

De positie van de overheid als partij in de civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid en waarom?

Wemmeke Wisman*

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt de positie van de overheid in de civiele procedure bij de Nederlandse rechter onder de loep genomen aan de hand van de vragen die het Platform heeft geformuleerd.

Die vragen zien met name op het verloop van de civiele procedure en de in dat kader geldende normen en regels en op de daaruit voortvloeiende taakverdeling tussen partijen. Vooraf verdient opmerking dat de civielrechtelijke procedure vrijwel geen wettelijk verankerde afwijkingen kent voor het geval een van de procespartijen een publiekrechtelijke rechtspersoon is. De beantwoording van onderstaande vragen levert om die reden een wat geringe oogst op.

Deze schrale oogst is in zoverre logisch dat de gelijkheid van partijen een wezenskenmerk van de civiele procedure is, en het waarborgen van *equality of arms* in dat licht essentieel. Dat neemt niet weg dat de civiele rechter kan putten uit een instrumentarium dat mogelijkheden biedt om een eventuele disbalans in de verhouding tussen procespartijen te herstellen. De inzet van dat instrumentarium is echter niet beperkt tot overheden en kan dus ook toepassing vinden ten opzichte van andere partijen. Mijn indruk, die echter niet wordt geobjectiveerd door kwantitatief onderzoek, is dat dit instrumentarium door de rechter vaker wordt ingezet indien de overheid als procespartij betrokken is. Vanuit die invalshoek volgen hieronder een aantal observaties. Met het oog op de vergelijkbaarheid met de bestuursrechtelijke procedure en met de situatie in België volgt hierna per vraag een korte uiteenzetting van het (wettelijke) systeem.

Het ontbreken van wettelijke verschillen, voorschriften of voorzieningen die specifiek samenhangen met de (publiekrechtelijke) persoon van de procespartij laat bovendien onverlet dat het 'zijn' van overheid(sorgaan) langs andere wegen van invloed is op de positie van de overheid in de civiele procedure. Die invloed kan op verschillende manieren tot uiting komen, in de eerste plaats in het materieel-juridische kader waarbinnen de overheid opereert. In vrijwel elke specifieke context gelden voor de overheid aanvullende (wettelijke of verdrags)normen of (beleids)kaders waaraan de overheid in haar relatie tot belanghebbenden of het publiek gebonden is en waaraan de rechter ook zal toetsen. De overheid is bovendien gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook als zij handelt in het privaatrecht. Het bredere kader waarbinnen de overheid opereert kan ook tot hele

* Mr. W.I. (Wemmeke) Wisman is advocaat en partner bij Pels Rijcken.

specifieke regels leiden die naar hun aard slechts voor overheden gelden en die het speelveld voor de overheid veranderen. Een voorbeeld daarvan is het hierna kort aan te stippen *Didam*-arrest. De materieelrechtelijke context van overheidshandelen is onmiskenbaar van invloed op het inhoudelijke debat in civiele procedures tegen de overheid. Het kan ook (mede) de materiële uitkomst van dergelijke procedures bepalen, zeker wanneer er maatschappelijke belangen in het geding zijn. Indirect kan dit ook processuele consequenties hebben in de zin dat van de overheid meer tekst en uitleg wordt verlangd dan van de gemiddelde procespartij. Over de vraag wat de civiele rechter precies vermag indien publieke belangen in het geding zijn, is veel geschreven. Ik noem hier in het bijzonder het preadvies van De Jong en Giesen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht uit 2022 ‘De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein’.¹ Daarin ligt de nadruk op de materieelrechtelijke spankracht van de burgerlijke rechter.

In de tweede plaats brengt het zijn van overheid mee dat specifieke voorzieningen voor belanghebbenden openstaan die in de verhouding tot niet-overheden ontbreken. Eén van de belangrijkste voorbeelden daarvan is de verplichting tot openbaarmaking, voorheen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en sinds 1 mei 2022 de Wet open overheid (Woo). Iedere belanghebbende kan op grond van de Woo informatieverzoeken tot de overheid richten. Dat biedt ruime mogelijkheden om bij de overheid een kijkje in de keuken te nemen en leidt niet zelden tot *fishing expeditions* voorafgaand aan of gelijktijdig met civiele procedures tegen diezelfde overheid. Daarmee verkrijgen wederpartijen van overheden een duidelijke voor-sprong ten opzichte van wederpartijen van niet-overheden. De wet biedt immers geen grondslag voor dergelijke *fishing expeditions* tegen niet-overheden. Een algemene civielrechtelijke openbaarheidsverplichting van niet-overheden ontbreekt met andere woorden: het toepassingsbereik van artikel 843a Rv, waarop een civiele exhibitievordering kan worden gebaseerd, is veel beperkter dan de Woo.

In de derde plaats staan tegen de overheid diverse routes open waarlangs een geschil met de overheid kan worden aangekaart. Die routes staan tegen niet-overheden niet open. Tegen tal van besluiten en handelingen van overheden staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open, die niet zelden naast civiele routes worden bewandeld. Daarnaast kan bij bestuursorganen de klachtprocedure uit hoofdstuk 9 van de Awb worden doorlopen of een klacht worden ingediend bij de Nationale ombudsman. Over beslissingen van de overheid kan worden geklaagd bij de Commissie voor de Verzoekschriften en de Burgerinitiatieven van de Tweede Kamer. Het komt ook voor dat Kamerleden worden aangespoord en bereid gevonden over individuele zaken Kamervragen te stellen. Regelmatig bewandelen ontriefde burgers of bedrijven diverse routes tegelijk, wat gepaard kan gaan met publiciteit in landelijke nieuwsmedia of op social media. Publiciteit van deze laatste categorie kan uiteraard rond elke civiele procedure een rol spelen, ongeacht de daarin betrokken partijen. De andere genoemde instrumenten zijn echter bij uitstek slechts inzetbaar tegen overheden en kunnen van invloed zijn op het debat en de dynamiek in de civiele procedure. Hoewel deze instrumenten lang niet altijd inhoudelijke samen-

1. I. Giesen, E.R. de Jong & R.J.B. Schutgens, *De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2022), Zutphen: Uitgeverij Paris 2022.

hang vertonen met het voorwerp van de civiele procedure, kunnen zij daarop toch een stempel drukken.

In de vraagstelling wordt geen aandacht besteed aan perikelen rond de tenuitvoerlegging ná een procedure waarbij de overheid betrokken is. Bij overheden doen zich zowel in theorie als in de praktijk enkele bijzonderheden voor. Omdat de overheid rechterlijke uitspraken pleegt na te komen, zal aan een veroordeling van de overheid slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een dwangsom worden verbonden. Bij de executie van een titel jegens de overheid zullen beslagleggers zich er verder rekenschap van moeten geven dat goederen bestemd voor de openbare dienst niet mogen worden beslagen (art. 436 en 703 Rv). Omdat overheden ‘goed voor hun geld’ zijn, hoeft een en ander het verhaal jegens binnenlandse overheden niet te bemoeilijken. In de verhouding tot vreemde staten leidt de immuniteit van executie – die dan ook een volkenrechtelijke dimensie heeft – overigens wel tot ingrijpende beperkingen aan de verhaalsmogelijkheden.² Dit onderwerp blijft hierna verder onbesproken.

Vraag 1 (toegang tot de rechter): *Hoe is in de bestuursrechtelijke respectievelijk de civiele procedure de toegang tot de rechter geregeld voor wat betreft: 1) termijnen, 2) griffierecht, 3) inhoud stuk, 4) bewijs(livering) en 5) procesvertegenwoordiging? Maakt het in de civiele procedure voor deze vragen verschil of de overheid al dan niet één van de procespartijen is? Zo ja, waarom?*

1.1. Vooropgesteld zij dat voor overheden en wederpartijen van overheden enkele bijzonderheden gelden in het kader van de toegang tot de rechter (of het ontbreken daarvan). Die bijzonderheden kunnen verband houden met de bestuursrechtelijke mogelijkheden van overheden (de doorkruisingsleer) of met de bestuursrechtelijke wegen die wederpartijen van overheden kunnen bewandelen (de rechtsmachtverdeling).

1.2. Het staat de overheid niet steeds vrij gebruik te maken van het privaatrecht. Gebruikmaking van het privaatrecht kan een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling opleveren, afhankelijk van inhoud en strekking van die publiekrechtelijke regeling en de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, beschouwd tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Ook van belang is of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als met de aan de orde zijnde privaatrechtelijke regeling. Bij bevestigende beantwoording van die vraag, vormt dat een belangrijke aanwijzing dat voor het gebruik van de privaatrechtelijke regeling geen plaats is.³

2. HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2103 en de daarin genoemde Herfstarresten, te weten HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236 (*MSI/Gabon*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371 (*N.N. c.s./Staat*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354 (*Staat/Servaa*s).

3. HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, r.o. 3.2 (*Windmill*), daarna gevolgd door diverse arresten, waarvan ik hier slechts vermeld HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788 (*Bluskosten Vlissingen*) en HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:221 (*valse aangifte*).

1.3. Voor wederpartijen van overheden geldt dat zij bij de civiele rechter tevergeefs aankloppen, als zij bij de bestuursrechter terecht kunnen. De burgerlijke rechter is weliswaar bevoegd, maar zal partijen in beginsel in hun vordering niet-ontvankelijk verklaren, indien voor hen bij de bestuursrechter een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat of heeft gestaan. Los daarvan heeft het leerstuk van de formele rechtskracht gevolgen voor de mate waarin de civiele rechter zal treden in de beoordeling van de geldigheid van een besluit of overheids-handelen. Indien de betrokken partij daarover het oordeel van de bestuursrechter heeft gevraagd respectievelijk had kunnen vragen, dan zal de burgerlijke rechter zich gebonden achten aan het oordeel van de bestuursrechter respectievelijk uitgaan van de rechtsgeldigheid van het besluit of overheidshandelen. Over dit leerstuk, de nuances daarbinnen en de uitzonderingen op de formele rechtskracht zijn boekenkasten volgeschreven en talloze rechterlijke uitspraken geweest. Het voert binnen het bestek van deze bijdrage te ver dit in detail te bespreken.⁴

1. Termijnen

1.4. Afhankelijk van de grondslag van de vordering kan er een termijn gelden waarbinnen een civiele procedure aanhangig moet worden gemaakt. Dat kan gaan om een contractueel bedongen termijn, om een wettelijk geldende vervaltermijn die de rechter ambtshalve moet toepassen of om een wettelijke verjaringstermijn of contractuele vervaltermijn waarop een beroep moet worden gedaan.

1.5. Voor vorderingen van en jegens de overheid gelden in beginsel dezelfde verjaringstermijnen als voor elke andere schuldeiser/schuldenaar. Het kan wel voorkomen dat een bepaalde bijzondere termijn zich naar de aard der zaak slechts laat toepassen ten aanzien van overheden. Een bepaald niet theoretisch voorbeeld daarvan is de termijn voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens een onrechtmatig besluit. Op grond van artikel 8:93 Awb neemt de algemene civiele verjaringstermijn van artikel 3:310 BW niet eerder een aanvang dan de dag waarop de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden of het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend. Een minder vaak voorkomend voorbeeld zijn de afwijkende verjaringstermijnen van artikel 3:310a BW voor de rechtsvordering van een staat tot opeising van roerende cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van die staat zijn gebracht, rechtsvorderingen die naar de aard der zaak slechts door een staat kunnen worden ingesteld.

1.6. De rechter kan aan een beroep op een verjaringstermijn voorbijgaan indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. In de rechtspraak zijn relatief eenvoudig voorbeelden te vinden van gevallen waarin de rechter aan een beroep op verjaring door de overheid voorbij is gegaan,⁵

4. Zie onder meer HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1700 (*Staat/Smit*). Zie voor een aantal recentere bijdragen over de formele rechtskracht J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de formele rechtskracht. Preadviezen uitgebracht door J.E.M. Polak. T.N. Sanders. B.J.P.G. Roozendaal* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom juridisch 2019.

5. Zie bijvoorbeeld de Indonesië-zaken, waaronder Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, r.o. 4.7-4.19 (*Rawagedeh*); Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2449, r.o. 4.17; Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442, r.o.

waarbij soms zelfs een nieuwe regel of termijn wordt geformuleerd. Zonder kwantitatief onderzoek is het lastig om hieraan harde conclusies te verbinden, maar dit lijkt erop te duiden dat de rechter bij procedures tegen overheden ruimte vindt, en neemt, om aan de gewone verjaringsregels voor rechtsvorderingen voorbij te gaan. Dat is niet terug te voeren op een onderscheid in wet- en regelgeving, maar gebaseerd op de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

2. *Griffierecht*

1.7. Tenzij de wet anders bepaalt, zijn eisers en gedaagden griffierecht verschuldigd (art. 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken). Een uitzondering geldt bijvoorbeeld voor de gedaagde in een kantonzaak. Welk griffierecht van toepassing is, volgt uit de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen niet-natuurlijke personen, natuurlijke personen en onvermogenen. Met deze laatste categorie wordt bedoeld op personen met een laag inkomen. Die kunnen voor gesubsidieerde rechtsbijstand (een toevoeging) in aanmerking komen. Het griffierecht voor niet-natuurlijke personen is in het algemeen, behoudens enkele uitzonderingen, hoger dan voor natuurlijke personen. Omdat de overheid per definitie een niet-natuurlijke persoon is, geldt dus in het algemeen voor de overheid het hoogste toepasselijke tarief. Dat tarief geldt echter zonder onderscheid voor alle niet-natuurlijke personen.

1.8. Voor lokale overheden geldt een aanvullende eis om civiel te kunnen procederen, te weten een procesbesluit (art. 160 lid 1 onder e Gemeentewet, art. 158 lid 1 onder e Provinciewet en art. 86 Waterschapswet).⁶ De civiele rechter verlangt in voorkomend geval een toereikend procesbesluit voor het aanhangig maken van een civiele procedure, het voeren van verweer, het opwerpen van incidenten en het instellen van rechtsmiddelen. Een (bevoegdelijk genomen) procesbesluit kan in de loop van de procedure worden overgelegd.⁷ Een ontoereikend procesbesluit kan eventueel op een later moment worden bekrachtigd.⁸

3. *Inhoud stuk*

1.9. De wet stelt diverse eisen aan de inhoud van de in een civiele procedure in te dienen stukken (zie art. 111 Rv voor de dagvaarding, art. 128 Rv voor de conclusie van antwoord en art. 85 Rv voor de algemene verplichting van partijen om een afschrift van stukken waarop in een processtuk een beroep wordt gedaan bij dat processtuk te voegen).⁹ Voor de overheid gelden geen afwijkende eisen, in elk geval niet op papier.

4.4-4.30. Zie ook bijvoorbeeld Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:782, r.o. 4.86-4.118 (*treinkaping De Punt*).

6. Zie voor een recente weergave van de eisen op dit punt in zowel het bestuursrecht als het civiele recht de noot van S.O. Visch & J.P. Heinrich onder Rb. Midden-Nederland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:125, JAAN 2023/70.

7. HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2834; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3600. Over het procesbesluit bij het voeren van verweer Hof Arnhem 8 februari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS7882.

8. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5517.

9. *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/13.

4. *Bewijs(levering)*

1.10 Omdat vragen omtrent stel- en motiveringsplicht, bewijslast en bewijslevering uitvoerig aan de orde komen in het kader van vraag 2, verwijs ik naar het antwoord op die vraag.

5. *Procesvertegenwoordiging*

1.11. Voor de overheid gelden in civilibus geen andere eisen dan voor andere partijen in een civiele procedure. Is procesvertegenwoordiging verplicht, dan geldt dit onverkort voor de overheid. Kan zonder verplichte procesvertegenwoordiging worden deelgenomen aan een civiele procedure, bijvoorbeeld in kantonzaken (art. 79 lid 1 Rv) of als gedaagde in kort geding (art. 255 Rv), dan geldt dit ook voor de overheid.

Vraag 2 (feitenvaststelling en informatieplicht): *Hoe vindt in elk van beide procedures de feitenvaststelling plaats? Denk in de eerste plaats aan stel- en motiveringsplicht, bewijslast en bewijslevering en de fase waarin de feitenvaststelling plaatsvindt. Voorziet elk van beide procedures in de (mogelijkheid tot) verplichting van de overheid de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechter over te leggen? Als het gaat om ‘de mogelijkheid tot’ onder welke omstandigheden is gebruikmaking daarvan dan aangewezen? Heeft de bestuurs- respectievelijk burgerlijke rechter de mogelijkheid de feiten aan te vullen? Is ten aanzien van datgene wat aan de rechter wordt voorgelegd sprake van hoor en wederhoor, ook waar het gaat om het ter griffie aangelegde procesdossier? Zijn in beide procedures voorzieningen getroffen voor het vertrouwelijk houden van daartoe nopende informatie door de overheid en hoe zijn hoor en wederhoor/het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) dan geregeld?*

2.1. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat weliswaar enkele specifieke bepalingen over de betekening van exploitatie aan de Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 48 en 49 Rv) en over de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie om een rol te spelen in een civiele procedure (art. 42-44 Rv), maar geen bijzondere eisen ten aanzien van de procesvoering door overheden. Overheden bevinden zich op papier dan ook in exact dezelfde situatie als elke andere private partij. Dat neemt niet weg dat het wettelijk instrumentarium de rechter in de praktijk de nodige manoeuvreerruimte biedt bij de uitleg en toepassing van de wettelijke regels. Naar mijn ervaring deinst de civiele rechter er ook niet voor terug om die ruimte te benutten en aan de onderbouwing van stellingen en wenen en het leveren van bewijs door overheden in voorkomend geval strengere eisen te stellen. Hierna zal het wettelijk kader beknopt aan de orde komen en wordt toegelicht waar die manoeuvreerruimte in kan zitten.

2.2. Een veel belangrijker bron voor verschillen in de beoordeling van overheden enerzijds en niet-overheden anderzijds in het kader van een civiele procedure, zijn materieelrechtelijke regels of leerstukken. Jegens de overheid kan een beroep worden gedaan op internationale rechts- en verdragsnormen. Op grond van die normen kunnen voor overheden behalve negatieve verplichtingen – om zich te onthouden van bepaald overheidsoptreden – ook positieve verplichtingen – om juist wel te handelen of een zeker beschermingsniveau te waarborgen – gelden.

In de nationale wet is één van de meest in het oog springende voorbeelden van relevante materieelrechtelijke regels artikel 3:14 BW, op grond waarvan een privaatrechtelijke bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit biedt een grondslag voor de toetsing van overheidshandelen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰ Op specifieke toepassingsgebieden kan dit leiden tot een afwijkend beoordelingskader ten aanzien van overheden. Een voorbeeld daarvan is het *Didam*-arrest.¹¹ De Hoge Raad heeft daarin een aantal uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichtingen geformuleerd voor overheidslichamen die een onroerende zaak willen verkopen, waarbij gelijke kansen moeten worden geboden aan gegadigden. Daarnaast zijn er ook vorderingen die zich naar de aard der zaak slechts tot overheden kunnen richten, zoals vorderingen met betrekking tot de (on)verbindendheid van wet- en regelgeving, de (on)rechtmatigheid van rechtspraak en schadevergoedingsvorderingen wegens besluitaanprakelijkheid.

2.3. Het burgerlijke procesrecht kent geen procesrechtelijke tegenhanger van artikel 3:14 BW. Snijders acht de overeenkomstige toepassing van artikel 3:14 BW in het procesrecht niet uitgesloten, via de schakelbepaling van artikel 3:15 BW. Hij wijst in dat verband ook op artikel 3:1 lid 2 Awb, dat de daar aangewezen algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel van toepassing verklaart op alle andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten.¹²

1. *Stel- en motiveringsplicht, bewijslastverdeling*

2.4. De taakverdeling tussen partijen in een civiele procedure komt er in de kern op neer dat de partij die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen. De door de eiser gestelde feiten moeten diens vordering kunnen dragen. Het ligt op de weg van de wederpartij om stellingen zo nodig gemotiveerd te betwisten. Worden feiten niet voldoende gemotiveerd betwist, dan komen zij in rechte vast te staan (art. 149 Rv). Voert gedaagde een verweer dat geen ‘ontkenning’ van het door eiser gestelde behelst, maar neerkomt op een zelfstandig, zogenaamd bevrijdend verweer, dan moeten de door gedaagde gestelde feiten diens verweer kunnen dragen.

2.5. Alleen bij een voldoende gemotiveerde betwisting van relevante feiten, wordt aan bewijslevering toegekomen. Daarbij rust de bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, als hoofdregel op de partij op wie de stelplicht rust (art. 150 Rv). Dat kan ook de gedaagde zijn, bijvoorbeeld voor een bevrijdend verweer (zie hiervoor onder 2.4). Uit bijzondere regels of uit de redelijkheid en billijkheid kan een andere bewijslastverdeling dan neergelegd in de hoofdregel van artikel 150 Rv voortvloeien. Omkering van de bewijslast is echter uitzonderlijk. Enkele bewijsnood van de partij op wie de bewijslast rust, is daarvoor onvoldoende.

10. Zie voor een ‘vroeg’ voorbeeld HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*), en daarna talloze malen herhaald.

11. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*).

12. G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, Algemeen deel* (Mon. BW A26a), Deventer: Kluwer 2011, nr. 24a.

2.6. De bewijslast van de partij die het bewijsrisico draagt kan worden verlicht door de verzwaarde stel- of motiveringsplicht, een wettelijk vermoeden of een rechterlijk vermoeden.

2.7. Met de verzwaarde stelplicht wordt bedoeld op de verplichting van een partij (vaak gedaagde) om in het kader van zijn voldoende gemotiveerde betwisting, zijn wederpartij (vaak eiser) nadere feitelijke gegevens of aanknopingspunten te verschaffen ten behoeve van diens bewijslevering.¹³ Wordt niet aan die verplichting voldaan, dan kan de rechter de stellingen van de wederpartij voorshands – behoudens tegenbewijs – voldoende bewezen achten of zelfs – bij gebrek aan gemotiveerde betwisting – als vaststaand beschouwen.

2.8. Een wettelijk (bewijs)vermoeden kan voortvloeien uit een bijzondere regel, bijvoorbeeld het vermoeden dat de bezitter van een goed ook de rechthebbende is (art. 3:119 lid 1 BW).¹⁴

2.9. De rechter kan voorts een gevolgtrekking maken uit vaststaande feiten en met een rechterlijk vermoeden de bewijslast ten aanzien van één of meer geschilpunten verlichten.¹⁵ Een voorbeeld van een veralgemeniseerd rechterlijk bewijsvermoeden is de omkeringsregel, die toepassing kan vinden bij bewijs van – tot op zekere hoogte – onzeker causaal verband door de gelaedeerde.¹⁶

2.10. Voor de overheid is kortom in de civiele procedure bij de feitenvaststelling niet bij voorbaat een hoofdrol of bijzondere positie ingeruimd. In het bestuursrecht is dat anders. Daar vindt een belangrijk deel van de feitengaring plaats in de bestuurlijke voorfase, in het kader van de voorbereiding van het primaire besluit of in bezwaar, wanneer de rechter (meestal) nog niet in beeld is.

2.11. Desalniettemin heeft de rechter in het civiele proces de nodige manoeuvreerruimte. Dat begint al bij de waardering van de stellingen en verwerpen van partijen. Het antwoord op de vraag of een partij aan zijn stelplicht dan wel betwistingslast heeft voldaan, hangt immers af van hetgeen partijen over en weer naar voren hebben gebracht of hadden kunnen brengen. Of een stelling voldoende is gemotiveerd tegenover de gemotiveerde betwisting door de wederpartij, is tot op zekere hoogte een relatieve kwestie en hangt mede af van de waardering van de rechter.

13. Zie zeer uitvoerig H.W.B. thoe Schwartzberg, *Bevrijdende verwerpen – Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2023, nr. 25.

14. Zie H.W.B. thoe Schwartzberg, *Bevrijdende verwerpen – Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2023, nr. 26.

15. Zie H.W.B. thoe Schwartzberg, *Bevrijdende verwerpen – Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2023, nr. 27.

16. Voor toepassing van de omkeringsregel is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad vereist dat een gedraging heeft plaatsgevonden die in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verzevenlijkt. Zie HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1008, r.o. 3.4.2 en recent nog HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, r.o. 3.3.

Bij die waardering komt de rechter, net als bij de waardering van geleverd bewijs (art. 152 lid 2 Rv)¹⁷, een grote vrijheid toe. Die waardering is maar beperkt toetsbaar in cassatie, al laat de ‘domein’-gedachte die in toenemende mate in de rechtspraak kan worden teruggevonden zien dat de vrijheid van de rechter om eisen aan de feitelijke onderbouwing van een stelling of verweer te stellen niet onbegrensd is. Van een partij kan niet worden gevergd dat zij een stelling onderbouwt voor zover de voor die onderbouwing benodigde gegevens zich bevinden in het domein van de wederpartij en die partij daar zelf geen toegang toe heeft.¹⁸ Voor zover er redenen zijn om aan te nemen dat de overheid over gegevens kan beschikken die relevant zijn voor de beoordeling van het geschil, ligt daarin een aanknopingspunt voor de rechter om van de overheid een belangrijke(r) bijdrage aan de feitenvaststelling te verwachten.

2.12. Daarbij kunnen de toepasselijke materieelrechtelijke regels grond opleveren om de bewijslast voor relevante onderdelen van het geschil op de overheid te leggen. In de rechtspraak wordt dit met name zichtbaar bij de toetsing aan fundamentele (mensen)rechten of beginselen, zoals bijvoorbeeld bij schending van het gelijkheidsbeginsel. Al in het *Ikon*-arrest uit 1987¹⁹ overwoog de Hoge Raad dat ‘in geval een burger een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel en dit beroep staft met een opsomming van gevallen die naar zijn mening aan het zijne gelijk zijn en door het overheidslichaam anders zijn behandeld, het op de weg van het overheidslichaam ligt zich over een en ander uit te laten en een eventuele ongelijke behandeling te verklaren’. In een arrest over discriminatie uit 1982²⁰ overwoog de Hoge Raad dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat de rechter cijfermatige, statistische verschillen aanmerkt als voldoende motivering van de stelling dat er gediscrimineerd is, noch dat hij aan dergelijke verschillen een (zwaarwegend) vermoeden voor discriminatie ontleent en enkel op grond van dat vermoeden de van discriminatie betichte partij belast met het bewijs dat de achterstelling berust op rechtens aanvaardbare gronden.²¹ Bij een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting c.q. nieuwsgaring geldt iets vergelijkbaars.²²

2.13. Het ‘gewone’ bewijsrecht biedt de rechter kortom de mogelijkheid rekening te houden met de onderlinge verhouding tussen procespartijen en de in dat kader eventueel (gepercipieerde) ongelijkheid. Dat kan meebrengen dat de overheid als professionele partij wordt geacht over bepaalde gegevens te beschikken en dat aan de onderbouwing of betwisting van stellingen of verweren door die overheid per

17. Dit geldt uiteraard tenzij de wet anders bepaalt, zoals voor de bewijskracht van aktes (art. 156-160 Rv), strafvonnissen (art. 161 Rv) en de partijgetuigenverklaring (art. 164 Rv).

18. Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, r.o. 3.2 en HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6106, r.o. 4.2.2.

19. Zie HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, r.o. 3.4 (*Ikon*).

20. HR 10 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4496, r.o. 4.1, NJ 1983/687, m.nt. E.A. Alkema (*Binderen/Kaya*).

21. Vgl. in dit verband ook de rechtspraak van het EHRM, bijvoorbeeld EHRM 6 januari 2005, nr. 58641/00 (*Hoogendijk/Nederland*), EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (*D&H c.s./Tsjechië*) en EHRM 2 februari 2016, nr. 7186/09 (*Di Trizio/Zwitserland*).

22. HR 2 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6926, NJ 2006/291, m.nt. E.J. Dommering (*Ostade Blade/Staat*).

saldo hogere eisen worden gesteld. Dit kan ook gelden voor andere (professionele) partijen dan de overheid.

2. *Verplichting om relevante – op de zaak betrekking hebbende – stukken in te brengen*

2.14. Een volwaardige pendant van de op het bestuursorgaan rustende verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken toe te zenden (art. 8:42 Awb), kent de civiele procedure niet.

2.15. Op procespartijen rust wel de algemene verplichting om, indien zij zich in enig processtuk beroepen op enig stuk, daarvan een afschrift te hechten aan dit processtuk (art. 85 Rv). Het kan een procespartij duur komen te staan indien niet of niet tijdig aan deze verplichting wordt voldaan, in de zin dat de rechter kan besluiten met het stuk geen rekening te houden ten nadele van de wederpartij (art. 85 lid 4 Rv). De eiser is verder gehouden in de dagvaarding de bewijsmiddelen te vermelden waarover hij kan beschikken (art. 111 lid 3 Rv). Deze bewijsaandragplicht komt bovenop de verplichting van artikel 85 Rv om stukken waarop een beroep wordt gedaan over te leggen. Een vergelijkbare bewijsaandragplicht rust op de gedaagde (art. 128 lid 5 Rv). De rechter kan partijen bevelen eventueel ontbrekende gegevens alsnog te verstrekken (art. 120 lid 4 en 128 lid 5 Rv).

2.16. Daarnaast geeft artikel 22 lid 1 Rv de rechter de (discretionaire) bevoegdheid in elke stand van de procedure partijen op te dragen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent de term ‘op de zaak betrekking hebbende’ bescheiden dus wel. De rechter kan ambtshalve een bevel op grond van artikel 22 Rv opleggen. Daarnaast kunnen partijen bij de rechter op gebruikmaking van deze bevoegdheid aandringen, zij het dat zij daarop geen aanspraak kunnen maken.²³ Voldoet een procespartij zonder goede reden niet aan een rechterlijk bevel op grond van artikel 22 Rv, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 22 lid 4 Rv). Hoewel er dus geen keiharde processuele verplichting bestaat om ‘de op de zaak betrekking hebbende stukken’ in het geding te brengen, kan een procespartij wel worden verplicht tot inbreng van stukken.

2.17. Het ligt in de rede dat de rechter deze bevoegdheid slechts zal aanwenden indien dit voor de ontwikkeling van het partijdebat noodzakelijk wordt geacht. Dat zal zich niet of minder snel voordoen indien het ontbreken van bepaalde bescheiden in het nadeel uitpakt van de partij bij wie die bescheiden berusten. Indien daarentegen diens wederpartij processueel nadeel dreigt te ondervinden van het ontbreken van die bescheiden, bijvoorbeeld doordat die wederpartij – in het licht van de bewijslastverdeling – aanknopingspunten mist voor de noodzakelijke onderbouwing of betwisting van stellingen of verweren, kan het in de rede liggen om het processuele risico met artikel 22 Rv te verschuiven naar de partij om wiens bescheiden het gaat.

23. Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AX8899. Zie ook MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 154.

2.18. Mijn persoonlijke indruk is overigens dat de rechter deze bevoegdheid vrij spaarzaam gebruikt, terwijl partijen er regelmatig expliciet om vragen of, subtieler, de rechter op diens bevoegdheid wijzen in de hoop dat deze er gebruik van maakt. Mogelijk heeft deze terughoudendheid te maken met de lijdelijke positie die de rechter van oudsher in het civiele proces inneemt. Gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 22 Rv kan er, net zoals het stellen van allerlei indringende vragen tijdens een mondelinge behandeling buiten het procesdossier om, toe leiden dat aan de grenzen van het partijdebat wordt gemorrelt.

2.19. Bij dat alles geldt dat het de civiele rechter niet vrijstaat de feiten aan te vullen.²⁴ De rechter mag slechts de feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en overeenkomstig het bewijsrecht zijn komen vast te staan (art. 149 lid 1 Rv). Op feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels mag de rechter zijn beslissing wel baseren (art. 149 lid 2 Rv). Het verbod op aanvulling van de feiten moet worden onderscheiden van het verbod op aanvulling van de feitelijke grondslag, dat is neergelegd in artikel 24 Rv. Hierin is bepaald dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Met andere woorden, partijen bepalen de aard en omvang van de rechtsstrijd. Artikel 24 Rv ziet mede op (rechts)feiten die wel uit het procesdossier naar voren zijn gekomen, maar waarop partijen geen beroep hebben gedaan. Het geeft uitdrukking aan het beginsel van partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter. Hoewel de opvattingen over wat lijdelijkheid precies voor de interactie tussen de rechter en procespartijen betekent, onderhevig zijn aan verandering, lijken die beginselen op zichzelf nog springlevend.²⁵

2.20. Op grond van artikel 843a Rv kan een partij ook een exhibitievordering richten tot zijn wederpartij. Wie daarbij rechtmatig belang heeft, kan van degene die bepaalde bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, inzage, afschrift of uittreksel vorderen van die bescheiden. De bescheiden moeten zien op een rechtsbetrekking waarin de verzoeker of diens rechtsvoorgangers partij zijn. Onder bescheiden vallen ook de op een gegevensdrager aangebrachte gegevens. Een daartoe strekkende vordering kan niet alleen in een zelfstandige procedure (bodempcedure of kort geding) worden ingesteld, maar ook in een lopende procedure in de vorm van een incident worden opgeworpen. Een exhibitievordering moet voldoende bepaald zijn. Een procespartij kan hier voordeel hebben van de omstandigheid dat de wederpartij een overheidsorgaan is. In de praktijk komt het regelmatig voor dat zo'n wederpartij eerst een Woo-verzoek indient en vervolgens bij de specificatie van een exhibitievordering profiteert van de inventarislijsten die doorgaans worden opgesteld in het kader van de behandeling van een Wob- of Woo-verzoek.²⁶

24. De rechter is wel gehouden de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv).

25. Zie tamelijk recent nog HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20.

26. Daarbij kan uiteraard ook gebruik worden gemaakt van inventarislijsten die zijn opgesteld in het kader van besluiten op Woo-verzoeken die niet door de betrokken partij zelf zijn ingediend voor zover die besluiten zijn gepubliceerd, wat in de praktijk vaak gebeurt.

3. Hoor en wederhoor

2.21. Het beginsel van hoor en wederhoor is stevig verankerd in artikel 19 Rv, niet voor niets het eerste artikel van de Derde afdeling ‘Algemene voorschriften voor procedures’ van de Eerste titel van het Eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit onderstreept het fundamentele karakter van dit beginsel, dat tevens één van de grondbeginselen van het EVRM is. Het brengt mee dat partijen over en weer de gelegenheid moeten krijgen om zich uit te laten over elkaars standpunten en over alles wat er in het kader van de procedure wordt gewisseld en dus aan de rechter ter beoordeling voorligt. De rechter mag een oordeel ten nadele van een van partijen niet baseren op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten. Dit lijdt slechts uitzondering indien en voor zover de wet in een uitdrukkelijke grondslag voorziet.²⁷

2.22. In de procedure gaat dit meestal als vanzelf goed, in elk geval bij processtukken die door partijen worden ingediend, producties die in het geding worden gebracht en andere communicatie met de griffie. De procesreglementen van de rechtbank en hoven voor de behandeling van dagvaardingszaken bepalen namelijk sinds jaar en dag dat de partij die enig bericht aan het desbetreffende gerecht zendt, gelijktijdig een kopie van het bericht aan de wederpartij stuurt en wel op zodanige wijze dat kan worden aangenomen dat de wederpartij het bericht niet later dan de rechtbank ontvangt.²⁸

2.23. Zoals hiervoor al opgemerkt, staat het de rechter niet vrij ambtshalve feiten bij te brengen, bijvoorbeeld door te browsen op internet.²⁹ Voor zover dat wel binnen een correcte vervulling van de rechterlijke taak past, bijvoorbeeld wanneer de appelrechter het proces-verbaal van de behandeling in eerste aanleg opvraagt, zal de appelrechter moeten nagaan of de rechtbank daarvan een afschrift aan partijen heeft gezonden dan wel dat zelf nog moeten doen.³⁰ In beginsel is niet van belang of gegevens en bescheiden waarvan partijen geen kennis hebben kunnen nemen, nieuwe feiten of argumenten behelzen dan wel daadwerkelijk van invloed zijn geweest op de beslissing van de rechter. Het is aan partijen, niet aan de rechter, om te beoordelen of die gegevens nopen tot een reactie. Dit kan anders zijn als het gaat om gegevens of bescheiden waarvan in redelijkheid niet gezegd kan worden dat zij van enig belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak.³¹

27. Te denken valt aan de situatie na verstekverlening (art. 139 Rv) of de beslissing om beslagverlof te verlenen (art. 700 Rv).

28. Zie art. 1.10 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken en art. 1.9 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, te vinden op www.rechtspraak.nl.

29. HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5612 (*Van Donkersgoed/Jansen*); HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1653 en ECLI:NL:HR:2011:BR1654; HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96.

30. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882.

31. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882; vgl. HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1251 (*Van Peski/Staat*).

4. Voorzieningen voor vertrouwelijkheid

2.24. In de civiele procedure kan op verschillende manieren rekening worden gehouden met het gevoelige karakter van bepaalde informatie. Op grond van artikel 27 Rv kan de behandeling van de zaak, geheel of gedeeltelijk, achter gesloten deuren plaatsvinden. Grond hiervoor kan worden gevonden in: (a) de openbare orde of de goede zeden, (b) de veiligheid van de Staat, (c) de belangen van minderjarigen of de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en (d) indien openbaarheid het belang van een goede rechtspleging zou schaden.³² De beperking van de toegang van het publiek mag niet ruimer zijn dan het te beschermen belang vergt.³³ Op grond van artikel 28 lid 1, aanhef en onder a, Rv is het partijen verboden mededelingen te doen aan derden omtrent het verhandelde op een zitting met gesloten deuren of een zitting waarbij slechts bepaalde personen zijn toegelaten.

2.25. Hoewel de veiligheid van de Staat grond kan opleveren om de deuren te sluiten, zal voor een behandeling achter gesloten deuren in het algemeen in procedures waarin de overheid een van de procespartijen is, minder ruimte zijn. Uit de rechtspraak van het EHRM over artikel 6 EVRM volgt op zichzelf dat ‘neither the letter nor the spirit of this provision prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to have his case heard in public’.³⁴ Het algemeen belang kan zich echter tegen een behandeling achter gesloten deuren verzetten, omdat dit ‘must not run counter to any important public interest’.³⁵ Het algemeen belang zal sneller in het geding zijn in procedures waarin de overheid een van de partijen is.

2.26. Verder kan de rechter op grond van artikel 28 lid 1, aanhef en onder b, Rv verbieden dat partijen omtrent bepaalde gegevens uit de procedure mededelingen doen aan derden. De bepaling dient ertoe te waarborgen dat partijen ter zitting vrijelijk kunnen spreken en relevante gegevens kunnen opnemen in hun processtukken, hetgeen ook de waarheidsvinding dient. Het onder omstandigheden waarborgen van vertrouwelijkheid heeft ook een fundamenteel karakter, in de zin dat strijd met het bepaalde in artikel 8 EVRM kan ontstaan indien de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens in een procedure niet kan worden gewaarborgd.³⁶ Hoezeer het belang van de bescherming van persoonsgegevens is toegenomen blijkt ook uit de recente beschikking van de Hoge Raad over de openbaarheid van de civiele procedure.³⁷

2.27. Tot slot is sinds 1 september 2017 de civiele evenknie van artikel 8:29 Awb te vinden in artikel 22 lid 2 tot en met 5 Rv. Het betreft in wezen een codificatie

32. Deze gronden sluiten vrijwel naadloos aan bij de beperkingsgronden genoemd in EHRM 24 april 2001, nr. 36337/97 en 35974/97, r.o. 37-39 (*B&P/Verenigd Koninkrijk*).

33. Zie zeer recent HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, r.o. 3.4.1.

34. EHRM 21 februari 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0221JUD001185585, r.o. 66 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*). Zie in verband hiermee art. 803 lid 2 Rv.

35. EHRM 21 februari 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0221JUD001185585, r.o. 66 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*).

36. EHRM 25 februari 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4448 (*Z/Finland*).

37. Zie HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, r.o. 3.4.1, een beschikking op een vordering tot cassatie in het belang der wet.

van het *Lightning Casino*-arrest uit 2002,³⁸ en in het voetspoor daarvan het *Telegraaf*-arrest uit 2008³⁹. Deze uitspraken baanden de weg voor wat kan worden beschouwd als de analoge toepassing van artikel 8:29 Awb in de civiele procedure. Als een procespartij zich wil beroepen op de vertrouwelijkheid van in te brengen bescheiden zal de rechter daarvan kennis moeten nemen om te beoordelen of de geheimhouding (of beperkte kennisneming door alleen de rechter) gerechtvaardigd is. Verwerpt de rechter het beroep op vertrouwelijkheid, dan kan de rechter aan de weigering van een procespartij de stukken in te brengen de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht (art. 22 lid 4 Rv). Acht de rechter geheimhouding gerechtvaardigd, dan hoeven de stukken niet te worden ingebracht (art. 22 lid 5 Rv). Acht de rechter beperkte kennisneming gerechtvaardigd, maar stemt de wederpartij er niet mee in dat mede op grondslag van die stukken uitspraak wordt gedaan, dan wordt de zaak naar een andere kamer verwezen (art. 22 lid 6 Rv). Hoewel de wettekst dit niet met zoveel woorden vermeldt, ligt het in de rede dat de rechter ook ten nadele van een partij zijn conclusies mag verbinden aan het weigeren van diens toestemming.

2.28. In de praktijk lijkt het maar sporadisch voor te komen dat deze procedure voor vertrouwelijkheid (art. 22 lid 2 t/m 5 Rv) wordt toegepast. Een tamelijk recent voorbeeld is de uitspraak van de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland van 6 december 2021.⁴⁰ Daarin werd een beroep op vertrouwelijkheid gedeeltelijk gehonoreerd, waardoor de voorzieningenrechter zich genoodzaakt zag de zaak te verwijzen. Artikel 22 Rv lijkt inderdaad uit te gaan van verwijzing naar een andere rechter indien de zaaksrechter door de beoordeling van het beroep op geheimhouding bekend is geraakt met de inhoud van stukken die niet ten grondslag mogen worden gelegd aan de oordeelsvorming (en die uiteraard niet ‘weggedacht’ kan worden). Zo’n verwijzing lijkt minder praktisch dan wat in het bestuursrecht gebruikelijk is, te weten de instelling van een speciale geheimhoudingskamer. Dit geldt vooral als er al een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. Dan kan de jurisprudentie over de rechterswissel⁴¹ het noodzakelijk maken een deel van de gevoerde procedure over te doen, omdat partijen aanspraak kunnen maken op een nieuwe mondelinge behandeling.

2.29. De wet kent in aanvulling op de algemene regeling van artikel 22 Rv een bijzondere regeling voor stukken waarbij de kennisneming door de partij zelf de eigen lichamelijke of geestelijke gezondheid of andermans persoonlijke levenssfeer onevenredig zou schaden (art. 22a lid 1 en 2 Rv). De rechter kan bepalen dat de kennisneming van dergelijke stukken is voorbehouden aan een gemachtigde die advocaat of arts is of daarvoor bijzondere toestemming van de rechter heeft gekregen. Artikel 22a lid 3 Rv bevat een vergelijkbare regeling voor bedrijfsgeheimen als kennisneming door een partij de bescherming van dit bedrijfsgeheim oneven-

38. HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, NJ 2004/4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*).

39. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, NJ 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (*Telegraaf/Staat*).

40. Rb. Midden-Nederland 6 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5995.

41. HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:700; HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472; HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662 (*Mr. Muetstege q.q./Gemeente Amsterdam*) en HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076.

redig zou schaden. De rechter kan in deze gevallen zijn uitspraak mede baseren op het stuk waarvan een of meer partijen zelf geen kennis hebben kunnen nemen.

2.30. Bij toepassing van artikel 27 en 28 Rv is het beginsel van hoor en wederhoor niet in het geding, aangezien de procespartijen dan toegang hebben en behouden tot alle gegevens waarover de rechter in het kader van zijn beslissing beschikt. Dit is anders bij artikel 22 en 22a Rv. Omdat deze wettelijke bepalingen uitdrukkelijk een grondslag bieden voor het maken van een uitzondering op het beginsel van hoor en wederhoor, lijkt dit niet direct problematisch (vgl. art. 19 Rv). Dit geldt te meer nu hier een oordeel van de rechter aan te pas zal moeten komen. Die zal artikel 19 Rv overigens wel steeds op een wijze moeten uitleggen die in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Dat betekent mijns inziens echter niet dat artikel 6 EVRM altijd moet prevaleren boven andere fundamentele rechten, zoals het recht op privacy en gegevensbescherming (art. 8 EVRM).⁴²

Vraag 3 (processuele motiveringsplicht): *In hoeverre beïnvloedt de positie van de overheid in elk van beide procedures haar processuele motiveringsplicht respectievelijk die van haar wederpartij? Hoever kan deze in elk van beide procedures onder omstandigheden reiken (denk bijvoorbeeld aan stelplicht en bewijslastverdeling)? In hoeverre bemoeilijkt of versterkt het feit dat de overheid consistent beleid dient te voeren haar procespositie?*

3.1. De processuele motiveringsplicht in civiele procedures is niet los te zien van de verdeling van stelplicht, betwistingslast en bewijslastverdeling binnen het bredere stelsel van bewijsrechtelijke regels, waarbij in het kader van de beantwoording van vraag 2 uitvoerig is stilgestaan. Dit stelsel biedt eventueel aanknopingspunten om, zo nodig, strengere eisen aan de processuele motiveringsplicht van overheden te stellen dan aan die van de gemiddelde procespartij. Zo nodig, omdat mijns inziens goede grond ontbreekt om in het algemeen tot uitgangspunt te nemen dat van de overheid als procespartij in een civiele procedure meer mag worden verlangd dan van niet-overheden. Het evenwicht tussen procespartijen blijft een relatieve kwestie. Het lijkt mij een misvatting te veronderstellen dat de overheid zich altijd in een voordeliger positie bevindt dan haar wederpartij(en). De noodzaak tot het waarborgen van het evenwicht in een procedure kan onder omstandigheden evengoed meebrengen dat de rechter uit zijn instrumentarium moet putten om de overheid tegemoet te komen.

3.2. De vraag hoe het feit dat de overheid consistent beleid dient te voeren van invloed is op haar procespositie heeft een materieelrechtelijke en een procesrechtelijke dimensie. Voor de materieelrechtelijke dimensie geldt dat beleid onmiskenbaar van invloed is op de procespositie van overheden, om de eenvoudige reden dat overheden in beginsel gehouden zijn om te handelen in overeenstemming met hun beleid. Dat beleid kan zijn neergelegd in beleidsregels of bestendige bestuurspraktijk zijn. Heeft de overheid gehandeld overeenkomstig haar beleid, dan kan dit een argument in haar voordeel opleveren en dus haar positie in de procedure

42. HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, r.o. 3.4.1 onderstreept dat de door art. 6 en 8 EVRM gewaarborgde rechten kunnen botsen.

versterken. De omgekeerde situatie kan zich vanzelfsprekend ook voordoen.⁴³ De noodzaak consistentie te betrachten en de vrees voor precedentwerking kunnen de ruimte en bereidheid van de overheid om in een procedure een schikking te treffen overigens wel beperken.

3.3. Daarnaast kan de overheid ook beleid formuleren over de wijze waarop privaatrechtelijke bevoegdheden worden uitgeoefend, en dus ook over de privaatrechtelijke bevoegdheid om een civiele procedure te voeren. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de Leidraad Invordering 2008, waarin beleid voor de ontvanger van de Belastingdienst is neergelegd, bijvoorbeeld over het aanvragen van faillissement.⁴⁴ De rechter kan aan dergelijk beleid toetsen.⁴⁵ Het komt mij voor dat het ook hier de positie van de overheid kan versterken als het voeren van de procedure als zodanig in overeenstemming is met het daarop van toepassing zijnde beleid. Daarbij past wel de kanttekening dat dit uiteraard niet in de weg staat aan de materiële beoordeling van het litigieuze handelen. Het afwijken van beleid over het aanwenden van de bevoegdheid om een civiele procedure te voeren of over de wijze van procesvoering, lijkt mij niet onmogelijk. Denkbaar is wel dat van de overheid wordt verlangd dat dit wordt toegelicht, in het kader van ‘comply or explain’.

3.4. De vraag rijst in hoeverre zich bij overheden in de praktijk ook een bestendige bestuurspraktijk of gedragslijn in het kader van het voeren van civiele procedures kan vormen. In situaties waarin dezelfde overheid grote aantallen min of meer identieke procedures voert, zou zich dat voor kunnen doen. Ik betwijfel echter of een bestendige bestuurspraktijk zich in de praktijk eenvoudig laat vaststellen. Dit zou feitelijk onderzoek naar procesgedrag in diverse procedures vergen. De vraag rijst of het voor de rechter in de praktijk mogelijk en haalbaar is om zich een beeld te vormen van die gedragslijn. In verwerende zaken zal het vanwege de relatieve bevoegdheidsverdeling zo zijn dat lokale overheden veelal worden gedagvaard bij de plaatselijke rechtbank (en de centrale overheid bij rechtbank Den Haag). Daarmee kan die ‘vaste’ rechtbank weliswaar meer zicht krijgen op de wijze van procesvoering bij het eigen gerecht, maar niet bij het verloop van procedures bij andere gerechten. Hoe een civiele procedure verloopt in andere zaken of bij andere gerechten en welke keuzes overheden daarin maken is daarnaast van veel onvoorspelbare, toevallige en incidentele factoren afhankelijk, om nog maar te zwijgen van de mogelijke verschillen tussen overheden onderling of tussen onderdelen van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon. Gezien de taakverdeling tussen partijen en de rechter zou hiervoor bovendien nodig zijn dat een procespartij een beroep doet op

43. Zie voor een zeer recent voorbeeld waarin het hof had miskend dat de hoedanigheid van de gemeente als gemeentelijke overheid, die mede rekening dient te houden met algemene belangen, en het gemeentelijk erfpachtbeleid wel degelijk een omstandigheid is die moet worden betrokken in de beoordeling van een beroep op misbruik van omstandigheden, HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:963, r.o. 3.1.2.

44. Zie bijvoorbeeld art. 73.4.1 Leidraad Invordering 2008.

45. Zie voor een recent voorbeeld HR 14 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:563 over de bevoegdheid tot aansprakelijkstelling door de ontvanger op grond van de Invorderingswet. Een dergelijke procedure wordt tegenwoordig gevoerd bij de fiscale rechter, maar werd vroeger bij de civiele rechter gevoerd, die evenzeer toetste aan het in de Leidraad Invordering neergelegde beleid. Vgl. ook het inmiddels vervallen art. 29 Besluit Fiscaal Bestuursrecht over de raadpleging van de Landelijk coördinator civiele heffingsprocedures voordat een inspecteur een belastingplichtige of derde in een civiele procedure dagvaardt.

het bestaan van een bestendige gedragslijn om te voorkomen dat de rechter buiten de door partijen getrokken grenzen van het geschil treedt.

Vraag 4 (ongelijkheidscompensatie): *Over welke (verdere) procesrechtelijke 'tools' beschikken de bestuursrechter en de burgerlijke rechter als het gaat om ongelijkheidscompensatie en in welke mate maken zij daarvan al dan niet gebruik/is gebruikmaking daarvan gewenst?*

4.1. Afgezien van het hiervoor besproken rechterlijke instrumentarium, zijn er nog tal van praktische maatregelen en beslissingen waarmee de rechter de manoeuvreerruimte voor de ene of de andere procespartij kan vergroten of juist verkleinen. Te denken valt aan de wijze waarop de rechter omgaat met de (uitstel)termijnen voor de indiening van processtukken, met termijnen voor het indienen van nadere producties voorafgaand aan een zitting, met aanhoudingsverzoeken bij de verhinderende van een partij of diens raadslieden, met de toewijzing van (extra) spreektijd bij zittingen, met het toestaan van een tweede schriftelijke ronde of aktenwisseling na een mondelinge behandeling in eerste aanleg of met verzoeken in hoger beroep om een processtuk te mogen nemen met een ruimere omvang dan het in beginsel maximale aantal pagina's. In deze voorbeelden neemt de rechter op een voor partijen kenbare wijze een beslissing. Door de grenzen van de bandbreedte op te zoeken, kan de rechter het de ene of andere partij moeilijker of makkelijker maken.

4.2. Er zijn ook beslissingen of keuzes die op informelere of implicietere wijze worden genomen, bijvoorbeeld de bereidheid van de rechter om door de vingers te zien dat nog een beroep op een nieuw stuk wordt gedaan of dat de toegekende spreektijd wordt overschreden, of de welwillendheid (of het gebrek daaraan) waarmee de rechter het betoog van de ene of andere partij aanhoort. Vooral dit laatste is glibberig terrein, waar het maken van algemene observaties niet goed mogelijk is, laat staan dat er kwantitatieve of kwalitatieve uitspraken over kunnen worden gedaan. Dat neemt niet weg dat er advocaten zullen zijn die de zittingszaal ooit hebben verlaten met een ietwat ontgoocheld gevoel en met de indruk dat de positie van hun cliënt niet de aandacht heeft gekregen die deze had verdiend.

4.3. Al dit soort keuzes en beslissingen kunnen een rol spelen in het kader van ongelijkheidscompensatie. Deze term lijkt mij overigens wel wat problematisch nu wat de één als ongelijkheid (die vraagt om compenserende maatregelen) aanmerkt voor de ander geen ongelijkheid hoeft te zijn. De vraag wanneer ongelijkheidscompensatie in de civiele procedure aangewezen is, zal niet door iedereen hetzelfde worden beantwoord.

Vraag 5 (eisverandering en aanvulling rechtsgronden): *In hoeverre bestaat tijdens de procedures de mogelijkheid tot wijziging van eis/het poneren van nieuwe stellingen en/of weren? Welke verschillen zijn er tussen de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter wat betreft de mogelijkheid/verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden?*

5.1. Met het uitbrengen van een dagvaarding of het indienen van een conclusie van antwoord in een civiele procedure, ligt het standpunt van de ene of andere partij niet onwrikbaar vast. Tot in een vrij laat stadium van de civiele procedure bestaat de mogelijkheid om de eis te wijzigen dan wel nieuwe stellingen of weren

naar voren te brengen, in feitelijke instanties althans.⁴⁶ Er zijn ook relevante verschillen tussen de eerste aanleg en hoger beroep, hetgeen met name samenhangt met de hierna te bespreken tweeconclusieregel. De mogelijkheden in eerste aanleg dienen hier als vertrekpunt.

5.2. Een eisvermindering is ingevolge artikel 129 Rv te allen tijde toegestaan. Voorwaarde is uiteraard wel dat de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. De gedaagde kan zich niet tegen een eisvermindering verzetten. Op grond van artikel 130 lid 1 Rv kan de eis worden veranderd of vermeerderd, zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. De gedaagde moet zich hierover kunnen uitspreken en kan bezwaar maken op de grond dat de verandering of vermeerdering in strijd is met de eisen van een goede procesorde. De rechter kan op die grond ook ambtshalve een eiswijziging buiten beschouwing laten. Als de gedaagde niet is verschenen, is verandering of vermeerdering van eis alleen mogelijk, indien de wijziging tijdig bij exploit aan de gedaagde bekend is gemaakt (art. 130 lid 3 Rv).

5.3. De verschenen gedaagde kan zelf ook een (tegen)eis jegens de eisende partij instellen, de zogenoemde eis in reconventie (art. 136 Rv). Dat moet uiterlijk bij conclusie van antwoord geschieden (art. 137 Rv). Ook een eis in reconventie kan op de voet van artikel 129 en 130 Rv gewijzigd worden.

5.4. Een eiswijziging kan ertoe leiden dat de zaak tot de competentie van een andere rechter (ook wel aangeduid als advocaatzaken) gaat behoren, zodat overeenkomstig artikel 95 jo. 71 Rv verwijzing moet volgen naar de kantonrechter of juist naar de kamer voor andere zaken dan kantonzaken (ook wel aangeduid als ‘team handel’). Gelet op de jurisprudentie inzake de rechterswissel,⁴⁷ waaraan partijen onder omstandigheden een recht kunnen ontleen op een nieuwe mondelinge behandeling (ten overstaan van de rechter(s) die uiteindelijk vonnis zal (zullen) wijzen), kan een eiswijziging met verwijzing tamelijk ingrijpende consequenties hebben.

5.5. In de praktijk kan de mogelijkheid om een eis te wijzigen beperkter uitpakken dan deze op papier lijkt te zijn. Het aantal processtappen tussen het uitbrengen van de dagvaarding en het eindvonnis is sinds de inwerkingtreding van het herziene burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 namelijk significant afgenomen. Voor die tijd waren er vaak twee schriftelijke rondes. Inmiddels wordt partijen slechts bij uitzondering een tweede schriftelijke ronde toegestaan. Het streven is veelal de zaak na één schriftelijke ronde tijdens de mondelinge behandeling klaar te stomen voor het wijzen van een eindvonnis. Dat betekent dat zich eenvoudigweg niet zoveel gelegenheden voordoen waarop een eiswijziging kan worden doorgevoerd.

5.6. De herstel- of herkansingsfunctie van het hoger beroep brengt mee dat partijen ook in hoger beroep hun eis kunnen wijzigen. Zij kunnen nieuwe vorderingen instellen en al ingestelde vorderingen wijzigen of van nieuwe grondslagen voorzien. Dit geldt ook voor een in eerste aanleg ingestelde eis in reconventie. Een eis in re-

46. De mogelijkheden in cassatie zijn vanwege de aard van de toetsing in cassatie uiterst beperkt.

47. Zie de hiervoor genoemde rechtspraak over de rechterswissel.

conventie kan echter niet voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld (art. 353 lid 1 Rv). De mogelijkheid om nieuwe feiten en weren naar voren te brengen is vrijwel onbeperkt, tenzij een partij ondubbelzinnig een stelling, verweer of vordering heeft prijsgegeven. Zelfs een in eerste aanleg ingetrokken eis kan onder omstandigheden in appel opnieuw worden ingesteld.

5.7. Een belangrijke beperking is gelegen in de zogenoemde tweeconclusieregel (ook wel aangeduid als de ‘in beginsel strakke regel’). Deze regel houdt in dat de appelrechter niet behoort te letten op nieuwe grieven, gewijzigde of vermeerderde (grondslagen van) eisen of nieuwe verweren die in een later stadium worden aangevoerd dan in de memorie van grieven of de memorie van antwoord.⁴⁸ Dit kan uitzondering lijden (i) bij ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij, (ii) indien onverkorte toepassing van de regel in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde, zoals in het geval van een rechterlijke fout, nieuwe ontwikkelingen van feitelijke of juridische aard nadat van grieven is gediend of een aan verweerder toe te rekenen onjuiste voorstelling van zaken bij appelland, en (iii) wegens de bijzondere aard van de desbetreffende procedure.⁴⁹ De tweeconclusieregel staat er niet aan in de weg dat een partij na de wisseling van memories een reeds eerder ingenomen standpunt nader onderbouwt. In de praktijk kan dit een wat schimmig gebied zijn.

5.8. Binnen het partijdebat (art. 24 Rv) is de rechter steeds gehouden de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv). De civiele rechter is gehouden om zelfstandig, en in beginsel onafhankelijk van wat partijen daarover hebben aangevoerd, na te gaan op grond van welke juridische regels of grondslagen de ten processe gestelde feiten de vordering of een verweer kunnen dragen, ook als partijen zelf naar de ‘verkeerde’ regels verwijzen.⁵⁰ Rechtsgronden van openbare orde en daarmee gelijk te stellen rechtsgronden (denk aan Europees consumentenrecht) dient de rechter ook buiten het partijdebat tot gelding te laten komen. De rechter mag evenwel nooit buiten het petitum gaan.⁵¹

5.9 Hoewel voor de overheid op papier geen andere eisen of voorwaarden gelden in het kader van een eventuele eiswijziging of aanvulling van stellingen of weren, is denkbaar dat de rechter bij professionele partijen, en dus ook bij de overheid, iets strenger toetst in hoeverre een eiswijziging in overeenstemming is met de eisen van een goede procesorde.

Vraag 6 (oordeel *ex tunc/ex nunc*): *Oordeelt de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter in beginsel ex tunc (dat wil zeggen aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van het besluit of het handelen in geschil) of ex nunc (dat wil zeggen aan*

48. Vgl. art. 347 Rv.

49. Zie onder meer HR 5 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1015; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3238; HR 8 mei 2015, ECLI:NL:2015:1224 en HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771.

50. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2655 (*Van Rooijerven Van der Sluijs*).

51. A.E.H. van der Voort Maarschalk, ‘De toetsing in cassatie’, in: B.M.T. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 52. Dat de rechter niet buiten het petitum mag gaan, betekent dat de appelrechter niet op grond van de openbare orde dicta mag vernietigen waarvan de vernietiging niet gevorderd is. De Hoge Raad mag geen oordelen vernietigen waartegen geen cassatieklacht is gericht, ook niet als die dicta respectievelijk oordelen in strijd zijn met de openbare orde.

de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de uitspraak van de rechter) en onder welke omstandigheden wijkt hij eventueel af van het desbetreffende uitgangspunt?

6.1. Anders dan in het bestuursrecht, ontbreekt in het civiele recht uitgebreide theorievorming over de vraag of de rechter ex nunc of ex tunc toetst. In de bestuursrechtelijke procedure gaat het in de regel om de toetsing van een besluit, dat op een bepaald moment is genomen en dus in beginsel moet worden beoordeeld aan de hand van het wet- en regelgevend kader en op basis van de feiten en omstandigheden van dat moment (ex tunc). Daarbij rust op het bestuursorgaan de plicht om ervoor te zorgen dat de belanghebbende ten tijde van het besluit voldoende gelegenheid heeft gehad om feiten en omstandigheden aan te dragen, zodat de zorgvuldigheid van de besluitvorming gewaarborgd is.

6.2. In de civiele procedure ontbreekt dit vanzelfsprekende ankerpunt (zoals het besluit in de bestuursrechtelijke procedure). In beginsel zal elke civilist beamen dat de civiele rechter een zaak ex nunc beoordeelt, in de zin dat de rechter in zijn oordeelsvorming al hetgeen partijen naar voren hebben gebracht tot de uitspraak zal kunnen betrekken. Volgens vaste rechtspraak strekt het hoger beroep in civiele zaken niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrechter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (ex nunc).⁵²

6.3. Dat betekent echter niet automatisch dat alles wat tot de uitspraak naar voren is gebracht ook in materiële zin gewicht in de schaal kan leggen. Naar welk (peil)moment de rechter vorderingen of verzoeken dient te beoordelen, zal afhangen van de aard van die vorderingen of verzoeken en de grondslag ervan. Zo overwoog de Hoge Raad in een merkenrechtelijke zaak:

‘Vooropgesteld wordt dat het antwoord op de vraag of de rechter bij de beoordeling van een vordering die betrekking heeft op inbreukmakend of anderszins onrechtmatig handelen niet alleen de omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het gewraakte handelen, maar ook die ten tijde van zijn uitspraak in aanmerking dient te nemen, in de eerste plaats afhangt van de aard van het geschil en hetgeen de aanlegger, mede gelet op hetgeen deze vordert, tot inzet van het geding heeft gemaakt. Bij gebreke van aanwijzingen die tot een beperkte toetsing (“ex tunc”) aanleiding moeten geven, zal de rechter in beginsel alle hem ter kennis gebrachte omstandigheden in zijn beoordeling dienen te betrekken, ook voor zover die zich niet in een eerder stadium hebben voorgedaan. Dat laatste geldt in het bijzonder indien de vordering een bevel of verbod van meer algemene strekking behelst dat beoogd wordt voort te duren na de uitspraak van de rechter. Voor de appelrechter geldt bovendien de regel dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrech-

52. HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050, r.o. 3.3 (Yp/PTT) en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1777, r.o. 3.3.2 (buren).

*ter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (HR 23 februari 1996, nr. 15904, NJ 1996, 395). Er bestaat geen aanleiding op dit punt anders te oordelen voor een kort geding dan voor een procedure ten gronde.*⁵³

6.4. Dit lijkt mij niet weg te nemen dat de rechter bij een onrechtmatige daadsactie de vraag of het gewraakte handelen onrechtmatig is, in beginsel zal moeten beoordelen naar het moment of de periode waarin het vermeende onrechtmatig handelen of nalaten zich heeft voorgedaan, hoewel de rechter bij die beoordeling mag betrekken wat daarover vervolgens in de procedure naar voren is gebracht. Bij de vaststelling van eventuele schade zal juist de periode ná het onrechtmatig handelen van belang zijn. Ook een deskundigenrapport van geruime tijd na het moment waarop de schadeoorzaak zich heeft voorgedaan, kan van belang zijn in het kader van de begroting van de schade.

6.5. In andere gevallen zal de aard van de zaak meebrengen dat deze, althans aspecten daarvan, *ex tunc* zullen moeten worden beoordeeld. Om te illustreren hoezeer dit per geval anders uit kan pakken, vermeld ik enkele voorbeelden uit de rechtspraak. Of een ontbindingsverzoek van de werkgever terecht is toegewezen, moet de appelrechter beoordelen naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter.⁵⁴ De vraag of een primair besluit rechtmatig is, zal doorgaans moeten worden beantwoord naar het tijdstip waarop het is genomen.⁵⁵ Of een beding onredelijk bezwarend in de zin van artikel 25f lid 2 Auteurswet is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁵⁶ De Hoge Raad voegt daar in hetzelfde arrest aan toe dat bij de beoordeling of de toepassing van een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die zich na de contractsluiting hebben voorgedaan, zoals de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd.⁵⁷ Of een bancaire relatie kan worden opgezegd door de bank, moet worden beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van de opzegging (*ex tunc*), maar de vraag of een bank moet worden verplicht een nieuwe contractuele relatie aan te gaan, zal *ex nunc* moeten worden beantwoord.⁵⁸ De vraag of een beroep op verrekening kan worden gedaan, hangt af van het bestaan van de bevoegdheid tot verrekening *ex artikel 6:127 lid 2 BW* op het moment dat de schuldenaar aan de schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. De geldigheid van het beroep op verrekening moet derhalve, ook in appel, na een cessie van de vordering, worden beoordeeld naar het moment van het uitbrengen van de verrekeningsverklaring (*ex tunc*).⁵⁹

53. HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9707, r.o. 4.2.1 (*Adidas/HGM, Vendex c.s.*).

54. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, r.o. 3.2.6. Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, r.o. 3.1.3 e.v.

55. Vgl. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, r.o. 3.5.2 (*Hoogland/Rotterdam*).

56. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.1.3.

57. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.2.2.

58. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.7 en Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2822, r.o. 3.5.

59. HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2005, r.o. 3.1.2-3.1.3 (*Van Noort Gassler/X c.s.*).

6.6. Het materiële toetsingskader is kortom van belang voor de bepaling van het relevante toetsingsmoment. Van een keiharde regel dat de civiele rechter ex nunc oordeelt kan dan ook niet gesproken worden.⁶⁰

Vraag 7 (proceskostenveroordeling): *Hoe is de proceskostenveroordeling in elk van beide systemen geregeld als de overheid procespartij is? Welke verschillen zijn er tussen beide systemen en wat zou die verschillen kunnen verantwoorden?*

7.1. In artikel 237 Rv en volgende is een regeling voor de proceskosten in civiele procedures neergelegd. Een proceskostenveroordeling hoeft niet te worden gevorderd. De rechter kan deze ook ambtshalve uitspreken.

7.2. Op grond van artikel 237 Rv geldt als uitgangspunt dat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld. Dat uitgangspunt geldt meestal ook als één van partijen in overwegende mate in het ongelijk wordt gesteld. Als bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de gedaagde partij wordt vastgesteld en een deel van de schade wordt toegewezen, ligt het ondanks de afwijzing van een (soms aanzienlijk) deel van de gevorderde schade voor de hand dat de gedaagde partij in de kosten wordt veroordeeld.⁶¹

7.3. Als partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, kan de rechter de proceskosten compenseren (art. 237 lid 1 Rv). Dat betekent dat de rechter geen proceskostenveroordeling uitspreekt en alle partijen hun eigen kosten dragen. De rechter mag de kosten ook geheel of gedeeltelijk compenseren in procedures tussen, kort gezegd, familieleden (art. 237 lid 1 Rv). Dit kan uitzondering lijden als familieleden tegen beter weten in procederen, of met elkaar in een zakelijk geschil verwickeld zijn dat losstaat van de familierelatie.

7.4. Wat betreft de begroting van de kosten, maakt de wet onderscheid tussen zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen (art. 238 Rv) en zaken waarin partijen niet in persoon kunnen procederen (art. 239 Rv). In de in artikel 238 Rv bedoelde kantonzaken, komen noodzakelijke reis- en verblijfkosten voor vergoeding in aanmerking. De rechter mag ook verletkosten (voor gederfde inkomsten) toewijzen. Op grond van artikel 239 Rv kunnen slechts de – op basis van een forfaitair tarief vast te stellen – salarissen en verschotten van de advocaat van een partij ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht. Artikel 239 Rv kan analoog worden toegepast als een partij in een kantonzaak met gemachtigde procedeert.

7.5. Het forfaitaire tarief, ook wel aangeduid als het liquidatietarief, hangt af van het aantal en de aard van de verrichtingen en van het financieel belang van de zaak. De bedragen zijn te vinden op rechtspraak.nl.⁶² Als indicatie: de proceskostenveroordeling in een kort geding bedraagt, afhankelijk van de complexiteit, en

60. Zie bijvoorbeeld HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473 voor een nuance op de ex nunc-regel bij de beoordeling door de appelrechter of aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement is voldaan.

61. *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 237 Rv, aant. 1b.

62. Zie www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/tarieven-kosten-vergoedingen/Paginas/Liquidatietarief-2023.aspx.

exclusief de vergoeding voor griffierecht, € 697, € 1.079 of € 1.619. Hoewel het liquidatietarief een niet-bindende richtlijn is en de rechter dus niet verplicht is om dit toe te passen, wijkt de rechter er slechts in zeer uitzonderlijke gevallen van af. In de praktijk betekent dit dat de partij die (in overwegende mate) gelijk krijgt, slechts een gedeelte van de gemaakte kosten vergoed krijgt.⁶³

7.6. Bij misbruik van procesrecht of onrechtmatig procederen kan de rechter een vordering tot vergoeding van de integrale proceskosten toewijzen.⁶⁴ Daarvan is sprake als het instellen van een vordering of het voeren van verweer, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven, en de partij in kwestie op voorhand had moeten begrijpen dat de vordering of het verweer geen kans van slagen had. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM. Het is dan ook hoogst uitzonderlijk dat een partij erin slaagt aanspraak te maken op een hogere vergoeding dan het liquidatietarief.

7.7. In de rechtspraak wordt ook vrijwel nooit iets gedaan met de mogelijkheid van artikel 237 lid 1 Rv om de kosten die een partij nodeloos heeft gemaakt of veroorzaakt, voor rekening te laten van de partij die die kosten heeft gemaakt of veroorzaakt, terwijl dit een laagdrempeliger route lijkt te zijn dan de zware eis van misbruik van procesrecht.

7.8. In de wettelijke regeling is voor de overheid geen bijzondere of afwijkende positie ingeruimd. De wettelijke regeling maakt ook geen onderscheid tussen verschillende soorten partijen, al werkt het onderscheid tussen rechtspersonen, natuurlijke personen en on- en minvermogenen bij de vaststelling van het griffierecht door in de proceskostenveroordeling. De wijze waarop de rechter de wettelijke regeling toepast, resulteert in het algemeen ook niet in een afwijkende behandeling van de overheid.

7.9. Daarmee bestaat een groot verschil met de bestuursrechtelijke procedure. Daarin nemen het bestuursorgaan en de belanghebbende een zeer verschillende positie in voor wat betreft de mogelijkheden om proceskosten vergoed te krijgen. De overheid krijgt in bestuursrechtelijke procedures vrijwel nooit enige vergoeding in de proceskosten toegewezen. Dat leidt er ook toe dat in bestuursrechtelijke procedures elke prikkel tegen het voeren van kansloze procedures tegen de overheid ontbreekt. Die prikkel is er in de civiele procedure wel in de zin dat het voeren van een kansloze procedure de initiatiefnemer op een fikse proceskostenveroordeling kan komen te staan. Het civielrechtelijke systeem biedt kortom niet de mogelijkheden voor het ontwikkelen en exploiteren van verdienmodellen, waar het bestuursrecht in toenemende mate door geplaagd lijkt te worden. Dit is met name te zien op rechtsgebieden waar grote aantallen procedures worden gevoerd over relatief

63. In geschillen over intellectuele eigendomsrechten geldt een iets ruimhartiger regeling, die voorziet in vergoeding van redelijke en evenredige gerechtskosten (art. 1019h Rv). Vgl. HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:112.

64. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828.

kleine bedragen, zoals de BPM en de WOZ. Van steeds meer kanten, niet in de laatste plaats vanuit de rechterlijke macht, klinkt de roep om ingrijpen om dit te beteugelen.