

# TE GOEDER TROUW PROCEDEREN

door

A. HAMMERSTEIN

Raadsheer in het gerechtshof te Arnhem

## INHOUD

1. Inleiding
2. Goede trouw
3. Goede trouw en procesrecht
4. Waarheidsplicht
5. Bewijslast
6. Medewerkingsplicht
7. Mededelingsplicht
8. Producere van stukken
9. Slotsom

## 1. INLEIDING

1. Bestaat de goede trouw in het procesrecht? Deze vraag wordt veelal ontkennend beantwoord(1). Wij zijn wel vertrouwd met de begrippen „een goede procesorde”, „fair trial” of „fair play”. Voor het laatste begrip schijnt geen Nederlands equivalent te bestaan. Ik kom in dit artikel tot de conclusie dat „fair play” niets anders betekent dan te goeder trouw procederen.

## 2. GOEDE TROUW

2. De goede trouw heeft in het geldende Nederlandse recht een dubbele betekenis. In het zakenrecht heeft de goede trouw betrekking op het weten of behoren te weten van iets. De goede trouw speelt in het contractenrecht van oudsher een belangrijke rol(2) op grond van artikel 1374, lid 3 B.W. In het N.B.W. wordt die regel in artikel 6.1.1.2 uitgebreid tot alle verbintenissen. Er wordt alleen niet meer

---

(1) HAARDT, W.L., *Fair Play in het burgerlijk geding*, oratie Leiden, 1958, 17 en „Het burgerlijk geding — ‘Fair Play’ revisited”, in de bundel „*Goed en Trouw*”, 11 e.v., waarin hij de conclusie van zijn oratie handhaaft, GERBRANDY, *Advocatenblad*, 1959, 505; VEEGENS, noot onder *N.J.*, 1961, 553; VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 187.

(2) ASSER-HARTKAMP, I, 43.

gesproken van goede trouw, doch van — de eisen of maatstaven van — redelijkheid en billijkheid. De begrippen redelijkheid en billijkheid dekken elkaar niet, doch zijn ook niet goed van elkaar te onderscheiden. Volgens de Minister mogen de redelijkheid en billijkheid niet gelijkgesteld worden met betamelijkheid(3). Er wordt wel eens gezegd dat bij de redelijkheid het hoofd en bij de billijkheid het hart betrokken is(4). SCHUT maakt onderscheid tussen de billijkheid als rechtsbeginsel en de goede trouw als gedragsnorm. De billijkheid is een bron van ongeschreven recht, de goede trouw schrijft voor dat men zich behoorlijk tegenover elkaar gedraagt(5).

De goede trouw in het verbintenissenrecht dient niet alleen tot aanvulling of beperking van hetgeen partijen zijn overeengekomen, maar geeft inderdaad ook een gedragsregel. Partijen moeten als redelijke mensen handelen en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening houden.

3. De rechtspraak heeft in het contractenrecht in het bijzonder aan die laatste norm een concrete en specifieke inhoud gegeven. Bij het aangaan van een overeenkomst kan de ene partij gehouden zijn aan de andere partij mededeling te doen van feiten die wel aan haar doch niet aan de wederpartij bekend (kunnen) zijn om te voorkomen dat de wederpartij zich op het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken(6). In het moderne contractenrecht, in het bijzonder waar het gaat om precontractuele verhoudingen en het leerstuk van de dwaling, heeft de H.R. de norm steeds meer ontwikkeld aan de hand van de mededelings- en onderzoeksplicht van partijen. Bij uitstek die verplichtingen stellen ons in staat aan de goede trouw tussen partijen invulling te geven. Immers aan de hand daarvan kan het evenwicht tussen partijen zo mooi worden bewaard en kan concreet worden aangegeven wat een partij had behoren te doen en had mogen nalaten. Welke partij moest in de gegeven omstandigheden met een bepaald feit zelf voor de dag komen, en welke partij kon en moest bepaalde feiten zelf onderzoeken om voldoende te weten waaraan hij

---

(3) VAN ZEBEN, *Parl. Gesch.*, boek 6, 69.

(4) *Parl. Gesch.*, 64.

(5) SCHUT, G.H.A., *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens B.W. en N.B.W.*, Zwolle, 1987, 130.

(6) H.R., 14 november 1924, *N.J.*, 1925, 96; H.R., 25 april 1947, *N.J.*, 1947, 270; H.R., 15 november 1957, *N.J.*, 1958, 67; H.R., 19 juni 1959, *N.J.*, 1960, 59; H.R., 21 januari 1966, *N.J.*, 1966, 183; H.R., 7 december 1979, *N.J.*, 1980, 290; H.R., 7 december 1984, *N.J.*, 1985, 771; H.R., 14 september 1984, *N.J.*, 1985, 85; H.R., 4 december 1987, *N.J.*, 1988, 345. Zie VRANKEN, J.B.M., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle, 1989.

begint. Daarbij kunnen nuanceringen worden aangebracht: de deskundigheid van een partij kan bijv. een belangrijke rol spelen in deze afweging(7). Opmerkelijk is dat ook bij de vaststelling van de zakenrechtelijke goede trouw de onderzoeksplicht een centrale rol lijkt te gaan spelen(8).

### 3. GOEDE TROUW EN PROCESRECHT

4. Partijen komen in het proces niet te staan in een bepaalde rechtsverhouding die vergelijkbaar is met een verbintenisrechtelijke verhouding. Vanuit dat uitgangspunt kan men begrip hebben voor de afwijzing van het begrip goede trouw in het procesrecht. Zoals HAARDT in zijn al genoemde rede „Fair play in het burgerlijk geding”(9) zegt: „De eis der goede trouw, toch soms reeds op wat drieste wijze gesteld buiten het gebied van het overeenkomstenrecht, kan voor procesvoerenden niet dienen”. Hij maakt deze opmerking na de conclusie dat misschien het meest te zeggen valt voor de regel dat partijen jegens elkander verplicht zijn mede te werken tot alles wat een goede procesorde eist, „hetgeen door Scholten wel eens genoemd is ‘zowat de parallel van de goede trouw in het overeenkomstenrecht’ ”.

In het maatschappelijk verkeer gelden de normen van betamelijkheid en zorgvuldigheid. Die begrippen worden ingevuld naar de aard van de omstandigheden waarin zij een rol spelen. Mensen die met elkaar in aanraking komen zonder contractuele band hebben zich al naar die normen te gedragen. Wie in een auto rijdt moet op zijn hoede zijn voor andere weggebruikers in dubbele betekenis: hij zal zich moeten hoeden voor de fouten van anderen maar hij zal zo veel mogelijk anderen moeten behoeden voor verkeerd gedrag van hemzelf. Hoewel uitgerekend in het verkeer van de laatste norm niet veel over lijkt te blijven, beoordelen wij weggebruikers gelukkig nog wel naar die norm. Hoe veel te meer moet zulks gelden voor partijen die met elkaar in een proces gewikkeld zijn. Het idee dat een proces een spel is, een nette vorm van strijd, hebben wij inmiddels achter ons gelaten. Een procedure dient tot geschillenbeslechting, tot een beslissing door de rechter in een maatschappelijk conflict. De maatschappij is ermee gebaat, heeft er zelfs behoefte aan, dat door de rechter

---

(7) Vgl. COHEN HENRIQUEZ, *N.J.B.*, 1976, 625; *Parl. Gesch.*, boek 6 N.B.W., 909; *Contractenrecht II-E* (HIJMA), nrs. 1107 v.

(8) Zie bijv. H.R., 4 april 1986, *N.J.*, 1986, 810, (Apon/Bisterbosch) waarover J.H. NIEUWENHUIS in *Ars Aequi*, 1986, 790 v.

(9) Zwolle, 1958, 17.

een zo goed en eerlijk mogelijke beslissing gegeven wordt. Partijen hebben, ook al staan zij niet in een rechtsverhouding, de plicht daaraan mee te werken(10). Door een procedure aan te gaan, krijgt men niet alleen te maken met de regels van het procesrecht, doch zal men zich ook jegens de wederpartij moeten gedragen volgens bepaalde in ons procesrecht inmiddels ontwikkelde normen. Tot die normen kan men heel goed rekenen de eis dat de ene partij tegenover de andere niet alleen gehouden is mee te werken aan een goede procesorde, maar ook eraan bij te dragen dat het geschil op een eerlijke en juiste wijze aan de rechter wordt gepresenteerd. Hier ligt de parallel met de goede trouw in het overeenkomstenrecht. Ook het procesrecht kent een mededelingsplicht ten aanzien van alles wat voor een goede beslissing noodzakelijk is. De procespartij behoort zich niet alleen te houden aan een goede procesorde, maar dient — ik zou zeggen te goeder trouw — bij te dragen aan het tot stand komen van een goede beslechting van het geschil, ook indien zulks niet in overeenstemming is met de belangen die zij te verdedigen heeft. De redelijkheid en billijkheid hebben in die zin al hun entree gemaakt in het procesrecht. Dat is geen nieuwe zienswijze. Mij lijkt dat aan de al zo vaak gebruikte „redelijke” verdeling van de bewijslast en het leerstuk misbruik van procesrecht dezelfde gedachte ten grondslag ligt(11). ABAS(12) ziet de relatie tussen procespartijen niet als een vertrouwensrelatie, waarin de werking van de goede trouw zonder meer gegeven is. Hij zou wel van een rechtsverhouding willen spreken, waarin dan niet de goede trouw maar in elk geval de billijkheid, als behoorlijkenorm een rol speelt. Het spiegelbeeld van die mening komt ook voor. GULDENER(13) ziet tussen procederende partijen niet een rechtsverhouding, maar toch hebben partijen de „Pflicht den Prozess nach *Treu und Glauben* (mijn curs.) zu führen”. Als uitvloeisel daarvan ziet hij:

- dat partijen geen uitzichtloos proces mogen voeren;
- dat geen bewust onware feiten mogen worden aangevoerd of ware feiten „wissentlich” worden betwist;
- dat geen misbruik wordt gemaakt van de mondelinge toelichting

---

(10) Zo ook HAARDT in zijn opstel in „Goed en Trouw”, 17, waar hij STAR BUSMANN citeert en spreekt van een grondplicht om de rechter het behoorlijk rechtspreken mogelijk te maken.

(11) Zie HEEMSKERK in zijn noot onder *N.J.*, 1976, nr. 464, p. 1365. Hij wijst erop dat „het beginsel der goede trouw ook in het procesrecht vaste voet” heeft verkregen door enkele uitspraken van de Hoge Raad.

(12) *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. Amsterdam, 1972, 330 e.v.

(13) *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich, 1979, 187 e.v.

of misleidende uitvoerigheid wordt betracht in schriftelijke stukken;

- dat geen nodeloze proceskosten worden veroorzaakt;
- dat niet een met een eerdere procesvoering onverenigbare voordeeling wordt ingesteld.

De vraag of tussen partijen in een proces een rechtsverhouding bestaat brengt ons niet verder. De gedingvoerende partijen hebben ook te maken met hun verhouding tot de rechter en via de rechter met maatschappelijke normen. Als wij werkelijk wensen dat sprake is van een „fair trial” dat aan hoge eisen voldoet, dan is de eis dat partijen zich tegenover elkaar te goeder trouw hebben te gedragen een vanzelfsprekende. Dat wil zeggen dat de goede trouw misbruik van processuele bevoegdheden en regels verbiedt, verplicht tot eerlijk spel tegenover de wederpartij en met zich kan brengen dat tegenover de wederpartij opening van zaken wordt gegeven wanneer dat voor een juiste beoordeling van het geschil noodzakelijk is. Op enkele specifieke aspecten van die goede trouw zal ik hieronder ingaan.

#### 4. WAARHEIDSP LICHT

5. Onder waarheidsplicht wordt in het algemeen verstaan de verplichting van partijen de waarheid te spreken tegenover de rechter. In een aantal landen is die verplichting in de wet vastgelegd(14). Ook in Nederland is daarvoor wel gepleit(15). De Nederlandse Juristen Vereniging besteedde in 1915 aandacht aan preadviezen over het onderwerp: Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om de rechter omtrent de feiten in te lichten(16)?

Zonder wettelijke basis kan echter eveneens worden aanvaard dat partijen gehouden zijn de waarheid te spreken, m.i. zowel tegenover elkaar als tegenover de rechter.

Nu is maar de vraag wat onder waarheid moet worden verstaan. Partijen hebben een geschil en inderdaad zal het vaak zo zijn dat wat de een zwart noemt volgens de ander wit is. Wat de een een hoogst relevant feit acht, wordt door de ander in het geheel niet van belang geacht. Partijen hebben — vaak volledig te goeder trouw — een zeer uiteenlopende lezing van de gebeurtenissen. Zij herinneren zich bepaalde dingen — niet alleen door een selectief geheugen — anders.

(14) Zie voor een overzicht KOHL, A., *Procès civil et sincérité*, 1971.

(15) MOLTZER, J.P., *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs*, 1904.

(16) Preadviezen van C.W. STAR BUSMANN en J.G.L. NOLST TRENTÉ, *Handelingen N.J.V.*, jrg. 45.

Zij hebben net iets anders verstaan of een essentieel onderdeel gemist, hun herinneringen zijn verschillend gekleurd. Voor getuigen ligt dat niet anders. Waarheid is een kentheoretisch probleem(17). In het proces bestaat slechts een juridische waarheid. Daarom wil S. GERBRANDY(18) van een waarheidsplicht niet weten. De waarheid komt pas met en door het vonnis vast te staan. Hij(19) beoogt dat wat partijen aanvoeren niet een bloot beweren, een weergave van hetgeen geschied is, is maar een *stelling*. Daarbij gaat het om feitenkennis met het oog op een rechtvaardige beslissing. „Een stelling, inhoudende een bewering of een ontkenning welke, indien door de rechter aanvaard, niet leidt tot een onrechtvaardige beslissing, bevat geen onwaarheid.” Mij dunkt dat GERBRANDY er aan voorbijgaat dat daarmee partijen zelf eerst uitmaken wat zij een rechtvaardige beslissing vinden en met die motivering alles kunnen doen wat in hun kraam te pas komt.

Als we het in dit verband over waarheid hebben, bedoel ik daarmee uitsluitend dat partijen niet bewust een valse voorstelling van zaken mogen geven. Zij mogen dus niet afwijken van hetgeen zij naar beste weten voor de werkelijkheid houden. In de procesgang betekent zulks dat geen feiten gesteld mogen worden waarvan de partij aanstonds weet dat zij niet juist zijn of niet juist kunnen zijn(20). Dat is iets anders dan feiten stellen, waarvan men uitgaat zonder dat later daarvan bewijs geleverd zou kunnen worden. Het houdt voorts in dat geen feiten ontkend mogen worden waarvan men de juistheid kent. Hier doet zich het probleem voor van de procestechnische ontkenning: soms moeten bepaalde feiten betwist worden om te voorkomen dat daarmee andere — ongunstige — feiten op voorhand komen vast te staan. Ik noem een van de vaak gebruikte voorbeelden: A heeft B geslagen maar deed dat uit noodweer. Die noodweer kan niet bewezen worden. Door het slaan te erkennen zou A dus aan een eigen veroordeling meewerken. Mag nu alles betwist worden? Ik meen dat een uitdrukkelijke ontkenning van het slaan een ongeoorloofde valse

---

(17) Vgl. MELAI c.s. in losbladige bewerking *Het wetboek van strafvordering*, aant. 8 en 9 bij de artt. 338-344, waarover MULDER, G.E., *RMTh*, 1984, 47.

(18) „Het waarheidsprobleem in het procesrecht”, *Hand. v.d. Ver. v.d. Wijsbegeerte des rechts*, 1961, 15. Zie ook LEIJTEN, J., *T.P.R.*, 1989, 449.

(19) *Ibidem*, 19.

(20) Ik kom vermoedelijk het meest in de buurt van het pragmatische standpunt van R. KORTHALS ALTES in diens preadvies voor de Nederlandse orde van Advocaten, „In hoeverre rust op partijen in het proces de plicht mede te werken aan het vinden van de waarheid?”, *bijlage bij Advocatenblad* van 15 juni 1963, 241. Daarbij meen ik overigens dat ALTES ten onrechte de visie van EGGENS (in diens bewerking van het zesde deel van *Land*) op het dynamisch karakter van het proces bestrijdt.

voorstelling van zaken is. A zal bij een actie van B moeten volstaan met een algemene ontkenning a) dat de lezing van B de juiste is en b) dat aan B een vordering terzake van de gestelde feiten kan worden toegewezen. Hij mag dat om te voorkomen dat de bewijslast verschuift.

Beperking van stellingen door eiser en procestechnische ontkenningen door gedaagde hebben iets onbevredigends. Het leidt uiteindelijk tot het in Nederland nog meest gebruikte procesmodel: voor de grondslag van de vordering het minimum aanvoeren, als verweer daarvan zo veel mogelijk ontkennen. Het leidt tot moeizame en langdurige procedures, waarin de waarheidsvinding een zielige rol speelt. Deze vorm van procederen staat in schrille tegenstelling tot die van de *discovery* in de Anglo-amerikaanse rechtspraak, waar de slinger de andere kant uitgeslagen is door een overdreven en minitieuus zoeken van alle feiten die maar van enige betekenis zouden kunnen zijn.

6. Waarheidsplicht is in mijn opvatting het geven van een betrouwbaar en volledig beeld van het geschil. De eisende partij zal ook de voor haar standpunt minder gunstige feiten die voor een goede beoordeling van het geschil *zoals het door haar wordt voorgelegd* van belang zijn moeten stellen, terwijl de verwerende partij niet kan volstaan met een algemene ontkenning maar moet aangeven welke specifieke feiten betwist worden en op welke grond. Het is slechts een uitbreiding van de reeds bestaande regels met betrekking tot de stelplicht en de plicht tot het voeren van gemotiveerd verweer<sup>(21)</sup>. De regels van de bewijslastverdeling zullen er in principe niet door veranderen. Indien echter hoge eisen gesteld worden aan stelplicht en motivering van verweer zal de rechter daardoor beter in staat worden gesteld de bewijslast redelijk te verdelen. De rechter kan immers aan concrete en duidelijke stellingen van de een tegenover weliswaar gemotiveerde doch tegenstrijdige en/of onduidelijke stellingen van de ander vermoedens ontlenen ten gunste van de eerste partij. Een kras voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest van de H.R. van 23 april 1982<sup>(22)</sup>. Het betreft een procedure over de uitkering van een brandverzekering. De verzekeraar weigert die

---

(21) Zie de literatuur en rechtspraak op art. 141 Rv.; in het bijzonder GERBRANDY, S., „Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken”, *Ned. Jur. Blad*, 1952, 369 en 385 e.v.; vgl. ook TEN KATE, Th.B., „Procesregels naar de kern genomen”, in *Een goede procesorde*, 72: „Zoveel mogelijk gewaarborgd dient te zijn dat een beslissing op de werkelijkheid berust althans daarop aansluit en een juiste rechtsbasis heeft”.

(22) *N.J.*, 1982, 323.

uitkering omdat zij de verzekerde ervan verdenkt de brand zelf te hebben aangestoken. Dat is vaak moeilijk aan te tonen. Tegenover de ontkenning van de verzekerde dat hij ten tijde van de brand in de buurt van zijn — afgebrande — woonhuis is geweest, brengt de verzekeraar twee getuigen voor die hem op het cruciale tijdstip uit de richting van zijn huis hebben zien komen. De Hoge Raad overweegt: „dat het hof aan de omstandigheid dat is komen vast te staan dat X onwaarheid heeft gesproken toen hij van het begin af aan heeft ontkend omstreeks het tijdstip waarop de brand in zijn woning werd ontdekt in de nabijheid van die woning te zijn geweest, de gevolgtrekking heeft verbonden, dat hij die brand heeft gesticht, is anders dan het onderdeel stelt, niet onbegrijpelijk”. Van een logische gevolgtrekking is geen sprake. Er wordt een gevolg verbonden aan het stellen van onjuiste feiten. Dat gevolg is gerechtvaardigd, omdat die wijze van procederen ontoelaatbaar en ondeugdelijk is en behoort te zijn.

Deze conclusie lijkt in overeenstemming met de ontwikkelingen die zich in het Duitse recht op basis van een uitdrukkelijke wetsbepaling (par. 138 ZPO) hebben voorgedaan. Ik moge daarvoor verwijzen naar het commentaar van STEIN/JONAS(23) die spreekt van een „echte prozessuale Rechtspflicht der Parteien”. Hij geeft ook aan dat alleen van een subjectieve — misschien is het beter te zeggen: relatieve — waarheid kan worden gesproken. Het is een plicht tot waarachtigheid, en verbod der procesleugen. Ook het Duitse recht gaat uit van de proceseconomisch juiste regel dat een partij niet de feiten behoeft te stellen waaruit de mogelijke gegrondheid van een verweer van de tegenpartij zou kunnen blijken.

## 5. BEWIJSLAST

7. Met betrekking tot de bewijslastverdeling laat de rechtspraak van de Hoge Raad meer voorbeelden zien waaruit blijkt dat aan de stelplicht hoge eisen gesteld kunnen worden. De Hoge Raad maakt daarbij gebruik van deze techniek om de partij die de bewijslast draagt enigermate te hulp te komen. Voor het eerst was dat te zien in een aantal arresten met betrekking tot het merkenrecht. Het betreft het beweerdelijk onrechtmatig gebruik van een merk door een ander. Degene die zich op merkinbreuk beroept kan volstaan met te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij rechthebbende op het merk is. De inbreukmaker beroept zich erop dat het merk door non-usus

---

(23) *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20e Aufl., Tübingen, 1983.



teniet is gegaan. Dat zal hij bij tegenspraak moeten bewijzen. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat, teneinde tegemoet te komen aan de bezwaren, welke onder omstandigheden aan dit bewijs verbonden kunnen zijn, de rechter een behoorlijk gemotiveerde tegenspraak kan verlangen, waarbij mededeling wordt gedaan omtrent het gebruik dat gedurende de laatste drie jaren van het merk zou zijn gemaakt(24). In latere uitspraken wordt deze regel in andere vorm herhaald: „dat echter wanneer deze stelling voldoende is toegelicht om als ernstig gemeend te kunnen worden beschouwd, van de eiser die de bescherming van zijn merkrecht inroept, in het algemeen gevergd kan worden dat hij de juistheid van die stelling niet slechts in algemene termen ontkent, maar over het door hem beweerde gebruik gedurende de betreffende periode ook zodanige gegevens verschaft, dat de wederpartij de gelegenheid heeft zich van zijn bewijslast te kwijten door de onjuistheid van de verstrekte gegevens te bewijzen”(25). In deze laatste uitspraak valt op dat de Hoge Raad nu ook van de partij die de bewijslast draagt, verlangt dat zodanige motivering wordt gegeven dat in elk geval duidelijk wordt dat deze ernstig gemeend is. Pas dan gaat de mededelingsplicht van de wederpartij gelden. Voorts blijkt dat het niet-gebruik van een merk kan worden aangetoond door gesteld gebruik als onjuist te weerleggen. Deze regel is uiterst doeltreffend: de merkgerechtigde zal — zoals het ook hoort — met juiste gegevens op tafel komen of moeten toegeven dat zij gebruik van het merk niet kan waar maken. Het erop aan laten komen dat valse gegevens door bewijs weerlegd worden zal — als het aan de advocaten ligt — wel nooit nodig zijn.

Dezelfde gedachte is ook in het arbeids(ongevallen)recht gelanceerd. De gelaedeerde werknemer zal moeten bewijzen, zo hij zich daarop beroept, dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn in het eerste lid van artikel 1638x B.W. omschreven verplichtingen. Dat is voor een werknemer die met deze materie niet vertrouwd is, een weinig comfortabele positie. De Hoge Raad verlangt daarom van de werkgever „dat hij een ontkenning dat hij zijn verplichtingen niet is nagekomen zoveel mogelijk met redenen omkleedt — hetgeen kan meebrengen dat hij heeft aan te geven welke maatregelen hij heeft genomen ter voorkoming van bedrijfsongevallen als waarom het in het gegeven geval gaat..”(26). Hier gaat de Hoge Raad eigenlijk nog verder dan

---

(24) H.R., 29 november 1957, *N.J.*, 1958, 131, ELKINGTON.

(25) H.R., 24 januari 1974, *N.J.*, 1976, 90; vgl. ook H.R., 26 februari 1964, *N.J.*, 1965, G.J.S. GENNEP/HERMANS en H.R., 18 mei 1979, *N.J.*, 1979, 480 W.L.H.,inz. MAXIS.

(26) H.R., 25 juni 1982, *N.J.*, 1983, 151, P.A.S.

in de merkenrecht-zaken, omdat de materiële bewijslast in belangrijke mate verschoven wordt naar de werkgever, die immers min of meer moet aantonen dat het ongeval niet had kunnen worden voorkomen.

Een klassiek voorbeeld van een gebied waarop de bewijsmoeilijkheden groot zijn is dat van de medische kunstfout. Ook hier wordt de getroffen patiënt enigermate geholpen, zij het dat door de Hoge Raad opvallend voorzichtiger wordt geformuleerd dan in de voorgaande arresten: „wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen”(27).

In alle bovenstaande gevallen is sprake van een zekere medewerkingsplicht en mededelingsplicht van de partij die niet de bewijslast draagt. Die plicht vloeit niet uit het wat droge beginsel van een goede procesorde voort, maar uit de norm dat de ene partij zich tegenover de ander niet alleen fatsoenlijk moet gedragen maar zelfs met de gerechtvaardigde belangen van die andere partij rekening moet houden. Inhoudelijk stemt dat overeen met de hiervoor gevonden goede trouw in het verbintenissenrecht.

## 6. MEDEWERKINGSPLICHT

8. Die medewerkingsplicht in het procesrecht is niet nieuw en eigenlijk ook niet zo spectaculair. Al in 1925 is dat fundamenteel uitgemaakt in de zaak *Batava/Salomonsky*(28). Batava had aan Salomonsky een toelage toegekend bij zijn ontslag als gedelegeerd commissaris op voorwaarde dat hij — kort gezegd — haar belangen niet zou schaden of benadelen, een en ander ter beoordeling van de raad van commissarissen. Toen Batava de toelage stop zette met een beroep op deze ontbindende voorwaarde was S vanzelfsprekend benieuwd naar wat hij misdaan had, maar hij kreeg dat niet te horen. Hij moest maar bewijzen dat commissarissen niet te goeder trouw hadden gehandeld, een standpunt dat door de rechtbank werd aanvaard maar door het hof terecht van de hand werd gewezen: door aan de rechter de kennis der feiten waarop het oordeel van commissarissen is gegrond te onthouden, wordt het de rechter onmogelijk gemaakt te beoordelen of te goeder trouw is gehandeld, zodat de bewering van Batava dat de ontbindende voorwaarde is vervuld

---

(27) H.R., 20 november 1987, *N.J.*, 1988, 500, noor W.L.H.

(28) H.R., 18 december 1925, *N.J.*, 1926, 228, noot E.M.M.

onvoldoende is gemotiveerd en het door S gestelde onvoldoende is weergesproken. De Hoge Raad legt — in afwijking van de conclusie van de Advocaat-Generaal — het oordeel van het hof aldus uit dat voor een behoorlijke tegenspraak door Batava van de beweringen van S als eis mag worden gesteld dat door Batava werden meegedeeld de feiten, waarop het oordeel harer commissarissen berustte.

MEIJERS merkt in zijn noot onder meer op:

„Men kan thans zonder twijfel constateeren, dat in onze procedure een mededeelingsplicht voor partijen bestaat, krachtens welke telkens als de rechter de overtuiging heeft, dat een partij meer van de geschilpunten afweet, dan hij in zijn conclusie neerschrijft, hij de conclusie als onvoldoende gemotiveerd ter zijde kan stellen”(29).

Die opmerking verdient aandacht omdat niet volstaan wordt met de constatering dat verweer moet worden gemotiveerd. Motivering van verweer kan verder gaan: men moet met bepaalde feiten die voor de beoordeling van de zaak van belang zijn voor de dag komen om de rechter in staat te stellen een behoorlijk oordeel te geven.

Dat geldt ook indien de feiten in het nadeel (kunnen) zijn van de partij die tot medewerking is gehouden. Het heeft even moeite gekost over die hobbel heen te komen. In 1952 wil de Hoge Raad er nog niet aan(30), maar een jaar later wordt dat oordeel drastisch herzien(31). In dit zgn. bloedproefarrest — in het kader van een vaderschapsactie werd medewerking aan een bloedproef verlangd — overweegt de H.R.:

„dat 's Hof's beslissing kennelijk steunt op de algemene stelling, dat van een partij niet kan worden verlangd dat zij aan haar wederpartij in de procedure de door deze verlangde gegevens voor tegenbewijs tegen zichzelf verschaft;

dat deze stelling in het Wetboek van Burg. Rv geen steun vindt;

dat integendeel in dit Wetboek niet onbekend is de figuur dat van een partij medewerking aan een gerechtelijke verrichting wordt verlangd ... welk bewijs tegen haar kan opleveren; dat zij, door die medewerking te weigeren, weliswaar die gerechtelijke verrichting kan

---

(29) *N.J.*, 1926, 231.

(30) *H.R.*, 7 maart 1952, *N.J.*, 1953, 402.

(31) *H.R.*, 12 juni 1953, *N.J.*, 1954, 61, met instemming begroet door de annotator D.J. VEBGENS.

verijdelen, doch de rechter dan die houding... ten nadele van die partij kan doen strekken;"(32).

Voormeld arrest is in zeker opzicht grensverleggend. Niet alleen wordt nog eens bevestigd dat in de civiele procedure een „medewerkingsplicht” bestaat, maar deze blijkt ook zo ver te gaan dat van een partij mag worden gevraagd bewijs tegen zichzelf te verstrekken. Daarbij staat ongetwijfeld voorop dat dit alleen geldt voor zover zulks met het oog op een goede beoordeling van het geschil noodzakelijk is. Een vergelijkbaar voorbeeld kan worden ontleend aan de alimentatie-procedure. De onderhoudsplichtige zal de gegevens moeten verschaffen waaruit zijn draagkracht blijkt. Op die wijze werkt hij mee aan het tot stand komen van een juiste beslissing op een onderhoudsvordering. Dat is niet vreemd. Niet alleen draagt de onderhoudsplichtige de bewijslast van zijn draagkracht — en moet hij daarom al gegevens verschaffen — doch gegeven eenmaal de behoefte aan een onderhoudsbijdrage is hij ook de meest gereede partij om te laten zien of en zo ja hoeveel hij kan bijdragen. De aard van de rechtsverhouding en het karakter van de procedure zijn dus medebepalend voor de oplossing van dit soort vraagstukken. In een procedure met betrekking tot onrechtmatig handelen ligt het voor de hand dat de eiser veel meer zal moeten doen aan bewijslevering dan in voormelde voorbeelden. M.i. is de materiële rechtsverhouding tussen partijen van groot belang voor de wijze waarop men zich in een procedure moet opstellen. Partijen die zich in hun contractuele verhouding behoren te gedragen overeenkomstig de regels van de goede trouw, zijn van die verplichting niet plotsklaps ontslagen zodra zij een conflict hebben en daarover procederen. De redelijkheid en de billijkheid werken door in het geding.

Bij het bovenstaande moet worden aangetekend dat in de meeste gevallen een partij niet daadwerkelijk tot medewerking kan worden gedwongen, zoals door VRANKEN wordt opgemerkt(33). Aan het beginsel doet dat echter niet af. Op zichzelf is een stelsel waarin afdwinging wel mogelijk gemaakt wordt, zeer goed denkbaar. Het na te melden artikel 878 van het Gerechtelijk Wetboek gaat een eind in die richting. Het verbinden van processuele gevolgen aan een bepaalde houding is — lijkt mij — wel zo effectief. Uiteraard moet dan voldoende vaststaan dat medewerking (met boos opzet) wordt

---

(32) Vgl. ook H.R. 10 juni 1966, *N.J.*, 1966, 390. In zijn noot onder dit arrest wijst G.J. SCHOLTEN erop dat de Hoge Raad spreekt van „verschaffen van gegevens” hetgeen verder gaat dan een enkele mededeling. Dat „bevordert de waarachtigheid in de procedure”.

(33) VRANKEN, J.B.M., *preadvies N.J.V.*, 1986, 55 v.

geweigerd of dat een bepaald stuk bestaat en wordt achtergehouden. Dat is altijd al een normale vereiste.

## 7. MEDEDELINGSPLICHT

9. Het merendeel van de procedures wordt schriftelijk afgewikkeld. De tussenkomst van de rechter werd in het verleden met een beroep op de beroemde lijdelijkheid in elk geval niet voor de instructie van de zaak verlangd. Aan het begin van deze eeuw werd nog druk gediscussieerd over de vraag of het wel goed was als de rechter de partijen zelf persoonlijk verhoorde. Dat beeld is inmiddels grondig veranderd(34). Na de introductie in 1923 heeft het gebruik van de comparitie van partijen in Nederland pas in de laatste decennia (en dan vooral de afgelopen tien jaar) een grote vlucht genomen. Artikel 19a Rv stelt geen beperkingen aan de bevoegdheid van de rechter. Het spreekt vanzelf dat deze slechts inlichtingen mag vragen voor zover dat binnen de grenzen van het geschil nodig is; de rechter werkt niet als een enquêtemissie met een ruime opdracht. Binnen dat kader zullen partijen aan de ondervraging door de rechter moeten meewerken. Dat wordt vaak mededelingsplicht genoemd. Zij kunnen zich daaraan onttrekken door niet te verschijnen of te weigeren op (bepaalde) vragen te antwoorden. Nu zij daarmee handelen in strijd met een verplichting, behoort daarop een sanctie te staan. Artikel 228 dat artikel 19a (oud) Rv vervangt, bepaalt dan ook dat de rechter uit een en ander de gevolgtrekking zal maken die hij geraden zal achten(35). Dat betekent dat een vermoeden ten nadele van de betreffende partij mag worden aangenomen of een stelling van de andere partij voor waar mag worden gehouden wegens gebrek aan tegenspraak ter comparitie(36). Er lijkt mij ook weinig twijfel over te bestaan dat partijen de rechter naar waarheid moeten antwoorden(37). Een voorschrift van die strekking kent het Nederlandse recht niet. In het Duitse ZPO bepaalt par. 138: „Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäss abzugeben”. Hoewel dat indertijd mogelijk gedacht werd, is het

---

(34) De lijdelijkheid van de rechter wordt te pas en te onpas genoemd. In de gedingvoering is de rechter juist niet lijdelijk, maar is zijn rol „bovenal een leidende en bedrijvende” zoals VAN ROSSEM-CLEVERINGA, 252, schrijft. Zie ook RAS, *N.J.*, 1971, 100 v.; VRIESENDORP, „Aanvulling van rechtsgronden”, *Studiepocket privaatrecht*, nr. 23, p. 39; HAARDT, in *Honderd jaar Rechtsleven*, 141 e.v. en recent CHORUS, J.M.J., *De lijdelijkheid van de rechter*, oratie 1987, wiens betoog ik graag onderschrijf.

(35) Zie het nieuwe bewijsrecht, ingevoerd per 1 april 1988, Stb. 590.

(36) Vgl. H.R., 18 juni 1937, *N.J.*, 1937, 942.

(37) Zo ook: VAN ROSSEM-CLEVERINGA, *o.c.*, 253; STAR BUSMANN-RUTTEN, *o.c.*, nrs. 12, 208, 248, 263; zie ook H.R., 7 juni 1968, *N.J.*, 1968, 325.

belang van die bepaling niet dat daarmee een ethisch beginsel in het procesrecht wordt geïntroduceerd. Van veel meer belang is dat de uitleg en de toepassing van een dergelijke bepaling het mogelijk maken aan een vanzelfsprekend beginsel praktische uitwerking te geven, zoals in Duitsland het geval is. Ik meen overigens dat ook zonder wettelijke grond een soortgelijke verplichting kan worden aangenomen door de rechter. Het lijkt ongerijmd dat de eerlijkheid in het normale menselijk verkeer als vanzelfsprekend gebod geldt — wat niet hetzelfde is als: wordt nageleefd — en in het proces niet meer nodig is. Het procesrecht kent zijn equivalenten van dwaling en bedrog in de vorm van de gronden waarop een vonnis kan worden aangetast(38). Het volgt echter ook uit hetgeen ik hiervoor betoogd heb. Partijen zijn in een civiele procedure gehouden zich fatsoenlijk te gedragen tegenover elkaar. Verzwijging en misleiding zijn evenals procesrechtelijke chicanes in strijd met de goede trouw in het proces.

## 8. PRODUCEREN VAN STUKKEN

10. Het laatste hoofdstuk in de reeks van te goeder trouw procederen is het overleggen van producties. Merkwaardigerwijs kent het Nederlandse procesrecht voor de gewone procedure nog geen algemene regel die voorschrijft dat bepaalde stukken die in het bezit zijn van de ene partij op vordering van de andere partij of op bevel van de rechter in het geding moeten worden gebracht. Wel bestaat een beperkt aantal bijzondere regels, zoals de artikelen 833 v. Rv. en 8 K(39). Het Belgische recht kent een zodanig voorschrift in artikel 877 Ger. Wetboek: „Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van het ter zake dienend feit, kan de rechter bevelen dat het stuk of een eensluitend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd”. Bij de bepaling valt in de eerste plaats op dat niet alleen een partij doch ook een derde verplicht kan worden tot het in het geding brengen van een stuk. In de tweede plaats is van belang dat die verplichting door middel van een aparte procedure in beginsel kan worden afgedwongen(40). De opmerking van LANGEVELD(41) dat de

---

(38) Vgl. TEN KATE, Th.B., *Het request civiel*, diss. 1962, hoofdstuk III, par. B.

(39) Zie daarover WIERSMA, H.W., „Recht op meewerking bij bewijsvoering”, in de bundel *Effectieve rechtsbescherming en constitutionele rechtsorde*, Zwolle, 1984, 73 v.

(40) Vgl. FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1985, 359 v.

(41) LANGEVELD, S.V., „Recht op stukken?”, *N.J.B.*, 1986, 1368-1369; zie ook TJJTTES, *N.J.B.*, 1988, 1128-1130.

Belgische voorschriften evenals de Franse artikelen 132-142 Nouveau Code de Procédure civile aan het Nederlands procesrecht (beter dan de Angelsaksische benadering) ten voorbeeld kunnen dienen onderschrijf ik volledig. Ik hecht echter, zoals eerder opgemerkt, niet aan de mogelijkheid van afdwingbaarheid, maar meen dat de aan de rechter gegeven vrijheid „te doen wat hij geraden zal achten” voldoende is. De verplichting om op vordering van een partij c.q. bevel van de rechter een stuk te produceren kan op de goede trouw in het proces worden gebaseerd, maar beter is het aan de rechter daartoe een formele bevoegdheid te geven. In Nederland bestaat sinds kort wel een dergelijk voorschrift in de arbitrale procedure. Artikel 1039 lid 4 bepaalt dat het Scheidsgerecht bevoegd is overlegging van stukken te bevelen(42).

Intussen moet men zich voor het gewone civiele recht behelpen met wat de rechtspraak toelaatbaar acht. De Hoge Raad heeft zich eenmaal hierover uitgesproken: „indien de rechter aannemelijk oordeelt dat een stuk tot het overleggen waarvan de ene procespartij de andere in de loop van de procedure sommeert, van beslissende aard is, kan hij aan een weigering van de andere partij om dat stuk in het geding te brengen een vermoeden te haren nadele ontlennen”(43). Het meest in het oog springt dat het stuk van „beslissende aard” moet zijn. Daarmee kan slechts bedoeld zijn dat het — uiteraard — een stuk moet zijn dat voor de beslissing in het geschil van belang is, hetgeen op ongeveer hetzelfde neerkomt als kan dienen voor het bewijs van een ter zake dienend feit. De grootste moeilijkheid blijft aannemelijk te maken dat een belangrijk stuk wordt achtergehouden. Voldoende is dat aanwijzingen worden gegeven.

De Nederlandse wetgever is zich intussen van het belang van dit processuele vraagstuk bewust geworden. In wetsontwerp 19574 wordt aan de rechter de mogelijkheid gegeven aan partijen of een van hen te bevelen bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Het lijkt mij juist dat aan de rechter een dergelijke wettelijke bevoegdheid wordt gegeven, zij het dat die in algemene zin zou moeten gelden en niet in het kader van de comparitie van partijen. Voorts lijkt het mij in het algemeen beter dat — zoals de Hoge Raad blijkbaar ook als voorwaarde stelde — het aan de andere

---

(42) In het administratieve recht is dat al langer het geval, zie de artt. 73, 77 v. Ambtenarenwet 1929 en art. 103 v. Beroepswet.

(43) H.R., 5 december 1980, *N.J.*, 1982, 200 (CJHB en EAA); zie ook Hof Den Haag, 14 december 1979, *N.J.*, 1981, 651.

partij is overgelaten tot overlegging van welke stukken wordt gesommeerd.

## 9. SLOTSOM

**11.** De goede trouw kan best een plaats vinden in het procesrecht en sluit dan in zekere opzichten aan bij de goede trouw in het verbintenissenrecht: enerzijds de doorwerking van de billijkheid in het recht, anderzijds een gedragsnorm die partijen verplicht rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Die laatste norm verplicht partijen tot een eerlijke en open procesvoering, die mogelijk maakt dat het recht der werkelijkheid wordt verwezenlijkt. Uit het bovenstaande moge duidelijk geworden zijn dat ik daarmee niet het oog heb op een morele herwaardering van het procesrecht, maar wil laten zien dat de goede trouw concrete juridische toepassingen heeft die leiden tot een verbetering van de procesvoering.



## RÉSUMÉ

### PROCÉDER DE BONNE FOI

Dans le droit de la procédure, nous connaissons les notions de bon ordre de la procédure, le fair trial et le fair-play. Cette dernière notion coïncide avec celle de bonne foi dans le droit des obligations. Un rapprochement peut être fait avec l'obligation de déclaration admise dans de nombreux cas sur base de la bonne foi en droit des contrats. Les parties sont mutuellement tenues de respecter les conventions dans les rapports sociaux. On n'aperçoit pas pour quelles raisons une exception devrait être faite sur ce point en droit de la procédure. Comme partie à un procès, chacun est tenu de se conduire raisonnablement à l'égard de la partie adverse. Ceci implique, en premier lieu, l'existence d'une obligation de vérité: l'obligation de donner une vue fiable et complète du litige. Ensuite, l'obligation d'agir raisonnablement s'exprime dans la répartition de la charge de la preuve et la coopération attendue de chaque partie dans la fourniture de données à la partie adverse qui porte la charge de la preuve.

Une étape suivante consiste à admettre une obligation de collaboration: l'on peut être contraint de fournir une preuve contre soi-même, vient alors, en liaison étroite avec la précédente, l'obligation de déclaration: dans le cadre du litige, une partie est obligée de fournir au juge les informations que celui-ci juge nécessaires.

Une forme particulière en est enfin l'obligation de produire certains documents d'importance pour le jugement du litige. Procéder de bonne foi veut dire que les parties sont tenues, pour permettre de parvenir à une bonne décision, de coopérer à un déroulement ouvert et honnête de la procédure.

## ZUSAMMENFASSUNG

### IN TREU UND GLAUBEN VERFAHREN

Im Prozeßrecht kennen wir die Begriffe: eine gute Prozeßordnung, fair trial und fair play. Letzterer Begriff entspricht dem Begriff „Treu und Glaube“ im Vertragsrecht. Ein Anschluß an die Mitteilungspflicht, wie sie besonders im Vertragsrecht aufgrund von Treu und Glauben in vielen Fällen angenommen wird, liegt auf der Hand. Parteien müssen sich im gesellschaftlichen Verkehr einander gegenüber anständig benehmen. Es ist deutlich, daß in dieser Hinsicht im Prozeßrecht keine Ausnahme geduldet werden kann. Als Prozeßpartei muß man sich der Gegenpartei gegenüber redlich benehmen. Das bedeutet an erster Stelle, daß es eine Wahrheitspflicht gibt: die getreue und vollständige Darstellung einer Streitigkeit. Weiter ergibt sich die Redlichkeit in der Verteilung der Beweislast und der Art und Weise wie eine Partei in der Verschaffung der Tatsachen an die die Beweislast tragende Gegenpartei zur Mitarbeit verpflichtet ist.

Ein nächster Schritt ist die Annahme einer Mitarbeitspflicht: man kann gezwungen werden gegen sich selbst Beweise zu verschaffen. In engem Zusammenhang damit steht die Mitteilungspflicht: Im Rahmen des Gerichtsverfahrens ist eine Partei verpflichtet dem Richter die von ihm für erforderlich geachteten Auskünfte zu verschaffen.

Eine besondere Form schließlich ist die Verpflichtung gewisse zur Beurteilung einer Streitigkeit wichtige Schriftstücke vorzulegen. In Treu und Glauben verfahren bedeutet, daß zur Erreichung einer richtigen Entscheidung die Parteien verpflichtet sind an einer offenen und ehrlichen Prozeßführung mitzuarbeiten.

## SUMMARY

### BONA FIDES IN COURT PROCEEDINGS

The concepts of due process of law, fair trial and fair play are well-known in procedural law. The latter corresponds to the *bona fides* principle in the law of contracts. This can be related to the duty to provide the relevant information, which is often accepted as forming part of the law of contracts on grounds of *bona fides*. The parties involved have a duty to behave correctly in their dealings with each other. It is inconceivable that the law of procedure should constitute an exception to this rule. The parties involved in court proceedings must behave reasonably towards each other. This implies first of all a duty of truthfulness, i.e. the duty to provide a reliable and complete picture of the dispute. The requirement of reasonable behaviour also appears in the allocation of the burden of proof and in the rule that parties must co-operate in providing relevant details to the other party involved who carries the burden of proof. The next stage consists in the acceptance of the duty to co-operate — parties may be compelled to provide evidence against themselves. Finally, a special form of *bona fides* resides in the duty to produce certain documents which are necessary for the settlement of a dispute. To bring an action in accordance with *bona fides* means that, for the purposes of obtaining a satisfactory decision, the parties are compelled to co-operate in conducting court proceedings in an open and honest manner.

## RESUMEN

### LITIGAR DE BUENA FE

En el derecho procesal, tenemos los términos: un buen orden del proceso, «fair trial» y «fair play». El último término equivale al término «buena fe» en el derecho de las obligaciones. Se puede referir aquí al deber de comunicación que se aplica en muchos casos, particularmente en el derecho de contratos, basándose en la buena fe. En el vida social, las partes han de comportarse decorosamente entre sí. Es lógico que eso también sea el caso en el derecho procesal. En calidad de parte litigante, hay que comportarse justamente frente a la parte contraria. Esto significa en primer lugar que existe una obligación de decir la verdad: hay que dar una representación completa y fidedigna del litigio. Además, el carácter justo halla expresión en la repartición de la carga de la prueba y en la manera a la que una parte tiene que prestar su ayuda para suministrar datos a la parte contraria que lleva la carga de la prueba. El paso siguiente es aceptar un compromiso de cooperación: una parte puede ser obligada a suministrar pruebas contra sí misma. Algo muy similar es el deber de comunicación: en el marco de la causa, una parte tiene la obligación de

suministrarle al juez los informes que él considera necesarios. Finalmente, una forma particular es la obligación de procurar ciertos documentos que son importantes para juzgar del litigio. Litigar de buena fe significa que, para llegar a una decisión justa, las partes están obligadas a colaborar en un procedimiento judicial abierto y sincero.