

Tilburg University

Het burgerlijk recht de baas?

Schaick, Albertus Cornelis van

Publication date:
2009

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Schaick, A. C. V. (2009). *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.*

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

HET BURGERLIJK RECHT DE BAAS?

HET BURGERLIJK RECHT DE BAAS?

*Over de verwevenheid van burgerlijk recht en
burgerlijk procesrecht*

Rede

uitgesproken bij de openbare aanvaarding
van het ambt van hoogleraar in de
privaatrechtelijke rechtshandhaving en
rechtsvergelijking aan
de Universiteit van Tilburg
op 9 januari 2009

door

A.C. van Schaick

2009
Kluwer – Deventer

Omslagontwerp: Grafisch bureau Signia, www.signia.nl

ISBN 978-90-13-06352-3
NUR 822-201

© 2009, Kluwer

De uitgever heeft getracht aan alle auteursrechtelijke verplichtingen met betrekking tot de op het omslag gebruikte foto te voldoen. Voorzover iemand echter meent alsnog rechthebbende te zijn, kan deze zich tot de uitgever wenden.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

1

1. Inleiding

Het is zondag 7 juli 1974. In München wordt de finale van het wereldkampioenschap voetbal gespeeld: Nederland tegen West-Duitsland. Het Nederlands elftal staat binnen enkele minuten voor. Maar twintig minuten later valt de West-Duitse aanvaller Bernd Hölzenbein in het Nederlandse strafschopgebied over het uitgestoken been van verdediger Wim Jansen. Voor de Engelse scheidsrechter Taylor is het reden om de Duitsers een strafschop toe te kennen, die wordt genomen en benut door Paul Breitner. Vlak voor rust maakt Gerd Müller het tweede Duitse en winnende doelpunt. Groot en langdurig, althans in Nederland, was de verontwaardiging over de winst van de West-Duitsers, die als een zwaar onrecht werd gevoeld. Want Jansen had Hölzenbein helemaal niet geraakt; Hölzenbein had zich laten vallen en zo een strafschop versierd. Het doelpunt dat erop volgde, veroorzaakte een ommekeer in de wedstrijd, die uiteindelijk door West-Duitsland werd gewonnen.

Als een speler zich laat vallen, is er geen sprake van een overtreding van zijn tegenspeler. Als de scheidsrechter constateert dat een speler zich laat vallen, mag hij deze dus geen vrije trap of strafschop toekennen. Maar de scheidsrechter kan vaak niet zien of de speler een duikeling maakt of werkelijk wordt neergelegd. Spelers weten dat en gedragen zich daarnaar. De aanvaller beweert bij hoog en bij laag dat hij werd neergehaald. De verdediger beweert bij hoog en laag dat hij de aanvaller niet heeft geraakt. Eén van beiden liegt, maar wie? Juist omdat het net zo goed voorkomt dat de verdediger liegt als dat de aanvaller liegt, kunnen we er in het algemeen niet van uitgaan dat degene die is gevallen, de waarheid spreekt als hij stelt dat hij is neergehaald. De scheidsrechter beslist op basis van zijn eigen waarneming. Maar vaak heeft hij het niet of niet goed gezien. In een twijfelgeval raadpleegt hij wellicht een assistent-scheidsrechter. Misschien laat hij meespelen dat hij de aanvaller al eerder op een duikeling heeft betrapt, of de verdediger de aanvaller al vaker heeft neergehaald. Misschien heeft het uiterlijk of de nationaliteit van een van de spelers invloed op zijn beslissing¹. Maar hij móet beslissen, en zijn tijd is beperkt.

1 In de WK-finale van 1974 zou aanvoerder Beckenbauer aan de Engelse scheidsrechter hebben gesuggereerd dat hij zich bij zijn beslissing, na dertig seconden speeltijd, om aan Nederland een strafschop toe te kennen, had laten leiden door zijn aversie tegen West-Duitsland.

We gaan niet zo ver dat we de wedstrijd stilleggen en aanvaller en verdediger aan de leugendetector leggen, getuigen uit het publiek raadplegen of een commissie formeren die de beschikbare televisiebeelden bestudeert. Technieken die de scheidsrechter beter in staat stellen om de juiste beslissing te nemen, worden slechts mondjesmaat ingezet. Ook als er vele miljoenen mee zijn gemoeid, moet de scheidsrechter in een tijdsbestek van enkele seconden beslissen. De wereld – met uitzondering wellicht van het verliezende elftal en zijn supporters – neemt voor lief dat de scheidsrechter er soms naast zit, ten onrechte een strafschop toekent of juist onthoudt, en de verkeerde speler bestraft. We aanvaarden dat zo'n beslissing de wedstrijd en haar uitslag bepaalt. Er is geen ontkomen aan dat West-Duitsland in 1974 de WK-finale onaantastbaar heeft gewonnen.

Deze conclusie – sommigen zullen zeggen: deze afschuwelijke conclusie – bewijst dat spelregels méér kunnen zijn dan een verzameling van regels die het kader vormen waarbinnen het spel zich moet afspelen. Spelregels *dienen* niet alleen het spel, ze *bepalen* het spel, sterker nog: ze *zijn* het spel. Als je een spel goed wilt spelen, kun je niet om de spelregels heen. Je bent niet meteen een goede voetballer als je behendig bent met een bal. Er is meer nodig. Goed samenspel met medespelers. Kennis van en inzicht in de spelregels. Een plan dat uitgaat van die spelregels, en mede is gebaseerd op het te verwachten tegenspel van de tegenstander en de te verwachten houding van de scheidsrechter. Al met al is het geen wet van Meden en Perzen dat de partij die het beste of het mooiste spel heeft laten zien, de wedstrijd wint. Daarover zouden we best andere afspraken kunnen maken. We zouden de regel kunnen invoeren dat de scheidsrechter een partij te hulp mag of zelfs móet schieten als zij weliswaar het beste of mooiste speelt maar toch de wedstrijd of het toernooi dreigt te verliezen. Stel je voor dat scheidsrechter Taylor het tweede doelpunt van West-Duitsland had mogen negeren. Of het eerste doelpunt had mogen wegstrepen toen de Duitsers in staat bleken op eigen kracht te scoren. Of dat hij ergens in de tweede helft zomaar aan Nederland een strafschop had mogen toekennen omdat hij vond dat Nederland de wedstrijd ten onrechte dreigde te verliezen. Of zelfs dat hij zelf voor Nederland de bal in het Duitse doel had mogen schieten. Het had wellicht veel Nederlandse frustratie voorkomen, maar uiteindelijk – als je althans vasthoudt aan de regel dat het er bij voetbal om draait wie de meeste doelpunten maakt – zou het de spanning hebben weggenomen waaraan voetbal zijn bestaansrecht ontleent. Op de lange

termijn heeft ook het Nederlandse elftal er baat bij dat de uitslag van de WK-finale uit 1974 onaantastbaar is.

Deze inleiding strekt tot steun van een belangrijk uitgangspunt van mijn betoog, het uitgangspunt namelijk dat het burgerlijk procesrecht – dat in zekere zin een verzameling spelregels is – mede bepaalt welke materiële rechten rechtssubjecten hebben². Het burgerlijk procesrecht is zo'n twee eeuwen geleden losgemaakt van het burgerlijk recht en lang begrepen als een rechtsgebied dat in dienst staat van het burgerlijk recht, een rechtsgebied dat strekt tot verwezenlijking van materiële rechten³. Het is tijd en er is aanleiding om de verhouding burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht anders te duiden⁴. Wanneer iemand twintig jaar een strook grond van zijn buurman in bezit heeft gehad, verkrijgt hij krachtens art. 3:306 jo. art. 3:105 BW van rechtswege de eigendom van die strook grond. Maar als hij in een civielrechtelijke procedure tegen zijn buurman niet weet te bewijzen dat zijn bezit twintig jaar heeft geduurd, zal de rechter beslissen en heeft rechtens dus te gelden dat de buurman eigenaar van de grond is gebleven. Je zou kunnen zeggen dat het burgerlijk procesrecht in dat geval het burgerlijk recht de baas is. Ik wil hier niet alleen beredeneren waarom het goed is dat het zo is, dus dat iemand die, wat wij zouden noemen 'in zijn recht staat', dat recht niet heeft als regels van burgerlijk

2 Gemakshalve ga ik er in mijn betoog van uit dat materiële rechten steeds tot het burgerlijk recht behoren en regels die strekken tot rechtsverschaffing tot het burgerlijk procesrecht. Ik ben mij ervan bewust dat dit onderscheid niet volstrekt zuiver is.

3 Daarover Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen, Bielefeld, 1965, p. 71 e.v. Zie ook Eggens, De beginselen van het burgerlijk bewijs (Dienen bij overbrenging van het bewijsrecht naar het W.v.B.Rv. de fundamentele beginselen van dat bewijsrecht – zoals lijdelijkheid, bewijslast, vrije of gebonden bewijsleer – te worden herzien?), Preadvies NJV 1951, VPO II, Alphen aan den Rijn, 1959, p. 280 e.v., p. 300; Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen, 1970, p. 61 e.v. Jauernig, Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, p. 329: 'Ohne materielles Recht gibt es kein Prozeßrecht.' Zie voorts Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, 2003, p. 33 e.v.: 'Vrij algemeen wordt gezegd dat het civiele procesrecht een dienende functie heeft. Procesrecht strekt tot het vaststellen en verwezenlijken van materiële rechten en bevoegdheden. Het heeft in deze opvatting geen zelfstandige betekenis tegenover het materiële recht, maar bevat regels voor een gang van zaken die erop gericht is de materieelrechtelijke aanspraken en bevoegdheden van partijen in concrete gevallen zoveel mogelijk tot gelding te laten komen. De hoogste eis die men stelt, is dat het procesrecht zodanig is ingericht dat het zijn dienende functie optimaal vervult.'

4 Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p. 45: 'Wij vinden dat de verhouding tussen het civiele procesrecht en het materiële privaatrecht dynamisch en wederkerig is ...'; idem, p. 265: 'De relatie van het civiele procesrecht tot het materiële privaatrecht is niet eenzijdig, statisch en dienend, maar wederkerig en dynamisch.' Zie ook Snijders, They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging, NJB 2003, p. 1698.

procesrecht tot die slotsom leiden; ik hoop u ervan te overtuigen dat het van groot belang is dat alle betrokkenen in een procedure zich daarnaar gedragen.

2. Conflictoplossing door middel van het burgerlijk procesrecht

Het woord 'conflict' roept bij de meesten een negatief gevoel op. Maar mensen en, in groter verband: de maatschappij, hebben tot op zekere hoogte baat bij conflicten – en dat niet alleen omdat advocaten, rechters, mediators en vele anderen er een inkomen aan overhouden, waar ook weer belasting over wordt betaald. Nee, conflicten hebben een positieve kant en dat wordt bijvoorbeeld benadrukt in de mediatorsopleiding en de literatuur over mediation. Tegengestelde ideeën maken verandering mogelijk. Meningsverschillen zetten aan het denken en leiden tot onderzoek. Meningsverschillen inspireren. Ze bevorderen creativiteit, ze bepalen posities en versterken banden. Conflicten versterken de eigen identiteit, ze verhogen de eigen autonomie en ze dragen bij aan de psychische gezondheid van mensen⁵. Veelzeggend is het motto van mijn leermeester: 'Laten we het niet onnodig met elkaar eens zijn.' Dat motto neem ik, in het bijzonder deze middag, graag ter harte. Ik hoop natuurlijk dat mijn betoog u overtuigt, maar ik vrees ook dat ik het psychische welbehagen van sommigen van u nogal op de proef zal stellen. Intussen kijk ook ik weer uit naar een weerwoord.

Meningsverschillen, conflicten mogen dan een positieve kant hebben, Ingelse heeft gelijk als hij zegt dat de zin van het conflict zijn oplossing is⁶. Want als de partijen bij een conflict er niet in slagen om hun conflict zelf uit de wereld te helpen, dan ontwricht het conflict hun relatie, en staat het verandering juist in de weg. Het is óók een maatschappelijk belang dat conflicten worden beëindigd, dat ze *vreedzaam* worden beëindigd, zo nodig ongeacht en dus ook

2

5 Prein, Trainingsboek conflicthantering en mediation, 5e dr., 2007, p. 5; Tjosvold, The Conflict-Positive Organization. Stimulate Diversity and Creativity, Massachusetts, 1991, p. 95 e.v.

6 Ingelse, Nog niet uitgedacht, in: Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, 2006, p. 26. Ik plaats hierbij de kanttekening dat ik 'oplossing' begrip in de zin van 'verdwijning' en niet in de zin van het – hêt – antwoord op het vraagstuk waarom het conflict draait. Tjosvold, The Conflict-Positive Organization, cit., p. 3: 'Conflict is not the problem; it is part of the solution.'

tegen de zin van een of meer betrokkenen. Daar hebben we het burgerlijk procesrecht voor. Dat strekt tot een vreedzame oplossing van conflicten waar partijen zelf niet uitkomen, door middel van een onafhankelijke en onpartijdige derde, die we rechter noemen. In de civielrechtelijke procedure over een civielrechtelijk geschil past de rechter regels van materieel privaatrecht toe, regels die *in abstracto* juist en rechtvaardig worden gevonden. En als de toepassing van die regels aansluit bij het feitencomplex zoals dat in de uitspraak van de rechter is geformuleerd, zal die uitspraak in de ogen van buitenstaanders gewoonlijk ook juist en rechtvaardig en in elk geval verdedigbaar zijn. Eind goed, al goed? Bepaald niet. Conflictbeslechting met behulp van het burgerlijk procesrecht creëert haar eigen problemen. Een van die problemen is dat de uitspraak van de rechter in het licht van het materiële privaatrecht weliswaar juist of in elk geval verdedigbaar mag lijken, het is niet noodzakelijk *de best denkbare* oplossing. Sterker: de rechter onderzoekt niet eens of partijen met zijn uitspraak het beste zijn gediend. Uiteindelijk heeft de rechter partijen weinig meer te bieden dan een op het verleden gerichte uitspraak over tegengestelde standpunten, die het conflict op scherp hebben gezet. Het komt dan ook regelmatig voor dat een partij vanuit een materieelrechtelijk perspectief volstrekt terecht gedaan krijgt dat haar contractspartij haar schuld uit een koopovereenkomst inlost, dat haar buurman zijn boom in de verboden zone kapt, dat haar broer een schenking inbrengt in de nalatenschap van de overleden vader, maar op de lange termijn slechter af is dan wanneer was gekozen voor een alternatieve oplossing die niet in het materiële privaatrecht wortelt. Een procedure pleegt de relatie met de handelspartner, buurman of broer eerder voorgoed of langdurig te verpesten dan te verbeteren of te bestendigen. Andere belangen⁷, belangen die hoger worden aangeslagen dan de belangen van de individuele partijen in het conflict, brengen mee dat de rechter het geschil *moet* beslechten aan de hand van bepalingen van materieel burgerlijk recht. Het gaat in het burgerlijk procesrecht niet primair om de objectief best denkbare oplossing voor het concrete geval. Een partij die een civielrechtelijke vordering instelt, weet dat ook. Zij vraagt niet om de beste oplossing. Zij vraagt om de erkenning van haar standpunt. Zij vraagt om de bevestiging van

⁷ Zie voor een overzicht Sarhan, Der Stellenwert der Mediation im Recht und in der Justiz, JZ 2008, p. 281, met verwijzingen.

het eigen gelijk én om de bevestiging van het ongelijk van de ander. Het gaat in het burgerlijk procesrecht om de winst, ten koste van de ander⁸.

Een ander probleem dat met conflictbeslechting door middel van het procesrecht gepaard gaat, is dat een partij haar gelijk – die winst – moet zien te halen in een procedure die niet op een volkomen rationele en voorspelbare wijze verloopt. Zo kan de winst afhankelijk zijn van de uitleg van een wettelijke bepaling waarover verschillend wordt gedacht. Neem de discussie over de uitleg van art. 7:2 BW die al vijf jaar gaande is. Mag iemand die met een ander *mondeling* overeenstemming heeft bereikt over de verkoop van zijn woning, weigeren mee te werken aan het ondertekenen van de wettelijk vereiste akte? Heeft hij nog de vrijheid om zijn woning te verkopen aan een derde? Alle argumenten voor en tegen zijn nu wel zo'n beetje bedacht, maar de meningen blijven verdeeld⁹. De teleurgestelde koper die het waagt er een procedure over te beginnen, betreedt dan ook een onzeker pad. De uitkomst van de procedure is volkomen onvoorspelbaar en afhankelijk van de rechters die toevallig op de zaak worden gezet. Want argumenten die voor de ene rechter overtuigend zijn, zijn voor de andere rechter niet zwaarwegend genoeg. Soms heeft het irrationele en onvoorspelbare karakter van de procedure een – of: ook een – andere, veel menselijkere achtergrond. Mijn ervaring en overtuiging is dat rechters in het algemeen volstrekt integer proberen de best denkbare uitspraak te doen. Maar dat neemt niet weg dat soms de persoon van een partij een rol speelt bij de uitslag van een procedure. Soms speelt de persoon van de advocaat een rol. Soms speelt de persoon van de rechter een rol. De ene rechter is nu eenmaal

8 Zie art. 237 lid 1 Rv: 'De partij die in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld (...).' En dan gaat het ook nog eens om het forméle gelijk: omwille van de hanterbaarheid van het recht rechtvaardigt de bevinding dat een partij de procedure verliest hoewel zij het materiële gelijk aan haar zijde heeft, niet dat de rechter afwijkt van de regel van art. 237 lid 1 Rv. Zie HR 15 april 2005, LJN AS8376 (ECC/CellOne) en de conclusie van Huydecoper (sub 39) voor het arrest.

9 In ontkennende zin: Vzng. Rb. Haarlem 9 juli 2004, NJF 2004, 503; Vzng. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, NJF 2004, 592; Vzng. Rb. Zutphen 22 november 2005, NJF 2006, 377; Vzng. Rb. Haarlem 6 juni 2006, NJF 2006, 422; Vzng. Rb. Arnhem 7 juli 2006, LJN AY4055. De meest recente rechtspraak neigt naar bevestigende beantwoording van de vraag. Zie Hof Leeuwarden 14 februari 2007, LJN AZ8657; Hof Den Haag, 19 april 2007, NJF 2007, 525; Hof Leeuwarden 19 maart 2008, NJF 2008, 203; Vzng. Rb. Dordrecht 2 februari 2005, NJF 2005, 142 en Vzng. Rb. Haarlem 24 mei 2006, NJF 2006, 421; Rb. Middelburg 5 september 2007, LJNB3672; Vzng. Rb. Haarlem 14 juli 2008, LJN BF 1664. Zie ook Selderbeek-Doyer, Vijf jaar artikel 7:2 BW, TvC 2008, p. 179 e.v.

behoudender dan de andere, de ene rechter heeft meer dan de andere inzicht in de branche waarin het probleem speelt, en de ene rechter is meer dan de andere bereid om een gewaagde uitspraak te doen. Als, zoals standaard in hoger beroep, uitspraak wordt gedaan door een meervoudige kamer, is soms de toevallige samenstelling van de kamer bepalend voor de uitslag. Het antwoord op de vraag of een rechter van ten minste één der beide andere rechters steun krijgt, hoeft niet alleen afhankelijk te zijn van de juistheid van diens standpunt, maar ook van het gezag of de voorbereiding van de verschillende rechters in die kamer. En soms hebben rechters de juridische aspecten van het geschil gewoon minder goed in hun vingers, waardoor zij in belangrijke mate zijn aangewezen op de informatie die partijen hen ook op dat punt verschaffen. En dan kan ook de wijze waarop die informatie wordt verschaft, een rol spelen. De winst van de procedure is dus niet alleen een kwestie van argumenten die het eigen standpunt steunen en het standpunt van de ander ondergraven. Procederen vergt meestal niet alleen maar kennis van het materiële recht, maar ook kennis en begrip van de spelregels, tactiek, een plan. Met andere woorden: de winst van een procedure, de formele erkenning van het eigen gelijk, het antwoord op de vraag of de eiser wel of niet een aanspraak heeft op een bepaalde prestatie, is niet uitsluitend afhankelijk van bepalingen van materieel burgerlijk recht. Het burgerlijk procesrecht kan een materieel recht maken en breken. En daarbij, bij dit spannende verband tussen het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht wil ik hier wat langer stilstaan.

3. Het uitgangspunt van het contractenrecht: partijautonomie

De westerse, kapitalistisch ingerichte maatschappij bestaat van de uitwisseling van goederen en diensten, door middel van overeenkomsten. Het westerse overeenkomstenrecht gaat uit van partijautonomie¹⁰. Vrije en gelijke burgers kunnen zelf beslissen of zij een overeenkomst van een bepaalde inhoud aangaan, of zij bereid zijn een bepaalde prestatie te verrichten ter verkrijging van de tegenprestatie van een ander. Hun overeenkomsten zullen vanzelf evenwichtig zijn; er is geen noodzaak om voor te schrijven wat de

¹⁰ De literatuur over het onderwerp is eindeloos. Zie bijvoorbeeld de vele verwijzingen bij Asser-Hartkamp 4-II, 12^e dr., Deventer, 2005, nr. 33 e.v.

verhouding tussen prestatie en tegenprestatie moet zijn. Zoals de Fransen zeggen: 'Qui dit contractuel, dit juste'. Ik ben eigenaar van een snelle auto, die prima bij me paste toen ik nog uitsluitend advocaat was maar die een smet is op mijn hoogleraarsblazoen. Ik besluit mijn auto te verkopen en denk aan Schoordijk. De inkomensduikeling na zijn pensionering heeft hem er lang van weerhouden om een nieuwe auto aan te schaffen, maar we zijn inmiddels zeventien jaar verder en zijn auto begint langzaam sounteneurs-trekken te vertonen. Bovendien weet ik dat hij gecharmeerd is van mijn auto; aan zijn leermeester Bregstein heeft hij ook een zwak voor snelle auto's overgehouden. Als ik een balletje bij Schoordijk opgooi, blijkt hij geïnteresseerd. We openen de onderhandelingen. Ik vraag 100, Schoordijk biedt 50. Het mag wel een feit van algemene bekendheid heten dat hij niet graag teveel betaalt. Als wij in vrijheid en gelijkheid met elkaar onderhandelen, zal vanzelf de juiste prijs voor de auto tot stand komen, die rond de 75 zal liggen. Als wij geen of onvoldoende water bij de wijn doen, zullen wij van een overeenkomst afzien. Schoordijk zal op zoek gaan naar een andere auto die hij voor 50 kan kopen, en waarschijnlijk alleen een overeenkomst kunnen sluiten als hij genoeg neemt met minder kwaliteit of iemand vindt die veel toegeeflijker is dan ik. Ik kan wellicht mijn auto aan een ander verkopen voor 100, maar als de auto geen 100 waard is, is de kans groter dat ik blijf zitten met de auto die ik wil verkopen. Wat een gedoe. Is het niet eenvoudiger om partijen voor te schrijven dat zij moeten contracteren tegen 75? Zo bevoogdend is het westerse contractenrecht niet. Het gaat uit van de eigen verantwoordelijkheid van partijen. De omstandigheden van het concrete geval kunnen meebrengen dat partijen met betrekking tot een auto die 75 waard is, contracteren tegen 70 of 80. Misschien laat Schoordijk, die net een deel van zijn bibliotheek voor een veel te hoge prijs aan me heeft verkocht, zijn schuldgevoel meespreken. Of misschien – en dat is waarschijnlijker – probeert hij wat van de prijs af te krijgen door een beroep te doen op de onschatbare waarde van alle kennis die hij op me heeft overgedragen. De ene partij onderhandelt nu eenmaal handiger dan de andere, en de ene partij laat zich meer door emotie leiden dan de andere. Zolang handigheid niet verkeert in misbruik of misleiding, staan we dat toe. Want vrijheid geeft gelegenheid tot zelfontplooiing en daarmee tot geestelijk welbevinden. Contractsvrijheid stimuleert economisch initiatief. Aldus leidt contractsvrijheid tot verhoging

van welvaart en welzijn van burgers, en daar vaart ook de maatschappij als zodanig wel bij¹¹.

Dit systeem berust op het uitgangspunt dat partijen in vrijheid en gelijkheid met elkaar onderhandelen en contracteren. Dat uitgangspunt is echter in strijd met de maatschappelijke werkelijkheid. Feitelijke ongelijkheid is aan de orde van de dag en het menselijke egoïsme dat nodig is om het systeem in stand te houden, bewerkstelligt tegelijkertijd dat feitelijke ongelijkheden eerder toenemen dan afnemen. Als partijen niet feitelijk gelijk zijn aan elkaar, pleegt vrijheid niet tot evenwichtige overeenkomsten te leiden maar tot uitbuiting. Inherent aan het systeem is dan ook dat het voortdurend dreigt te ontsporen en constante bijsturing behoeft¹². Dat inzicht is aan het einde van de negentiende eeuw algemeen geworden. Toen was duidelijk dat partijautonomie alleen vruchtbaar kan werken als met behulp van dwingende regels van privaatrechtelijke aard misbruik van feitelijk overwicht wordt uitgesloten of ten minste teruggedrongen, opdat ook in situaties van feitelijke ongelijkheid partijen zoveel mogelijk in staat zijn om te contracteren tegen prijzen die een gezonde circulatie van goederen en diensten waarborgen. In de tweede helft van de vorige eeuw nam de welvaart snel toe en werden de risico's van uitbuiting zozeer teruggedrongen dat er – onder andere – ruimte ontstond voor verfijning op een meer individueel niveau. Er werd afstand genomen van het denken in sociale klassen. Niet langer werd van partijen verlangd dat zij zich lieten leiden door het belang van de maatschappij en de gemeenschap. Voortaan draaide het om de belangen van de partijen die in concreto bij de overeenkomst betrokken waren. Vanaf het moment van onderhandelen tot na de uitvoering van de overeenkomst zijn partijen voortaan verplicht om hun gedrag mede te laten bepalen door elkanders gerechtvaardigde

11 Zie reeds Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801 (heruitg. Bordeaux, 2004), p. 61 e.v. 'Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ...'.

12 Zie hierover de interessante beschouwingen van Lanzillo, La proporzione fra le prestazioni contrattuali, Padova, 2003, p. 1 e.v.

belangen¹³. Deze geïndividualiseerde norm heeft onder meer geleid tot informatieplichten: onderzoeksplichten en mededelingsplichten moeten waarborgen dat de partij die feitelijk zwakker is dan haar wederpartij niettemin contracteert op basis van ongeveer dezelfde informatie als die waarover de feitelijk sterkere wederpartij beschikt. Informatieplichten ontstaan waar een partij in relatieve zin meer macht heeft of over meer kennis of deskundigheid beschikt dan haar wederpartij¹⁴. Zo heeft ook Schoordijk er recht op dat ik hem spontaan vertel over de aanrijding die mijn auto onlangs heeft gehad en over het feit dat een beunhaas de schade heeft hersteld¹⁵. Enigszins paradoxaal is wellicht dat deze ontwikkelingen juist de partijautonomie en de contractsvrijheid dienen¹⁶. Juist informatieplichten stellen partijen in staat om in vrijheid te beslissen over het sluiten van een overeenkomst. Een overeenkomst die voldoende evenwichtig is, een overeenkomst ook waarin de motieven

13 Het 'vehikel' is de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) die in de loop der tijd een nieuwe invulling heeft gekregen. Art. 1374 lid 3 (oud) BW, bepalend dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht, ziet van oorsprong op de innerlijke gezindheid van partijen. Zie Land/De Savornin Lohman, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Vierde deel, 2e dr., 1907, blz. 251. De Hoge Raad objectieveerde de goede trouw in zijn arresten van 9 februari 1923, NJ 1923, 676 (Artist de Laboureur) en 29 november 1923, NJ 1924, 129 (Louisse/Kunstmestfabriek). In die tijd werd steeds een koppeling gemaakt met de eisen van het maatschappelijk verkeer, dus een belang dat buiten de overeenkomst lag. In HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) is de goede trouw een 'interrelatieve' norm geworden die ziet op iets dat in de overeenkomst besloten ligt: partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij. Zie ook, met betrekking tot de regel dat overeenkomsten partijen tot wet strekken, Jamin, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, Rec. Dall. 2002, Chron., p. 901 e.v. Zie voorts Mazeaud, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in: Grynbaum/Nicod (red.), Le solidarisme contractuel, Paris, 2004, p. 59: 'En clair, le solidarisme conduit chaque contractant, sinon à exécuter le contrat au mieux des intérêts de son cocontractant, du moins à exécuter ses obligations et à exercer les pouvoirs, que lui confèrent le contrat ou la loi, sans faire abstraction des intérêts légitimes de son partenaire.'; Courdier-Cuisinier, Le solidarisme contractuel, Parijs, 2006.

14 Bijvoorbeeld HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (De Kleijn/Van der Ende).

15 Cfr. HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof); HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (Offringa/Vinck).

16 Cfr. Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß, München, 1989, p. 12. Savaux, Solidarisme contractuel et formation du contrat, in: Grynbaum/Nicod (red.), Le solidarisme contractuel, cit., p. 52 e.v., spreekt hier van een 'volontarisme social': 'Volontarisme parce que la volonté reste l'élément essentiel, caractéristique du contrat, qui correspond à la reconnaissance, par la loi, d'un pouvoir fondamental d'organisation de leurs intérêts laissé aux sujets. Mais volontarisme *social* parce que l'exercice de ce pouvoir ne doit ignorer ni l'intérêt général, ni les intérêts légitimes des contractants qui limitent naturellement le jeu des volontés privées.' Jamin, Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique, in: Grynbaum/Nicod (red.), Le solidarisme contractuel, cit., p. 162: 'De manière générale, le solidarisme ne traduit pas une vision naïve de la société destinée à promouvoir un quelconque amour fraternel. Bien au contraire, il repose sur le constat lucide (quasi marxiste) de profondes inégalités de classes, qui ne permettent pas à tous les individus – pourtant réputés *semblables* – d'exercer les droits dont ils sont virtuellement les titulaires.'

en bedoelingen van beide partijen zich kunnen nestelen, met als resultaat dat de overeenkomst aantastbaar is als de verwezenlijking van die motieven en bedoelingen wordt gefrustreerd. Er is nog altijd geen sprake van dat wij partijen een evenwichtig contract ópleggen. Ook vandaag de dag wordt niet tegen Schoordijk en mij gezegd dat wij moeten contracteren over mijn auto en dat de koopsom 75 moet zijn. Tussen partijen die rekening houden met elkanders gerechtvaardigde belangen, kan dus nog altijd een prijs tot stand komen van 70 of 80, afhankelijk van de handigheid van partijen, hun gevoelens ten opzichte van elkaar, enzovoort. Nog altijd verwerpen wij de zogenaamde iustum pretium-leer. We willen partijen niet bevoogden, ook zwakkere partijen niet. We laten iedereen in zijn waarde. Hoezeer we ook verlangen dat men rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, uitgangspunt – en een maatschappelijk belang – blijft ieders eigen verantwoordelijkheid. Inherent daaraan is dat een partij haar verantwoordelijk niet of niet goed kan nemen, of anders invult dan een ander in vergelijkbare omstandigheden zou hebben gedaan¹⁷.

Als ik hier spreek over partijautonomie heb ik het niet over het botvieren van egoïsme of eigen belang. Ik zie autonomie als een recht op zelfbeschikking, zelfontplooiing, eigen verantwoordelijkheid, dus als het tegendeel van bevoogding. Ik zie dan ook geen tegenstelling tussen partijautonomie en de verplichting om rekening te houden met de tegengestelde belangen van een ander. Voor mij gaat het een prima samen met het ander¹⁸.

4. Het uitgangspunt van het burgerlijk procesrecht: partijautonomie

Ook het Nederlandse – en in meer algemene zin: het westerse – burgerlijk procesrecht gaat uit van de autonomie van de partijen die het conflict hebben. In de woorden van HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201: ‘De omvang van een aan de beoordeling van de civiele rechter onderworpen geschil wordt bepaald door partijen. De

4

17 Cfr. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding*, Zwolle, 1970, nr. 43, p. 62.

18 Zie ook H.J. Snijders, *Inleiding op de commentaren. Vrijheid en verantwoordelijkheid van procespartijen in civiele zaken*, in: Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen, 2004, p. 14. Anders Asser/Groen/Vranken, *Een nieuwe balans*, cit., p. 65 e.v.

rechter dient het geschil derhalve te beoordelen binnen de door partijen getrokken grenzen.¹⁹ Jolowicz voegt daar een dimensie aan toe: de rechter moet het geschil beslechten dat *partijen* aan hem voorleggen, niet het geschil dat de rechter zelf liever aan hem voorgelegd had gezien.²⁰ En ook het Hof van Justitie in Luxemburg²¹ heeft benadrukt dat de rechter lijdelijkheid past en dat hij die lijdelijkheid verzaakt als hij zich baseert op andere feiten en omstandigheden dan die welke partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd²². Het woord 'partij' staat hier steeds in het meervoud. Partijen oefenen hun autonomie uit in verhouding tot een of meer andere partijen. Een partij bepaalt niet alleen de inhoud van een overeenkomst; zij behoeft immers ten minste het jawoord van een andere partij. Een partij in een conflict bepaalt ook niet alleen de inhoud van het conflict. Dat doet ze samen met haar wederpartijen, ook hier vanuit hun tegengestelde belangen en door tegenstrijdige stellingen.

Het is met de partijautonomie in het burgerlijk procesrecht in de afgelopen twee eeuwen op vergelijkbare wijze gegaan als met de partijautonomie in het contractenrecht²³. In de negentiende eeuw heerste óók de opvatting dat de civielrechtelijke procedure volledig van partijen was, dat de rechter zich lijdelijk moest opstellen en dat niet alleen de beslissing tot het voeren van een

19 Cfr. HR 23 september 2003, NJ 2004, 9. Zie thans ook art. 24 Rv: 'De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit.'

20 Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2008, p. 196: '[I]t is the parties' dispute with which the court must deal, not the dispute which the court might have preferred to have before it.' Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 29. Aufl., München, 2007, § 24.III, p. 68: 'Wer sich entschließt, Klage zu erheben, bestimmt damit zugleich den *Gegenstand des Prozesses*. Nur über diesen Gegenstand hat das Gericht zu erteilen; denn es darf nicht von sich aus seinen Prozess einleiten, was der Fall wäre, wenn es sich mit einer ganz anderen Sache als der des Klägers befassen würde. Wer z.B. seinen Lieferanten wegen schlechter Lieferung verklagt, muss nicht befürchten, dass über einen Verkehrsunfall, an dem beide Parteien beteiligt sind, prozessiert wird.' (acc. orig.) Anders: Asser/Groen/Vranken, *Een nieuwe balans*, cit., p. 82: 'Een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het proces houdt dan ook in dat de rechter niet gehouden is om de door partijen gekozen gronden voor vordering/verzoek en verweer zonder meer te aanvaarden, maar, waar hij meent dat de grenzen van de rechtsstrijd niet adequaat zijn getrokken om te komen tot een verantwoorde beslechting van het geschil, vrij is die grenzen ter discussie te stellen.'

21 HvJ EG 14 december 1995, NJ 1997, 116 (Van Schijndel).

22 Cfr. Guinchard/Ferrand/Chainais, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29e éd., 2008, nr. 666.

23 Mooie beschouwingen hierover zijn te vinden bij Pessoa Vaz, *Direito procesual civil. Do antiga ao novo Código. Novas tecnologias ao serviço da justiça*, 2a ed., Coimbra, 2002, p. 141 e.v. Zie ook Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer, 1987.

procedure maar ook het verloop ervan moest worden overgelaten aan partijen. Die partijen waren immers, althans in formele zin, volstrekt vrij en gelijk, en daardoor zou hun botsing van belangen tot een rechtvaardige, evenwichtige uitkomst van de procedure leiden. Bij die opvatting passen ook de vele formaliteiten die het civiele procesrecht van destijds aankleefden, het toentertijd geldende strikte bewijsrecht met weinig rechterlijke waarderingsvrijheid en ook de korte, summier gemotiveerde uitspraken. En net als in het contractenrecht leidde dat tot misstanden. Machtige partijen die vreesden of voorzagen dat zij de procedure zouden verliezen, rekten die procedure door exceptie na exceptie op te werpen en daarover zo nodig in drie instanties te procederen²⁴. Toen tegen het einde van de negentiende eeuw overheidsingrijpen in het rechtsverkeer in zwang raakte, werden ook in het burgerlijk procesrecht regels ingevoerd die rechterlijke bevoegdheden creëerden en uitbreidden en die beoogden wérkelijke gelijkheid tussen de procespartijen tot stand te brengen. En ook in het burgerlijk procesrecht bestaat sinds de tweede helft van de vorige eeuw, toen althans in het westen afstand werd genomen van het belang van abstracties als de gemeenschap, het volk, de staat en sociale klassen, meer ruimte voor het belang van het individu en voor uitspraken die op het concrete geval worden afgestemd. Thans biedt een overvloed aan zogenaamde 'open normen' de rechter de ruimte om bij zijn beslissing recht te doen aan alle omstandigheden van het geval²⁵. Die open normen staan niet alleen in het burgerlijk wetboek, ook

24 Cfr. Fruin, *Geschiedenis van de wetenschap van het Nederlands burgerlijk procesrecht na 1811*, in P. Scholten e.a. (red.), *Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap*, Amsterdam, 1937, p. 277 e.v. Zie in het bijzonder p. 281: 'Wie de rechtspraak uit die periode raadpleegt, zal haast immer een deel van vonnis of arrest aan vormquestiën zien gewijd, voordat eindelijk het eigenlijk rechtsgeschil wordt onderzocht en – als het zoover komt – wordt beslist. Een proces werd daardoor een zaak van langen duur, een zaak voorts van groote kosten, de kansen waren ook bij onbetwistbaar recht onzeker.' Van Rhee, *Het interim-rapport in historisch perspectief*, in: Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, cit., p. 111 e.v.; Oberhammer, *Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung. Gesichtspunkte der 'Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess'*, in: *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XIII*, Wien 1993, p. 33 e.v. Zie ook Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 2. Aufl., Tübingen, 1890, p. 29 e.v.

25 Kritisch daarover Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, 1992.

de Hoge Raad formuleert ze voortdurend²⁶ en wijst strakke regels als in hun algemeenheid onjuist van de hand²⁷. Al deze open normen hebben een materieelrechtelijk karakter, maar ze hebben een procesrechtelijk effect. Want de omstandigheden van het geval worden in de civielrechtelijke procedure gewogen. Het is de rechter die het resultaat van die weging bepaalt en het antwoord geeft op de vraag wat de inhoud van de materieelrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen is.

5. De verwevenheid tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht

Tot op zekere hoogte is het vanzelfsprekend en noodzakelijk dat de ontwikkelingen in het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht gelijk opgaan. Een regel van materieel recht kan alleen het beoogde gevolg hebben als het burgerlijk procesrecht niet aan afdwinging van dat materiële recht in de weg staat²⁸. Positief geformuleerd: als in het verbintenissenrecht de regel wordt ingevoerd dat een partij in bepaalde omstandigheden een mededelingsplicht heeft, moet de schending van die mededelingsplicht in een civielrechtelijke procedure natuurlijk wel worden afgestraft, bijvoorbeeld door het honoreren van een beroep op dwaling. Bovendien kan zo'n materieelrechtelijke mededelingsplicht doorwerken naar de procesrechtelijke stelplicht- of bewijslastverdeling²⁹. Het omgekeerde gebeurt

5

26 Met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst: HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331 (Polak/Zwolsman); HR 2 februari 2001, NJ 2001, 179 (Sint Maarten Veterinary Hospital/Animal Hospital of the Netherlands Antilles); HR 26 september 2003, NJ 2004, 460/461 (Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax). Zie voorts HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 (Stolte/Schiphoff); HR 10 januari 1997, NJ 1998, 544 (tandartswaarnemer); HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost); HR 11 maart 2005, NJ 2005, 576 (P&F/Idee 2). Met betrekking tot uitleg: HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Ermes/Haviltex); cfr. HR 25 september 1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-AMROBank). Met betrekking tot uitvoering: HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 882 (Vodafone/ETC). Met betrekking tot de conformiteitseis: HR 23 november 2007, NJ 2008, 552 (Ploum/Smeets).

27 Bijvoorbeeld HR 22 maart 1974, NJ 1974, 265 (Van Schaardenburg q.q./Van der Werff & Hubrecht); HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Zwolse wethouder); HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 (Stavenuiter/Oosterbaan); HR 1 juni 1990, NJ 1991, 377 (Kluwer/Lamoth); HR 28 september 2001, NJ 2002, 104 (Rowa/Hooters); HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 282 (De Rijk q.q./Van Roy); HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 202 (Brink/ABN Amro); HR 4 maart 2005, NJ 2005, 445 (Esso/Alberts); HR 13 april 2007, NJ 2007, 219; HR 26 oktober 2007, NJ 2007, 578 (Van Leeuwen/Knol).

28 Cfr. Jauernig, *Materielles Recht und Prozeßrecht*, cit., p. 331.

29 Dat is niet per definitie het geval. Zie HR 11 juli 2008, LjN BC8967 (X/Fortis). Voorbeelden van gevallen waarin het wel gebeurde: HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/Bink); HR 12 januari 2001, LjN AA9432; HR 9 september 2005, NJ 2006, 99.

ook: een nieuwe verdeling van de stelplicht- en/of bewijslast kan de materiële rechtsverhouding beïnvloeden³⁰. Als een werkgever stelt dat zijn werknemer heeft ingestemd met een loonsverlaging en de werknemer dat erkent, maar tegelijkertijd aanvoert dat zijn instemming op een tijdelijke loonsverlaging betrekking had, moet de werkgever volgens de Hoge Raad bewijzen dat de werknemer heeft ingestemd met een permanente loonsverlaging³¹. De werkgever die dat bewijs niet levert, zal de werknemer dus conform diens stellingen en na verloop van de door hem genoemde tijd het oorspronkelijke loon moeten betalen. Enigszins vergelijkbaar is de regel dat de arts die door een patiënt wordt aangesproken op een kunstfout, in een procedure de patiënt aanknopingspunten moet verschaffen voor eventuele bewijslevering³². De arts die deze processuele plicht verzaakt, trekt de bewijslast, dus het bewijsrisico en daarmee dus het risico van zijn materieelrechtelijke aansprakelijkheid naar zich toe³³.

Er zijn meer parallellen in de ontwikkelingen in het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht, parallellen die op zichzelf niet dwingend lijken maar eerder het gevolg van een heersende mentaliteit. Zo geeft de regel dat een partij haar gedrag mede moet laten bepalen door de belangen van haar wederpartij, uitdrukking aan een moreel getint beginsel van solidariteit of loyaliteit, een beginsel dat ook in het burgerlijk procesrecht zijn intrede heeft gedaan³⁴. En daar, in het burgerlijk procesrecht, is niet zozeer behoefte aan een uitwerking van het beginsel in de vorm van onderzoeks- en mededelingsplichten, want die hebben ten doel om

30 Zie ook, met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht, Giesen, Bewijs en aansprakelijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht, Den Haag, 2001, p. 455 e.v. Zie voorts Mekki/Grimaldi, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats*, *Revue des contrats* 2008/3, p. 681 e.v., p. 697 e.v.

31 HR 9 september 1994, NJ 1995, 113 (Clark/Rentokil). Naar ook blijkt uit de noot van Stein onder dit arrest, zal de bewijslast buiten arbeidsrechtelijke verhoudingen anders liggen: 'Deze bewijslastverdeling berust op de bewijspositie in het arbeidsrechtelijk geding, waar de voorkeur voor de bewijslastverdeling ten gunste van de werknemer prevaleert.'

32 Sinds HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman). Zie laatstelijk HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335. Idem, met betrekking tot een commissaris, HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Pasma q.q./Br.) en, met betrekking tot een notaris, HR 19 november 2004, LJN AR5917 ((Corubouw/X).

33 Zie HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn). Hij loopt zelfs het risico dat die aansprakelijkheid zonder meer wordt aangenomen: HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Staat).

34 Cfr. Aynès, *L'obligation de loyauté*, in: *L'obligation*, *Archives de philosophie de droit* 44 (2000), p. 195 e.v.

een partij in vrijheid en gelijkwaardigheid te laten beslissen over het sluiten van een overeenkomst³⁵. In het burgerlijk procesrecht draagt het solidariteitsbeginsel, in de vorm van de eisen van een goede procesorde, bij aan het herstel of behoud van de procesrechtelijke partijautonomie. Het stelt partijen dus in staat om in vrijheid en gelijkwaardigheid mee te praten over de inhoud en het verloop van de procedure³⁶, bijvoorbeeld door de eis dat een partij die zich op bepaalde feiten en omstandigheden wil beroepen, dit op zodanige wijze en zodanig tijdstip doet dat de wederpartij ervan kan kennisnemen en haar standpunt eraan kan aanpassen³⁷, dat ze dit op zodanige wijze doet dat voor de rechter en de wederpartij duidelijk is wat hen als grondslag van de vordering of het verweer wordt voorgelegd³⁸ en als in verband daarmee nader onderzoek nodig is, op een zodanig tijdstip in de procedure dat voor dat onderzoek nog gelegenheid is³⁹. Als de eisen van een goede procesorde meebrengen dat stellingen of stukken van een partij worden genegeerd, kan dat een bepalende invloed hebben op de uitslag van de procedure, dus op het procesrechtelijke antwoord op de vraag of een partij een materieel recht heeft of niet heeft.

6. De toenemende rechterlijke invloed op de uitkomst van de procedure

Een andere parallel in de ontwikkelingen in het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht zit in de toenemende bemoeienis van de overheid. Niemand kijkt er meer vreemd van op dat de Nederland-

6

35 Zie ook de opmerking van Vranken in het verslag van de vergadering naar aanleiding van Ynzonides/Ingelse/Bakels, Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, 2006, p. 59: 'Bij het invullen van de gezamenlijke verantwoordelijkheid moet uiteraard ruimte zijn voor partijen om op te komen voor het eigen standpunt en voor de eigen belangen. Wat uit de wereld moet worden geholpen, is 'trucs uithalen', opzettelijk vertraging veroorzaken, zand in de machine gooien en informatie achterhouden.' Bij gebreke van een duidelijke zin blijft de rol van mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht vaak wat in het luchtledige hangen. Zie bijvoorbeeld Giesen, De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling, TCR 2002, p. 85 e.v.

36 Cfr. HR 6 januari 1998, NJ 1999, 479 (Kinetics Technology/Mol); HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 653 (Rijpkema/KBS).

37 HR 26 april 1991, NJ 1992, 407; HR 7 december 2001, NJ 2003, 76; HR 29 november 2002, NJ 2004, 172 (Dipasa/Huyton); HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 620 (Eurol/Eurochemie); HR 22 februari 2008, NJ 2008, 124.

38 HR 31 december 1993, NJ 1994, 387 (Vogelsang/De Boer); HR 8 januari 1999, NJ 1999, 342; HR 15 juni 2001, NJ 2001, 573 (Chipshol/Coopers & Lybrand); HR 17 oktober 2008, RvdW 2008, 953 (COA/Baros); HR 17 oktober 2008, RvdW 2008, 955 (Baros/Embrica).

39 HR 29 september 1995, NJ 1996, 104 (Muller/Akkerman).

se of Europese overheid door middel van dwingende rechtsregels haar invloed uitoefent op de totstandkoming, inhoud of uitvoering van een overeenkomst. Het is inmiddels ook – althans in het westerse burgerlijk procesrecht⁴⁰ – volkomen aanvaard dat de rechter zich met het verloop en de inhoud van een procedure bemoeit⁴¹. Die rechterlijke bemoeienis heeft gevolgen voor materiële rechten – en dat is tot op zekere hoogte ook precies de bedoeling. Als een vermogende partij het materiële recht van haar wederpartij tracht te breken door haar in de procedure met behulp van verdragings-tactieken financieel uit te putten, kan rechterlijk ingrijpen dat voorkomen⁴². Zo groot is het vertrouwen in de rechter, dat in praktisch alle westerse landen zijn invloed op de procedure wordt versterkt. Daarin schuilt echter ook een gevaar, zeker als niet duidelijk is waar de grenzen van het rechterlijke activisme liggen. Het kan leiden tot procedures waarin een materieel recht wordt vastgesteld of afge-wezen terwijl we dat helemaal niet wenselijk vinden.

Ook de materieelrechtelijke ‘open normen’ waarover ik zojuist sprak, leiden tot een grotere rechterlijke invloed op de uitkomst van een geschil. En ook daaraan zitten schaduwkanten. Het klinkt goed dat de rechter de uitspraak kan doen die in het concrete geval het meest op haar plaats is. Maar het is lastig om de omstandigheden goed te wegen. Het is een feitelijke bezigheid maar in cassatie moet de rechter regelmatig worden ingescherpt dat zijn uitspraak duidelijk moet maken dat hij alle relevante⁴³ omstandig-

40 Cfr. Broeckx, The discretionary power of the judge. Regional report: Belgium, France, Italy, Netherlands, in: Storme/Hess (ed.), *Discretionary power of the Judge: limits and control*, Mechelen, 2003, p. 253; Herb, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, Tübingen, 2007, p. 35 e.v.

41 Cfr. Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen, 1982, p. 13 e.v.; Snijders-Klaassen-Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 4^e dr., 2007, nr. 42.

42 Zie art. 20 Rv en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (Van de Ven/Sleegers). Cfr. Zöllner, *Materielles Recht und Prozessrecht*, AcP 190 (1990), p. 484: ‘Die subjektive Rechte des materiellen Rechts wären unter einem gerichtsautoritären Prozessrecht substantiell etwas anderes als nach dem geltenden.’

43 Cfr. HR 31 oktober 2008, RvdW 2008, 985 (Erven Erdkamp/Dienst Landbouwkundig Onderzoek), rov. 3.6.2: ‘Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat het hof niet gehouden was op alle voormelde stellingen in te gaan. De verwerping van een aantal daarvan ligt bovendien al in de overwegingen van het hof besloten. De overige stellingen heeft het hof kennelijk niet van belang geacht voor zijn beslissing.’

heden waarop een partij zich heeft beroepen, heeft meegewogen⁴⁴. Als dat inderdaad is gebeurd, is de afweging soms niet logisch, of ontbeert ze overtuigingskracht⁴⁵. En dan is er het probleem dat de weging van de omstandigheden haar begrenzing vindt in het materiële privaatrecht. Een omstandigheid die voor het burgerlijk recht irrelevant is, zoals de omstandigheid dat de uitspraak de relatie tussen partijen langdurig zal verpesten, kan de rechter dus niet meewegen. Een ander nadeel van open normen is dat ze afbreuk doen aan de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken én dat ze leiden tot procedures waarvan de zin twijfelachtig is. Je kunt in de wet vastleggen dat een boom die binnen twee meter van de erfgrans staat, niet hoger mag zijn dan twee meter en aan die regel strak de hand houden⁴⁶. Je kunt ook vastleggen dat een boom geen hinder aan het naburige erf mag veroorzaken. À prima vista is de tweede regel redelijker⁴⁷. Maar bij nader inzien is twijfel op zijn plaats. Onder de eerste regel kun je burens die ruziën over de hinder die een boom op het ene erf aan het andere erf veroorzaakt, snel duidelijkheid verschaffen over hun rechtsposities. En misschien moet er onder de vigueur van die regel dan wel eens een boom weg die nauwelijks hinder veroorzaakt, en mag er wel eens een boom blijven staan die juist veel hinder veroorzaakt. De regel kan dus wel eens een onredelijk effect hebben. De tweede regel – een boom mag geen hinder veroorzaken – lijkt dat onredelijke effect uit te sluiten. Maar onder vigueur van de tweede regel kan alleen een procedure duidelijkheid respectievelijk zekerheid verschaffen, en in die procedure wordt misschien wel hoger beroep ingesteld, of zelfs cassatie, en na verwijzing nog eens cassatie. Is de tweede

44 Bijvoorbeeld met betrekking tot een beroep op een exonerationclausule: HR 15 december 1995, NJ 1996, 319 (Heeren/Mertens); HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242 (Mastum/Nationale Nederlanden); HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412 (Interpolis/Peeten); HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (Kuunders/Swinkels). Zie voorts HR 7 maart 2003, NJ 2005, 102 (Buysse/Swinkels).

45 Bijvoorbeeld HR 30 september 1994, NJ 1995, 45 (Van der Hoff/Nouwens); HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (Gem. Apeldoorn/Duisterhof); HR 26 maart 2004, NJ 2004, 309 (Anthea/ABN AMRO); HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558 (Hogendoorn/Benthuizen).

46 Cfr. art. 671 lid 1 Cc: 'Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus, et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations.'

47 Zie ook mijn opmerkingen in het tweede deel van mijn kroniek van het zakenrecht, NTBR 2008/45, p. 352, naar aanleiding van een artikel van Gräler, Beplantingen bij de grenslijn. Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen, WPNR 6493 (2002), p. 439 e.v.

regel nu beter omdat hij leidt tot een uitspraak die is afgestemd op de omstandigheden van het concrete geval? Daargelaten de vraag of zo'n uitspraak ook werkelijk steeds volledig recht doet aan de omstandigheden van het geval – mijn eigen ervaringen leiden niet tot een bevestigend antwoord –, het betekent ook dat partijen die in de procedure betrokken raken in onzekerheid verkeren totdat hun zaak definitief is afgedaan. En wie in onzekerheid verkeert, heeft de neiging te blijven zitten waar hij zit; soms kán hij ook niet anders. De partijen die procederen over de vraag of de boom wel of niet weg moet, zullen hun huis niet kunnen verkopen zonder gegadigden te informeren over de procedure. Dat zal potentiële kopers afschrikken, en in elk geval tot gevolg hebben dat de interesse voor en daarmee de waarde van hun woning daalt. Op macro-economisch niveau heeft de tendens om rechters in procedures de ruimte te geven om een uitspraak te doen die is afgestemd op de omstandigheden van het geval, een remmend effect op de goederenomloop. Je hoeft geen ziener te zijn om te kunnen zeggen dat er een tijd zal komen waarin we weer wat anders tegen de functie van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht aankijken en waarin andere belangen, zoals het belang van de rechtszekerheid, zwaarder zullen wegen omdat gewijzigde maatschappelijke omstandigheden daar nu eenmaal om vragen. Als het zover is, zal ook de speelruimte van de rechter worden teruggedrongen.

7. Het burgerlijk procesrecht maakt en breekt materiële rechten

7

Als uitvloeisel van de partijautonomie in het burgerlijk procesrecht geldt dat het de partijen in een geschil zijn die beslissen of zij een procedure aanhangig maken. Zij zijn daarin volstrekt vrij. We laten het gebeuren – en het gebeurt dan ook dagelijks – dat mensen een in hun ogen onterechte civielrechtelijke claim voldoen, alleen maar omdat hun wederpartij een advocaat of deurwaarder heeft ingeschakeld die tot betaling sommeert, bovendien aanspraak maakt op rente en incassokosten en dreigt met een procedure. En omgekeerd besluiten velen om een vordering niet te incasseren als de wederpartij laat weten dat ze die vordering niet vrijwillig zal voldoen. Maar als geen van beide partijen toegeeft en een procedure volgt, is de rechter – als gezegd – verplicht om het geschil te beoordelen binnen de door partijen getrokken grenzen. De verantwoordelijkheid voor de beschrijving van het geschil ligt dus bij partijen. Doordat zij over en weer elkanders stellingen bevestigen, betwisten of aanvullen, krijgt de rechter zicht op wat partijen ver-

deeld houdt en wat hij te beslechten heeft. Inherent aan dit systeem is dat een partij haar verantwoordelijkheid niet of niet goed kan nemen en een stelling, die zij eigenlijk zou moeten betwisten, bevestigt of niet betwist. Dan krijgt de rechter een ander beeld van het geschil dan wanneer de stelling zou worden betwist. Dat kan leiden tot een uitspraak die uitgaat van een feitencomplex dat niet aan de realiteit beantwoordt. Vaak blijft dat voor buitenstaanders verborgen. Soms blijkt het achteraf, door gesprekken met de partijen, zoals in 'De Hoge Raad van onderen'⁴⁸ en de rubriek 'De vindplaats' in *Trema*. Een enkele keer wordt al tijdens de procedure duidelijk dat de rechter is uitgegaan van een feitencomplex dat niet aan de werkelijkheid beantwoordt. Soms kan dat worden gecorrigeerd, doordat de rechter in de lopende instantie nog ruimte heeft om terug te komen op een eindbeslissing⁴⁹ of doordat tegen een onjuiste feitelijke vaststelling kan worden geappelleerd. Maar soms valt het niet meer te corrigeren. Zo kan de partij die in appel haar memorie van grieven al heeft genomen, geen grief⁵⁰ meer aanvoeren tegen een onjuiste feitelijke vaststelling⁵¹. En in cassatie pleegt de klacht dat het hof is uitgegaan van een onjuist feit, te worden afgedaan als een feitelijk novum waarvoor in cassatie geen plaats is⁵². En als een procedure eenmaal is geëindigd, staat het gezag van gewijsde eraan in de weg dat een partij een nieuwe procedure over hetzelfde geschil begint, ook als zij kan aantonen dat de beslissing

48 Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, 2^e dr., Deventer, 1999.

49 Cfr. Verduyn, *Een nieuwe maatstaf voor heroverweging van bindende eindbeslissingen*, TCR 2008/3, p. 73 e.v. en de annotatie (sub 4) van H.J. Snijders onder HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 (*De Vries/Gem. Voorst*). Zie ook Asser/Groen/Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, 2006, p. 140.

50 Dat is een grond die ertoe strekt dat de bestreden uitspraak wordt vernietigd, aldus HR 3 februari 2006, NJ 2006, 120 (*Budé/Geju*). Zie ook HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344 (*Maclaine Pont/De Haan*); HR 20 juni 2008, RvdW 2008, 649 (*Willemsen/NOM*).

51 De appelrechter mag in beginsel geen acht slaan op een grief die eerst bij pleidooi in hoger beroep wordt voorgedragen: HR 11 november 1983, NJ 1984, 298; HR 13 maart 1987, NJ 1987, 679; HR 14 juni 1991, NJ 1992, 408 (*Eos-Isar/Luiten*); HR 25 november 1994, NJ 1995, 323 (*Heesakker/Progress*); HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruitery/MBO-Ruiters*); HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 21 (*Poldervaart/Smit Havensleepdiensten*); HR 5 november 1999, NJ 2000, 65; HR 12 mei 2000, LJN AA5785 (*X/Beldor*). Uitzondering: de wederpartij stemt er ondubbelzinnig in toe dat de grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken of de aard van de procedure leidt tot een andere regel (HR 26 april 1991, NJ 1992, 407). Geen uitzondering: de bij de procedure betrokken belangen van partijen (HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 66 inz. *Rademakers/Pensioenfondss*).

52 Cfr. Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen*, 4^e dr., Deventer, 2005, nr. 137.

die in het beëindigde geschil is genomen, onjuist is⁵³. Er werd lang geen probleem van gemaakt dat de partijautonomie kan leiden tot een rechtsbetrekking die niet aansluit bij de werkelijkheid zoals die bestond voordat partijen met elkaar in conflict raakten. We hebben daar een prachtige redenering voor, die teruggaat op Eggens⁵⁴: de rechtsbetrekking geldt positiefrechtelijk zó als de rechter haar in en door zijn vonnis doet gelden, het is de materiële rechtsbetrekking van partijen zelf die procedeert en daardoor – onverschillig hoe zij vroeger te gelden had – wordt tot rechtsbetrekking gelijk zij voortaan positiefrechtelijk te gelden heeft. Deze beschrijving laat op onnavolgbare wijze zien hoe nauw burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht zijn verweven, maar Eggens gaat hier nog altijd, zou ik althans denken, uit van de traditionele gedachte dat het burgerlijk procesrecht dienstbaar is aan het burgerlijk recht. En bij die gedachte wil ik een kanttekening plaatsen. Geen burgerlijk procesrecht zonder burgerlijk recht; maar zoals ik al zei: het burgerlijk procesrecht kan een materieelrechtelijk recht maken en breken.

Dat het burgerlijk procesrecht een materieelrechtelijk recht kan máken, blijkt heel mooi uit HR 25 november 2005, LJN AU2403. De eigenaar van een erf aan de Hillegommerdijk in Beinsdorp – een gehucht in de Haarlemmermeer – had bij dagvaarding van 2 april 2001 voor de rechtbank Haarlem een uitspraak gevraagd over een erfdiensbaarheid van weg die, naar hij stelde, ten laste van zijn perceel door verkrijgende verjaring was ontstaan. Die stelling kon onmogelijk juist zijn. Onder de vigeur van het oude BW was het bezit van een erfdiensbaarheid van weg namelijk niet mogelijk. Op grond van art. 95 Overgangswet NBW kon de verjaringstermijn pas op 1 januari 1992 zijn gaan lopen, zodat de vereiste termijn van twintig jaar (art. 3:306 jo. art. 3:105 BW) in 2001 nog niet kon zijn verstreken. De aanleiding voor de vordering van de eigenaar was het feit dat zijn buurman een kampeerboerderij had opgezet en de weg mede in het kader van de exploitatie van zijn camping was gaan

53 Art. 236 Rv. Zie laatstelijk HR 12 september 2008, LJN BD5986, RvdW 2008, 836 en de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent voor dit arrest. De regel kent een aantal uitzonderingen. Zie het overzicht in Wet & Rechtspraak Burgerlijke rechtsvordering, art. 236 (Van Schaick).

54 Land-Eggens, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek VI (Bewijs), 2^e dr., 1933, p. 7 e.v. In vergelijkbare zin reeds Binder, Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leizig, 1927 (Neudr. Aalen, 1969), p. 103 e.v. Zie ook Heemskerk, Vorderingsrecht en rechtsvordering. Over actiënrecht en boek 3 titel 11 ontwerp-B.W., Deventer, 1974, p. 12 e.v.; Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 21^e dr., 2006, nr. 1.

gebruiken. Door middel van de procedure wilde hij bewerkstelligen dat er aan dat gebruik een einde kwam. De gedaagde buurman betwistte niet dat hij gerechtigd was tot het gebruik van de weg krachtens een recht van erfdiensbaarheid dat hij door verjaring had verkregen. Hij eiste in reconventie wel dat hem het gebruik van de weg mede ten behoeve van zijn camping werd toegestaan. De rechtbank ging er in haar vonnis dus van uit – *moest* ervan uitgaan – dat het perceel van de eiser was belast met een erfdiensbaarheid van weg. Vervolgens besliste ze dat de buurman de weg niet mede voor de exploitatie van zijn camping mocht gebruiken. Tegen die beslissing, maar alleen tegen die beslissing, appelleerde de buurman. In zijn arrest van 26 februari 2004 constateerde het hof dat tussen partijen vaststond dat het erf van de geïntimeerde was bezwaard met een door verjaring ontstane erfdiensbaarheid van weg ten behoeve van het erf van de appellante. Het hof besliste vervolgens met toepassing van art. 5:78 sub a BW dat de buurman de weg niet langer mocht gebruiken ten behoeve van de exploitatie van zijn camping. Uit deze uitspraak leidde de buurman kennelijk af dat een beroep op een noodweg hem wellicht een beter resultaat zou hebben verschaft. In cassatie klaagde hij dat het hof ambtshalve, met aanvulling van rechtsgronden, had moeten constateren dat er helemaal geen sprake kon zijn van een erfdiensbaarheid en die erfdiensbaarheid dus niet aan zijn uitspraak ten grondslag had mogen leggen. Maar de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO⁵⁵. En daarom staat nu, op grond van art. 236 Rv, tussen partijen en hun rechtsopvolgers onder algemene en bijzondere titel vast dat er aan de Hillegommerdijk in Beinsdorp iemand woont die krachtens een recht van erfdiensbaarheid over een weg van zijn buurman rijdt, terwijl hij helemaal geen recht van erfdiensbaarheid had. Dat is een voldongen, niet meer ongedaan te maken feit. En de procedure, het burgerlijk procesrecht dus, heeft dit recht van erfdiensbaarheid gecreëerd.

Het burgerlijk procesrecht kan een materieel recht ook bréken. Daartoe wijs ik op HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 (Van Mierlo/

55 Cfr. A-G De Vries Lentsch-Kostens in haar conclusie (sub 8) voor het arrest: 'Uit het voorgaande volgt dat het middel ofwel heeft miskend dat het bestaan van de erfdiensbaarheid geen onderdeel van de rechtsstrijd in appel uitmaakte ofwel dat de door het middel bedoelde rechtsregels niet van openbare orde zijn in de hier bedoelde zin; het lijkt mij dat het middel de grenzen van de rechtsstrijd in appel heeft miskend nu het middel niet rept over rechtsregels van openbare orde.'

Dimopoulos). Van Mierlo was eigenares van bedrijfsruimte in de Lange Leidsedwardsstraat in Amsterdam die verhuurd was geweest aan Dimopoulos, uitbater van een Grieks restaurant. Partijen hadden al eerder een ontruimingsprocedure en twee kortgedingprocedures gevoerd en uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst gesloten. Daarbij had Van Mierlo zich verbonden om aan Dimopoulos de bedrijfsruimte weer te huur aan te bieden zodra deze was gesloopt en herbouwd. Van Mierlo had deze verplichting echter in de wind geslagen en dat was voor Dimopoulos reden om in een nieuwe procedure aanspraak te maken op schadevergoeding ter hoogte van fl. 471.000. In deze nieuwe procedure voor de kantonrechter te Amsterdam verweerde Van Mierlo zich onder meer door de stelling dat zij niet in verzuim was en dat zij niet eens in gebreke was gesteld, zodat zij dus niet schadeplichtig kon zijn. De kantonrechter bood Dimopoulos gelegenheid om op dit verweer te reageren. In een akte beriep Dimopoulos zich op vijf brieven die door of namens hem aan Van Mierlo waren gestuurd. Die brieven konden echter naar de mening van de kantonrechter niet als een ingebrekestelling gelden. Hij wees de vordering van Dimopoulos dus af. Dimopoulos appelleerde. In de appelprocedure vond de rechtbank tussen de overgelegde stukken uit de eerdere kortgedingprocedures een brief van de advocaat van Dimopoulos die naar haar oordeel beantwoordde aan de eisen van art. 6:82 BW. Hoewel Dimopoulos zelf op deze brief geen beroep had gedaan, besliste de rechtbank dat Van Mierlo, gezien deze brief, wel degelijk in verzuim was geraakt. Zij wees de schadevergoedingsvordering van Dimopoulos alsnog (gedeeltelijk) toe. Dit vonnis werd in cassatie vernietigd. Mèt Van Mierlo meende de Hoge Raad dat de rechtbank niet de vrijheid had gehad om ambtshalve haar beslissing te baseren op een brief waarop Dimopoulos zelf zich niet had beroepen. Na verwijzing besliste Hof Amsterdam 11 januari 2007, NJF 2007, 201 dat de brieven waarop Dimopoulos zich wél had beroepen, niet tot het verzuim van Van Mierlo konden hebben geleid. En het hof bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter waarbij de vordering tot schadevergoeding was afgewezen. Rechtens staat nu vast dat Dimopoulos geen recht op schadevergoeding heeft. Het mag zo zijn dat Van Mierlo naar de maatstaven van het burgerlijk recht in verzuim en schadeplichtig was; het is het burgerlijk procesrecht dat heeft bewerkstelligd dat Dimopoulos geen recht op schadevergoeding heeft omdat *niet* kan worden aangenomen dat hij Van Mierlo in

gebreke heeft gesteld⁵⁶. Van een dienende functie van het burgerlijk procesrecht kun je hier eigenlijk niet meer spreken.

8. Waarheidsvinding en feitenvinding

De buurman in de Beinsdorper procedure hield aan zijn procedure een recht van erfdiensbaarheid over dat hij in werkelijkheid helemaal niet had. Dimopoulos verloor door zijn procedure tegen van Mierlo een recht op schadevergoeding dat hij in werkelijkheid wél had. In beide zaken hebben rechters in volle bewustzijn uitspraak gedaan op basis van feiten die niet aan de werkelijkheid beantwoorden. Is dat erg? Is dat een misstand? Regelmatig wordt gesuggereerd dat het in een civielrechtelijke procedure draait om de waarheid, de échte feiten; dat een rechterlijke uitspraak moet aansluiten bij de werkelijkheid en, inderdaad, dat het een misstand is als dat niet zo is. Het zijn bepaald niet de minsten die het suggereren: Vranken heeft geschreven dat het 'te vaak' voorkomt dat de rechter uitspraak doet op basis van een lacuneus of onjuist feiten-substraat⁵⁷. Volgens Asser is het 'een maatschappelijk belang van de eerste orde dat de waarheid aan het licht komt'⁵⁸. De wetgever

8

56 Zie ook HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344 (Maclaine Pont/De Haan), waarin een brief houdende een buitengerechtelijke vernietiging van een exoneratieclausule werd genegeerd en een beroep op verjaring van het recht op vernietiging van de exoneratieclausule werd gehonoreerd. Er is veel aandacht aan het arrest besteed, maar die heeft betrekking op de vraag in hoeverre de rechter gehouden is om ambtshalve dwingend Europees recht toe te passen. Zie Hartkamp, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht, Rede, Deventer 2007. Loos, Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen? WPNR 6727 (2007), p. 867 e.v., met reactie van Hartkamp, Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. Heeft de Hoge Raad de jurisprudentie van het Hof van Justitie gemist? en naschrift Loos, in WPNR 6736 (2007), p. 1055 e.v.; H.J. Snijders, Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt, WPNR 6761 (2008), p. 541 e.v.; Loos, annotatie in TvC 2008, p. 112 e.v. Niemand heeft er een probleem van gemaakt dat het arrest uitgaat van een feitencomplex dat niet beantwoordt aan de werkelijkheid.

57 Asser-Vranken, Algemeen Deel**, Deventer, 1995, nr. 43.

58 Asser, Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces (Jaarrede NJV), NJB 1999, p. 1253. In Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p. 80, wordt dit iets afgezwakt tot de stelling dat het 'van maatschappelijk belang [is] dat de rechterlijke beslissingen berusten op de realiteit en niet op wat door strategie en tactiek van de procespartijen tot 'formele waarheid' in het geding is geworden.' Een 'behoorlijke rechtspleging' zou meebrengen dat de rechterlijke beslissing zoveel mogelijk moet aansluiten bij de werkelijkheid zoals die zich in de verhouding tussen de procespartijen heeft gedaan en voordoet. De stelling wordt gemotiveerd door een verwijzing naar Klaassen, Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding, in: Cleiren/De Bock/Klaassen, Het procesrecht en de waarheidsvinding, Den Haag, 2001, p. 47-48, die inderdaad dezelfde stelling verdedigt, maar daarbij weer verwijst naar standpunten van Asser en Vranken. Zie ook Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p. 203.

suggereert een aantasting van de kwaliteit van de rechtspraak als de feitelijke grondslag van de beslissing afwijkt van de werkelijkheid⁵⁹. En zelfs de Hoge Raad spreekt over 'het grote belang van de waarheidsvinding'⁶⁰. Wie durft tegenover zoveel gezag nog een ander standpunt te verdedigen?

Ik neem opnieuw mijn leermeester tot voorbeeld en ga hier, zoals Schoordijk dat zelf noemt, 'professioneel dwarsliggen'. Er is geen sprake van een misstand. Sterker nog: buiten gevallen van misleiding of bedrog⁶¹ heeft het burgerlijk procesrecht maar weinig boodschap aan de waarheid. Goedbeschouwd lapt het burgerlijk procesrecht de waarheid veelal aan zijn laars. Dat is ook inherent aan een systeem dat de partijautonomie tot uitgangspunt neemt. Die partijautonomie is gecodificeerd in art. 149 lid 1 Rv. Het artikel verbiedt de rechter om andere feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag te leggen dan die welke in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn komen vast te staan⁶². En het artikel verplicht de rechter om feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn

59 MvA I art. 111, Van Mierlo/Bart, Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht, p. 292: 'Wel acht ik het van groot belang dat er ruimte blijft voor de ontwikkeling van het feitelijke debat. Waar die ruimte te zeer wordt beknot, vergroot dat het gevaar van uitspraken waarvan de feitelijke grondslag niet spoort met de werkelijkheid. Het automatisch blokkeren van alle niet aanstonds vermelde feiten kan derhalve de kwaliteit van de rechtspraak aantasten ...'.

60 HR 13 september 1996, NJ 1996, 731 (Van der Woude/Nedlloyd); HR 2 mei 1997, NJ 1998, 237 (Caransa/Lüske); HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394 (Mr. X/Van Dommelen); HR 19 september 2003, NJ 2005, 454 (Van Hulst/Van Eeuwijk & de Staat); HR 15 oktober 1999, NJ 2001, 42.

61 Cfr. art. 382 en 390 Rv (herroeping), waarover in het bijzonder Ten Kate/Korsten-Krijnen, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken, Deventer, 2005, p. 49 e.v. Het rechtsmiddel wordt weinig wordt ingezet en nog minder wordt de vordering of het verzoek tot herroeping toegewezen. Tegenover uitspraken die wijzen op een zekere versoepeling van het vereiste van bedrog (HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 inz. Goosen/Goosen en HR 19 december 2003, NJ 2005, 181 inz. G./Rabobank; cfr. Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p. 80) staan uitspraken die wijzen op terughoudendheid (HR 20 juni 2003, NJ 2004, 569 inz. Waterschap/Milieutech en HR 23 december 2005, NJ 2007, 162 inz. Kooijman c.s./Landinrichtingscommissie). Mij dunkt dat ten Kate, in zijn conclusie (sub 22) voor HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554, ten onrechte suggereert dat het rechtsmiddel uitdrukking geeft aan het belang van de waarheidsvinding.

62 Zie ook art. 24 Rv. Zie reeds Eggens, De beginselen van het burgerlijk bewijs, cit., p. 293: 'De eiser maakt dus zijne stellingen waar doordat – en in zoverre – de gedaagde deze erkent en daarmee tot de zijne maakt, terwijl voor den gedaagde omgekeerd hetzelfde geldt. En terwijl een wederzijdse erkenning dat de aarde vierkant is, daaromtrent niets zou bepalen (noch materieel, noch bewijsrechtelijk en dit laatste noch naar 'logisch' noch naar 'conventioneel' of 'maatschappelijk' bewijs), en alleen zou bewijzen dat de erkennenden het eens waren en waarschijnlijk in een eigenaardigen geestestoestand verkeerden, bepalen bovenbedoelde partijen, voorzoverre hare stellingen overeenstemmen, harer rechtsbetrekking jegens elkander. En dit bepalen houdt dan in zowel de vaststelling harer betrekking gelijk zij die – voortaan – willen doen gelden, als het bewijs daarvan, zowel aan elkander als aan den rechter.'

betwist, als vaststaand te beschouwen. Voor degenen die prioriteit geven aan de waarheidsvinding, zou het een onaanvaardbare regel moeten zijn⁶³. De feiten en rechten worden immers gesteld door partijen die met elkaar een geschil hebben. Die partijen zijn per definitie subjectief en daarmee onbetrouwbaar⁶⁴. En de partijen hebben niet zomaar een conflict met elkaar, zij staan tot elkaar in een conflict dat is geëscaleerd tot een gerechtelijke procedure, die partijen naar haar aard verder uit elkaar drijft doordat zij over en weer de argumenten die in hun voordeel spreken, verscherpt formuleren en argumenten die tegen hun standpunt pleiten, afzwakken of verzwijgen. Ik maak maar zelden mee dat partijen hun geschil nog volstrekt zakelijk kunnen bekijken; vaker zie ik dat een procedure het slechtste in mensen boven brengt. Procederen is duur, het verlies van de procedure nog veel duurder. De weg naar de winst verloopt niet volstrekt rationeel, en hangt niet per se af van de vaststelling van de waarheid. Dat is voor de eiser niet bepaald een uitnodiging om het met de waarheid erg nauw te nemen. Het is dan tamelijk naïef om te veronderstellen dat de waarheid wel boven tafel zal komen doordat de gedaagde – die om dezelfde reden als de eiser weinig reden heeft om aan de waarheid prioriteit te geven – stellingen van de eiser zal betwisten voor zover en omdat die geen grond vinden in de werkelijkheid⁶⁵. De realiteit is – natuurlijk – dat de gedaagde zich bij het formuleren van zijn reactie op de dagvaarding laat leiden door strategische overwegingen: welke juridische, maar ook welke *feitelijke* stelling-

63 Zie Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p. 81. De regel staat ook in Frankrijk onder druk. Zie Cour de cassation (civ. 2e) 10 mei 1991, Bull. civ. II, nr. 142 en de noot van Normand, Le juge peut-il tenir pour non établi un fait allégué et non contesté? RTDC 1992, p. 47 e.v.; Héron/Le Bars, Droit Judiciaire Privé, 3^e dr., 2006, nr. 263. Zie ook Ingelse, Herbezinning op de partijautonomie, in: Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, cit., p. 60.

64 Le Masson, La recherche de la vérité dans le proces civil, Nantes, 1991, nr. 278.

65 Cfr. Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen, 1995, p. 132 e.v. Maar zie Denning LJ, Jones vs NCB [1957] 2 All E.R. 155 (159): 'In the system of trial which we have evolved in this country, the Judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of the society at large, as happens, we believe, in some foreign countries (...) His object above all is to find out the truth, and to do justice according to law; and in the daily pursuit of it the advocate plays an honourable and necessary role. Was it not Lord Eldon, L.C., who said in a notable passage that 'truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question' (...) and Lord Greene, M.R., who explained that justice is best done by a judge who holds the balance between the contending parties without himself taking part in their disputations? If a judge, said Lord Greene, should himself conduct the examination of witnesses, 'he, so to speak, descends into the arena and is liable to have his vision clouded by the dust of the conflict.' (...)'

name geeft h m de beste kans op winst van de procedure? Zo kan een verklaring voor het verloop van de Beinsdorper zaak zijn dat de eiser en diens advocaat door een gebrek aan kennis werkelijk, maar ten onrechte, hebben gemeend dat de buurman door verjaring een erfdiensbaarheid van weg had verkregen. De advocaat van de buurman heeft zich misschien w l gerealiseerd dat er helemaal geen sprake kon zijn van een erfdiensbaarheid. Maar dan heeft hij – althans aanvankelijk – waarschijnlijk gemeend dat hij de stelling maar beter niet kon bestrijden: hij zou zijn wederpartij een beter inzicht in diens rechtspositie verschaffen, met het risico dat deze de eis zou wijzigen en een absoluut verbod van gebruik van de weg zou vorderen. De Hoge Raad – nog wel met Asser in de kamer – heeft er kennelijk geen groot maatschappelijk belang in gezien dat in deze zaak uitspraak werd gedaan op basis van een feitencomplex dat aansloot bij de realiteit. Noch het hof noch de advocaat-generaal noch de Hoge Raad heeft een woord gewijd aan het belang van de waarheidsvinding.

Nu waren de partijen in de Beinsdorper zaak het aanvankelijk met elkaar eens over de erfdiensbaarheid van weg, en als de procedure is verlopen zoals ik zojuist veronderstelde, dan heeft de tactische beslissing van de buurman zich uiteindelijk tegen hem gekeerd. Maar dat is niet de dragende grond om de waarheid te laten voor wat ze is. In de Amsterdamse zaak b ten de stellingen van partijen elkaar. Van Mierlo beweerde dat ze niet in verzuim was, Dimopoulos beweerde van wel. Aan de hand van de stukken die in het geding waren gebracht, was vast te stellen wie loog, maar dat – de waarheid dus – kreeg in die zaak geen prioriteit. En hoewel in de literatuur het tegendeel wordt gesuggereerd⁶⁶, is dat niet anders als door middel van *bewijsvoering* moet worden vastgesteld welke van de tegenstrijdige stellingen juist is. Het draait in het bewijsrecht niet primair om waarheidsvinding; het draait er om feitenvinding⁶⁷. Het bewijsrecht beoogt de rechter in staat te stellen om uitspraak te doen, naar Eggens⁶⁸: om bindend de vermogensrech-

66 Cfr. Pitlo-Hidma-Rutgers, *Bewijs*, 8^e dr., Deventer, 2004, nr. 5, p. 10.

67 Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948 (herdr. 2002), nr. 123; Keane, *The Modern Law of Evidence*, 7^e dr., Oxford, 2008, p. 1 e.v. Cfr. Röell, *Bewijslastverdeling voor beginners*, Adv.bl. 2008, p. 498: 'Hoezeer het rechterlijk streven ook gericht zal zijn op waarheidsvinding, uiteindelijk behoeft hij slechts te beoordelen of degene die de bewijslast heeft, daarin ook is geslaagd.'

68 Eggens, *De beginselen van het burgerlijk bewijs*, cit., p. 284.

telijke rechtsbetrekking tussen eiser en gedaagde te bepalen. Die stelling valt met een grote hoeveelheid argumenten te motiveren. Ik kan er hier slechts enkele noemen⁶⁹.

Art. 149 lid 1 Rv bepaalt niet alleen dat de rechter feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld als vaststaand moet beschouwen als de wederpartij ze *niet* heeft betwist, maar ook als de wederpartij ze *niet voldoende* heeft betwist⁷⁰. Als de waarheidsvinding in het burgerlijk procesrecht prioriteit zou hebben, dan zou toch elke, dus ook de slápste betwisting tot nader onderzoek moeten leiden? Maar in de praktijk misbruikt de rechter de opening die art. 149 lid 1 Rv hier biedt, want wie of wat bepaalt dat een partij een stelling 'niet voldoende' betwist? Soms voorziet de rechter dat de partij die bewijs aanbiedt van een stelling, niet in dat bewijs zal slagen. Maar het is hem verboden om op die grond een

69 Andere voorbeelden: de vrijheid van de rechter om een bewijsaanbod te passeren als te vaag, te laat (cfr. MvT art. 111, Van Mierlo/Bart, Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht, p. 280) of, in hoger beroep, onvoldoende gemotiveerd (cfr. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270 inz. OZ/Roozen), hoewel de rechter vrij is om ambtshalve bewijs van een stelling op te dragen (cfr. HR 13 februari 1998, NJ 1999, 560 en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 31 oktober 2008, LjN BF0417). Verder: het feit dat het bewijs van een stelling waarvan de juistheid van doorslaggevend belang is, niet uit handen van partijen wordt genomen (cfr. Jolowicz, On civil procedure, cit., p. 222 e.v.) en wordt opgedragen aan deskundigen, zoals gebeurt – of gebeurde – in socialistische rechtsstelsels (cfr. Oberhammer, Justiz im Umbruch: Richtermacht in den neuen Demokratien Mitteleuropas, in: Storme/Hess (ed.), Discretionary power of the Judge, cit., p. 273 e.v.; Le Masson, La recherche de la vérité dans le proces civil, cit., nr. 268; Montero Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 5a ed., Cizur Menor, 2007, p. 53 e.v.). Voorts: het feit dat uitgangspunt niet is dat die partij de bewijslast draagt wier stellingen naar het oordeel van de rechter het minst plausibel zijn (cfr. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Paris, 1911 (herdr. 2001), p. 550 e.v.), en het feit dat bewijsnood geen reden is om de bewijslast om te keren (HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 inz. Stad Rotterdam/Zonneveld; zie ook Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, cit., nr. 125: '[I] paraît quelque peu choquant, dès lors, de voir succomber une partie sous le seul prétexte que la preuve lui aurait été plus facile qu'à son adversaire, alors que, par hypothèse, cette preuve n'a pu être faite.'). Voorts ook: de beperking van de waarderingsvrijheid van de rechter (art. 152 lid 2 Rv) door art. 153 Rv, art. 154 Rv (cfr. de conclusie van A-G Verkade (sub 5.3 e.v.) voor HR 21 november 2008, LjN BF5285 inz. X/Advex), art. 157 e.v. Rv, art. 7:900 lid 3 BW (cfr. Le Masson, La recherche de la vérité dans le proces civil, cit., nr. 266 e.v.). Ten slotte: de uitsluiting van bewijs dat onrechtmatig is verkregen (cfr. Kremer, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken, Deventer, 1999; Cour de cassation 15 mei 2007, Rec. Dall. 2007, AJ p. 1590, waarover Perrot, Le droit à la preuve et les secrets de la vie privée, RTDC 2007, p. 637 e.v.; Cour de cassation (civ. 1re) 16 oktober 2008, no. 07-15.778).

70 Zie ook § 138 Abs. 3 BGB: 'Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.' Cfr. Art. 148 Abs 2 E-ZPO Zwitserland: 'Ob eine weder ausdrücklich bestrittene noch ausdrücklich zugestandene Tatsache als streitig anzusehen ist, beurteilt das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens.'

bewijsaanbod te passeren⁷¹. Dankzij art. 149 lid 1 Rv is het toch lange halen, snel thuis⁷²: de rechter oordeelt simpelweg dat een partij de stellingen van de wederpartij onvoldoende gemotiveerd heeft betwist en schrijft een eindvonnis⁷³. En soms – vaak ook niet –, soms bewijst de rechter zo niet alleen zichzelf maar ook beide partijen een grote dienst.

De partij die de bewijslast draagt, draagt ook het zogenaamde ‘bewijsrisico’: als zij het bewijs van het feit dat zij moet bewijzen niet levert, zal de rechter haar vordering niet toewijzen⁷⁴. Ik ben erin geslaagd om mijn auto aan Schoordijk te verkopen voor 75. Schoordijk heeft echter zwaar te lijden onder de kredietcrisis en, nog veel erger, zijn vrouw is woedend dat hij in deze omstandigheden mijn bolide heeft gekocht. Ze dreigt met echtscheiding. Uiteindelijk weigert Schoordijk om onze overeenkomst na te komen. Ik begin een procedure waarin ik betaling en afname vorder, maar in die procedure ontkent Schoordijk dat hij met mij een koopovereenkomst heeft gesloten. In dit voorbeeld zal de rechter mij opdragen om de koopovereenkomst met Schoordijk te bewijzen. Ik laat mezelf en Schoordijk als getuigen horen. Uiteraard verklaar ik naar waarheid over de koopovereenkomst die ik met Schoordijk heb gesloten. En dan is Schoordijk aan de beurt. Zweetdruppels parelen op zijn kalende schedel, maar binnenin klinken nog de dreigende woorden die zijn vrouw sprak toen zij hem voor de rechtbank afzette: ‘Echtscheiding Manus!’ En zo valt de keuze tussen de waarheid en Schoordijks vrouw in mijn nadeel uit: Schoordijk ontkent, onder ede, dat hij met mij heeft gecontracteerd. De rechter

71 Vaste rechtspraak sinds HR 18 juni 1982, NJ 1982, 606 (Hurkmans/Schuurink). Zie laatstelijk HR 1 april 2005, NJ 2006, 5 (Zeegers/Nieuwenkamp). Uitzondering: de rechter komt bij zijn *ambtshalve* onderzoek of er reden is om een partij tot bewijs toe te laten, tot de conclusie dat dit zinloos is. Zie HR 13 februari 1998, NJ 1999, 560 (Teernstra/Kuijpers).

72 Zo'n uitspraak is meestal geen publicatie waard. Zie voor een uitzondering HR 5 september 2008, NJ 2008, 481.

73 Cfr. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713 (Van der Meulen/Haquebord). Zie de conclusie (sub 5) van A-G Huydecoper voor HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 520 (M/Saenwonen): ‘... omdat ik niet kan of wil verhelen dat het standpunt dat M. in de feitelijke instanties heeft verdedigd bepaald de indruk wekt, dat het onaannemelijk is. Dan treft het onaangenaam, te moeten constateren dat er niettemin (louter) processuele redenen zijn waarom dat standpunt niet, op de wijze zoals dat in de appelinstantie is gebeurd, had mogen worden afgedaan. Als het zojuist uitgesproken vermoeden juist blijkt te zijn ligt in de rede dat er nog geruime tijd geprocedeerd zal (moeten) worden voordat de uitkomst die toch nu al met enige mate van waarschijnlijkheid valt te voorspellen, ook daadwerkelijk bereikt zal zijn - wat niet tot nut van de procespartijen is, en al helemaal niet tot nut van de samenleving als geheel en van de woningzoekenden in Zaandam in het bijzonder.’

74 Daarover uitvoerig, met het accent op het aansprakelijkheidsrecht, Giesen, Bewijs en aansprakelijkheidsrecht, cit., p. 17 e.v.

zit met tegenstrijdige getuigenverklaringen. Wat nu? Het is als de aanvaller die neergaat in het strafschopgebied en een strafschop claimt, terwijl de verdediger bij hoog en bij laag beweert dat hij de aanvaller niet heeft geraakt. De rechter moet een cruciale beslissing nemen, die de uitslag van de procedure zal bepalen. Denkt u dat de rechter niet rust voordat vaststaat wie de waarheid spreekt en wie liegt? Denkt u dat de rechter de procedure laat stilleggen, en een nader onderzoek gelast? Welnee. De rechter past art. 164 lid 2 Rv toe, en beslist dat ik het bewijs van de koopovereenkomst niet heb geleverd, dat het bewijsrisico zich realiseert en dat mijn vordering dus moet worden afgewezen. En de waarheid dan? Art. 164 lid 2 Rv bewijst dat het in het bewijsrecht niet primair om de waarheid draait.

Het komt zeer regelmatig voor dat de verklaringen van getuigen onverenigbaar zijn. Getuigenbewijs is een uiterst gebrekkige vorm van bewijs. Ja, soms liegen getuigen. Van het feit dat op het afleggen van een meinedige verklaring gevangenisstraf staat, gaat niet altijd een afschrikwekkend effect uit, ook al omdat de meeste rechters getuigen, na de obligate waarschuwing dat ze de waarheid moeten spreken, tijdens het verhoor begrijpelijkerwijs vriendelijk en weinig kritisch bejegenen. Maar ook als je, zoals het moet zijn, uitgaat van de goede trouw van getuigen, is er het probleem dat het menselijke geheugen als bron van de waarheid bepaald onbetrouwbaar is. En dan de praktische kant van een getuigenverhoor, waar je maar zelden iets over leest. Getuigen zijn soms beperkt taal-, spreek en/of luistervaardig. Ze begrijpen vragen niet goed of kunnen ze niet duidelijk beantwoorden, en soms heeft de rechter dat niet in de gaten of wil hij het niet in de gaten hebben. Soms is de rechter niet in staat om een vraag op een voor de getuige begrijpelijke wijze te formuleren, soms zijn vragen niet to the point of zetten ze de getuige op het verkeerde been. Het proces-verbaal van het getuigenverhoor is een door de rechter gedicteerde parafrase van de antwoorden die de getuige op de vragen van de rechter of partijen heeft gegeven en daarmee naar haar aard een onzuivere weergave van de getuigenverklaring. Een getuigenverhoor verloopt meestal weinig efficiënt, en duurt vaak lang. Een getuigenverklaring die op schrift anderhalve pagina beslaat, heeft in de praktijk, mede afhankelijk van de typesnelheid en taalvaardigheid van de griffier, al snel één à anderhalf uur gevergd. Als de vierde getuige is gehoord, snakken de meeste betrokkenen naar het einde van de zitting. Er is dan weinig behoefte meer om een probleem te maken van het feit dat de verklaringen van de verschillende getuigen niet met elkaar overeenkomen. Ik heb in mijn advocatenbestaan al veel

getuigenverhoren met volstrekt tegenstrijdige verklaringen meegemaakt. Maar ik heb nog nooit een rechter meegemaakt die op tilt ging toen hem duidelijk werd dat er getuigen waren die, onder ede, hem iets op de mouw probeerden te spelden, die alle getuigen liet terugkomen om hen met elkanders verklaringen te confronteren en weigerde te stoppen totdat de waarheid op tafel lag. Zou dat niet de praktijk moeten zijn als de waarheidsvinding van zo'n groot maatschappelijk belang is? Het zou de praktijk onwerkbaar maken. De praktijk is dat de rechter die moet beslissen over tegenstrijdige getuigenverklaringen zich uiteindelijk niet erg bekommert om het antwoord op de vraag of zijn beslissing waarheidsgetrouw is. Hij legt de tegenstrijdige getuigenverklaringen naast elkaar en maakt een, vaak aanvechtbare, keuze voor het standpunt van één van de beide partijen. Daarmee is de feitenvergaring voltooid, en kan de rechter het geschil in een eindvonnis beslechten zonder dat daaraan de schijn van willekeur kleeft.

Wil dit nu zeggen dat het burgerlijk procesrecht niet deugt? Dat het bewijsrecht anders moet worden opgezet? Moeten we het getuigenverhoor niet uit handen van juristen nemen en in handen geven van deskundigen, die weten welke vragen je wel kunt stellen en welke vragen niet, en die kunnen analyseren wat er van een verklaring klopt? Er is niemand die het serieus verdedigt. Als we het getuigenverhoor dan een werkzaamheid van de rechter laten zijn, moeten we hem dan niet ten minste volstrekt de vrije hand geven bij zijn zoektocht naar de waarheid? Als de waarheid prioriteit heeft, moeten we getuigen dan niet aan een leugendetector leggen, zelfs al heeft zo'n instrument nog geen 100% score? Moeten we dan niet afstappen van de huidige wijze van vastlegging van getuigenverklaringen, en getuigenverhoren gewoon opnemen? Er is geen enkel technisch bezwaar tegen. In de literatuur wordt het wel eens gesuggereerd⁷⁵, maar er zijn geen plannen om de suggestie over te nemen. Dat komt omdat het belang van de waarheidsvinding niet op zichzelf staat, omdat het burgerlijk procesrecht ook recht moet doen aan andere belangen, zoals het belang dat een procedure

75 M.E. Storme, De toekomst van het burgerlijk proces – het proces van de feiten, RW 1991-1992, p. 1441 e.v., nr. 8; Andrews, Judicial discretion in common law jurisdictions: England, Australia, Canada and the U.S.A., in: Storme/Hess (ed.), Discretionary power of the Judge, cit., p. 138.

langs voorspelbare, objectief kenbare lijnen verloopt⁷⁶, het belang dat aan een geschil een einde komt, het belang dat dit binnen een redelijke termijn en tegen relatief beperkte kosten gebeurt en het belang dat het geschil wordt beoordeeld door een rechter die onpartijdig is⁷⁷. En het vertrouwen in de rechter mag groot zijn, het is nog altijd – en terecht – niet absoluut of onvoorwaardelijk. We zijn ons ervan bewust dat de waarheid meestal niet te reconstrueren is, en dat rechters daarin evenmin onfeilbaar zijn. Het is juist dat gezonde wantrouwen tegen de rechter dat tot zijn lijdelijkheid heeft geleid⁷⁸ en dat hem nog altijd in zijn handelen beperkt. We zouden niet willen dat de rechter regels van bewijsrecht negeert op de enkele grond dat hij ervan overtuigd is dat zijn beslissing anders zou indruisen tegen de waarheid. We zullen moeten accepteren dat het belang van de waarheidsvinding botst met en soms moet wijken voor andere belangen. En dat impliceert dan weer dat we accepteren dat recht en waarheid geen identiteiten zijn⁷⁹.

76 VV TK art. 179 Rv, Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht, p. 98: 'Bij een al te grote rechterlijke vrijheid zou de rechtszekerheid in gevaar komen, waardoor uiteraard de voordelen in nadelen zouden verkeren. Men denke hier in het bijzonder aan de positie van advocaten, die in staat moeten zijn hun cliënten te adviseren omtrent de haalbaarheid van de procedure, waartoe allereerst is vereist dat men het rechterlijk beleid in bewijskwesties enigermate kan voorzien.'

77 Zie ook Ghestin/Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., 1994, nr. 627; Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 2a ed., Madrid, Barcelona, 2005, p. 72 e.v.; idem, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, p. 31 e.v.

78 Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding: een vergelijkend onderzoek naar de mate van zeggenschap van de rechter in de civiele dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en in administratieve procedures*, Deventer, 1991, p. 21.

79 Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 59. Cfr. Lord Denning in *Air Canada vs Secretary of State for Trade* [1983] 2 All E.R. 161 (181): 'So I hold that when we speak of the 'due administration of justice' this does not always mean ascertaining the truth of what happened. It often means that, as a matter of justice, the party must prove his case without any help from the other side.'

9

9. Waarheidsvinding en waarheidsplicht

In de film 'Heartburn' speelt Jack Nicholson een zeker Mark, die zijn vrouw Rachel, gespeeld door Meryl Streep, bedriegt. Als Rachel dat ontdekt, pakt ze onmiddellijk haar spullen en vertrekt ze. Mark legt zich daarbij niet neer, zoekt Rachel op, bezweert haar dat zijn buitenechtelijke relatie voorbij is en vraagt haar terug te komen. Rachel gaat overstag en keert terug. Uiteindelijk blijkt Mark zijn relatie gewoon te hebben voortgezet. De film is gebaseerd op een boek, en in de Nederlandse vertaling van dit boek schrijft Rachel het volgende: 'Ik geloofde oprecht dat Mark zijn les had geleerd. Helaas was de les die hij had geleerd niet de les die mij voor ogen stond: wat hij had geleerd was dat hij alles kon doen, en dat er uiteindelijk een kans was dat ik hem terug zou nemen.'⁸⁰

Art. 21 Rv⁸¹ verplicht de procespartijen om hun stellingen volledig en naar waarheid aan te voeren⁸². Dat spreekt aan, maar deze volledigheds- en waarheidsplicht is een farce. Als alle partijen écht hun stellingen volledig en naar waarheid zouden formuleren, dan zou een groot deel van alle geschillen simpelweg niet bestaan. En als we er werkelijk van zouden uitgaan dat alle partijen hun volledigheds- en waarheidsplicht nakomen, dan is het raar dat we hun stellingen tóch pas voor waar aannemen als de wederpartij die stellingen niet bestrijdt⁸³, en dat we hen verplichten om hun stellingen te motiveren door vermelding van gronden en bewijsmiddelen⁸⁴. Ruim 100 jaar ervaring in Oostenrijk en Duitsland leert

80 Nora Ephron, *Hartzeer en maagzuur*, 3^e dr., Amsterdam, 1986, p. 78.

81 Het artikel is overgenomen uit buitenlandse wetboeken. Zie MvT art. 21 Rv, Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht (Van Mierlo/Bart), p. 146. De waarheidsplicht is voor het eerst ingevoerd in Oostenrijk (§ 178 ZPO uit 1895). Naar dit Oostenrijks voorbeeld is zij in 1933 ingevoerd in Duitsland (§ 138, Abs. I ZPO). Zie ook Art. 50 E-ZPO Zwitserland: 'Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.' Zie Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 160 e.v. Voorts Olzen, *Die wahrheitspflicht im Zivilprozess*, ZZP 98 (1995), p. 403 e.v.

82 Het artikel is bepaald ongelukkig geformuleerd, doordat het suggereert dat feiten die worden aangevoerd maar niet voor de beslissing van belang zijn, wél onjuist of onvolledig mogen worden aangevoerd. De wetgever heeft bedoeld tegelijkertijd aan te geven dat partijen in beginsel niet verplicht zijn om feiten aan te voeren die buiten de feitelijke begrenzing van het geschil vallen. Cfr. MvT art. 21 Rv, Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht (Van Mierlo/Bart), pp. 147. De wetgever had beter kunnen kiezen voor een letterlijke overneming van § 138 Abs. 1 ZPO.

83 Cfr. Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin, 1914 (Herdr. Saarbrücken, 2008), p. 33.

84 Zie art. 111 en art. 128 Rv.

echter dat er van de volledigheds- en waarheidsplicht weinig meer te maken valt dan de vrijwel sanctieloze⁸⁵ regel dat een partij niet, ten laste van haar wederpartij, stellingen mag aanvoeren of bestrijden die naar zij weet of naar haar overtuiging onjuist zijn⁸⁶. Ook in het Nederlandse recht zijn voorbeelden te vinden van zaken waarin een partij tegen beter in, maar ongestraft een stelling aanvoerde of ontkende; HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 (Van Mierlo/Dimopoulos) is er één van⁸⁷. Bernd Hölzenbein laat zich vallen over een uitgestoken been van Wim Jansen. Dat is verboden en moet volgens de huidige spelregels worden bestraft met een gele kaart en een vrije trap ten gunste van de wederpartij⁸⁸. Kende scheidsrechter Taylor Hölzenbein dus ten onrechte een strafschoep toe? Ik hoorde Johan Cruyff over een vergelijkbare situatie in een andere wedstrijd eens zeggen: 'Als-ie hem geeft, is het een strafschoep'. En zo is het. Van Mierlo stelde in strijd met de waarheid en haar waarheidsplicht dat ze niet in verzuim was. Die stelling heeft haar uiteindelijk de winst van de procedure gebracht. Als er geen of slechts een slappe sanctie wordt gesteld op de schending van de verplichting om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, is de échte boodschap – zoals in 'Heartburn' – dat partijen niet al te zwaar aan die verplichting hoeven te tillen. Het is niet gek dat veel partijen – partijen die vaak erg boos zijn op hun wederpartij – hun

85 Cfr. Stein/Jonas/Leipold, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Bd. 3, Tübingen, 2005, § 138 ZPO, Rdnr. 14-23: de rechter kan een leugenachtige stelling negeren, maar die bevoegdheid wijkt voor de bevoegdheid van de wederpartij om welbewust de leugenachtige stelling te bevestigen of niet te ontkennen. Zie reeds Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, cit., p. 31 e.v. Zie intussen Art. 188 Abs. 2 E-ZPO Zwitserland: 'Die Parteien werden vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass sie mit einer Ordnungsbusse bis 2000 Franken und im Wiederholungsfall bis 5000 Franken bestraft werden können, wenn sie mutwillig leugnen.'

86 Stein/Jonas/Leipold, § 138 ZPO, Rdnr. 9-12; *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1, 3. Aufl., München, 2008, § 138 ZPO (Wagner), Rdnr. 2. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., München, 2004, § 65, Rdnr. 63; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, cit., § 26.III, p. 80; Adloff, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, Tübingen, 2007, p. 63 e.v.; Rechberger-Simotta, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, 6. Aufl., Wien, 2003, Rdnr. 571.

87 Zie ook HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344 (Maclaine Pont/De Haan) met betrekking tot een beroep van De Haan op verjaring van het recht op vernietiging van een exoneratieclausule, hoewel hij tijdig een buitengerechtelijke vernietiging van die exoneratieclausule had ontvangen. Voorts HR 12 september 2008, LjN BD6028 (Brampton/Allianz) met betrekking tot de welbewuste ontkenning van een strafrechtelijk verleden.

88 Officiële Beslissing 5 van de spelregels veldvoetbal: 'Elke voorgewende handeling op het veld, welke is bedoeld om de scheidsrechter te misleiden, dient te worden bestraft als onsportief gedrag.' Regel 12C van de spelregels veldvoetbal: 'Een speler ontvangt een waarschuwing en wordt de gele kaart getoond, indien hij één van de zeven hieronder volgende overtredingen begaat: 1. zich schuldig maakt aan onsportief gedrag (...).'

volledigheids- en waarheidsplicht negeren met de bedoeling hun winstkansen te vergroten.

Nu is het wel te begrijpen dat men eigenlijk niet zo goed raad weet met de processuele waarheidsplicht. Want het is in elk geval niet per definitie zo dat er iets mis is met een uitspraak die berust op andere feiten dan zich in werkelijkheid hebben voorgedaan⁸⁹. Art. 21 Rv verplicht partijen niet om onjuiste stellingen te betwisten en verbiedt hen niet om onjuiste stellingen voor waar te erkennen. Het staat een partij dus vrij om geen verweer te voeren tegen een vordering die tegen haar wordt ingesteld, ook al constateert zij dat de feitelijke grondslag van de vordering niet deugt⁹⁰. Met behulp van deze regel stevenen partijen soms bewust af op een uitspraak die uitgaat van een feitencomplex dat niet aansluit bij de werkelijkheid. Dankzij deze regel kon men al vóór de herziening van het Burgerlijk Wetboek in 1971 van de echt scheiden: de ene echtgenoot stelde ten onrechte dat de andere zich schuldig had gemaakt aan overspel, en de andere echtgenoot bestreed de stelling niet of erkende haar zelfs. De rechter moest dan de echtscheiding uitspreken. Deze praktijk is, veelzeggend, bekend geworden als 'de grote leugen'. Een vermogensrechtelijk voorbeeld is de zogenaamde 'Huidenstraatconstructie' of 'Huidenstraattruc', die in het begin van de jaren tachtig in zwang is geraakt: een eigenaar van een woning die was gekraakt, verkocht zijn woning aan een ander en verplichtte zich daarbij om de woning leeg en ontruimd te leveren⁹¹ of hij ging een aannemingsovereenkomst aan en verplichtte zich daarbij om de woning leeg en ontruimd ter beschikking te stellen⁹². De krakers weigerden uiteraard om de woning vrijwillig te verlaten. Vervolgens vorderde de koper of aannemer in een kortgedingprocedure dat de verkopende of opdrachtgevende eigenaar werd veroordeeld om zijn verplichting na te komen, zo nodig met hulp van de sterke arm. De eigenaar weersprak de vordering niet en dus werd ze toegewezen. En dankzij die toewijzing konden

89 Zie ook Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 25 e.v.; Cahn, *Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht*, AcP 198 (1998), p. 37.

90 Cfr. Stein/Jonas/Leipold, § 138 ZPO, Rdnr. 6.

91 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267 (Schuring/Sweelinck Conservatorium).

92 Zie Hof Amsterdam 10 juli 1980, NJ 1980, 594; Hof Amsterdam 27 augustus 1981, NJ 1983, 74. Cfr. Ingelse, *De werking van rechterlijke uitspraken. De buitenparlementaire acties van het Gerechtshof te Amsterdam*, NJB 1982, p. 65 e.v., met reactie van Kingma en naschrift van Ingelse in NJB 1982, p. 437 e.v.

de krakers met geweld uit de woning worden gezet⁹³. De Huidenstraatconstructie wordt nog altijd, in verschillende variëteiten, ingezet, bijvoorbeeld om een belang bij een voorlopige voorziening te creëren⁹⁴. Rechters werken daaraan zonder kenbare moeite mee; zij beslissen over de feiten zoals partijen die aan hen hebben gepresenteerd. Ook praktische redenen kunnen meebrengen dat partijen besluiten hun geschil zodanig te presenteren dat daarbij de waarheid geweld wordt aangedaan. Denk aan de opdrachtgever die een onderaannemer verwijt dat hij schade heeft veroorzaakt. Strikt genomen zal de opdrachtgever een schadevergoedingsvordering moeten instellen tegen de hoofdaannemer, die de onderaannemer weer in vrijwaring moet oproepen. Ter vermijding van procesrechtelijke verwickelingen kunnen de betrokkenen overeenkomen dat de opdrachtgever zal stellen dat hij een aannemingsovereenkomst met de ónderaannemer heeft gesloten en dat de onderaannemer die stelling niet zal bestrijden. De rechter zal dan niet ambtshalve mogen beslissen dat partijen helemaal geen overeenkomst met elkaar hebben gesloten zodat de vordering niet kan worden toegewezen⁹⁵. In al dit soort situaties vind ik het niet onmiddellijk onaanvaardbaar dat partijen de mogelijkheden benutten die het burgerlijk procesrecht biedt, noch dat dit gebeurt doordat een uitspraak wordt gevraagd op basis van feiten waarvan partijen weten dat ze niet met de werkelijkheid overeenstemmen. Ik vind het op zichzelf een handig en legitiem gebruik van de partijautonomie⁹⁶.

93 Overigens is de Huidenstraatconstructie voortgekomen uit het handige gebruik door krakers van een andere procesrechtelijke regel, te weten dat de dagvaarding de naam en het adres van de gedaagde partij moest noemen. Door zich anoniem te houden, ontnamen krakers de eigenaar de mogelijkheid om hen in rechte te betrekken. Die lacune is inmiddels gedicht. Zie art. 4 sub 12 Rv (oud) en art. 45 lid 3 Rv. Daardoor is de Huidenstraatconstructie in krakerssituaties overbodig geworden.

94 Zie in dit verband ook HR 29 november 1985, NJ 1986, 276 (Kayaal/Klomp); HR 30 mei 1986, NJ 1986, 659 (Scheepmaker/Hendrick de Keyser).

95 Het voorbeeld is ontleend aan Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 24. Zie ook Cahn, *Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht*, cit., p. 37.

96 Zie ook Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, cit., p. 312 e.v.; Wagner, *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 620 e.v.; Adloff, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, cit., p. 450 e.v. De kwestie lijkt echter omstreden, cfr. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, cit., § 65, Rdnr. 69.

10. Waarheidsvinding en de slordige uitoefening van de partijautonomie

In december 1975 hadden de heren Eerenberg en Bamberger, door middel van hun bank en assurantietussenpersoon NCB, 150 speelautomaten tegen schade verzekerd bij Ago. Eerenberg en Bamberger hadden hun tussenpersoon verteld dat de speelautomaten opgeslagen waren op een rijnaak die in de Remhaven in Zaandam lag. Op 8 maart 1976 kapseide de boot en raakten de speelautomaten te water. De schade bedroeg ruim anderhalf miljoen gulden. Een lelijke extra streep door de rekening was dat Ago weigerde om de schade voor haar rekening te nemen. Zij stelde dat haar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst was verzwegen dat de speelautomaten op een rijnaak stonden (art. 251 WvK). Zowel de rechtbank Groningen (vonnis van 13 mei 1977) als het gerechtshof te Leeuwarden (arrest van 10 januari 1979) honoreerde het verweer van Ago en wees de claim van Eerenberg en Bamberger af. Eerenberg en Bamberger⁹⁷ trokken daaruit de conclusie dat hun tussenpersoon NCB in 1975 had verzuimd om Ago te informeren over het relevante feit dat de speelautomaten waren opgeslagen op een rijnaak. Zij startten een nieuwe procedure, ditmaal tegen NCB, die strekte tot vergoeding van de schade die zij hadden geleden doordat zij de uitkering van Ago waren misgelopen. NCB stelde echter dat zij Ago wel degelijk had geïnformeerd over het feit dat de speelautomaten op een rijnaak waren opgeslagen. Zowel de rechtbank Amsterdam (vonnis van 17 juni 1981) als het hof Amsterdam (arrest van 18 mei 1995) kwam tot de conclusie dat NCB inderdaad Ago had geïnformeerd. Ditmaal werd de vordering van Eerenberg en Bamberger tegen NCB afgewezen. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep⁹⁸.

De gecombineerde lezing van de arresten van het hof Leeuwarden en het hof Amsterdam leert dat Eerenberg en Bamberger de schadevergoeding waarop zij in materiële zin recht hadden, misliepen doordat er met de informatieoverdracht tussen NCB en Ago iets was misgegaan. Hetzij Ago hetzij NCB had de schade voor haar rekening moeten nemen. En dat betekent dat ofwel het arrest

97 Gemakshalve negeer ik hier dat Eerenberg en Bamberger hun vordering na het schadevoerval hebben overgedragen aan Korea Holland Trading Company.

98 HR 22 november 1996, NJ 1997, 718 (KHTC/Generale Bank).

in de zaak tegen Ago ofwel het arrest in de zaak tegen NCB berust op een feitencomplex dat niet aan de werkelijkheid beantwoordt. Naar maatstaven van burgerlijk recht hadden Eerenberg en Bamberger een vordering, die hen door het burgerlijk procesrecht door de neus is geboord. In zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad noemde Asser dit resultaat ‘weinig bevredigend’⁹⁹. Ik twijfel er niet aan dat Eerenberg en Bamberger dat inderdaad zo hebben ervaren en dat hun advocaat het resultaat niet aan hen heeft kunnen uitleggen – het verklaart wellicht de weinig zinvolle cassatie-procedure. Maar me dunkt dat de advocaat van Eerenberg en Bamberger dit mogelijke resultaat had moeten voorzien. Hij had Ago en NCB in één procedure moeten betrekken en in die procedure een alternatieve vordering moeten instellen, opdat één rechter de beide vorderingen zou beoordelen en bij afwijzing van de vordering tegen de één automatisch de vordering tegen de ander zou toewijzen. Vanuit procesrechtelijk perspectief zouden vraagtekens bij het resultaat moeten ontaarden in kritiek op de *aanpak* van de zaak. Niet in kritiek op het systeem van het burgerlijk procesrecht, want daar is niet zoveel mis mee.

Dit standpunt is door te trekken naar andere procedures die berusten op een feitencomplex dat niet in overeenstemming is met de waarheid. Denk aan mijn eigen procedure tegen Schoordijk. Mijn vordering tot nakoming van de koopovereenkomst wordt afgewezen omdat ik in rechte het bewijs van de koopovereenkomst niet kan leveren. Daar schuilt iets oneerlijks in. Het belang van de waarheidsvinding zou ermee zijn gediend als we een soort tijdmachine hadden die in beeld kon brengen hoe Schoordijk, net nadat ik hem zijn derde ijsje heb voorgezet, volmondig instemt met de aankoop van mijn bolide. Maar uitgaande van het gegeven dat we dat middel niet kunnen – en natuurlijk ook niet zouden willen – inzetten, uitgaande van het gegeven dat de rechterlijke reconstructie van het verleden naar haar aard gebrekkig is¹⁰⁰, plaats ik vraagtekens bij de stelling dat mijn verlies van de procedure tegen Schoordijk onbevredigend is. Wat onbevredigend is, lijkt me, is dat een partij terugkomt op haar gegeven woord, dat ze andere factoren dan haar waarheidsplicht zwaarder laat wegen en dat ze onder ede ontkent

99 Zie zijn conclusie (sub 2.2) voor het arrest.

100 Cfr. Le Masson, *La recherche de la vérité dans le proces civil*, cit., nr. 276. Zie ook Eggens, *De beginselen van het burgerlijk bewijs*, cit., p. 287.

dat ze een overeenkomst heeft gesloten. Maar daarmee zijn het verloop en de afloop van de procedure nog niet onbevredigend. Daarmee is het systeem nog niet slecht. Het is geen feilen van het burgerlijk procesrecht dat er mensen zijn die zich niet onder alle omstandigheden gebonden voelen aan hun gegeven woord. Dat is een maatschappelijk fenomeen. Daarom voorzien we ons van bewijs, vragen we mensen om voor akkoord te tekenen. Maar ik heb, toen ik mijn auto aan Schoordijk verkocht, besloten om op zijn woord te vertrouwen. Dat kan volstrekt begrijpelijk zijn, wellicht had iedereen die in vergelijkbare omstandigheden verkeerde hetzelfde gedaan, maar ik heb toen het inherente risico genomen dat ik later het gegeven woord van Schoordijk niet zou kunnen bewijzen. Ik vind de suggestie dat het *burgerlijk procesrecht* niet goed in elkaar steekt, hier niet op haar plaats.

Mijn opvatting wordt niet anders als HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 (Bardoel/Swinkels) in stelling wordt gebracht. Dit is het arrest waarop bij uitstek een beroep wordt gedaan als het belang van de waarheidsvinding aan de orde is¹⁰¹. Varkenshouder Bardoel vorderde in die procedure vergoeding van de schade die hij had geleden doordat zijn varkensstapel ziek was geworden nadat een ziek varken van buurman Swinkels in die stapel terecht was gekomen. De vordering van Bardoel werd in alle instanties afgewezen en rechtens staat dus vast dat Bardoel geen recht had op schadevergoeding. De zaak is berucht geworden omdat een interview met de beide varkenshouders¹⁰² suggereert dat de feiten anders hebben gelegen dan in de procedure is aangenomen en Bardoel juist door die discrepantie zijn schadevergoeding is misgelopen. Volgens Vranken¹⁰³ is dat onbevredigend. En dat zou niet alleen voor Bardoel gelden maar ‘in het algemeen’ onbevredigend zijn omdat, aldus Vranken, ‘dat wat in Bardoel/Swinkels is gebeurd bepaald geen incident is.’ Maar wie het interview met de beide varkenshouders leest en uitgaat van de juistheid van hun perceptie – waarbij ik overigens bepaald vraagtekens plaats – kan toch moeilijk tot een andere slotsom komen dan dat de uitkomst van het geschil mede is bepaald door nonchalance, slordigheid, misschien wel onkunde,

101 M.E. Storme, De toekomst van het burgerlijk proces – het proces van de feiten, cit., nr. 1; Asser-Vranken, *Algemeen Deel***, nr. 1.

102 Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, 2^e dr., 1999, p. 108 e.v.

103 Asser-Vranken, *Algemeen Deel***, nr. 8.

en in elk geval door onvoldoende communicatie tussen Bardoel en diens raadsman. En dat is inderdaad, zoals Vranken zegt, geen incident. Er kunnen allerlei redenen zijn die tot gevolg hebben dat een partij een feitencomplex presenteert dat afwijkt van de werkelijkheid. De advocaat heeft zijn klant verkeerd begrepen, vertrouwd op een onjuist rapport van een verzekeringsexpert, of de klant heeft een concept van zijn advocaat goedgekeurd hoewel er fouten in stonden. Dat wordt niet per se veroorzaakt door nonchalance van de advocaat; er zijn partijen die hun advocaat welbewust relevante informatie onthouden. Er zijn ook partijen die een volstrekte, soms onbegrijpelijke onverschilligheid voor hun geschil aan de dag leggen nadat zij het eenmaal uit handen hebben gegeven. Ik vind niet dat deze omstandigheden behoren tot een andere risicosfeer dan die van de partij in wier sfeer ze spelen, in HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 (Bardoel/Swinkels) dus tot de risicosfeer van Bardoel. Ook dit zie ik als een uitvloeisel van de partijautonomie, waaraan immers inherent is dat een partij haar verantwoordelijk niet of niet goed kan nemen, of anders invult dan een ander in vergelijkbare omstandigheden zou hebben gedaan¹⁰⁴.

11. Grenzen aan de betrokkenheid van de rechter bij het geschil

Ik sprak al over de toenemende invloed van de rechter op het verloop en de uitkomst van een procedure, bijvoorbeeld doordat hij, ter concretisering van een open norm, de omstandigheden van het geval moet afwegen. Die toegenomen invloed leidt tot de behoefte om de rechter bij de discussie te betrekken voordat hij uitspraak doet. Zo wordt voor alle betrokkenen tijdig duidelijk welke argumenten voor deze rechter zwaar wegen, welke argumenten minder relevant zijn en welke argumenten een toelichting behoeven. De Nederlandse civiele procedure voorziet in die behoefte doordat partijen eerst, in een dagvaarding en conclusie van antwoord, hun

11

¹⁰⁴ Ras, bespreking van Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding, NJB 1971, p. 101, heeft het 'haast een beetje cynisch' genoemd dat de vordering van een partij met een beroep op haar autonomie wordt afgewezen in gevallen waarin zij waarschijnlijk graag geacht had willen worden het onderzoek op welke andere grondslag dan ook te hebben gewild, als zij maar aan haar geld was gekomen. Aldus gaat Ras eraan voorbij dat de bewuste partij haar eigen verantwoordelijkheid niet of niet goed heeft genomen, en dat dit is gebeurd in relatie tot een wederpartij, die door een onderzoek op een andere grondslag zou worden gedupeerd.

visie op het geschil schriftelijk uiteenzetten; daarna volgt bij wijze van uitgangspunt een comparitie na antwoord, een mondelinge gedachtewisseling waaraan de rechter deelneemt (art. 131 Rv). Deze mondelinge behandeling biedt ook allerlei praktische voordelen¹⁰⁵ en je bent geneigd je te verbazen over het feit dat in het Nederlandse burgerlijk procesrecht twee eeuwen lang het schriftelijke karakter van de procedure voorop heeft gestaan. Maar vroeger was niet alleen de invloed van de rechter op de uitslag van de procedure beperkter maar ook de angst voor rechterlijke willekeur en daarmee voor rechterlijke bemoeienis groter. Die angst was er niet voor niets. Het is dan ook belangrijk om de nadelen van een mondelinge behandeling niet uit het oog te verliezen. Want dat gebeurt gemakkelijk. Zie de vergelijking die Vranken heeft gemaakt met de procedure die volstrekt schriftelijk wordt gevoerd¹⁰⁶. Vranken stelde dat in een schriftelijk verlopende procedure een groter risico bestaat op onduidelijkheden, onvolledigheden, misverstanden en vergissingen. Daarbij komt, aldus Vranken, dat niet iedereen in staat is een helder en consistent verhaal te schrijven. In een procedure die mondeling wordt gevoerd, bestaan deze gevaren en nadelen veel minder. De rechter, aldus nog steeds Vranken, kan reageren op wat te berde wordt gebracht, met de partijen zelf praten, de zaak doornemen, nadere informatie vragen, de stellingen van partijen met elkaar confronteren en toetsen of hij ze goed begrepen heeft. Wat Vranken schrijft, is volkomen juist, maar hij plaatst hier wel de *negatieve* kant van de schriftelijke procedure tegenover de *positieve* kant van de mondelinge procedure. Ook mondelinge behandelingen kennen hun nadelen¹⁰⁷. Inherent aan mondelinge behandelingen is het gevaar van verrassingen: partijen kunnen worden overvallen door een zienswijze of vraag van de rechter, en in de hitte van het moment verkeerd of ongelukkig reageren – wat ook regelmatig

105 Zo blijkt tijdens de comparitie nogal eens dat er over op het eerste gezicht onverenigbare feiten niet werkelijk verschil van mening bestaat en soms erkent een partij alsnog de juistheid van een stelling van de wederpartij. De rechter kan partijen alternatieve oplossingen aanreiken of partijen overtuigen van het nut van een regeling in der minne, en het feit dat die regeling onmiddellijk wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst die de kracht van een vonnis heeft, kan net het zetje zijn dat een partij nodig heeft.

106 Asser-Vranken, Algemeen Deel**, nr. 13 e.v.

107 Zie ook Zuckerman in zijn bespreking van Jolowicz, *On Civil Procedure*, *Law Quarterly Review* 116 (2000), p. 687 e.v., bijgevallen door Andrews, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003, § 6.86, p. 136. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, cit., § 79, Rdnr. 1 e.v. In Asser-Vranken, Algemeen deel***, Deventer, 2005, nr. 128 e.v., schetst Vranken overigens vergelijkbare problemen met betrekking tot mediation.

gebeurt. Ook rechters worden trouwens ter zitting nog wel eens overvallen; comparities zijn voor alle betrokkenen spannend. Wat ik hiervoor zei over getuigen geldt ook voor de partijen die tijdens een comparitie aanwezig zijn, maar het bezwaar is hier ernstiger omdat ongelijkheid tussen de partijen dreigt. Veel particulieren die ter comparitie verschijnen, verkeren in een voor hen onbekende, bedreigende omgeving, zijn nerveus, boos op hun wederpartij en bang voor de rechter. Ze begrijpen vragen van de rechter niet goed, zijn buiten staat om goed te luisteren, maar proberen toch een antwoord te geven. Vaak doorzien ze het belang van een genuanceerd antwoord niet, ook niet als zo'n genuanceerd antwoord meer recht zou doen aan wat er werkelijk is gebeurd. Ook tijdens comparities zijn vragen van de rechter soms niet to the point of zetten vragen van de rechter een partij zelfs op het verkeerde been. Ook aan het ad hoc gegeven antwoord op dat soort vragen wordt de partij vaak opgehangen, waarbij opnieuw het bezwaar geldt dat het procesverbaal van de zitting een weergave is van de interpretatie door de rechter van de antwoorden die een partij op zijn vragen heeft gegeven. De advocaat is er om zijn klant in bescherming te nemen, maar veel rechters accepteren niet dat de advocaat tussenbeide komt. Sfeerverpestende machtsconflicten liggen op de loer en de angst daarvoor of zelfs de ervaring daarmee heeft tot gevolg dat advocaten zich ertoe plegen te beperken aan te zien hoe hun klant, al dan niet terecht, zijn eigen ruiten ingooit. Deze nadelen zijn specifiek voor een mondelinge behandeling, bij een schriftelijke behandeling spelen ze niet. Met betrekking tot de schriftelijke procedure signaleert Vranken terecht dat niet iedereen in staat is een helder en consistent verhaal te schrijven. Maar mijn ervaring is dat achter een warrig, structuurloos juridisch verhaal meestal gebrek aan kennis en inzicht schuilgaat. Een mondelinge behandeling waarbij een advocaat zit die in de schriftelijke fase niet werd gehinderd door veel kennis of inzicht, maakt het er meestal niet beter op; integendeel, het is vaak een crime¹⁰⁸. Het komt ook voor dat een rechter of advocaat de comparitie niet goed genoeg heeft voorbereid of niet op de hoogte is van relevante wetgeving of een belangrijk arrest, waardoor de discussie niet tot volle wasdom komt. Niet iedere rechter

108 Ik wijs ter adstructie op HR 24 oktober 2008, LJN BF0378. Uit de conclusie van A-G Spier is af te leiden dat de advocaat van de eisende partij de zaak van zijn cliënt niet alleen in juridische maar ook in feitelijke zin volkomen heeft verprutst.

durft het verzoek om een nadere schriftelijke ronde af te wijzen. Dit probleem zou ten dele kunnen worden opgelost als in het tussenvonnis waarbij een comparitie na antwoord wordt gelast – of in elk geval enige tijd voor de zitting – aan partijen kenbaar zou worden gemaakt waarover de rechter ter comparitie in elk geval wil praten, maar dat gebeurt zelden. De beslissing over een comparitie na antwoord wordt vaak genomen door een ander dan de behandelende rechter, en meestal op basis van niet meer dan een oppervlakkige lezing van de stukken. Omdat er nogal wat procedures kort voor een comparitie worden geschikt, schorten rechters de bestudering van het dossier zo lang mogelijk op. Kortom: een actievere rol van de rechter, een sterkere betrokkenheid van de rechter bij de inhoud van het geschil, leidt wel tot andere procedures, maar niet per definitie tot beter recht. En dan heb ik het nog niet gehad over de gedachte dat mondelinge behandelingen bijdragen tot een beter zicht van de rechter op de werkelijkheid. Want dat betere zicht op de werkelijkheid krijgt een rechter echt alleen maar als partijen zelf die werkelijkheid tot aanknopingspunt willen nemen én als zijn vraagstelling correct en adequaat is¹⁰⁹. Mijn ervaring is dat de mondelinge behandeling wél vaak tot gevolg heeft dat er feiten worden vastgesteld die in een volstrekt schriftelijk verlopende procedure niet zouden zijn vastgesteld, maar niet dat de feiten béter of vollediger worden vastgesteld¹¹⁰.

12. Het burgerlijk procesrecht en de leer van het iustum pretium

De partijen selecteren de feiten die zij voor de beoordeling door de rechter relevant achten en bepalen hoe zij hun vordering of verweer inrichten. Elke beschrijving van een geschil is noodzakelijkerwijs een beperking van de werkelijkheid. Aan de keuzes die partijen op dit punt maken, kunnen goede en minder goede redenen maar ook fouten ten grondslag liggen. In beginsel gaat dat de rechter niet aan; hij moet zich bezighouden met het geschil dat partijen hem presenteren, en niet met het geschil dat het volgens

109 Zie in dit verband het praktijkvoorbeeld van Ingelse, Herbezinning op de partijautonomie, in: Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, cit., p. 60.

110 Cfr. Oberhammer, Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien, in: Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, cit., p. 89 e.v.

hem zou moeten zijn. Hij mag dus niet beslissen dat een geschil over een overhangende tak in werkelijkheid een geschil is over een boom die te dicht bij de erfgrans staat. Dat vergemakkelijkt de beslissing soms, maar het is ook wel eens lastig, frustrerend zelfs. Uit de aard der zaak begrijpt de rechter gewoonlijk wel dat er meer speelt dan partijen hebben verkozen hem te vertellen; tijdens het raadkameroverleg zijn de speculaties soms niet van de lucht. Vaak blijkt het door een toelichting tijdens een comparitie of pleidooi en soms volgt het gewoon uit stellingen die zijn geformuleerd of producties die zijn overgelegd maar die de vordering of het verweer van de partijen niet direct steunen. Want er pleegt veel meer te worden aangevoerd dan strikt genomen voor het toe- of afwijzen van de vordering nodig is. Dat wordt ook gestimuleerd door de volledigheid- en waarheidsplicht van art. 21 Rv, en het is niet per definitie zinloos. Het kan nuttig zijn dat de rechter kennisneemt van de achtergrond van het geschil, en voor het – door de rechter ambtshalve te onderzoeken¹¹¹ – belang bij de vordering kan het noodzakelijk zijn dat duidelijk wordt dat er een preprocesuele fase is geweest en hoe die is verlopen. Verder kunnen bepaalde stellingen wel strekken tot motivering van de ene vordering of het ene deel van het verweer, maar niet tot motivering van de andere vordering of het verweer dáártegen. En soms brengt een partij gewoon om volstrekt onduidelijke redenen informatie in het geding. Hoe dan ook, het is bepaald geen zeldzaamheid dat de rechter merkt dat het geschil dat partijen hem presenteren, niet of niet helemaal het geschil is dat het zou moeten zijn. De partijautonomie brengt echter mee dat hij geen recht doet op feiten die weliswaar ten processe zijn gebleken maar die een partij niet tot grondslag van haar vorde-

111 MvA art. 3.11.8 (3:303), Parl. Gesch. Boek 3, p. 916. HR 15 juni 2001, LJN AB2178 (X/KLM).

ring of verweer heeft doen strekken¹¹² en dat hij niet ambtshalve de grondslag van de ene vordering of het ene verweer toerekent aan een andere vordering of een ander verweer¹¹³. Daarom vernietigde HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 (Van Mierlo/Dimopoulos) het vonnis van de rechtbank dat was gebaseerd op een ingebrekestelling waarop Dimopoulos zelf zich niet had beroepen.

Maar de rechterlijke bemoeienis met het verloop en de inhoud van procedures neemt toe. En van gezaghebbende zijde wordt betoogd dat het van belang is dat rechterlijke uitspraken berusten op een feitencomplex dat met de werkelijkheid overeenstemt. Asser/Groen/Vranken stellen in dit verband dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de uitkomst van het geding¹¹⁴. Hiervan gaat onvermijdelijk de suggestie uit dat de rechter zich moet laten leiden door wat hij zelf van de zaak vindt, ongeacht de stellingen van partijen ter zake, en dat hij zijn bemoeienis met het

112 Art. 24, 25 en 149 Rv. Zie HR 23 januari 1959, NJ 1959, 291 (Kromhout/Maas). Zie voorts Tjong Tjin Tai, De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag, TCR 2002, p. 29 e.v. De regel is enigszins geherformuleerd in HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92 (PSW/Stoppels), waarin de Hoge Raad overwoog dat het de rechter niet vrijstaat om zijn beslissing te baseren op *rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden*, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd. In deze nieuwe formulering is de regel, als ik goed heb geteld, vijf keer herhaald: HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 (Dimopoulos/Van Mierlo); HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241 (KPN/SOBI); HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 (Spector/Fotoshop); HR 12 januari 2007, LJN AZ1492 en HR 14 maart 2008, LJN BC1231 (Lammers/Aerts q.q.). Bij deze zes uitspraken werd vijf keer de uitspraak van een feitenrechter vernietigd omdat hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden, een keer bleef de uitspraak in stand omdat de rechter die zijn uitspraak had gebaseerd op een rechtsgrond die niet aan de vordering ten grondslag was gelegd, een partij de gelegenheid had gegeven haar vordering met die rechtsgrond aan te vullen. Er is echter, anders dan de Hoge Raad suggereert, *niet* steeds sprake van een situatie waarin de rechter zijn beslissing baseert op *rechtsgronden of verweren* die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd. In HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 (Van Mierlo/Dimopoulos), HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241 (KPN/SOBI) en HR 12 januari 2007, LJN AZ1492 werd in wezen de regel toegepast dat de rechter geen recht mag doen op feiten die weliswaar ten processe zijn gebleken maar die de eiser niet tot grondslag van zijn vordering heeft doen strekken. Wellicht heeft de Hoge Raad dit ingezien, en verklaart dit dat de formule niet is herhaald in HR 31 oktober 2008, RvdW 2008, 995 (Vos/Evia Real Estate); cfr. de conclusie (sub 2.12) van A-G Langemeijer voor dit arrest.

113 Bijvoorbeeld HR 15 december 2006, RvdW 2007, 7 (Dixons/ABN AMRO): 'Het bestreden oordeel van het hof is voorts ook niet onjuist of onbegrijpelijk, omdat Dixons de vorenbedoelde stellingen niet heeft aangevoerd in het verband waarin zij deze thans plaatst, doch in een ander verband, namelijk ter ondersteuning van een beroep op art. 37 lid 1 F. Het stond aan het hof niet vrij deze stellingen te betrekken bij zijn hier besproken oordeel, nu Dixons deze niet ter ondersteuning van of in het kader van een op een opschortings- of ontbindingsrecht gebaseerd verweer had aangevoerd.' Zie ook de conclusie (sub 2.21) van A-G Langemeijer voor dit arrest. Zie voorts HR 31 oktober 2008, RvdW 2008, 995 (Vos/Evia Real Estate).

114 Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p. 81.

geschil mede moet inzetten om een uitspraak te doen die – althans vanuit het perspectief van het materiële privaatrecht – het beste bij het geschil tussen partijen past, opnieuw: ongeacht wat partijen er zelf van hebben gebakken. Er is wellicht sprake van een tendens. De Hoge Raad heeft inmiddels tweemaal goedgekeurd dat de rechter, overigens in de bijzondere omstandigheden van het desbetreffende geval, aan een partij een nieuwe rechtsgrond voor haar verweer of vordering aanreikte¹¹⁵. Asser/Groen/Vranken vinden *zonder meer* dat de rechter tijdens een comparitie aan een partij moet kunnen vragen waarom zij geen beroep doet op het gezag van gewijsde of op verjaring, of – zo breed ik het uit – stuiting van de verjaring, eigen schuld van de wederpartij, schending van de klachtplicht, of waarom zij niet stelt dat de tekortkoming niet ernstig genoeg is om ontbinding te rechtvaardigen¹¹⁶. Onder meer H.J. Snijders¹¹⁷ en Schoordijk¹¹⁸ zijn hen bijgevallen. Op het eerste gezicht wordt de dienende functie van het burgerlijk procesrecht zo tot in het uiterste doorgetrokken: de rechterlijke bemoeienis moet voorkomen dat de procedure als gevolg van de houding van een partij leidt tot een rechtsbetrekking die niet werkelijk tussen partijen bestond. Er wordt in dit verband wel verwezen naar Duitsland¹¹⁹, waar de rol van de rechter in het burgerlijk proces per 1 januari 2002 is versterkt door een aanpassing van § 139 ZPO¹²⁰. Maar in Duitsland staat de eigen verantwoordelijkheid van de partijen nog altijd voorop, is de rechter nog altijd gebonden aan de grenzen die de partijen zelf hebben getrokken en strekt de rechterlijke bemoei-

115 HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 (Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax) besliste dat de rechtbank in de omstandigheden van het geval de vrijheid had gehad om de eigenschuld-vraag ambtshalve aan de orde te stellen. HR 14 maart 2008, LJN BC1231 (Lammers/Aerts q.q.) overwoog dat het hof 'gelet op het verloop van het processuele debat' de curator de gelegenheid had mogen geven om de grondslag van zijn vordering aan te passen. Dat kostte Hovax f230.000 en Lammers € 1.000.000. Met betrekking tot de *devolutieve werking* vindt de Hoge Raad echter dat een partij bedacht moet zijn op het mogelijke verloop van de procedure in appel: HR 29 januari 1993, NJ 1993, 490; HR 6 november 1998, NJ 1999, 116; HR 12 november 2004, NJ 2005, 24 (Gardenier/Trudo). Zie ook A-G Bakels in zijn conclusie (sub 2.4) voor HR 21 februari 2003, LJN AF1791 (VDL/X).

116 Asser/Groen/Vranken, Een nieuwe balans, cit., p.79 e.v.; idem, Uitgebalanceerd, cit., p. 45 e.v.

117 H.J. Snijders, They have a dream ..., cit., p. 1700.

118 Schoordijk, De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces, NJB 2004, p. 162 e.v.

119 Schoordijk, cit., p. 163.

120 Cfr. Greger, Justizreform – und nun? JZ 2002, p. 1020 e.v. Zie over § 139 ZPO Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld, 2002; Ventsch, Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung, Hamburg, 2005.

enis niet verder dan tot opheldering van de feiten en de inhoud van het geschil. Adloff schrijft over § 139 ZPO: 'Sie dient dazu, die Waffengleichheit der Parteien herzustellen.'¹²¹ Bij uitspraak van 2 oktober 2003 heeft het Duitse Bundesgerichtshof¹²² de rechter uitdrukkelijk verboden om een partij er door middel van vragen en aanwijzingen toe te brengen om feiten aan te vullen, meer of anders te vorderen of om alsnog een niet gevoerd verweer te voeren. De rechter die deze regels overtreedt, kan worden gewraakt. Het is de vraag of de *Nederlandse* rechter meer vrijheid moet krijgen dan zijn Duitse collega.

Ik neem u mee terug naar de voetbalwedstrijd West-Duitsland-Nederland. De speeltijd is haast verstreken en scheidsrechter Taylor ziet hoe het Nederlands elftal weliswaar het mooiste voetbal heeft gespeeld maar toch de wedstrijd van West-Duitsland dreigt te verliezen. Voor zijn gevoel echter moet Nederland winnen. In de laatste speelminuten legt Taylor de bal voor een open West-Duits doel en laat een Nederlandse speler nog twee keer scoren. Nederland wint de WK-finale 1974. Stel je voor dat de spelregels de scheidsrechter deze bevoegdheid of zelfs plicht zouden geven. Zou het leiden tot beter voetbal, eerlijkere wedstrijden of betere resultaten? Natuurlijk niet. Er zou een andere tactiek en een ander type wedstrijd ontstaan. De teams zouden niet langer in de eerste plaats proberen om meer doelpunten te maken dan hun tegenstander. Zij zouden een ander spel gaan spelen, met andere spelers en een andere tactiek. Zij zouden voortaan proberen de scheidsrechter te verleiden om hen te kwalificeren als de ploeg die het beste speelt.

121 Adloff, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, cit., p. 62.

122 Cfr. BGH 2 oktober 2003, BGHZ 156, 269: 'Kriterium für die Unparteilichkeit des Richters ist die Gleichbehandlung der Parteien. Der Ablehnung setzt er sich aus, wenn er, ohne Stütze im Verfahrensrecht, die Äquidistanz zu den Parteien aufgibt und sich zum Berater einer Seite macht. Bei der materiellen Prozeßleitung, zu der die in § 139 ZPO vorgesehenen Erörterungen, Fragen und Hinweise zählen, hat er, soweit für besondere Verfahrensarten nichts Abweichendes bestimmt ist, das Verfügungsrecht der Parteien über das Streitverhältnis und deren alleinige Befugnis zur Beibringung des Prozeßstoffes zu respektieren. Es ist ihm deshalb verwehrt, auf die Einführung selbständiger, einen gesetzlichen Tatbestand eigenständig ausfüllender Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Prozeß hinzuwirken. Dies gilt für weitere Klagegründe, für die Ausübung von Gestaltungsrechten, aber auch für Leistungsverweigerungsrechte.' Zie ook Art. 54 E-ZPO Zwitserland: 'Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung.' Daarover Staehelin/Staehelin/Grolimond, *Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – Unter Einbezug des internationalen Rechts*, Zürich, Basel, Genf, 2008, p. 118 e.v.

Dat zou tot andere discussies en andere problemen leiden. Pas de spelregels aan en de tactiek verandert. Een voorbeeld uit het burgerlijk procesrecht: sinds 1 januari 2002 ontlenen procespartijen aan art. 131 Rv een tamelijk zeker vooruitzicht op een mondelinge behandeling. Dat leidt ook tot procedures waarvan partijen zouden hebben afgezien als de procedure volstrekt schriftelijk zou verlopen. Want de comparitierechter wil misschien wel luisteren naar het verhaal dat achter de kansloze vordering of het kansloze verweer schuilgaat en onder zijn leiding kan de kansloze zaak misschien toch gunstig worden geschikt.

Als de rechter inderdaad een procespartij de helpende hand zou mogen toesteken opdat een procesresultaat realiseerbaar wordt dat zonder die helpende hand buiten bereik zou blijven, dan dupeert de rechter tegelijkertijd de wederpartij. Ik vind dat een onaanvaardbare miskenning van het belang van de partijautonomie. De gedachte dat de rechter aldus bijdraagt aan de verwezenlijking van de werkelijke rechtsverhouding tussen partijen, berust op een overschatting van wat een rechter in algemene zin vermag. In verreweg de meeste gevallen heeft noch krijgt hij in de loop van de procedure een beter zicht op die rechtsverhouding dan partijen hem willen geven. In veel gevallen draait een procedure waarin de rechter de helpende hand heeft toegestoken uiteindelijk uit op een afweging van omstandigheden¹²³, en het is nogal pretentief te veronderstellen dat de rechterlijke uitspraak in dat soort gevallen steeds ook de rechtsverhouding reflecteert zoals die werkelijk tussen partijen bestond. Als de rechter de bevoegdheid krijgt om de helpende hand toe te steken, is het gedaan met de dienende functie van het burgerlijk procesrecht; het burgerlijk procesrecht is het burgerlijk recht dan definitief de baas. Het burgerlijk procesrecht zal materiële rechten vaker maken en breken dan ooit. Want de vraag zal niet langer zijn of die materiële rechten wel of niet bestaan, maar of de rechter het redelijk vindt dat ze wel of niet bestaan. Wij mogen voor het burgerlijk recht de leer van het *iustum pretium* verwerpen, wij voeren haar door middel van het

123 Zie met betrekking tot de stuiting van verjaring op grond van art. 3:317 lid 1 BW: HR 4 juni 2004, NJ 2004, 603 (Brush EMA/Crans); HR 27 juni 2008, NJ 2008, 373 (T/Trio). Met betrekking tot eigen schuld de conclusie (sub 15) van A-G Huydecoper voor HR 26 april 2002, NJ 2002, 325 (Paragh/Volkswoningen). Met betrekking tot de klachtplicht ex art. 6:89 en 7:23 BW: HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser). Met betrekking tot de ernst van de tekortkoming: HR 10 augustus 1992, NJ 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen); HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruin/Meiling); HR 13 september 2002, LjN AE2343.

burgerlijk procesrecht in. Partijen zullen daarop inspelen door hun proceshouding en tactiek aan te passen. Onvermijdelijk is dan dat steeds meer uitspraken verder komen af te staan van de werkelijkheid. En was dat niet precies wat we wilden voorkomen?

Veel erger nog is de boodschap die de actieve, helpende rechter uitdraagt. Die boodschap is dat partijen en hun advocaten straffeloos slordig mogen werken en straffeloos aan procedures mogen beginnen waarvan ze eigenlijk niet voldoende verstand hebben. De rechter zal hen toch wel de helpende hand toesteken. Het gevolg zal zijn dat partijen aan procedures beginnen waaraan ze niet hadden moeten beginnen, dat ze procedures verkeerd opzetten, en dat een rechter en de wederpartij stukken te beoordelen respectievelijk te bestrijden krijgen die niet *to the point* zijn, zelfs volstreekte onzin bevatten en stapels producties te verwerken krijgen waarvan de zin onduidelijk is. Rechterlijk activisme is een vorm van bevoogding waar uiteindelijk iedereen slechter van wordt. Rechters moeten een slechte procesvoering niet zelf repareren, maar leren om de uitspraak die op die slechte procesvoering volgt, op een voor de partijen begrijpelijke, zo mogelijk overtuigende wijze uit te leggen, zodanig dat een advocaat in de nabespreking met zijn klant niet de rechter de schuld van het verlies van de procedure kan geven¹²⁴. De partij die de procedure verliest als gevolg van een processuele fout, kan daarover dan een discussie aangaan met haar advocaat. Als in die discussie blijkt dat de advocaat verantwoordelijk is voor de fout, kan deze terugvallen op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar¹²⁵. Dat zal leiden tot een hogere verzekeringspremie of een hoger eigen risico, en dat zal de advocaat weer prikkelen om beter werk af te leveren of niet zonder meer zaken aan te nemen waarvoor zijn kennis niet toereikend is. Het is niet zo dat de rechter die de helpende hand niet mag toesteken een onbevredigende uit-

124 Zie over de motiveringsplicht van de rechter HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (Vredo/Venhuis); HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum); HR 29 juni 2001, NJ 2001, 494. Als die motiveringsplicht niet meer inhoudt dan dat degene die ondanks zijn verweer de procedure verliest, ten minste met een redelijke mate van zekerheid uit de uitspraak moet kunnen opmaken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen, zoals HR 7 april 1995, NJ 1997, 21 (N/Mobius) suggereert, bepleit ik op dit punt dus een aanzienlijke verruiming.

125 De Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991 verplicht advocaten om zich ter zake van het risico van hun beroepsaansprakelijkheid te verzekeren, op dit moment voor een bedrag van ten minste € 453.780 per gebeurtenis tot een totaal van ten minste tweemaal dit bedrag per verzekeringsjaar. Exoneratie is slechts geoorloofd voor zover de beroepsaansprakelijkheid geen aanspraak op een uitkering geeft.

spraak wijst. Want niet zijn uitspraak is onbevredigend, onbevredigend is het dat een partij haar verantwoordelijkheid niet neemt, haar mogelijkheden niet ten volle benut, slordig procedeert, fouten maakt. De rechter die respecteert dat dit gebeurt en het probleem en de verantwoordelijkheid daarvoor laat waar ze horen, draagt op de langere termijn bij aan een beter systeem waarin op een hoger niveau wordt geprocedeerd.

13. Evaluatie en slotsom

Ik kom tot een afronding van mijn betoog. Ik begin met enkele mogelijke misverstanden. In de eerste plaats: ik houd niet erg van voetbal. In de tweede plaats: als u geen fan bent van Jack Nicholson of Meryl Streep, kan ik u de film 'Heartburn' niet echt aanraden. In de derde plaats: voor mijzelf zijn recht en eerlijkheid nauw met elkaar verbonden. Ik vind dat procespartijen en hun advocaten niet willekeurig stellingen mogen formuleren en dat de rechter niet mag worden misleid¹²⁶. Maar ik denk ook dat het lastig is om mijn eigen overtuiging tot algemene norm te verheffen. In de vierde plaats: ik heb mijn betoog niet gehouden met de bedoeling de advocatuur in bescherming te nemen. Ik wil graag dat er in Nederland op hoger niveau wordt geprocedeerd, en ik geloof niet dat de Nederlandse Orde van Advocaten daaraan werkelijk bijdraagt. Ik ben een voorstander van afschaffing van het procesmonopolie van advocaten.

Het draait in het burgerlijk procesrecht niet om de best denkbare oplossing. Wij – rechtswetenschappers, rechterlijke macht, advocatuur – hebben partijen die een conflict hebben, niet meer te bieden¹²⁷ dan een vorm van conflictbeslechting waarbij een veelheid van, deels nauwelijks te verenigen belangen¹²⁸ in acht moet worden genomen. Deze vorm van conflictbeslechting is naar zijn aard gebrekkig, want wie recht wil doen aan het ene belang, offert daardoor vaak een of meer andere belangen op. Daarmee zijn

126 HR (Strafkamer) 22 september 2003, NJ 2004, 9.

127 H.J. Snijders, *They have a dream...*, cit., p. 1697, schrijft dat hij in het interimrapport van Asser/Groen/Vranken afzonderlijke aandacht voor de behoeften van de justitiabelen heeft gemist (zie de reactie van Asser/Groen/Vranken, *Uitgebalanceerd*, cit., p. 20 e.v.). Zie ook Snijders, *Inleiding op de commentaren. Vrijheid en verantwoordelijkheid van procespartijen in civiele zaken*, cit., p. 23. De vraag wat het burgerlijk procesrecht justitiabelen precies kan *bieden*, lijkt me daaraan vooraf te gaan.

128 Cfr. Andrews, *English civil procedure. Fundamentals of the new civil justice system*, Oxford, 2003, p. 54 e.v.

klachten over rechters en advocaten onvermijdelijk. Ze zijn niet voor niets van alle tijden. Ons past dan ook bescheidenheid. Maar tegelijkertijd vormen wij een machtig bolwerk. Uiteindelijk is iedereen die er niet voor kiest om eigenmachtig zijn gelijk af te dwingen op ons aangewezen, ook degene die eerst een alternatieve vorm van geschilbeslechting heeft doorlopen en daaraan een materieel recht ontleent. En we vormen niet alleen een machtig maar ook een mystiek bolwerk, met ons monopolie en ons eigen tuchtrecht, onze togacultuur en ons archaïsch taalgebruik, dat soms zelfs advocaten boven de pet gaat. Misschien stijgen die macht en mystiek ons naar het hoofd. Ik denk in elk geval dat we teveel pretenties hebben en dat we suggereren dat we meer kunnen dan in redelijkheid is waar te maken: het beslechten van een conflict naar ons beste, maar beperkte vermogen. Wij bieden wél in subjectieve zin maar zeker niet in objectieve zin de best denkbare oplossing voor een conflict. Dat is uit te leggen, maar dat doen we te weinig; we hebben er ook een zeker belang bij om het bestaande systeem niet teveel te ondergraven. Het is niet de omstandigheid dat een uitspraak berust op een feitencomplex dat niet beantwoordt aan de werkelijkheid, maar het is het te veel aan pretentie en het gebrek aan nuance dat leidt tot overspannen verwachtingen, en vervolgens teleurstelling en vervreemding.

Het belang dat een rechterlijke uitspraak berust op een feitencomplex dat beantwoordt aan de waarheid, botst met het belang van de partijautonomie, het belang van een productieve rechter, het belang van een toegankelijk rechtssysteem. Het belang dat een rechterlijke uitspraak berust op een feitencomplex dat beantwoordt aan de waarheid, is maar een zeer relatief belang, dat niet noodzakelijk wordt gediend – en in wezen ook niet kán worden gediend – door een actieve rechter die partijen vertelt hoe hun geschil eruit ziet of hoe zij het moeten oplossen. De verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht brengt mee dat wij ook in het burgerlijk procesrecht blijven uitgaan van de partijautonomie, de eigen verantwoordelijkheid van de rechtzoekende, en volstaan met het scheppen van de voorwaarden die het iedere rechtzoekende mogelijk maken om die verantwoordelijkheid te nemen. Dat vraagt om een zekere hardheid, in het belang van het systeem, in het belang van de rechtzoekende zelf. Betutteling en bevoogding, de zogenaamde hulp aan de rechtzoekende achter de advocaat, over de rug van diens wederpartij, ondergraven het systeem. Ook in het burgerlijk procesrecht kunnen we geen *iustum pretium*-leer gebruiken. Kortom: we moeten de neiging onderdrukken om, onder het mom van de waarheidsvinding, rechtzoekenden te vertel-

len hoe hun geschil eruitziet en hoe het moet worden opgelost.
Want wij hebben wel het recht maar niet de waarheid in pacht.