS 1996, p. 245-246, en Zöller/Greger, § 139, Rdn. 10. Als duidelijk wordt dat een partij de 'Hinweis' niet begrepen heeft, dient deze gepreciseerd te worden, zie BGH VersR 2000, 738.

80 BT-Dr. 14/4722, p. 77; Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 8-9; Zöller/Greger, § 139, Rdn. 9; Frohn, JuS 1996, p. 244 en 246. Zulks vloeide onder het oude recht ook voort uit § 278 Abs. III (oud) ZPO, zie bijvoorbeeld Rosenberg/Schwab en Gottwald, a.w., p. 430.

81 Zie bijvoorbeeld BGH VersR 1999, 1373, op p. 1374.

82 Rosenberg/Schwab en Gottwald, a.w., p. 428. Zo'n leidende rol verbaast niet gezien de medeverantwoordelijkheid die de rechter draagt voor de gedingvoering, zie Münch.Komm. ZPO (Peters), § 139, Rdn. 1; Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 1.

83 Zie nader Musielak, NJW 2000, p. 2771.

84 Musielak/Stadler, § 139, Rdn. 5.

85 Zie hierover onder andere P. Arens en W. Lüke, Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren. Zwangsvollstreckung, 7. Aufl., München 1999, Rdn. 189 e.v.; Vranken, a.w., nr. 11, 12 en 15. Deze regeling is bedoeld om zo vroeg mogelijk zo veel mogelijk informatie boven tafel te krijgen, maar kan als neveneffect hebben dat bepaalde informatie nu juist niet meer beschikbaar komt. Zie Arens/Lüke, a.w., Rdn. 189.

86 Specifiek daarover Huber, JuS 2002, p. 484, en Piekenbrock, NJW 1999, p. 1363.

87 Zie nader bijvoorbeeld BT-Dr. 14/4722, p. 62; Huber, JuS 2002, p. 485 e.v.; Hartmann, NJW 2001, p. 2581 e.v.; Musielak, NJW 2000, p. 2771.

van een schikking van de zaak of een bepaald twistpunt bedacht te zijn (§ 278 Abs. I ZPO). Om zulks nader te stimuleren ('schikken is beter dan beslechten', ook in verband met de werkbelasting van de rechterlijke macht),⁸⁸ dient (verplicht) aan de mondelinge behandeling een 'Güteverhandlung' vooraf te gaan, tenzij er al een schikking betracht is voor aanvang van de procedure of een schikking 'erkennbar aussichtslos erscheint' (§ 278 Abs. II ZPO). Dat laatste laat overigens veel aan het 'beleid' en de vaardigheden van de individuele rechter over.⁸⁹ De rechter dient de procespartijen in persoon voor de schikkingspoging te nodigen en indien zij verschijnen, te horen (§ 278 Abs. II en III ZPO). Indien een van de partijen niet verschijnt of de schikkingspoging niet slaagt, dient onmiddellijk de (normale) mondelinge behandeling te volgen (§ 279 Abs. I ZPO). Daarbij dient de rechter overigens nog steeds op een schikking bedacht te zijn.⁹⁰ Overigens, de rechter mag de partijen ook voorstellen een vorm van mediation te proberen (§ 278 Abs. V ZPO).

Een algemene mededelingsplicht als oplossing?

De genoemde instrumenten lijken vooralsnog ook in Duitsland te weinig soelaas te hebben geboden,⁹¹ en of het nieuwe recht dat zal veranderen, wordt nu al sterk betwijfeld.⁹² Mede ten gevolge daarvan rijst om de zoveel tijd de vraag naar het bestaan van een algemene (spontane) informatieplicht voor procespartijen.⁹³ Het Bundesgerichtshof heeft zich echter tegen een dergelijke algemene plicht uitgesproken. Er bestaat naar Duits recht geen norm die partijen in algemene zin ertoe verplicht zich zo te gedragen dat de waarheidsvinding het beste gediend wordt.⁹⁴ De redenen daarvoor zijn volgens het Bundesgerichtshof dat er geen materieelrechtelijke informatieplicht van algemene strekking bestaat en het niet aan het (instrumentele) procesrecht is om een dergelijke plicht in te voeren. Bovendien is een procespartij niet gehouden de wederpartij het materiaal voor proceswinst te verschaffen.⁹⁵ Dat oordeel vloeide wellicht mede hieruit voort, dat een dergelijke algemene processuele plicht niet nodig is in verband met het bestaan van een aantal bijzondere, op het materiële recht gebaseerde plichten die er al toe leiden dat de nodige informatie verschaft moet worden.⁹⁶ Die plichten zijn de zogenoemde 'erweiterte prozessualen Aufklärungspflichten' die, afhankelijk van de opvatting die men aanhangt, volgen uit de goede trouw (§ 242 BGB), uit het materiële recht in algemenere zin of uit de analoge toepassing van de regels uit het ZPO en het BGB.⁹⁷

De wederzijdse invloed tussen mededelingsplicht en bewijslast

Inleiding

Het scala aan mededelingsplichten overziend, rijst de in de inleiding gestelde vraag of, en zo ja, in welke mate deze plichten doorwerken op het bewijsrecht, meer specifiek de bewijslastverdeling, en of omgekeerd het bewijsrecht doorwerkt op het bestaan en de omvang van de mededelingsplichten. Die doorwerking is naar mijn mening in *kwantitatief* opzicht aanwezig, maar in *kwantitatief* opzicht beperkt.

Invloed op de bewijslastverdeling

Een direct gevolg van (de introductie van) al deze mededelingsplichten is niet alleen dat de partijen actiever moeten worden bij de feitengaring,⁹⁸ maar ook dat de lijdelijkheid van de rechter teruggedrongen wordt.⁹⁹ De mogelijkheden voor de rechter om actief op te treden en de vergaring van feiten te sturen, zijn toegenomen.¹⁰⁰ Het gaat hierbij weliswaar veelal om discretionaire bevoegdheden, maar het zijn wel bevoegdheden die als zodanig gebruikt *kunnen* worden. Als ze gebruikt worden, zal dat (waarschijnlijk) tot gevolg hebben dat er meer informatie boven tafel komt. Immers, als de rechter specifiek om (bepaalde) informatie vraagt, zal het voor een procespartij lastig(er) worden om die informatie achter te houden, gezien ook artikel 21 Rv.

Als de rechter zodoende meer informatie tot zijn beschikking krijgt, is de kans groot dat hij op basis van zijn (bewijs)waardering van die informatie de diverse feitelijke beslissingen in de onderliggende zaak kan nemen en bepaalde stellingen bewezen kan achten. Het gevolg daarvan zal dan weer zijn dat de rol van de bewijslast (in de zin van: het bewijsrisico)¹⁰¹ kleiner zal worden. De vraag wie uiteindelijk het bewijsrisico draagt, is immers niet meer van beslissend belang indien de rechter niet aan dat bewijsrisico toekomt, omdat hij de zaak via zijn bewijswaardering kan (en dan ook zal moeten) beslissen.¹⁰²

88 Zie BT-Dr. 14/4722, p. 83 en p. 62.

89 Aldus Hartmann, NJW 2001, p. 2581, alsmede Musielak, NJW 2000, p. 2771.

90 Zie § 278 Abs. I ZPO en Huber, JuS 2002, p. 486.

91 H. Weber, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, Tübingen 1997, p. 188; R. Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, p. 13-14; Vranken, a.w., nr. 17. Men kent ook nog de plicht om bepaalde akten ter beschikking van de wederpartij te stellen, zie §§ 422 en 423 ZPO, en Stürmer, a.w., p. 12.

92 Zeer kritisch zijn bijvoorbeeld Musielak, NJW 2000, p. 2771 en 2778, en Schneider, NJW 2001, p. 3756 e.v., die aangeeft dat § 139 ZPO alleen de bestaande rechtspraak codificeert en dus niets toevoegt en dat de 'Güteverhandlung' ook al bestond (alleen niet dwingend voorgeschreven was) en weinig succes had.

93 Zie daarover met name Stürmer, a.w.; Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 11; G. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln 1996, Rdn. 303-330, en recent nog Katzenmeier, JZ 2002, p. 533 e.v.

94 BGH ZZZ 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürmer). Zie ook Baumgärtel, a.w., Rdn. 305-306; Münch.Komm. ZPO (Peters), § 138, Rdn. 22; Vranken, a.w., nr. 11. Anders: de noot van Stürmer onder voormeld arrest, op p. 211; Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 11, en uiteindelijk Katzenmeier, JZ 2002, p. 533 e.v., die aangeeft dat de discussie nog niet verstomd is.

95 BGH ZZZ 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürmer); Baumgärtel, a.w., Rdn. 306; Katzenmeier, JZ 2002, p. 534 en 536. Anders: Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 11.

96 BGH ZZZ 1991, 203, op p. 205 (Anm. Stürmer). Zie ook Musielak/Stadler, § 138, Rdn. 11; Katzenmeier, JZ 2002, p. 533 e.v.

97 Zie daarover BGHZ 97, 188, op p. 192; BGH ZZZ 1991, 203, op p. 205; Zie verder Baumgärtel, a.w., Rdn. 307, resp. Rdn. 308, resp. Rdn. 309, die uiteindelijk (Rdn. 314) voor deze laatste variant kiest.

98 Linssen, a.w., p. 643-644. Dat geldt ook in Duitsland, zie Katzenmeier, JZ 2002, p. 534.

99 Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 6; Kamerstukken II, 1995-1996, 24 651, nr. 3, p. 45.

100 Klaassen, a.w., nr. 2, 18 en 27; Sniijders/Ynzonides en Meijer, a.w., nr. 143. Het proces wordt transparanter, aldus Von Schmidt auf Altenstadt, TCR 2002, p. 14. Dit speelt ook in Duitsland, aldus Katzenmeier, JZ 2002, p. 537 en Däubler-Gmelin, ZRP 2000, p. 36-37.

101 Over het onderscheid bewijslast en bewijsrisico nader Giesen, a.w., p. 12-13.

102 Zie over de verhouding tussen bewijsrisico en bewijswaardering verder Giesen, a.w., p. 48.

Het gaat hierbij echter alleen om de *kwantiteit* van beslissingen die genomen worden op basis van de bewijsrisicoverdeling. Door de ruimere beschikbaarheid van informatie zal zich immers een *non liquet* (de situatie waarin het te bewijzen feit, ook na bewijsvoering door de partijen, niet is komen vast te staan)¹⁰³ minder snel en veelvuldig voordoen. De bewijsrisicoverdeling zal daardoor inhoudelijk (wie draagt het bewijsrisico ten aanzien van welk feit?) echter niet van karakter veranderen.¹⁰⁴ Dat is wellicht inhoudelijk gezien een teleurstellend resultaat, maar het is zeker niet onbelangrijk, bijvoorbeeld omdat een justitiabele waarschijnlijk eerder vrede kan hebben met een negatieve beslissing op basis van de bewijswaardering dan met een negatieve beslissing op basis van het bewijsrisico.

De bewijsrisicoverdeling zal dus een (kwantitatief) minder prominente rol (gaan) spelen, maar deze zal zeker niet van het toneel verdwijnen. Ook onder de meest vergaande vormen van mededelingsplichten resteert er een plek voor de regels van bewijsrisicoverdeling. Er zullen zich immers altijd feiten blijven voordoen ten aanzien waarvan onzekerheid blijft bestaan of die sowieso niet of nauwelijks te bewijzen zijn.¹⁰⁵ Het Engelse recht dat nogal tegen beslissingen op basis van het bewijsrisico is, maar er soms toch aan moet geloven, bewijst dat.¹⁰⁶ Bovendien zullen de regels van bewijslastverdeling nodig blijven, omdat langs die weg ook nog bepaald wordt wie ten aanzien van welke feiten de aan de (eventuele) bewijslast voorafgaande stelplicht draagt.¹⁰⁷ Men zou overigens ook kunnen betogen dat de bewijsrisicoverdeling juist een grotere rol zou kunnen krijgen. Omdat er namelijk meer informatie boven tafel komt, waarvan de juistheid vervolgens ontkend zal worden door de wederpartij, zodat op dat punt dan bewijsvoering nodig is, kan er wellicht eerder een bewijsrisicobeslissing nodig zijn.¹⁰⁸ Ook in dat geval is de invloed echter enkel kwantitatief.

Omgekeerd: invloed op de mededelingsplichten?

Omgekeerd laat zich ook nog de vraag stellen of, en zo ja, in hoeverre het bewijsrecht en met name de bewijslastverdeling van invloed is op (het bestaan en de omvang van) de mededelingsplichten van procespartijen. Immers, via het bewijsrecht, denk met name aan instrumenten als de verzwaarde stelplicht¹⁰⁹ en de verdeling van de bewijslast, worden partijen ook gedwongen, en zelfs in behoorlijk stevige mate, om (meer) informatie, meer bepaald bewijs, aan te dragen.¹¹⁰

De invloed van deze instrumenten op de mededelingsplichten is *in potentie* onmiskenbaar aanwezig. Immers, informatie die niet al boven water is, zal via het bewijsrecht alsnog bekend kunnen worden. Men zou dus kunnen stellen dat indien het bewijsrecht in enge zin meer mogelijkheden biedt, het daaraan voorafgaande recht inzake de mededelingsplichten minder ontwikkeld hoeft te zijn. Dat wil echter niet zeggen dat daarmee de mededelingsplichten overbodig zouden zijn. Een belangrijk nadeel van een dergelijke 'bewijsrechtelijke route' is immers dat de informatie veel later, rijkelijk laat zelfs, en naar huidige opvattingen wellicht wel té laat, boven tafel komt, namelijk pas in de bewijsfase, en niet voordien al, zoals bij mededelingsplichten in beginsel wel (ten dele) geschiedt.

Invloed van het bewijsrecht op (de reikwijdte en omvang van) de mededelingsplichten is er dus in potentie wel, maar gegeven de

trend om informatie juist zo vroeg mogelijk in de openheid te willen hebben, zal die invloed niet echt uit de verf komen. Het bewijsrecht zal eerder dienen als een stok achter de deur om die informatie die nog niet beschikbaar is gekomen via die mededelingsplichten, alsnog beschikbaar te krijgen. En omdat het bewijsrecht op dat vlak zeer nuttig kan zijn, mede gezien de nog gebrekkige sanctionering ten aanzien van de mededelingsplichten, vervullen beide instrumenten een zinvolle functie ter aanvulling van elkaar.

Conclusie

De verschillende (pre)procesuele mededelingsplichten in ons procesrecht zijn van invloed op de bewijslastverdeling, maar alleen voorzover het gaat om de vraag *hoe vaak* die bewijslastverdeling beslissend zal zijn voor de uitkomst van de zaak. Doordat via de mededelingsplichten meer informatie boven water zal komen, zal dat, naar het zich laat aanzien, minder vaak het geval zijn. De uitkomst van de zaak zal eerder via de bewijswaardering bereikt worden.

In hoeverre echter het gewenste effect van een actieve, informatievergarende rechter, en dus van grotere beschikbaarheid van informatie, daadwerkelijk bereikt zal worden, valt nog te bezien. Artikel 22 Rv behelst bijvoorbeeld nog steeds een discretionaire bevoegdheid en een echte sanctie ten aanzien van de substantiëringsplicht en bewijsaandragplicht van artikel 111 lid 3 Rv lijkt te ontbreken. Het 'beleid' van de rechters dienaangaande, en daarmee hun kijk op het voeren van civiele procedures, zal derhalve (nog steeds) van beslissende invloed zijn.¹¹¹

Mr. I. Giesen,
universitair hoofddocent verbonden aan het Departement
Privaatrecht en het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van
de Universiteit van Tilburg

¹⁰³ Zie nader Giesen, a.w., p. 12.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Weber, a.w., p. 191.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld al A. Grünebaum, Het karakter van den bewijslast in het burgerlijke geding, diss. Amsterdam (UvA) 1904, p. 49 en 158; M. Storme, De bewijslast in het Belgisch privaatrecht, Gent 1962, nr. 10, 12, 345 en 475.

¹⁰⁶ Zie Giesen, a.w., p. 75-76.

¹⁰⁷ Vgl. Snijders/Ynzonides en Meijer, a.w., nr. 207.

¹⁰⁸ Voorzichtig in die zin Giesen, a.w., p. 18, in noot 3.

¹⁰⁹ Ik realiseer mij dat de zogenoemde 'verzwaarde' of 'aanvullende stelplicht' ook bij de mededelingsplichten ingedeeld zou kunnen worden. Deze dient overigens onderscheiden te worden van de hiervoor al besproken substantiërings- en bewijsaandragplicht, want de verzwaarde stelplicht is bedoeld om de achterstand bij de bewijsvoering van een van de partijen op te heffen, terwijl de substantiërings- en bewijsaandragplicht bedoeld is om van beide partijen meer informatie eerder boven water te krijgen.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Katzenmeier, JZ 2002, p. 535.

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld Klaassen, a.w., nr. 28.