

# Het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in civiele zaken

Een kritische beschouwing

Tom van Malssen \*

## 1 Inleiding

In Plato's *Phaedrus* vergelijkt Socrates het geschreven woord met de schilderkunst. Geschilderde figuren zijn afgebeeld als levende wezens, maar als je ze wat vraagt, dan zwijgen ze. Ook romanpersonages kunnen op vragen slechts reageren met het antwoord dat al is opgeschreven. Dat antwoord wordt vervolgens door de lezer naar behoefte gekneed en verdraaid, en als het al te zeer gaat afwijken van wat oorspronkelijk was bedoeld, dan moet de auteur ingrijpen omdat het geschreven woord zichzelf niet kan verdedigen.<sup>1</sup>

Het betoog van Socrates kan worden gelezen als een aansporing tot rechtstreekse dialogische interactie en daarmee als een streven naar 'on-middellijkheid' van de communicatie tussen zender en ontvanger. Dat streven zien we ook terug in de rechtspleging, waar als beginsel geldt dat de rechter die bij de mondelinge behandeling is geweest ook de rechter is die over de zaak beslist. Anders is namelijk niet gewaarborgd dat wat op de mondelinge behandeling is gebeurd ook daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van de erop volgende beslissing. En dat laatste is van groot belang, aangezien mondelinge interactie tussen rechter en partijen van wezenlijke invloed kan zijn op de rechterlijke oordeelsvorming.<sup>2</sup>

Mondelinge uitwisseling vindt plaats tijdens een mondelinge behandeling, een proceshandeling die oorspronkelijk werd geïntroduceerd om de mogelijkheid te openen van 'nauwere aanraking' tussen rechter en partijen,<sup>3</sup> en die inmiddels – op de vleugels van de toegenomen aandacht voor feitengaring en waarheidsvinding en de versterkte regierol van de rech-

ter – is gepromoveerd tot het 'hart' van de civiele procedure.<sup>4</sup> De stap van de centraliteit van de mondelinge behandeling naar het belang van een deugdelijk proces-verbaal is vervolgens een kleine. Het proces-verbaal – in het Duitse recht beschouwd als een aanvulling op het oraliteitsbeginsel ('Ergänzung des Mündlichkeitsprinzips') – is namelijk de 'enige officiële kennisbron' van alles wat op de mondelinge behandeling is 'geschied en gezegd', zoals het Amsterdamse hof het fraai formuleert.<sup>6</sup> De betekenis van dit 'uitermate belangrijke stuk'<sup>7</sup> kan moeilijk worden overschat, zo wordt treffend geïllustreerd door de regel dat een verzoek om een nieuwe mondelinge behandeling bij een rechterswissel *in ieder geval* niet mag worden afgewezen als van de eerdere mondelinge behandeling geen proces-verbaal is opgemaakt, omdat anders onvoldoende is gewaarborgd dat wat op de zitting is voorgevallen ook wordt meegewogen bij de totstandkoming van de uitspraak.<sup>8</sup> Om dezelfde reden moet van een enkelvoudige mondelinge behandeling in meervoudig te beslissen zaken een proces-verbaal worden opgemaakt dat voorafgaand aan de uitspraak aan de meervoudige kamer ter beschikking dient te worden gesteld.<sup>9</sup>

Het belang van een deugdelijke verslaglegging van de mondelinge behandeling is dus groot, eerst en vooral voor hen die niet op eigen waarnemingen kunnen terugvallen. Soms zijn dit andere of vervangende leden van de (meervoudige) kamer

\* Mr. dr. T. van Malssen is advocaat (bij de Hoge Raad) bij Dirkzwager legal & tax, raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof's-Hertogenbosch en fellow bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen.

De auteur dankt Jarmo Oppatja voor zijn ondersteunende werkzaamheden bij de totstandkoming van deze bijdrage.

1 Plato, *Phaedrus*, 275d-275e.

2 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, *NJ* 2015/181, m.nt. Asser, *JBP* 2015/18, m.nt. Van Rijssen (*Verboeven c.s./Staat*), r.o. 3.4.2. Voor het belang van deugdelijke vastlegging dat de rechter(s) die de uitspraak heeft (hebben) gedaan ook de rechter(s) is (zijn) die de mondelinge behandeling heeft (hebben) geleid, zie Hof 's-Hertogenbosch (belastingkamer) 13 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4599, r.o. 4.9.

3 *Kamerstukken II* 1922, 230, nr. 3, p. 2.

4 *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 70. Snijders signaleerde reeds in zijn noot (onder 5) bij HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2013, *NJ* 1997/341 (*Boumans/t Plenske*) de tendens dat het recht steeds verder 'oraliseert'.

5 Zie bijv. J. Fritsche, in: Krüger/Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Band 1 §§ 1-354), München: Verlag C.H. Beck 2020, § 159, aant. 1.

6 Hof Amsterdam (wrakingskamer) 3 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:297, r.o. 4.1.

7 A-G Wesseling-van Gent in randnr. 4.7 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2003:AF2161) voor HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, *NJ* 2003/286, in navolging van W.H. Heemskerk in diens noot bij HR 24 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5859, *NJ* 1977/385, en A-G Ten Kate in bijv. randnr. 12 van diens conclusie voor HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0496, *NJ* 1992/303.

8 Nogmaals: HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, *NJ* 2015/181, m.nt. Asser, *JBP* 2015/18, m.nt. Van Rijssen (*Verboeven c.s./Staat*), r.o. 3.4.4.

9 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, *NJ* 2019/145, m.nt. Asser, r.o. 3.7; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, *JBP* 2018/30, m.nt. Van Rijssen, r.o. 3.7.

die uiteindelijk de beslissing neemt, maar het is altijd de appel- en/of de cassatierechter. Men zou daarom een voldragen regeling en een bestendige praktijk rondom het proces-verbaal verwachten. Daarvan lijkt echter geen sprake te zijn. Zo is het opstellen van een proces-verbaal lang niet in alle typen procedures verplicht, zonder dat direct duidelijk is waarom.<sup>10</sup> Evenmin als direct duidelijk is waarom in kantonzaken veelal überhaupt geen proces-verbaal wordt opgesteld, ook niet op verzoek, of waarom in meer algemene zin grote kwaliteits- en structuurverschillen waarneembaar zijn tussen processen-verbaal in vergelijkbare procedures. Met als gevolg dat een proces-verbaal in de praktijk ‘zowel nietszeggend als verhelderend’ kan zijn.<sup>11</sup> Dit laatste is een van de ‘problemen’ waarvan de wetgever heeft gezegd dat ze hem niet ‘bekend’ zijn.<sup>12</sup>

Reden genoeg in ieder geval om de civielrechtelijke p-v-regeling en -praktijk kritisch onder de loep te nemen. In paragraaf 2 breng ik de huidige stand van zaken in kaart, die ik vervolgens in paragraaf 3 op punten problematiseer, gevolgd door concrete verbeteringsuggesties. Ik concentreer me op het proces-verbaal dat wordt opgesteld naar aanleiding van een mondelinge behandeling die (in ieder geval mede) tot doel heeft om partijen de gelegenheid te bieden hun stellingen toe te lichten,<sup>13</sup> en ik kijk steeds met een schuin oog naar de bestuurs- en de strafprocesrechtelijke p-v-praktijk evenals naar relevante aspecten van de p-v-regelingen in onze buurlanden (met name Duitsland). Ik eindig in paragraaf 4 met een kort slotwoord.

## 2 Een aantal regels en uitgangspunten

### 2.1 Wat is een proces-verbaal en wat is de bewijskracht ervan?

Al lang geleden is het proces-verbaal treffend omschreven als een ‘ambtelijk verslag’ van ‘al wat’ op een zitting is ‘voorgevallen’.<sup>14</sup> In bewijsrechtelijke zin is een proces-verbaal een authentieke akte (art. 156 lid 2 Rv) die op grond van art. 157 lid 1 Rv tegenover eenieder dwingend bewijs oplevert van wat de rechter erin heeft verklaard over diens waarnemingen en de ver-

richtingen ter zitting.<sup>15</sup> Deze dwingende bewijskracht strekt zich nadrukkelijk slechts uit tot het feit dat bepaalde zaken zijn voorgevallen (bijvoorbeeld dat een partij iets heeft verklaard), en niet tot de materiële inhoud daarvan (dus of het verklaarde ook inhoudelijk juist is). Voor dat laatste – dus bijvoorbeeld voor door partijen ingenomen stellingen of gegeven antwoorden – geldt dat de rechter er, met inachtneming van de wettelijke bewijsregels, ‘zoodanige rekening’ mee kan houden ‘als hij zal meenen te behoren’.<sup>16</sup>

Tegen de juistheid van de inhoud van een proces-verbaal staat op grond van art. 151 lid 2 Rv tegenbewijs open. Een partij die tegenbewijs aanbiedt, moet ook daadwerkelijk tot bewijslevering worden toegelaten,<sup>17</sup> zij het niet in cassatie, getuigd op de regel dat de Hoge Raad voor de feitelijke grondslag van het geding is aangewezen op de bestreden uitspraak en de stukken van het geding (art. 419 lid 2 Rv).<sup>18</sup> Aan tegenbewijs stelt de Hoge Raad, tegen de achtergrond van de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht, de (verzwaaarde) eis dat daaruit ‘ondubbelzinnig’ de onjuistheid van het proces-verbaal op het betreffende punt moet blijken.<sup>19</sup> Het leveren van dergelijk bewijs is in zijn algemeenheid reeds niet eenvoudig, maar zal nog problematischer zijn als andere aanwezigen een andere lezing hebben van wat precies is voorgevallen,<sup>20</sup> als de omstandigheid dat het proces-verbaal in of juist buiten afwezigheid van partijen is opgemaakt een contra-indicatie vormt voor wat moet worden bewezen,<sup>21</sup> als een partij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om per ommegaande op het proces-verbaal te reageren met concrete bezwaren,<sup>22</sup> of als dergelijke bezwaren wel zijn geuit maar zijn verworpen.<sup>23</sup>

Als het proces-verbaal niet in de vereiste vorm is opgemaakt, bijvoorbeeld omdat de voorgeschreven rechterlijke handtekening ontbreekt, heeft het nog slechts vrije bewijs-

10 In vergelijkbare zin, maar zonder verdere analyse: M.L. Timmerman, ‘Het proces-verbaal in de civiele procedure’, *ArbeidsRecht* 2018/22, p. 5.

11 J. Ekermans, *In eerste aanleg. De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg* (tweede druk), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 102.

12 *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 6, p. 67.

13 Vgl. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, *NJ* 2019/145, m.nt. Asser, r.o. 3.3.1-3.3.2; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, *JBPr* 2018/30, m.nt. Van Rijssen, r.o. 3.3.1-3.3.2. Vanwege de afschaffing van het klassieke pleidooi zal ik die figuur verder buiten beschouwing laten, behalve voor zover indirect relevant met het oog op de huidige regeling en praktijk (zie over het klassieke pleidooi bijv. randnr. 2.53 van de conclusie van plv. P-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2017:1330) voor HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:178, en randnrs. 2.24 en 2.30 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2018:164) voor HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819). Ook bijzonderheden rondom het horen van getuigen en deskundigen (vgl. art. 90 lid 4 Rv) zal ik buiten beschouwing laten.

14 A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandse strafproces. Deel 2*, Haarlem: Tjeenk Willink 1925, p. 102.

15 Ook in het Franse recht is het ‘procès-verbal’ een authentieke akte (art. 1369-1371 Code civil). Hetzelfde geldt voor het Belgische ‘zittingsblad’ (art. 8.1 onder 5 jo. art. 8.17 Nieuw Burgerlijk Wetboek) en het Duitse ‘Protokoll’ (§ 415 e.v. Zivilprozessordnung (ZPO)).

16 In de oorspronkelijke formulering van art. 19a Rv (oud) (*Stb.* 1923, 189), de voorganger van art. 88 Rv (oud); vgl. art. 88 lid 4 Rv (oud) en art. 179 lid 4 Rv.

17 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7458, r.o. 3.5. Aan tegenbewijslevering zal niet worden toegekomen als het proces-verbaal geen onderdeel uitmaakt van de gedingstukken, bijv. omdat het niet in het geding wordt gebracht door de partij die zich erop beroept (vgl. Hof ’s-Hertogenbosch 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA3870, r.o. 3.9.5).

18 Zie par. 90-92 van de conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2012:BY7837) voor HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:690.

19 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2337, *NJ* 2012/226, m.nt. Snijders, r.o. 4.3.3 (en de noot van Snijders onder 5).

20 Zie bijv. Hof Amsterdam (belastingkamer) 6 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3436, r.o. 4.7.3.

21 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 17 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2768, r.o. 4.3.

22 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8489, r.o. 5.16; Rb. Den Haag (wrakingskamer) 14 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6704, r.o. 3.6. Zonder negatieve implicaties: Rb. Rotterdam 25 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2500, r.o. 4.8.

23 Zie bijv. Rb. Amsterdam 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8499, r.o. 4.5.

kracht.<sup>24</sup> Hetzelfde zal hebben te gelden als weliswaar aan alle formele vereisten is voldaan, maar het document onbegrijpelijk is, bijvoorbeeld omdat het slechts bestaat uit niet tot een leesbaar geheel uitgewerkte (klad)aantekeningen van de griffier. In dat geval kan namelijk op materiële gronden niet worden gezegd dat sprake is van een proces-verbaal in de zin van de wet.<sup>25</sup> Dit laat echter onverlet dat het op zichzelf is toegestaan om zittingsaantekeningen van de griffier mede aan een uitspraak ten grondslag te leggen, ook als, al dan niet ten onrechte, geen proces-verbaal is opgemaakt.<sup>26</sup>

Aan de bewijskracht van een proces-verbaal doet verder als zodanig niet af dat het pas geruime tijd na de betreffende mondelinge behandeling is opgesteld. Anders zou de hanteerbaarheid van het recht onder druk komen te staan en zou afbreuk worden gedaan aan de bewijsrechtelijke uitgangstatus van het proces-verbaal als authentieke akte.<sup>27</sup>

In het kader van bewijslevering kan ook de rechter worden gehoord ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak waarin een rechter in eerste aanleg ten onrechte geen proces-verbaal had opgemaakt. Wel zal het dan enkel kunnen gaan om wat de rechter tijdens de mondelinge behandeling zelf heeft waargenomen, en in het bijzonder om wat hij partijen heeft horen zeggen.<sup>28</sup>

## 2.2 In welke gevallen moet een proces-verbaal worden opgemaakt?

### 2.2.1 Dagvaardingsprocedures

In reguliere dagvaardingsprocedures dient van de mondelinge behandeling een proces-verbaal te worden opgemaakt als de rechter dit ambtshalve bepaalt, of als de appelrechter, de Hoge Raad of een belanghebbende partij erom verzoekt (art. 90 lid 1 Rv).<sup>29</sup> Deze regeling is nagenoeg gelijklopend aan art. 8:61 lid 3 Algemene wet bestuursrecht (Awb), waar in de wetgeschiedenis ook herhaaldelijk naar wordt verwezen. De ratio

van de (goed)deels reactieve uitgangregeling van art. 90 Rv is werkbesparing.<sup>30</sup>

Wanneer heeft een partij ‘belang’ bij een proces-verbaal van de zitting? De wetgever noemt als voorbeelden situaties waarin erkenningen zijn gedaan of vorderingen zijn ingetrokken.<sup>31</sup> In de literatuur wordt een belang eveneens aangenomen als op de zitting is vastgesteld dat partijen het over bepaalde feiten wel of juist niet eens zijn, als concrete bewijsaanbiedingen zijn gedaan, of als anderszins ter zitting iets is voorgevallen dat bewijswaarde kan hebben en (ook) voor hogere instanties van belang kan zijn.<sup>32</sup> In algemenere termen wordt een belang aanwezig geacht als méér is besproken dan reeds vastligt in de processtukken en het besprokene kan of zal meewegen bij de beoordeling van de zaak,<sup>33</sup> of als een partij het proces-verbaal, dat een feitelijke grondslag voor een rechtsmiddel kan bieden, wenst te betrekken bij haar beslissing om al dan niet een rechtsmiddel in te stellen.<sup>34</sup> De *communis opinio* is dat de lat laag ligt en de rechter in beginsel aan een p-v-verzoek gehoor zal moeten geven.<sup>35</sup>

In het bestuursprocesrecht hanteren de verschillende (rechterlijke) colleges als richtlijn dat een verzoek om een proces-verbaal moet worden gemotiveerd met vermelding van het belang.<sup>36</sup> De civielprocesrechtelijke reglementen bevatten geen vergelijkbare bepaling, maar ook in civiele procedures zal een p-v-verzoek kunnen worden afgewezen als geen belang aannemelijk is gemaakt. Volgens de wetgever doet die situatie zich (onder andere) voor als wordt gevraagd om informatie ‘die al uit de ingediende stukken blijkt’.<sup>37</sup> Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een partij tijdens de mondelinge behandeling niet buiten door haar overgelegde spreekantekeningen is getreden en vervolgens vraagt om de inhoud van die spreekantekeningen in het proces-verbaal op te nemen. Buiten dergelijke gevallen zal de rechter een verzoek om afgifte van een proces-verbaal echter al snel moeten toewijzen, zo niet omdat anderszins een

24 HR 26 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5823, *NJ* 1978/54.

25 Zie bijv. Hof Arnhem (belastingkamer) 8 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6273, r.o. 4.4; Hof 's-Hertogenbosch (belastingkamer) 24 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5275, r.o. 4.11.

26 HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC2002, *NJ* 1984/633, r.o. 3.

27 Zie randnr. 2.5 van de conclusie van plv. P-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2016:1167) voor HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2990 (81 RO). Het betrof hier een proces-verbaal dat tweeënhalf jaar na de betreffende zitting was opgesteld. Zie voor een minder extreem geval – een tijdspanne van enkele maanden – Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8628, r.o. 4.7.3.

28 HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0651, *NJ* 2002/394, r.o. 3.3. Zie voor een voorbeeld Rb. Rotterdam (wrakingskamer) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8604, r.o. 3.7.

29 Art. 90 Rv correspondeert met art. 30n Rv-KEI. Met de Spoedwet KEI (Wet van 3 juli 2019, *Stb.* 2019, 241) zijn de bepalingen uit de KEI-wetgeving (art. 30k-30n Rv-KEI) die met name zien op versterking van de regiefunctie van de rechter en verruiming van de mogelijkheden tijdens de mondelinge behandeling neergelegd in de (huidige) art. 87-90 Rv.

30 *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 73; *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 6, p. 67. Vgl. (ten aanzien van het bestuursprocesrecht) *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, nr. 3, p. 52.

31 *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 74.

32 Zie bijv. R.H. de Bock, ‘Feitenonderzoek tijdens de mondelinge behandeling’, in: D. de Groot & H. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 208-209; D. de Groot, ‘Rechtsregels met betrekking tot de mondelinge behandeling’, in: De Groot & Steenberghe 2019, p. 170; E.T. Visser, ‘De verzoekschriftprocedure in eerste aanleg’, in: A.W. Jongbloed & E.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht* (zesde druk), Deventer: Kluwer 2014, p. 379.

33 H.M.M. Steenberghe & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Commentaar & Context Rechtsvordering na de Spoedwet-KEI*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 99-100.

34 Zie bijv. randnrs. 2.25-2.26 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2018:164) voor HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819; randnr. 4.10 van de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2018:461) voor HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696. Vgl. Rb. Amsterdam (bestuursrecht, wrakingskamer) 29 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5706, r.o. 4.10.

35 Zie bijv. De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 90 Rv, aant. 7 met verwijzingen, o.a. naar Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/70.

36 Zie Procesreglement bestuursrecht rechtbanken 2021, art. 2.17; Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2014, art. 23 lid 1.

37 *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 74.

belang moet worden aangenomen, dan toch in ieder geval omdat voor serieuze discussie vatbaar zal zijn of sprake is van informatie die reeds uit de stukken blijkt.<sup>38</sup>

Reeds om redenen van praktische hanteerbaarheid valt daarom, zoals ook in de literatuur wordt opgemerkt, 'niet goed te begrijpen' dat art. 90 Rv geen harde verplichting bevat om (desverzocht) een proces-verbaal op te maken.<sup>39</sup> Zo'n verplichting geldt bijvoorbeeld in het Duitse recht,<sup>40</sup> maar gold ook onder het oude Rv voor de inlichtingencomparitie in dagvaardingsprocedures (art. 88 lid 3 Rv (oud)), zij het dat er veelal niet aan werd voldaan, in ieder geval niet in kantonzaken.<sup>41</sup> Deze gang van zaken was in strijd met de wet,<sup>42</sup> maar was deels uit nood en schaarste geboren en werd veelal berustend afgedaan als 'geen wenselijke ontwikkeling'.<sup>43</sup> Onduidelijk is in hoeverre die ontwikkeling inmiddels is gekeerd.<sup>44</sup>

### 2.2.2 Verzoekschriftprocedures

Anders dan in dagvaardingsprocedures geldt in verzoekschriftprocedures (vooralsnog) een ongeclausuleerde verplichting tot het opstellen van een proces-verbaal (art. 279 lid 4 Rv).<sup>45</sup> De oorspronkelijke verklaring voor een afwijkende regeling lijkt te

zijn gelegen in de aard van sommige verzoekschriftprocedures, waarbij veelal aspecten van openbare orde en vrijheidsbenaming een rol spelen.<sup>46</sup> Of deze differentiatie in meer algemene zin (nog) bestaansrecht heeft, is echter de vraag, nu de keuze van de wetgever voor de ene of de andere procesgang soms enigszins willekeurig lijkt te zijn (zeker bij contentieuze rekestprocedures) en beide rechtsgangen in ieder geval al jaren naar elkaar toe groeien.<sup>47</sup> Voeg daarbij dat de onderscheiden regimes eerder al waren gelijkgetrokken in art. 30n Rv-KEI,<sup>48</sup> en de conclusie ligt voor de hand dat het nog bestaande onderscheid een uitvloeisel is van onvoldragen wetgeving. De vraag is overigens of het verschil verder veel praktische consequenties heeft, nu ook in rekestzaken veelal slechts op verzoek een proces-verbaal wordt opgesteld, en gebleken is dat p-v-verzoeken in dagvaardingsprocedures niet eenvoudig zullen mogen worden geweigerd.<sup>49</sup>

Art. 290 lid 2 Rv bepaalt dat de griffier desgevraagd zo spoedig mogelijk een afschrift van het proces-verbaal verstrekt. Aldus kan de verzoekende partij de inhoud van het proces-verbaal betrekken bij haar beslissing om wel of geen rechtsmiddel in te stellen. Om die reden moet aan een p-v-verzoek onverwijld worden voldaan.<sup>50</sup> In dagvaardingsprocedures zal op de voet van art. 90 lid 6 Rv dezelfde verplichting hebben te gelden als de partij in kwestie het proces-verbaal wenst te betrekken bij de bepaling van haar procespositie.<sup>51</sup>

### 2.2.3 Kort geding

In de literatuur wordt aangenomen dat er geen algemene verplichting bestaat om van een mondelinge behandeling in kort geding steeds een proces-verbaal op te maken als een van partijen daarom vraagt. Een dergelijk gebod zou zich namelijk niet verhouden tot de aard van het kort geding als spoedprocedure die niet moet worden belast met onnodige formaliteiten. Het zou daarom aan het beleid van de voorzieningenrechter moeten worden overgelaten of hij in een bepaald geval aanleiding ziet om uitgewerkte zittingsaantekeningen in de vorm van een proces-verbaal ter beschikking te stellen, of om per brief of e-mail een bevestiging te geven van specifieke punten zoals gedane toezeggingen of erkenningen van de juistheid van standpunten van de wederpartij.<sup>52</sup>

Ten aanzien van het hoger beroep in kort geding wordt hier echter ook anders over gedacht. De onderliggende ge-

38 Zie bijv. De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 90 Rv, aant. 7, en randnr. 2.28 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:554) voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1268 (art. 81 RO); Steenberghe & Den Tonkelaar 2020, p. 100.

39 Zie bijv. Van Mierlo, in: *T&C Rv* 2020, art. 90 Rv, aant. 1b; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 90 Rv, aant. 3 en 4.

40 In het Duitse recht (§ 159 (1) ZPO) geldt een categorische verplichting tot het opstellen van een proces-verbaal ('grundsätzlicher Protokollierungszwang', zie bijv. A. Stadler, in: Musielak/Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2021, § 159, aant. 4).

41 Zie bijv. de 'Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord', 2009, nr. 85 en 101, oproepbaar via de link: [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Handleiding-regie-vanaf-de-conclusie-van-antwoord-2e-versie-september-2009.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Handleiding-regie-vanaf-de-conclusie-van-antwoord-2e-versie-september-2009.pdf).

42 Vgl. HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0651, r.o. 3.3.

43 Randnr. 3 van de conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2002:AE0658) voor HR 12 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0658. Zie ook punt 19 van de noot van G.R. Rutgers bij HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0651, AA 2002/0902.

44 Van der Kraats heeft onderzocht dat in kantonzaken in Amsterdam vrijwel altijd een inhoudelijk proces-verbaal wordt opgemaakt, dat in Den Haag pleegt te worden volstaan met aantekeningen, en dat Utrecht een middenpositie inneemt, waarbij een verkort en niet-inhoudelijk proces-verbaal met aantekeningen wordt gecombineerd (K. van der Kraats, *De eigen(aardig)heid van de kantonrechter. Over de verschillen tussen het proces(verloop) bij de kantonrechter en de civiele rechter en de betekenis daarvan*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 112-113). Uit een eerder onder rechters gehouden enquête was in meer algemene zin gebleken dat slechts 40% van de respondenten een inhoudelijk proces-verbaal opstelde in driekwart of meer van de gevallen (R.J. Verschoof, 'De praktijk van de comparitie na antwoord', *Trema* 2004, afl. 8, p. 344).

45 Art. 279 lid 6 Rv bepaalt dat art. 87-90 Rv in beginsel van overeenkomstige toepassing zijn in verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de procedure zich hiertegen verzet. Gelet op de ongeclausuleerde verplichting tot het opstellen van een proces-verbaal in lid 4 van art. 279 Rv, moet de aard van de verzoekschriftprocedure geacht worden zich te verzetten tegen overeenkomstige toepassing van de geclausuleerde verplichting van art. 90 lid 1 Rv. In gelijke zin: P. Ernste, 'Het Wetsvoorstel Spoedwet KEI: een verruiming van regie van de rechter en de mogelijkheden rondom de mondelinge behandeling?', *TCR* 2019, afl. 3, p. 133. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35175, nr. 3, p. 10.

46 Mogelijk hangt daarmee ook samen dat processen-verbaal in verzoekschriftprocedures meestal een uitvoeriger weergave bevatten van de door partijen ingenomen standpunten en afgelegde verklaringen. Zie daarover bijv. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/265.

47 Zie hierover bijv. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, par. 8.9; *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 15.

48 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 6, p. 67.

49 In gelijke zin: Steenberghe & Den Tonkelaar 2020, p. 162.

50 HR 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3336, r.o. 3.3.1; HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:413, r.o. 3.5.2.

51 In deze zin ook: A-G De Bock in randnr. 2.29 van haar conclusie voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1268 (81 RO).

52 Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/110; F.S. Bakels, 'Het kort geding', *TCR* 2020, afl. 4, p. 192-193.

dachte is dat de eerste aanleg weliswaar wordt beheerd door eigen processuele regels, maar dat in appel juist als uitgangspunt op dezelfde wijze wordt geprocedeerd als in bodemzaken, tenzij het spoedkarakter van het kort geding tot afwijking noopt.<sup>53</sup> Om die reden zou art. 90 Rv in hoger beroep in kort geding als uitgangspunt gewoon van toepassing zijn.<sup>54</sup>

### 2.3 Moet het proces-verbaal in aanwezigheid van partijen worden opgemaakt?

Onder het regime van art. 88 lid 3 Rv (oud) was dwingend voorgeschreven dat partijen het proces-verbaal meeondertekenen, tenzij ze ermee instemden dat voorlezing en ondertekening achterwege blijven. Het proces-verbaal werd dan ook regelmatig buiten aanwezigheid van partijen opgemaakt, primair om redenen van tijdsbesparing en/of omdat tijdens de zitting veelal geen griffier aanwezig was.<sup>55</sup>

De verzoekschriftprocedure kent vanouds geen uitgangsverplichting tot p-v-ondertekening door partijen, mogelijk gelet op het niet-contentieuze uitgangskarakter ervan.<sup>56</sup> Een dergelijke verplichting geldt evenmin voor de dagvaardingsprocedure onder het regime van art. 90 Rv, dat zelfs tot uitgangspunt neemt dat het proces-verbaal buiten aanwezigheid van partijen wordt opgemaakt.<sup>57</sup> Instemming van partijen voor het opmaken van het proces-verbaal buiten hun aanwezigheid is onder het huidige recht – dus – niet (meer) verplicht.

### 2.4 Wat moet in het proces-verbaal staan?

Het proces-verbaal moet bestaan uit een ‘zakelijke samenvatting’ van het verhandelde ter zitting (art. 90 lid 3 Rv; vgl. art. 279 lid 4 Rv).<sup>58</sup> Dit betekent een samenvatting van de inhoud van de zitting en niet (slechts) van het verloop ervan. Sjablonen als: ‘partijen hebben hun standpunten toegelicht en hebben geen schikking bereikt’ voldoen dus – in ieder geval bij

reguliere inhoudelijke comparities en zonder voorafgaande toestemming van partijen – niet (meer).<sup>59</sup>

In algemene zin zal in het proces-verbaal, om met de Belgische A-G Werquin te spreken, dat moeten staan ‘wat van belang is om te worden onthouden’ (‘dont il importe de conserver la mémoire’).<sup>60</sup> De literatuur onderscheidt verder drie concrete aanknopingspunten aan de hand waarvan kan worden bepaald of aan dat criterium is voldaan: het moet gaan om kwesties die (1) relevant zijn voor de beslissing over het geschil, (2) behulpzaam zijn voor de aanvaardbaarheid van de uitspraak en/of (3) betekenis kunnen hebben voor het partijdebat of de oordeelsvorming van de rechter in een volgende instantie.<sup>61</sup>

De stellingen, antwoorden en andersoortige interventies van partijen zullen in het proces-verbaal kunnen worden weergegeven op samenvattende wijze (‘façon synthétique’) en conform hun algemeen kenbare strekking (‘sens général’), waar mogelijk met aandacht voor de bredere context, zoals voorafgaande vragen of opmerkingen van de rechter en het debat zoals zich dat op de zitting heeft ontvouwd.<sup>62</sup>

Daarnaast, en meer specifiek, zal in het proces-verbaal plaats moeten worden ingeruimd voor nieuwe of aanvullende stellingen en gegevens die bewijsrechtelijk relevant zijn, zoals bewijsaanbiedingen, discussies over het bestaan van bewijsmogelijkheden, mondeling verstrekte informatie die in strijd is met de inhoud van de processtukken, en de mate waarin stellingen en weren door partijen onderbouwd zijn gepresenteerd.<sup>63</sup> Als nieuwe stellingen op de zitting worden aangevoerd, moet bovendien in het proces-verbaal of de uitspraak tot uitdrukking worden gebracht of de wederpartij om een reactie is gevraagd. Het gestelde feit of recht kan namelijk niet als onvoldoende betwist en daarmee vaststaand worden be-

53 Zie over genoemd verschil bijv. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/252; Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/275.

54 Zie randnrs. 2.29 en 2.31 van de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2021:554) voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1268 (81 RO).

55 Vgl. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 90. A-G Huydecoper neemt aan dat een partij haar eventuele recht op bezwaar tegen het ontbreken van een proces-verbaal verspeelt als ze tijdens de zitting geen bezwaar maakt tegen het vertrek of de afwezigheid van een griffier (zie voetnoot 44 van diens conclusie (ECLI:NL:PHR:2012:BY7837) voor HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:690).

56 A-G Van Peursem beperkt zich in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:474, par. 2.21-2.25) voor HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2271 (81 RO) tot de constatering van het verschil tussen art. 88 lid 3 Rv (oud) en art. 279 lid 4 Rv bij de bespreking van een op de gegrondheid van dit verschil gerichte klacht.

57 Vgl. art. 90 lid 1 Rv met art. 8:61 lid 3 Awb en bijv. ABRvS 23 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8354, r.o. 2.4.1.

58 Vgl. ook art. 8:61 lid 5 Awb; CRvB 3 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2, r.o. 3.2; ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:270, r.o. 5.2.

59 Zie bijv. Steenberghe & Den Tonkelaar 2020, p. 100. Kritisch over het gebruik van standaardsjablonen onder het oude recht waren bijv. Ynzonides & Van de Hel-Koedoot, in: *T&C Rv* 2010, art. 88 Rv (2010), aant. 4.

60 Conclusie voor Hof van Cassatie 11 september 2009, C.08.0218.F/1, *P&B* 2011, p. 90-93.

61 De Groot 2019, p. 172-173.

62 R. Perrot, ‘Mesure d’instruction: dispense de procès-verbal’, *RTD Civ.* 1991, p. 599; G. Chabot, ‘Comparution personnelle’, in: P. Raynaud (red.), *Répertoire de procédure civile*, Parijs: Dalloz 2016 (geactualiseerd in 2019), aant. 66; J.D.A. den Tonkelaar, ‘De Spoedwet KEI’, *TvPP* 2020, afl. 2, p. 45. In het Duitse recht moeten de ‘wesentlichen Vorgänge’ van de mondelinge behandeling in het proces-verbaal worden opgenomen (§ 160 (2) ZPO), waaronder eveneens worden gerekend vragen en andersoortige rechterlijke interventies (aanwijzingen, bedenkingen etc.) uit hoofde van de zogenaamde ‘materielle Prozessleitung’ ex § 139 (4) ZPO. Illustratief voor het belang van weergave van het rechterlijk optreden in het proces-verbaal is Hof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10656, r.o. 2.9. De aan weergave van de context in het proces-verbaal te stellen beperkingen worden bepaald door de buitengrenzen van de ‘zakelijke samenvatting’ (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:10234, r.o. 1.6).

63 ‘Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord’, 2009, nr. 85 en 88-89; M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 191-192; M.J.A.M. Ahsmann, ‘Comparitie en pleidooien’, in: A.W. Jongbloed & E.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 205.

schouwd als dat niet is gebeurd.<sup>64</sup> Als weliswaar geen nieuwe stellingen worden voorgedragen, maar de rechter zijn oordeel desalniettemin enkel wil gronden op een door een partij tijdens de mondelinge behandeling gehouden betoog dat door de wederpartij in de schriftelijke stukken gemotiveerd is weersproken, dan zal in het proces-verbaal of de uitspraak tot uitdrukking moeten worden gebracht dat tijdens de mondelinge behandeling specifieke vragen aan die wederpartij zijn gesteld, of dat het betoog de wederpartij ertoe noopte om zich uit zichzelf daarover uit te laten.<sup>65</sup> En als deskundigen tijdens de zitting worden gehoord en nader adviseren, dan moet in proces-verbaal of uitspraak verslag worden gedaan van de reacties van partijen.<sup>66</sup>

Indien ‘gewenst’<sup>67</sup> kan de rechter bepalen dat verklaringen van partijen in hun geheel in het proces-verbaal worden opgenomen (art. 90 lid 4 Rv; vgl. art. 8:61 lid 8 Awb). Dit is een discretionaire bevoegdheid, waarvan kan worden aangenomen dat ze zich ook uitstrekt tot de woordelijkheid van verklaringen evenals tot non-verbale uitlatingen of andere gebeurtenissen (vgl. art. 326 lid 2 en 3 Wetboek van Strafvordering (Sv)). Naar analogie van het strafprocesrecht en het Duitse recht (§ 160 (4) ZPO) zou kunnen worden gezegd dat van ‘gewenstheid’ in ieder geval sprake is als de verzoekende partij een legitiem belang (‘anerkennenswertes Interesse’<sup>68</sup>) aannemelijk heeft gemaakt en het verzoek voor het overige de ‘redelijke grenzen niet overschrijdt’ (art. 326 lid 2 Sv). Afwijzing behoeft naar huidig recht (echter) niet te worden gemotiveerd.

## 2.5 Wat is er tegen te doen als het proces-verbaal onjuist of onvolledig is of als ten onrechte geen proces-verbaal is opgemaakt?

### 2.5.1 Aanvullings- en aanpassingsverzoeken bij de feitenrechter

Uit het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) vloeit voort dat de hogere rechter zijn beslissing niet mag baseren op informatie uit een proces-verbaal uit de vorige instantie als dat niet tijdig voorafgaand aan de uitspraak van de hogere rechter is verschaft aan partijen die er tot dusverre nog niet over beschikten. Anders wordt partijen namelijk de kans ontnomen om naar aanleiding van de inhoud van het proces-verbaal en voorafgaand aan de uitspraak de rechter te benaderen.<sup>69</sup> Een vergelijkbaar uitgangspunt op (verschaffing van en) wederhoor

op het proces-verbaal voorafgaand aan de uitspraak is tot op heden niet aangenomen voor de situatie waarin de rechter in een en dezelfde instantie zich in zijn uitspraak (mede) baseert op de inhoud van het proces-verbaal uit die instantie.

Wel wordt binnen eenzelfde instantie regelmatig van de *mogelijkheid* tot wederhoor gebruik gemaakt, zeker als het proces-verbaal buiten aanwezigheid van partijen is opgemaakt en voorafgaand aan de uitspraak aan partijen wordt verstrekt, en er discussie of onduidelijkheid bestaat over wat er tijdens de mondelinge behandeling precies is gezegd. In zo’n situatie is het in theorie mogelijk dat partijen relevante delen van een van de zitting gemaakte beeld- of geluidsopname bij het behandelend gerecht opvragen. Anders dan wel lijkt te worden bepleit,<sup>70</sup> volgt uit de wetsgeschiedenis namelijk niet dat een gemaakte opname van de zitting – nadrukkelijk te onderscheiden van een door de rechter ingesproken tekst als bedoeld in art. 90 lid 7 Rv – uitsluitend de functie zou hebben van ‘hulpmiddel’ voor de griffier of de hogere rechter.<sup>71</sup> In de huidige civiele rechtsplegingspraktijk wordt van zittingsopnamemogelijkheden echter slechts beperkt gebruik gemaakt. Daarom moeten partijen vooralsnog in de regel terugvallen op ‘reguliere’ verzoeken om aanvulling of aanpassing van een proces-verbaal dat buiten hun aanwezigheid is opgemaakt, veelal zonder dat tijdens de zitting met hen over die mogelijkheid is gesproken.<sup>72</sup>

De praktijk is vervolgens weerbarstig. Als niet wordt getreden buiten de kaders van kennelijke misslagen, verschrijvingen of vergissingen,<sup>73</sup> wordt het proces-verbaal in reactie op aanpassingsverzoeken soms ‘verbeterd’ gelezen<sup>74</sup> en soms aange-

<sup>70</sup> Steenberghe & Den Tonkelaar 2020, p. 102.

<sup>71</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 6, p. 50; *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 7, p. 9. Vgl. ook T. Hidma, ‘Over de kraaienpootjes van Vrouw Justitia: “Open vizier tijdens de mondelinge behandeling”’, in: R. de Bock, R. Klomp & E. Schaafsma-Beversluis (red.), *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 152-153. Ook in art. 4.2.1.3 jo. art. 4.5.2.4 lid 2 van het wetsvoorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering heeft een gemaakte opname van de zitting niet slechts de beperkte functie van ‘hulpmiddel’ (zie ook MvT Vaststellingswet Boek 4 nieuw Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 33).

<sup>72</sup> In vijf van in totaal zeven door Van der Linden geobserveerde gevallen werd in het geheel niet met partijen besproken of zij achteraf nog mochten reageren. In de overige twee gevallen kondigde de rechter aan dat partijen nog schriftelijk mochten reageren en dat het proces-verbaal eventueel naar aanleiding van die reacties zou worden aangepast (J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8-9 en 71-73).

<sup>73</sup> Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 3 september 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4356, r.o. 4.1-4.2; Rb. Noord-Nederland 30 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2281, r.o. 4.1.5. De ‘Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord’, 2009, nr. 101, spreekt over ‘essentiële inlichtingen of proceshandelingen’. Vgl. verder de verbeteringsregeling bij ‘vergingen’ inzake het proces-verbaal van een verificatievergadering (art. 137 lid 2 Faillissementswet), en zie in dat kader bijv. Rb. Amsterdam 4 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9267, met ruimte voor aanpassingen die de kenbare bedoeling van de spreker beter weergeven dan de letterlijk in het proces-verbaal weergegeven woorden.

<sup>74</sup> Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2722, r.o. 3.

<sup>64</sup> Zie bijv. HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9670, NJ 2008/124, r.o. 3.2. Vgl. ook HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172, r.o. 3.5.1-3.5.2.

<sup>65</sup> HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:305, r.o. 4.4.4.

<sup>66</sup> HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1069, NJ 2018/57, r.o. 5.2.3.

<sup>67</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 74.

<sup>68</sup> H. Wendtland, in: Vorwerk/Wolf, *BeckOK ZPO*, München: Verlag C.H. Beck 2021, § 160, aant. 26.

<sup>69</sup> HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882, NJ 2012/637, r.o. 3.2.2-3.2.4; HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1195, NJ 2015/233, r.o. 3.2.3. Het staat de appelrechter vrij het proces-verbaal te gebruiken zodra hij partijen heeft meegedeeld dat hij beschikt over het proces-verbaal uit de eerste aanleg, maar partijen niet verzoeken om kennisneming en gelegenheid erop te reageren (HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3012, r.o. 3.2.2).

vuld.<sup>75</sup> Maar meestal wordt volstaan met een niet of nauwelijks gemotiveerde afwijzing, soms met verwijzing naar de uitgangspunten van het proces-verbaal,<sup>76</sup> de aantekeningen van de griffier,<sup>77</sup> het de beslissing niet-dragende karakter van de aanpassingssuggesties,<sup>78</sup> of het wezen van de wijzigingsvoorstellen als verkapte napleitaantekeningen.<sup>79</sup>

Het komt ook voor dat opmerkingen, soms gekwalificeerd als ‘nadere stellingen’,<sup>80</sup> aan het eerst als niet onjuist bestemde proces-verbaal worden gehecht,<sup>81</sup> of dat wordt meegedeeld dat het proces-verbaal zal worden gelezen ‘met inachtneming van de opmerkingen die partijen daarover hebben gemaakt’, al dan niet met de expliciete maar nagenoeg nooit gespecificeerde toevoeging: ‘voor zover het feitelijke onjuistheden betreft’.<sup>82</sup> Hoewel ze soms duidelijk suggereren dat het proces-verbaal fouten bevat, tasten dergelijke reacties – die onderdeel uitmaken van het procesdossier en formeel als akten in de zin van art. 82 Rv en de verschillende procesreglementen moeten worden gekwalificeerd – de bewijskracht van het proces-verbaal als authentieke akte niet aan zolang geen aangepast of aangevuld proces-verbaal wordt opgemaakt. Een verplichting daartoe bestaat, anders dan bijvoorbeeld in het Duitse recht (§ 164 (3) ZPO), naar huidig Nederlands recht niet.<sup>83</sup>

75 Bijv. Hof Amsterdam (OK) 19 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2112, r.o. 1.8-1.11.

76 Bijv. Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:507; Hof Amsterdam 25 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2192, r.o. 3.19.

77 Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 22 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2370, r.o. 1.3.

78 Zie bijv. Rb. Amsterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6, r.o. 4.15 en 4.17; Rb. Noord-Nederland 23 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5982, r.o. 1.2; Rb. Zeeland-West-Brabant 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2283, r.o. 6.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10440, r.o. 1.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636, r.o. 1.5; Rb. Amsterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:434, r.o. 4.1.

79 Zie bijv. Rb. Amsterdam 26 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6011, r.o. 4.1; Rb. Rotterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:RBR0T:2017:547, r.o. 4.1; Rb. Noord-Holland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11670, r.o. 5.1; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:319, r.o. 1.3; Rb. Overijssel 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4143, r.o. 4.2.

80 Zie bijv. Rb. Den Haag 13 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7066, r.o. 1.2.

81 Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3462, r.o. 4.1.

82 Zie bijv. Rb. Den Haag 6 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6611, r.o. 1.2; Rb. Den Haag 18 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9842, r.o. 1.2; Rb. Den Haag 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11032, r.o. 1.2; Rb. Amsterdam 5 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9271, r.o. 1.2.

83 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden (wrakingskamer) 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7102, r.o. 2.9. De ‘Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord’, 2009, nr. 101, bevat wel de expliciete aanbeveling om ‘in ieder geval’ het proces-verbaal te corrigeren of aan te vullen als terecht over omissies of mislagen wordt geklaagd. Vgl. voor het strafprocesrecht (kritisch) de noot van De Hullu (onder 1) bij HR 22 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2718, *NJ* 2001/656, en de noot van Mevis (onder 8) bij HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0915, *NJ* 2010/405.

### 2.5.2 De vrijheid van de feitenrechter en de beperkingen in cassatie

De vaststelling van het verhandelde ter zitting is voorbehouden aan de feitenrechter, zodat een en ander in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst,<sup>84</sup> althans niet voor zover in andere gedingstukken geen steun kan worden gevonden voor een gestelde onjuistheid in het proces-verbaal,<sup>85</sup> en met dien verstande dat het proces-verbaal in geval van misslagen of kennelijke onjuistheden soms verbeterd wordt gelezen, al dan niet nadat bij de feitenrechter navraag is gedaan op de voet van art. 83 Wet RO.<sup>86</sup>

De feitenrechter is in zijn uitspraak bij de vaststelling van wat op de zitting is gebeurd verder niet aan (de inhoud van) het proces-verbaal gebonden. Zo staat het hem vrij eigen waarnemingen en constatering van zijn beslissing ten grondslag te leggen en belang en gewicht toe te kennen aan tijdens de mondelinge behandeling gemaakte opmerkingen, ook als deze niet in het proces-verbaal zijn neergelegd, en zelfs als ze afwijken van wat de betreffende partij zelf in haar schriftelijke processtukken heeft gesteld.<sup>87</sup> Een verschil tussen de inhoud van het proces-verbaal en de overwegingen van de rechter waarop de beslissing steunt, maakt die beslissing dan ook niet zonder meer onbegrijpelijk.<sup>88</sup> Dat neemt echter niet weg dat toch sprake kan zijn van een motiveringsgebrek als de rechter zijn uitspraak baseert op een voorval ter zitting waarvan het proces-verbaal, al dan niet bezien in samenhang met andere gedingstukken, geen bevestiging maar veeleer een (indicatie voor) ontkrachting bevat.<sup>89</sup> Motiveringsklachten van deze strekking lijken beduidend minder eenvoudig te worden geho-

84 Zie bijv. randnrs. 3.21-3.25 van de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2020:172) voor HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1137 (81 RO).

85 Zie bijv. HR 24 augustus 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8504, *NJ* 1985/35, r.o. 3.3; HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0539, *NJ* 1992/359, r.o. 3.1; randnr. 2.31 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2011:BO7121) voor HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7121 (art. 81 RO). Vgl. voor het bestuursprocesrecht bijv. ABRvS 21 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2354, r.o. 4. In fiscale zaken wordt door de Hoge Raad op dit punt in cassatie ‘marginaal’ getoetst, aldus Feteris (M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014/12.1.3, met verwijzing naar o.a. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY1238, r.o. 3.1).

86 Zie bijv. HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC3985, *NJ* 1993/594. En voor strafzaken HR 22 februari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5896, *NJ* 1977/352; HR 22 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2718, *NJ* 2001/656; HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7246, *NJ* 2010/24.

87 Zie bijv. HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4608, *NJ* 1984/250, r.o. 3.1; HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC2002, *NJ* 1984/633, r.o. 3; HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0154, *NJ* 1991/341, r.o. 3.3; HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2573, *NJ* 1999/479, r.o. 4.3; HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2855, *NJ* 1999/597, r.o. 3.3.

88 Zie bijv. HR 16 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1941, *NJ* 2004/425, r.o. 3.3.3.

89 Omgekeerd kan een motiveringsklacht ook slagen als beide partijen het erover eens zijn dat de processuele gang van zaken anders is geweest dan uit de uitspraak en/of het proces-verbaal lijkt te volgen. Zie bijv. HR (belastingkamer) 30 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5398, r.o. 3.2.

noreerd in reguliere handelszaken<sup>90</sup> dan in familiekwesies of zaken met een kennelijk rechtsbeschermingsaspect.<sup>91</sup>

### 2.5.3 De gevolgen van het ten onrechte nalaten een (volledig) proces-verbaal te verschaffen

Als in zaken met vrijheidsbepalende elementen ten onrechte in het geheel geen proces-verbaal is opgemaakt, kan de erop volgende beslissing voor vernietiging in aanmerking komen omdat ze niet de gronden bevat waarop ze rust (vgl. art. 30 Rv), zij het dat niet geheel ondubbelzinnig is in hoeverre een dergelijk gebrek kan worden gesauveerd door weergave van de relevante aspecten van het ter zitting verhandelde in de uitspraak zelf.<sup>92</sup> Die mogelijkheid lijkt in ieder geval wel te worden aangenomen als in 'reguliere' zaken geen proces-verbaal is opgemaakt, hoewel dat wel is voorgeschreven.<sup>93</sup> Daar is echter weer onduidelijk of vernietiging zonder meer de aangewezen sanctie is als de uitspraak het gebrek niet repareert, of dat de aard van de sanctie afhangt van de aard van het gebrek, als gevolg waarvan in voorkomende gevallen een sanctie ook geheel achterwege kan blijven, of bijvoorbeeld bij wege van hypothetische feitelijke grondslag kan worden uitgegaan van de juistheid van wat de rechtzoekende over het verhandelde ter zitting heeft gesteld.<sup>94</sup>

Als er géén harde verplichting bestaat om een proces-verbaal op te maken, is het in beginsel overgelaten aan het beleid van de rechter of een afschrift van zittingsaantekeningen of

een proces-verbaal wordt verstrekt.<sup>95</sup> Als echter eenmaal onverplicht een proces-verbaal is opgemaakt, wordt wel betoogd dat verschaffing van een enkel het verloop van de zitting beschrijvend oftewel 'feitelijk inhoudsloos' document niet zonder meer toelaatbaar is in verband met de eisen van een goede rechtsbedeling. Ook hier wordt echter geen duidelijkheid geboden over een passende sanctionering.<sup>96</sup>

Hoewel de Hoge Raad verder benadrukt dat het 'wenselijk' is als een proces-verbaal een 'voldoende' weergave bevat van wat er, zakelijk samengevat, op de zitting is gebeurd, worden cassatieklachten over de onvolledigheid van een proces-verbaal stevast verworpen met verwijzing naar het domein en de verantwoordelijkheid van de feitenrechter.<sup>97</sup>

## 3 Problematisering

### 3.1 Kritiek in de literatuur

Over de actuele omvang ervan bestaat onduidelijkheid,<sup>98</sup> maar er is onmiskenbaar nog steeds sprake van een praktijk waarbij, al dan niet uit werkdrukbeperkende overwegingen, geen of slechts 'lege' processen-verbaal worden opgemaakt in situaties waarin een wettelijke verplichting bestaat om – in ieder geval desverzocht – een zakelijke samenvatting te genereren van het verhandelde ter zitting. Deze praktijk wordt in de literatuur gekwalificeerd als niet bevorderlijk voor de door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid en onwenselijk met het oog op een volwaardige uitoefening door de hogere rechter van diens controlerende taak.<sup>99</sup> Het belang van dit laatste punt is niet zonder meer beperkt tot de cassatiefase, anders dan wel eens wordt gesuggereerd met referentie aan de herstelfunctie van het appel.<sup>100</sup> En wel reeds daarom niet, nu een proces-verbaal ook in de tweede feitelijke instantie kan doorwerken als de appelrechter de inhoud ervan niet met zoveel woorden aan zijn

90 Een voorbeeld: HR 16 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1941, *NJ* 2004/425, r.o. 3.3.5.

91 Zie bijv. HR 3 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5548, r.o. 3.3.2; HR 2 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9898, *NJ* 2012/157, r.o. 3.4; HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1160, r.o. 3.2, waar A-G Lücker (ECLI:NL:PHR:2021:85, randnr. 2.19-2.20) contrair concludeerde; waarover uitvoeriger H.M.M. Steenberghe, 'De pro-forma-uitspraak: over de goede procesorde en de regiefunctie van de rechter', *TvPP* 2021, afl. 5, p. 165-171). Zie voor een geval waarin een motiveringsklacht niet werd gehonoreerd HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6237 (art. 81 RO), en randnr. 2.8 van de voorafgaande conclusie (ECLI:NL:PHR:2007:BA6237) van A-G Wesseling-van Gent.

92 Zie bijv. HR 18 mei 1984, *NJ* 1984/514, r.o. 3.5; HR 30 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0571, *NJ* 1989/279, r.o. 3. In strafzaken wordt reeds vernietigd als het verplichte proces-verbaal afwezig moet worden geacht omdat het door de feitenrechter niet wordt toegezonden en de Hoge Raad als gevolg daarvan de juistheid van de bestreden uitspraak niet meer kan beoordelen (zie bijv. HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7733, *NJ* 2002/302, r.o. 3.2; HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6675). Vgl. voor het bestuursprocesrecht echter ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2747, r.o. 4.1. Vgl. verder Rb. Zeeland-West-Brabant (wrakingskamer) 2 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2158, r.o. 7.6, waar wordt overwogen dat een onjuist en/of onvolledig proces-verbaal als zodanig geen grond oplevert voor wraking, tenzij de weergave van het verhandelde ter terechtzitting 'zo onjuist en onvolledig' is dat zij 'naar objectieve maatstaven bezien' de positie van de wrakende procespartij 'benadeelt'.

93 Zie de noot van Vranken (onder 5) bij HR 11 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0111, *NJ* 1991/595. In gelijke zin: A-G Wesseling-van Gent in randnr. 4.8 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2003:AF2161) voor HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, *NJ* 2003/286.

94 Vgl. bijv. randnr. 2.31 van de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2021:554) voor HR 17 september 2021, waar dit punt open wordt gelaten.

95 Vgl. HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, *NJ* 2011/270, m.nt. Sniijders (*Van Wassenaer van Catwijk/Knowsley*), r.o. 3.6.2.

96 A-G Valk in randnr. 3.15 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:292) voor HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1069.

97 HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, *NJ* 2003/286 (*Rodamco North America/VEB*), r.o. 3.27. Zie verder bijv. randnr. 2.31 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2011:BO7121) voor HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7121 (art. 81 RO), en randnr. 3.6-3.10 van de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2020:1153) voor HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:441.

98 Zie voetnoot 44. Ander of recenter empirisch onderzoek is mij niet bekend, maar actueel empirisch onderzoek binnen de rechtspraak zou mij wel wenselijk voorkomen.

99 Zie bijv. Van der Kraats 2017, p. 169-171 en 175; Ahsmann 2020, p. 190; C.J.-A. Seinen, 'Hart, handen & voeten: de mondelinge behandeling en de pleitnota na KEI', *TCR* 2017, afl. 2, p. 39; H.F.M. Hofhuis, 'De zittingsrechter in civiele zaken', *Trema* 2012, afl. 6, p. 187; J.D.A. den Tonkelaar & D. Visser, 'Het proces-verbaal en de civiele mondelinge behandeling', *Trema* 2018/1.

100 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden (belastingkamer) 9 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1240, r.o. 4.8; Hof Amsterdam 3 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:284, r.o. 5.6; Hof Amsterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1244, r.o. 6.4.



uitspraak ten grondslag legt.<sup>101</sup> De herstelfunctie van het appel is overigens zelf eveneens in het geding, aangezien de afwezigheid van een inhoudelijk proces-verbaal uit de eerste aanleg de appelrechter verhindert de devolutieve werking volwaardig toe te passen.

De literatuur is verder overwegend kritisch over het gebruik om het proces-verbaal op te maken buiten aanwezigheid van partijen en meer of minder ruim na de zitting.<sup>102</sup> In dit kader wordt niet alleen gewezen op de moeizame en bewijsrechtelijk ondoorzichtige discussies die vervolgens plegen te ontstaan over de juistheid van het proces-verbaal, maar ook en vooral op de waarheidsvinding. Die lijdt er namelijk onder als een proces-verbaal wordt opgemaakt op een moment dat indrukken niet meer fris zijn en herinneringen niet meer vers, de rechterlijke perceptie niet meer bij partijen kan worden geverifieerd en voor de beoordeling van de zaak relevante misverstanden niet meer (tijdig) kunnen worden gecorrigeerd.<sup>103</sup> De waarheidsvinding wordt ook geweld aangedaan als de rechter het – veelal na of vlak voor de uitspraak opgemaakte – proces-verbaal al dan niet onbewust ‘kloppend’ maakt met zijn uiteindelijke oordeel, en (bovendien) slechts voor die zaken aandacht heeft die voor hemzelf gewicht in de schaal legden, met weglating van voorvallen die bij herbeoordeling door de hogere rechter kunnen blijken van vergelijkbaar of zelfs groter gewicht te zijn.<sup>104</sup>

Ten slotte wordt op enkele plaatsen in de literatuur de belangrijke constatering gedaan dat verschillende van de in paragraaf 2.4 beschreven punten die in een deugdelijk proces-verbaal horen te staan slechts kunnen worden bewezen mét een proces-verbaal, en dat, in meer algemene zin, zonder (of met slechts een onvolledig) proces-verbaal veelal een feitelijke grondslag zal ontbreken voor klachten in een hogere instantie die betrekking hebben op de relatie tussen de monde-

linge behandeling en de daarop volgende uitspraak.<sup>105</sup> De reactie op dit soort observaties bestaat veelal uit – op zichzelf te rechte – aansporingen tot het opstellen van duidelijke uniformerende rechterlijke kwaliteitsstandaarden,<sup>106</sup> of uit praktische aanbevelingen, bijvoorbeeld om ervoor te zorgen dat belangrijke zaken worden opgenomen in overgelegde spreekantekeningen of in een ter plaatse op te maken proces-verbaal, of dat gelegenheid wordt geboden om schriftelijk te reageren als tijdens de zitting onvoldoende wederhoor plaats heeft kunnen vinden.<sup>107</sup> Fundamentele voorstellen tot wijziging van de huidige p-v-praktijk zijn in de literatuur echter niet of nauwelijks te vinden.

### 3.2 Aanvullingen en oplossingsrichtingen

#### 3.2.1 Het niet (tijdig) verstrekken van een proces-verbaal

De in de literatuur geformuleerde bezwaren tegen het niet (tijdig) verschaffen van een (inhoudelijk) proces-verbaal kunnen nagenoeg integraal worden onderschreven. Er kan nog aan worden toegevoegd dat een volwaardig proces-verbaal in hoger beroep in voorkomende gevallen kan bewerkstelligen dat Parket en Hoge Raad het noodzakelijke beeld krijgen van de aan de bestreden uitspraak voorafgaande procesdynamiek, opdat aldus ‘papieren’ verwerpingen en vernietigingen kunnen worden voorkomen die onvoldoende recht doen aan de echte pijnpunten in een zaak.<sup>108</sup>

Aan verzoeken om een inhoudelijk proces-verbaal dient in beginsel steeds te worden voldaan als sprake is van een belang als omschreven in paragraaf 2.2, zowel in verzoekschrift- als in dagvaardingsprocedures, waaronder nadrukkelijk ook kantonzaken. Ik zou menen dat de aard van het kort geding als spoedprocedure er niet aan afdoet dat ook daar sprake kan zijn van een gerechtvaardigd belang bij een fatsoenlijk proces-verbaal, zij het dat aan de onderbouwing van dat belang in eerste aanleg om redenen van praktische hanteerbaarheid zwaardere argumentatieve eisen kunnen worden gesteld en ruimte moet bestaan om in voorkomende gevallen terug te vallen op (begrijpelijke) zittingsantekeningen of antwoorden op afgebakende vragen. Voor het overige zie ik geen materiële grond om de eerste aanleg en het appel in kort geding principieel verschillend te behandelen om de enkele formele reden dat in

101 Vgl. voor het strafprocesrecht art. 422 lid 2 Sv, en zie over het (mede) daaruit voortvloeiende belang van een deugdelijk proces-verbaal van de behandeling in eerste aanleg M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Mr. G.J.M. Corstens' Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/XV.3.

102 In het Duitse (§ 162 (1) jo. § 160a ZPO) en het Franse (art. 195 Code de procédure civile (CPC)) recht is het opmaken van het proces-verbaal ter zitting (in een aantal gevallen) uitgangspunt. En voor zover op zichzelf toegestaan, wordt ook in de Duitse literatuur nadrukkelijk afgeraden om na de zitting een proces-verbaal op te maken (zie bijv. Stadler 2021, § 159, aant. 8).

103 Zie bijv. Hidma 2020, p. 152-153; A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (tweede druk), Deventer: Kluwer 2011, p. 188, nr. 365; Den Tonkelaar 2020, p. 45; Den Tonkelaar & Visser 2018; M.J.A.M. Ahsmann, ‘Motieven om te motiveren’, *AA* 2015, p. 944; Ahsmann 2014, p. 205-207; Ahsmann 2020, p. 189 en 193; Seinen 2017, p. 39; Hofhuis 2016, p. 187; Verschoof 2004, p. 344-345; Ekemans 2015, p. 121; P.C. Ippel & S. Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 106. Zie ook ‘Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord’, 2009, nr. 101.

104 Zie hierover bijv. P. van Kampen, *Papieren werkelijkheid. Het zittingsproces-verbaal in strafzaken* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Lemma uitgeverij 2011, p. 22 en 29, met weergave van rechterlijke ontboezemingen.

105 Zie bijv. Ahsmann 2020, p. 270-271; A.E.H. van der Voort Maarschalk, ‘De toetsing in cassatie’, in: B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/75; A-G Wesseling-van Gent in randnr. 4.7 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2003:AF2161) voor HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, *NJ* 2003/286. Concrete voorbeelden bieden randnr. 2.9 van de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2011:BU4912) voor HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4912 (81 RO), en randnr. 2.3 van de conclusie van A-G Keus (ECLI:NL:PHR:2010:BM8906) voor HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8906.

106 Zie bijv. De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 90 Rv, aant. 6.  
107 Zie bijv. Ekemans 2015, p. 107-109; Den Tonkelaar & Visser 2018; H.J. Snijders & A. Wendels, *Civil appel*, Deventer: Kluwer 2009, p. 177.

108 Zie voor het belang van deze punten bijv. randnrs. 4.45 e.v. van de conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2019:1363) voor HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:802. Vgl. ook in meer algemene zin Rb. Gelderland (wrakingskamer) 5 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2023, r.o. 3.2.

appel in beginsel op dezelfde wijze wordt geprocedeerd als in bodemzaken. Die argumentatie raakt de belangvraag namelijk niet, en die zou wat mij betreft uiteindelijk leidend moeten zijn.

Het ten onrechte niet verschaffen van een proces-verbaal zou in mijn visie moeten resulteren in vernietiging van de op de mondelinge behandeling volgende uitspraak als aldus onvoldoende kan worden gecontroleerd of de klagende partij voldoende in de gelegenheid is gesteld om haar standpunten uiteen te zetten ten overstaan van de rechter die over de zaak heeft geoordeeld.<sup>109</sup> Hiervan zal in sommige verzoekschriftprocedures reeds naar de aard van de zaak sprake kunnen zijn, maar in andere zaken zal daarvoor door de klagende partij een feitelijke grondslag moeten worden aangeleverd in de uitspraak, de processtukken, met het gerecht gevoerde correspondentie of een van de zitting gemaakte bandopname.<sup>110</sup>

Het ten onrechte niet voldoen aan een verzoek om p-v-toezending binnen een redelijke termijn *voorafgaand* aan de uitspraak moet in mijn optiek verder tot gevolg hebben dat voorvallen ter zitting niet meer ten grondslag mogen worden gelegd aan de op die zitting volgende beslissing. Dit betekent concreet dat de uitspraak zal moeten worden vernietigd als andere gronden de beslissing niet zelfstandig kunnen dragen. Deze benadering vindt haar rechtvaardiging erin dat het gerecht in kwestie, door het proces-verbaal niet (tijdig) te verschaffen, aan partijen de mogelijkheid heeft ontnomen tot wederhoor op het (denkbeeldig aanwezige, want verplichte) proces-verbaal. Niet valt in te zien waarom een recht op dergelijk wederhoor wel bestaat als de hogere rechter recht doet op een bij partijen niet bekend proces-verbaal uit de vorige instantie, maar niet zou moeten worden aangenomen als de lagere rechter met een partijen evenmin bekend maar wel (in ieder geval verondersteld) aanwezig proces-verbaal uit dezelfde instantie hetzelfde doet. Het enkele feit dat die rechter in sommige – maar zeker niet alle – gevallen eveneens de (of een van de) rechter(s) zal zijn die de mondelinge behandeling in de betreffende instantie heeft (hebben) geleid, vormt daarvoor in ieder geval geen overtuigend argument. Dat argument kan immers niet verklaren wat, behoudens het theoretische geval van tegenbewijslevering,<sup>111</sup> dan nog de concrete meerwaarde zou kunnen zijn van wederhoor in een hogere instantie op het proces-verbaal uit de vorige instantie, ten overstaan van rechters die geen van allen bij de betreffende mondelinge behandeling in die vorige instantie aanwezig zijn geweest.<sup>112</sup>

In alle andere gevallen van onterechte niet-p-v-verstrekking zal mijns inziens in cassatie in ieder geval bij wege van hypothetische feitelijke grondslag moeten worden uitgegaan van de juistheid van de stellingen van de eisende partij over een concreet voorval tijdens de mondelinge behandeling waarop

de rechter zijn beslissing blijkens de uitspraak (mede) baseert.<sup>113</sup> Die partij is immers ten onrechte de mogelijkheid ontnomen om de begrijpelijkheid van de uitspraak op het bewuste punt te controleren in het licht van het proces-verbaal, wat niet voor haar rekening zou moeten mogen blijven en wat daarom zou moeten resulteren in vernietiging en verwijzing als de bestreden uitspraak met inachtneming van de aangenomen grondslag geen stand kan houden. Het voorgaande heeft wat mij betreft niet te gelden als onverplicht een proces-verbaal wordt opgemaakt dat ‘leeg’ is, nu een dergelijke handelwijze weliswaar onwenselijk is, maar niet in strijd met de wet.<sup>114</sup>

### 3.2.2 *De vrijheid van de feitenrechter en het verschaffen van een onvolledig proces-verbaal*

De rechtspraak van de Hoge Raad die een grote mate van tolerantie voor gebrekkige verslaglegging door feitenrechters combineert met een rigide benadering van daaraan gerelateerde motiveringsklachten, verdient in mijn visie heroverweging. Het is niet goed te rechtvaardigen dat een rechtzoekende nageenoe consequent aanloopt tegen de cassatiemuur als een rechterlijk college zijn uitspraak minder controleerbaar maakt door in strijd met de wet niet te voldoen aan de minimale eisen die aan een zakelijke samenvatting mogen worden gesteld. Dit klemt vooral waar het stel- en bewijskwesities betreft. Zo komt het in de praktijk nogal eens voor dat een uitspraak wordt dichtgemotiveerd met door de winnende partij op de zitting terloops ingenomen nieuwe of aanvullende stellingen die dan door de verliezende partij onvoldoende zouden zijn weersproken. Veelal wordt laatstgenoemde partij in dat soort gevallen tijdens de zitting überhaupt niet om een reactie gevraagd, laat staan dat de (strekking van de) wel gegeven reactie in het proces-verbaal wordt opgenomen. In mijn optiek zou de Hoge Raad er ten aanzien van op de zitting gepresenteerde en in de uitspraak gebruikte nieuwe of aanvullende partijstellingen dan ook bij wege van hypothetische feitelijke grondslag van uit moeten gaan dat geen mogelijkheid tot fatsoenlijk wederhoor is geboden als daarover niets (gedifferentieerd) staat te lezen in het proces-verbaal. Dat heeft dan in ieder geval tot gevolg dat de onderliggende stellingen niet meer als mede dragend voor de uitspraak kunnen worden beschouwd. Hetzelfde zou wat mij betreft moeten gelden voor de overige bewijsrechtelijk relevante kwesities die in paragraaf 2.4 zijn genoemd: niet vermeld is niet gebeurd.

### 3.2.3 *Het in aan- of afwezigheid van partijen opmaken van het proces-verbaal*

Als uitgangspunt heeft het de voorkeur dat een proces-verbaal ter zitting wordt opgemaakt, zoals het eveneens aanbeveling verdient om niet alleen partijverzoeken om (woordelijke) op-

109 In cassatie zal dit moeten resulteren in verwijzing voor een hernieuwde mondelinge behandeling; in appel in terugwijzing naar de rechter in eerste aanleg als het belang van de klagende partij bij een volwaardige behandeling in twee feitelijke instanties dat naar de aard van de zaak of de omstandigheden van het geval meebrengt.

110 Waarover meer in par. 3.2.3.

111 Zie par. 2.1.

112 Vgl. par. 2.5.1 eerste alinea.

113 Klachten zullen dan uiteraard nog steeds vaak moeten worden verworpen wegens gebrek aan belang als de (verondersteld juiste) stellingen het fundament van de bestreden uitspraak niet aantasten. Zie voor een voorbeeld waarbij een hypothetische feitelijke grondslag werd aangenomen HR (belastingskamer) 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AV0615, r.o. 3.1-3.4.

114 Vgl. voetnoot 97.

name van als relevant gepercipieerde zaken welwillend te benaderen, maar ook om het proces-verbaal op de zitting met partijen door te nemen en door partijen mede te laten ondertekenen.<sup>115</sup> Het vergrote betrouwbaarheidsgehalte dat spreekt uit een aldus opgemaakt proces-verbaal zou zich in mijn visie concreet moeten vertalen in voorrang van het proces-verbaal op de uitspraak in geval van onderlinge tegenstrijdigheid ten aanzien van de gebeurtenissen ter zitting.<sup>116</sup> Aanpassingsverzoeken nadien of verzoeken om passages van een eventueel gemaakte bandopname kunnen bij een samen met partijen ter zitting opgemaakt proces-verbaal in beginsel ongemotiveerd worden afgewezen.

Uit overwegingen van praktische hanteerbaarheid moet echter worden aanvaard dat het voorkeursscenario van een ter zitting opgemaakt proces-verbaal veelal redelijkerwijs niet zal kunnen worden verwerkelijk. Dit hoeft niet al te problematisch te zijn als van de zitting een bandopname wordt gemaakt. Een aan interpretatie achteraf onderhevige en van visuele context en non-verbale dynamieken ontblote bandopname is weliswaar niet gelijkwaardig aan een ter plaatse en met inbreng van alle aanwezigen opgemaakt proces-verbaal, maar ze is daarvoor wel een acceptabel substituut. Het verdient in mijn optiek dan ook aanbeveling om als uitgangspunt van alle inhoudelijke zittingen die niet ter plaatse kunnen worden verslagen een bandopname te maken. Zo'n geluids- en/of beeldregistratie zal in de eerste plaats moeten dienen als geheugensteun bij het opstellen van het proces-verbaal. Daarnaast zal een opname de functie moeten hebben van 'scheidsrechter' bij discussies over de inhoud van het verhandelde ter zitting. Mede om parallele en van het materiële geschil afleidende discussies te voorkomen, zal de *integrale* opname uitsluitend ter beschikking mogen worden gesteld als de belanghebbende partij een zwaarwegend belang daarbij weet te onderbouwen met een voldoende mate van concreetheid en precisie.<sup>117</sup> Afzonderlijke passages zullen, behoudens in de eerder besproken situatie waarin het proces-verbaal ter plaatse is opgemaakt, in beginsel (en al dan niet in getranscribeerde vorm) desverzocht aan partijen moeten worden verstrekt als is voldaan aan het belangcri-

terium dat geldt voor het proces-verbaal waarvan de betreffende passages een onderdeel zouden moeten uitmaken.<sup>118</sup>

Terug naar dat proces-verbaal, in het scenario waarin het niet op de zitting en dus zonder partijinbreng en op een (wezenlijk) later moment wordt opgemaakt. In dat scenario zouden de eisen aan tegenbewijs in mijn optiek aldus moeten worden verlaagd dat voldoende is dat het in het proces-verbaal gestelde wordt ontzenuwd.<sup>119</sup> Aan die eis zal dan in beginsel zijn voldaan als een gemotiveerd aanpassingsverzoek ongemotiveerd wordt verworpen.<sup>120</sup> Bij dubbelzinnige reacties op aanpassingsverzoeken zal voorts moeten worden uitgegaan van de juistheid van de voorgestelde aanpassingen, die dan moeten worden gelezen als onderdeel van het proces-verbaal, ook als dat niet formeel wordt aangepast of aangevuld. Daarnaast zal in geval van eenzijdig opgemaakte processen-verbaal een duidelijk aanknopingspunt in een processtuk in principe voldoende moeten zijn om de 'steun' te bieden die noodzakelijk is voor een geslaagde cassatieklacht over de juistheid van het proces-verbaal. Een feitelijke grondslag voor een dergelijke klacht moet eveneens kunnen worden gevonden in relevante passages uit een gemaakte bandopname, waarmee bovendien in voorkomend geval moet kunnen worden geklaagd over zogenaamde 'denaturering' van ter zitting afgelegde verklaringen of gedane uitspraken, oftewel over toekenning in de uitspraak van een 'wezenlijk andere betekenis' aan een verklaring of uitlating dan er in werkelijkheid mee was beoogd.<sup>121</sup>

#### 4 Tot slot

Het contrast tussen de importantie van het proces-verbaal die in woord wordt beleden en de onachtzaamheden die vervolgens in de praktijk kunnen worden waargenomen, is opmerkelijk te noemen. In deze bijdrage heb ik een poging gedaan om de belangrijkste knelpunten inzichtelijk te maken en de consequenties te doordenken die daaraan zouden moeten worden verbonden als de visie van de Hoge Raad op het belang van het proces-verbaal consequent wordt vertaald naar de plaatsen waar ze zich concreet doet gelden. Uiteindelijk is er denk ik vooral behoefte aan een combinatie van capaciteit, kwaliteit, mentaliteit en bedrevenheid binnen de rechtspraak. Maar om daar te komen is het inbouwen van enkele harde externe prikkels – zoals die besloten liggen in de hier gepresenteerde wijzigingsvoorstellen – wellicht geen overbodige luxe. Zeker niet als ze ertoe kunnen bijdragen dat het proces-verbaal niet degenerereert tot een personage van Plato dat zo vaak de antwoorden heeft moeten geven die de verschillende vragenstellers wilden horen, en zolang de verhalen heeft moeten vertellen die de diverse lezers wilden lezen, dat het op enig moment nog slechts

115 Vgl. art. 88 lid 3 Rv (oud), § 162 ZPO en art. 195 CPC.

116 Vgl. § 314 ZPO, op grond waarvan het proces-verbaal ten aanzien van wat partijen tijdens de mondelinge behandeling hebben aangedragen ('mündliches Parteivorbringen') voorrang heeft boven wat daarover in de uitspraak is vermeld, indien en voor zover sprake is van onderlinge tegenstrijdigheden (zie bijv. I. Säger, in: Säger, *Zivilprozessordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2021, § 314, aant. 10; O. Elzer, in: Vorwerk/Wolf, *BeckOK ZPO*, München: Verlag C.H. Beck 2021, § 314, aant. 33). In het Nederlandse strafprocesrecht bevat het proces-verbaal de 'proces-suele waarheid' en de in beginsel enige kenbron van de gebeurtenissen op de zitting. Zie daarover (met verdere verwijzingen) A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken* (negende druk), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 169-170.

117 Om het vrije zittingsdebat niet bij voorbaat te verhypothekeren en om te voorkomen dat passages worden geknipt, gedecontextualiseerd en op sociale media verspreid, zal grote terughoudendheid moeten worden betracht bij het publiek maken van integrale zittingsbandopnames (positief daarover zijn bijv. B. Marseille & M. Wever, 'Alle uitspraken publiceren als tussenstap', *NJB* 2021, afl. 44, p. 3631).

118 Zie par. 2.2.1.

119 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/266.

120 Vgl. over het gewicht van geverifieerde en geëxponeerde vaststellingen ter zitting en de beperkingen van niet-getoetste vaststellingen achteraf HR (strafkamer) 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1993, *NJ* 2006/219, r.o. 3.4.

121 Vgl. bijv. HR (strafkamer) 27 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY2073, *NJ* 2012/698 en HR (strafkamer) 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5377.

kan terugwijzen naar zijn werkelijke auteur: de mondelinge  
behandeling waarvan het de spreekbuis zou moeten zijn.