

G. de Groot

Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht, in: Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012

Deventer: Kluwer 2012, p. 45-154

Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Waarheidsvinding als dilemma
 - 2.1 Vier lagen
 - 2.2 Tegenstellingen
 - 2.3 Alle waarheidsvinding is interpretatie
 - 2.4 Relativiteit
 - 2.5 Vrijheid en rechtvaardigheid
 - 2.6 Dilemma's vragen om keuzes
3. Waarheidsvinding in de context van de civiele procedure
 - 3.1 Overheidsinmenging in waarheidsvinding
 - 3.2 Bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden van partijen en de rechter
 - 3.3 Bevoegdheden ten aanzien van de feiten
 - 3.4 Debat in de literatuur
 - 3.5 Het normstellende karakter van waarheidsvinding in wetgeving
 - 3.5.1 Het belang van waarheidsgetrouwe feitenvaststelling
 - 3.5.2 Weinig concrete aanknopingspunten
 - 3.5.3 Waarheidsvinding en vrij bewijsstelsel
 - 3.5.3.1 Bewijsmiddelen en bewijswaardering
 - 3.5.3.2 Wettelijke beperkingen in de bewijswaardering
 - 3.5.3.3 Onrechtmatig verkregen bewijs
 - 3.6 Het normstellende karakter van waarheidsvinding in rechtspraak
 - 3.7 Waarheidsvinding en supranationale normen
 - 3.7.1 Artikel 6 lid 1 EVRM
 - 3.7.2 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden uit het recht van de Europese Unie
 - 3.7.3 *Principles of Transnational Civil Procedure*
4. Waarheidsvinding en aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden
 - 4.1 Vertrekpunten
 - 4.2 Feit en recht
 - 4.2.1 Feiten en rechtsfeiten
 - 4.2.2 Rechtsgronden
 - 4.2.3 Rechtsmiddelen
 - 4.3 Feit en recht op het niveau van de rechterlijke organisatie
 - 4.4 Feit en recht in de basale sleutel van de civiele procedure
 - 4.5 Het procesrechtelijke beslissingsmodel
 - 4.5.1 Feitelijke grondslag (1)
 - 4.5.2 Feitelijke grondslag (2)
 - 4.5.3 Een voorbeeld
 - 4.5.4 Wat (wel en) niet mag
 - 4.5.5 Rechtszekerheid
 - 4.6 Soortelijk gewicht van partijautonomie en waarheidsvinding in rechtspraak
 - 4.6.1 Vijf uitspraken
 - 4.6.2 De zaak Poort/Stoppels
 - 4.6.3 De zaak Spector/Fotoshop
 - 4.6.4 De zaak Regiopolitie/Hovax
 - 4.6.5 De zaak Lammers/Aerts q.q.
 - 4.6.6 De zaak Spijkers/Ru-Pro
 - 4.7 De uitdijende reikwijdte van art. 25 Rv in het licht van de waarheidsvinding
 - 4.7.1 Focus op de partijautonomie

- 4.7.2 De rol van de rechter
- 4.7.3 De dienende taak van de rechter
- 4.7.4 Een geïntegreerde benadering van partijautonomie en waarheidsvinding
- 4.7.5 Codificeren
- 5. Waarheidsvinding en de comparitie na antwoord
 - 5.1 De comparitie als instrument
 - 5.2 De mondelinge behandeling is nog jong
 - 5.2.1 De schriftelijke procedure
 - 5.2.2 De kwartiermaker
 - 5.2.3 Van comparitie naar mondelinge behandeling
 - 5.3 De praktijk van de mondelinge behandeling
 - 5.4 Een fundamenteleer debat
 - 5.5 Inbedding van procesrechtelijk beslissingsmodel in mondelinge behandeling
 - 5.5.1 De voorbereiding van de rechter
 - 5.5.2 De zitting
 - 5.5.3 Een voorbeeld
 - 5.5.4 Een professioneel gedragsrepertoire
 - 5.5.5 Voorlopig oordeel
 - 5.5.6 Processtrategie
 - 5.5.7 De kracht van partijautonomie en waarheidsvinding
 - 5.5.8 Hoor en wederhoor
- 6. Tot slot

1. Inleiding

Over het onderwerp waarheid en waarheidsvinding in de civiele procedure is al veel geschreven.¹ Kort gezegd gaat het dan vaak over aard, inhoud en reikwijdte van waarheid en waarheidsvinding in de civiele procedure.² Ook de NJV heeft zich in het kader van allerlei onderwerpen erover gebogen.³ Dit preadvies is hoofdzakelijk gewijd aan de betekenis van waarheidsvinding in het procesrechtelijke beslissingsmodel van de civiele bodemprocedure, in het bijzonder bij de toepassing van het leerstuk van de aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden door de rechter en de comparitie na antwoord in eerste aanleg. De puzzels die zich rondom deze onderwerpen in verband met de waarheidsvinding kunnen voordoen, hebben in essentie meestal een relatie met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter in de civiele procedure. Kenmerkend voor de civiele procedure is dat partijen weliswaar het onderwerp en de omvang van het geschil bepalen, maar dat daarmee niet is gezegd welke waarheid in het geschil kan worden gevonden. Dat laatste wordt mede bepaald in de wisselwerking tussen partijen en de rechter.⁴ In dit preadvies zal ik onder meer betogen dat de betekenis van waarheidsvinding bij vooral de toepassing van het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden met gebruik van de huidige stand van de rechtsontwikkeling verder kan worden verduidelijkt ten dienste van de rechtspraak. Ik zal me beperken tot civielrechtelijke geschillen op tegenspraak waarin rechtsgevolgen worden ingeroepen die ter vrije bepaling van partijen staan.⁵ De harde werkelijkheid is dat andere denkbare deelonderwerpen rondom het thema waarheidsvinding in de civiele procedure buiten beschouwing blijven.

Hierna volgt eerst iets over enkele dilemma's rondom het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure (par. 2) en over contextuele aspecten van het proces van waarheidsvinding die van invloed zijn op het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden en de comparitie na antwoord (par. 3). Dat gebeurt (schetsmatig en zonder de pretentie van volledigheid) vanuit de gedachte dat een breder kader onmisbaar is om daadwerkelijk door te dringen in de betekenis van waarheidsvinding voor de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden (par. 4) en de comparitie na antwoord (par. 5). Bij de bespreking van deze beide onderwerpen doe ik enkele concrete suggesties om de betekenis van waarheidsvinding in de civiele procedure in wetgeving verder te verduidelijken. Afgesloten wordt met een korte samenvatting (par. 6).

2. Waarheidsvinding als dilemma

2.1 Vier lagen

Het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure kent de nodige dilemma's. Een deel daarvan speelt in alle rechtsgebieden, wat onder meer in het preadvies van Loth aan de orde komt. Sommige dilemma's rondom waarheidsvinding in de civiele procedure hangen echter (ook) meer of minder nauw samen met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter. Partijen bepalen in beginsel (wanneer zij rechtsgevolgen inroepen waarover zij vrijelijk kunnen beschikken) zelf over welke rechtsbetrekking tussen hen de rechter heeft te oordelen. Door partijen, althans de eisende partij, wordt een beslissing van de overheidsrechter gevraagd om de privaatrechtelijke rechtsbetrekking(en) tussen hen of een rechtstoestand te doen vaststellen (of te wijzigen) en ingeroepen rechtsgevolgen ook tegen de zin van de wederpartij te kunnen effectueren, eventueel met toepassing van staatsmacht.⁶ Daarmee hebben partijen niet alleen met elkaar en de rechter te maken, maar ook met maatschappelijke normen en het algemeen belang.⁷ De civiele rechter heeft weliswaar tot taak

¹ Een recente uitvoerige literatuurlijst: De Bock 2011, p. 363-391.

² Zie meer algemeen over aard, inhoud en reikwijdte van waarheid en waarheidsvinding het gelijktijdige preadvies van Loth.

³ Mom Visch 1878; Pinner 1878; De Pinto 1879; Pijnappel 1881; Karsten 1891; Pijnappel 1891; Rombach 1879; Caroli 1907; Hartzfeld 1907; Star Busmann 1915; Nolst Trenité 1915; Meilink 1924; Offerhaus 1924; Eggens 1951; Haardt 1951; Brenninkmeijer 1991.

⁴ Voor die wisselwerking zijn ook andere aspecten van belang, waaronder bijvoorbeeld keuzes van de rechterlijke organisatie in het kader van zaaksdifferentiatie. De invalshoek van het procesrechtelijke beslissingsmodel, dat van toepassing is in alle zaken op tegenspraak, is aanleiding om daarop niet afzonderlijk in te gaan. Zie over zaaksdifferentiatie bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 129; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 95 e.v.; Kamerstukken I, 32 021, 2010/11, nr. D, p. 9; Raad voor de rechtspraak, Visie op de Rechtspraak in 2020 (www.rechtspraak.nl).

⁵ Daarmee blijft onder meer de verhouding tussen openbare orde en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden buiten beschouwing.

⁶ Brenninkmeijer 1991, p. 44; Land/Eggens 1933, p. 4-5; Eggens 1951, p. 33; Heemskerk 1974, p. 14-15.

⁷ Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 3; Haardt 1984, p. 17; Hammerstein 1989, p. 1599; Van Kempen 2009, p. 287; Lewin 2011, p. 12; Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 5; Stein/Rueb 2011, p. 39; Verkijk 2009, p. 73.

partijen te faciliteren in de beëindiging van hun geschillen, maar hij heeft ook een maatschappelijke verantwoordelijkheid⁸ om effectieve en efficiënte overheidsrechtspraak in civielrechtelijke zaken te bevorderen.⁹ Tegenwoordig is overigens vrij algemeen aanvaard dat hieronder naast geschilbeslechting tot op zekere hoogte ook bemiddeling valt,¹⁰ maar gaat het om geschilbeslechting, dan wordt met waarheidsvinding in de civiele procedure ook 'het algemene maatschappelijke belang gediend dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling', een geregeld terugkerende zinsnede in overwegingen van de Hoge Raad.¹¹ Star Busmann sprak van 'het besef, dat voor goede rechtspraak allereerst ware, d.w.z. juiste en volledige gegevens onmisbaar zijn.'¹² Procesrechtelijke, bewijsrechtelijke en menselijke beperkingen kunnen niettemin verhinderen dat 'de' waarheid in de civiele procedure wordt gevonden.¹³ Met het gemengd privaatrechtelijke en publiekrechtelijke karakter van de civiele procedure in het achterhoofd zijn er naar mijn indruk in ieder geval vier lagen te onderscheiden waarop zich dilemma's kunnen voordoen in het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure die meer of minder nauw zijn verbonden met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter.

2.2 Tegenstellingen

Allereerst is er de laag van de tegenstellingen. Een partij in een civiele procedure heeft in het algemeen als belang dat zij gelijk krijgt en de procedure wint. Dat gaat meestal samen met het belang dat de wederpartij ongelijk krijgt en de procedure verliest. De belangen van het eigen gelijk en het ongelijk van de ander zullen in het algemeen meewegen in de keuzes die een partij maakt bij het aandragen van de feiten die relevant zijn voor de beslissing. Het belang van een partij bij waarheid en waarheidsvinding is dus nauw verbonden met de eigen rechtspositie en partijen hoeven niet hetzelfde belang te hebben bij het aandragen van de waarheid. De rechter heeft een andersoortig belang. Hij moet de (voor de beslissing relevante)¹⁴ feiten naar waarheid vaststellen om over de rechtsbetrekking in geschil een oordeel te kunnen geven dat strookt met de werkelijkheid. Zijn belang ligt in de adequate uitoefening van zijn taken jegens partijen en de maatschappij, waarvan beslissen naar waarheid onderdeel is. Hij is daarbij echter in hoge mate afhankelijk van de mate waarin partijen – handelend vanuit hun tegengestelde belangen – de feiten naar waarheid aandragen.¹⁵ Binnen het geschil van partijen mag de rechter tot op zekere hoogte ambtshalve op zoek gaan naar de waarheid. Buiten de door partijen getrokken grenzen van het geschil mag hij dat in beginsel niet (zie par. 4). Hierin klinkt door dat diffuus kan zijn op welke feiten het proces van waarheidsvinding nu precies betrekking mag hebben.

2.3 Alle waarheidsvinding is interpretatie

Dilemma's zijn er ook voor zover waarheidsvinding gepaard gaat met interpretatie. Kenmerkend voor de civiele procedure is dat waarheidsvinding naar aanleiding van stellingen van partijen vrijwel steeds gepaard gaat met uitleg van die stellingen door de rechter. Dit heeft niet alleen te maken met de wijze waarop partijen invulling geven aan de stelling, maar bijvoorbeeld ook met de omstandigheid dat het civiele recht veel open normen bevat en begrippen kent waarvan de inhoud geheel of ten dele onbepaald is.¹⁶ Uitleg van stellingen vindt plaats nadat partijen op elkaars stellingen hebben kunnen reageren. De reactie van een partij bevat vaak ook al een

⁸ Waarvan de inhoud natuurlijk tamelijk onbepaald is. Zie bijv. Asser-Vranken 1995, nr. 222; Schuyt 1988; Van Velthoven 2007.

⁹ Vgl. over de vraag of ook op advocaten 'publieke verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling rust': Bannier 2011; Commissie Advocatuur 2006, p. 21; Verkijk 2010, p. 147-154.

¹⁰ Zie bijv.: Asser 2003, p. 32-33; Loth 1998.

¹¹ Bijv. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173, m.n.t. W.L. Haardt; HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467, m.nt. H.J. Snijders; HR 9 augustus 2002, *LJN* AE6324; HR 19 september 2003, *LJN* AF8273; HR 30 januari 2004, *LJN* AN8490; HR 20 januari 2006, *LJN* AU4529; HR 10 april 2009, *LJN* BG9470.

¹² Star Busmann 1915, p. 130. Vgl. Giesen 2002, p. 85; Van Kempen 2009, p. 269; Klaassen 2001, p. 47; Thoe Schwartzberg 2009, p. 37.

¹³ 't Hart 2010; Vranken 1986, p. 59.

¹⁴ Relevant zijn de feiten 'in het spectrum van enerzijds de procesrechtelijke grenzen en mogelijkheden en anderzijds de (vooral)snog) toepasselijk geoordeelde materieelrechtelijke normen', aldus Vranken, die beeldend spreekt van de rechter die heen en weer pendelt tussen de feiten in het procesdossier en de materieelrechtelijke normen die hij in het concrete geval wil toepassen (Asser-Vranken 1995, nrs. 108-109). Vgl. Ahsmann 2011, p. 136; Asser-Scholten 1974, p. 120; De Bock 2011, p. 13-18.

¹⁵ Vgl. De Bock 2011, p. 83.

¹⁶ O.a. Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 223; Asser-Scholten 1974, p. 75; Asser-Vranken 1995, nr. 89 e.v.; Barendrecht 1992; Frenk 2011; Hirsch Ballin 1988, p. 229; Hol & Loth 2001, p. 23-25; Wiarda 1999.

eigen interpretatie van de stellingen van de wederpartij. Wanneer een stelling een aspect van een bepaalde gebeurtenis of een bepaald feitencomplex betreft, zijn er vaak verschillende invalshoeken mogelijk om de gebeurtenis of het feitencomplex te interpreteren, ook al is er in menig geval een behoorlijke gemeenschappelijke bandbreedte over de juistheid van een interpretatie.¹⁷

Tijdens bewijslevering gaat waarheidsvinding vaak met interpretatie van waarnemingen gepaard. Bewijslevering is veelal een reconstructie¹⁸ van historische feiten onder leiding van iemand die uit het oogpunt van onpartijdigheid niet aanwezig mag zijn geweest bij de totstandkoming (de constructie) van die feiten. Waarheidsvinding is dan een instrument, een middel om te begrijpen wat er is gebeurd of waarom bepaalde keuzes zijn gemaakt, een middel om de betekenis van feiten te duiden, enzovoort. Door middel van deskundigenbewijs of technisch bewijs kan een reconstructie van historische feiten ook plaats vinden met behulp van constructief bewijsmateriaal dat reconstructie deels overbodig maakt. Als de vast te stellen feiten geen verleden tijd zijn, is waarheidsvinding door middel van bewijslevering overigens meer fictie dan werkelijkheid. Dit speelt met name bij vragen over schade. Wanneer nakoming of herstel niet meer mogelijk is en rechtsherstel in de vorm van schadevergoeding in beeld komt, gaat het vaak mede om de vaststelling van toekomstige of hypothetische feiten en niet (louter) om reconstructie van historische feiten. Aan de hand van redelijke verwachtingen omtrent toekomstige ontwikkelingen wordt een inschatting gemaakt van goede en kwade kansen. Getracht wordt zo goed mogelijk recht te doen aan een werkelijkheid in abstracto, die zich – geheel of ten dele als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – niet meer zal voordoen. Het behoeft geen toelichting dat hiermee een grote hoeveelheid interpretatie gepaard gaat en de werkelijkheid uiteindelijk anders kan uitpakken.¹⁹ Bovendien kan het proces van waarheidsvinding worden gecompliceerd doordat de vrijwel exclusieve focus op de vaststelling van schadevergoeding niet zonder meer tegemoet hoeft te komen aan de behoeften van benadeelden om aandacht te krijgen voor aspecten van immateriële aard, zoals erkenning krijgen, te weten komen wat er precies is gebeurd, excuses ontvangen of willen voorkomen dat iemand anders iets soortgelijks overkomt.²⁰

Waarheidsvinding kan natuurlijk ook worden belemmerd door menselijke fouten bij de interpretatie en (re)constructie van feiten. Het proces van waarheidsvinding staat bol van de valkuilen. De kennis hiervan en van mogelijkheden tot risicobeperking is vooral vergaard in het kader van het strafrecht²¹ en wordt soms ook in civiele zaken toegepast.²² Gedacht kan onder meer worden aan het risico van de kennisparadox bij opheldering van feiten met behulp van een deskundigenbericht (wie een deskundige nodig heeft, weet niet wat hij niet weet),²³ aan tunnelvisie²⁴ (te snel een bepaald spoor ingaan, mogelijke alternatieve scenario's te snel laten vallen), aan *belief perseverance*²⁵ (de neiging om bij een eerder gevormd oordeel te blijven) of aan *hindsight bias*²⁶ (oordelen met wijsheid achteraf). Deze verschijnselen kunnen zich natuurlijk ook voordoen rondom het proces van waarheidsvinding in strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures. In de civiele procedure is de wezenlijke rol van uitleg van stellingen echter een niet te onderschatten onderdeel van het verschijnsel interpretatie in het proces van waarheidsvinding, onder meer bij de feitenvaststelling, de toepassing van het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden (waarover meer in par. 4), en bewijsbeslissingen (over bewijslast, bewijsopdracht, bewijslevering en bewijswaardering). Daarmee is er ook alle ruimte voor eventuele interpretatiefouten in het proces van waarheidsvinding.

2.4 Relativiteit

Een derde laag is die van de relativiteit. Waarheidsvinding leidt in de civiele procedure naar relatieve waarheden, zowel binnen de procedure als in relatie tot de wereld buiten de procedure. De bewijsmaatstaf is

¹⁷ Asser-Vranken 1995, nr. 110.

¹⁸ Asser-Vranken 2005, nr. 13; Wigboldus 2010, p. 45-47.

¹⁹ Akkermans 2002, p. 114; De Groot & Akkermans 2008, p. 189; Akkermans 2009; Dijkshoorn & Lindenberg 2010; Lindenberg 2009; Lindenberg 2010; Nieuwenhuis 2006, p. 133.

²⁰ Akkermans e.a. 2008; Akkermans e.a. 2009; Akkermans 2012; Asser-Vranken 2005, nr. 66; Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 27-31; Giard 2010.

²¹ Zie bijv. het themanummer van RM Themis over waarheidsvinding in het strafrecht (RM Themis 2010, 5/6).

²² Bijv. Rb. Haarlem 27 april 2011, *L/N* BQ6279.

²³ De Groot 2008, p. 13-15; De Groot & Akkermans 2008, p. 189. Zie ook: Broeders 2007, p. 57; Sluijters 2001.

²⁴ Tunnelvisie is met name sinds het Rapport-Posthumus over de Schiedammer parkmoord (www.rijksoverheid.nl > Documenten en publicaties > Rapporten) in de rechtspraak een begrip geworden. Zie ook Asser 1999b, p. 1252; Asser 2010, p. 11; De Bock 2011, p. 147.

²⁵ Zie ook de noot van F. Fernhout bij EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72 (Cottin/België).

²⁶ Asser 2008, p. 16-17; Giard 2005; Giard 2009; Giard & Merckelbach 2009.

dat de civiele rechter een redelijke mate van zekerheid nodig heeft om overtuigd te raken van de waarheid²⁷ van een door een partij te bewijzen feit dat relevant is voor de te nemen beslissing,²⁸ waarbij het volgens Paul Scholten gaat om een op ervaring en redelijk betoog steunende overtuiging.²⁹ Dat een relatief geringe mate van zekerheid volstaat, onderstreept dat waarheidsvinding in de civiele procedure geen doel op zichzelf is, maar een instrument om te bewerkstelligen dat geschillen in een eerlijk proces binnen een redelijke termijn tegen aanvaardbare kosten kunnen worden beslecht. De bewijsmaatstaf laat na de feitenvaststelling door de rechter de mogelijkheid open dat buiten de procedure ten aanzien van hetzelfde feit verschillende waarheden (blijven) bestaan, ook al hebben de vastgestelde feiten tussen partijen gezag van gewijsde (art. 236 Rv). Waarheidsvinding geeft niet meer dan een relatieve zekerheid over de mate waarin de beslissing van de rechter strookt met de werkelijkheid in de rechtsbetrekking in geschil.³⁰ Binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil bepaalt de rechter of een feit relevant is voor de beslissing en bewijs behoeft. Welke feiten daarbuiten eventueel ook relevant zijn voor de beslissing, onttrekt zich grotendeels aan de waarneming van de rechter. Zelfs als dat anders is, staat het de rechter niet vrij de grenzen van het geschil te verleggen als partijen dat niet wensen (zie par. 4).

2.5 Vrijheid en rechtvaardigheid

In deze drie lagen kunnen dilemma's vooral ontstaan door de concrete wijze waarop partijen en de rechter in een zaak invulling geven aan hun taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden. In een meer abstracte vierde laag waarop zich in het proces van waarheidsvinding dilemma's kunnen voordoen verbonden met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter, gaat het erom dat de mitsen en maren van de eerste drie lagen niet kunnen verhelen dat (ook) een civiele procedure het niet zonder waarheidsvinding kan stellen. In de woorden van Schuyt: vrijheid en gerechtigheid zijn de twee maatschappelijk belangrijkste waarden. Vrijheid en gerechtigheid (waarvoor ik hierna het synoniem³¹ rechtvaardigheid zal gebruiken) zijn geen absolute of metafysische grootheden of voer voor ideologen, maar krijgen een praktische en concrete invulling naar gelang de omstandigheden, plaats en tijd dat vragen. De manier waarop gereageerd wordt op de tegenovergestelden van vrijheid en rechtvaardigheid, onrecht en onvrijheid, zijn bepalend voor het behoud ervan.³² De eigen vrijheid om te beschikken over burgerlijke rechten gaat gepaard met een eigen verantwoordelijkheid om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen.³³ Bij vrijheid gaat het in dit preadvies vooral om de betekenis van waarheidsvinding voor de vrijheid van partijen om over hun burgerlijke rechten te beschikken. Over (verdelende en vereffenende) rechtvaardigheid en civiel (proces)recht valt veel te zeggen, maar daarop hoeft hier niet te worden ingegaan.³⁴ Onderdeel van het begrip rechtvaardigheid in dit preadvies is onder meer het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling.³⁵ De verzuchting van Euripides dat rechtvaardigheid niet in de ogen der mensen is,³⁶ maant wel tot bescheidenheid, anders gezegd: *'although justice is possible, it is never complete'*.³⁷ Vrijheid en rechtvaardigheid zijn niet los van elkaar te zien. In een vrije en rechtvaardige gemeenschap kan een individu zich verder ontwikkelen ten gunste van zichzelf en het sociaal, economisch en maatschappelijk verkeer in de gemeenschap.³⁸ In een gemeenschap zonder rechtvaardigheid gaat vrijheid uiteindelijk verloren. De

²⁷ Al bij de Romeinen ging het bij bewijslevering (*probatio*) om een waarheidsgetrouwe, geloofwaardige opheldering van een betwiste stelling (zie bijv. Chorus 1987, p. 21; Litewski 1999, p. 354).

²⁸ Asser 2004, nr. 2; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 35-39; De Bock 2011, p. 202; Eggens 1951, p. 15-19; Giesen 2001, p. 50-51; Haardt 1951, p. 89; Hidma 2005, p. 149; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 78; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4; Scheltema 1939, p. 35-36 en 103; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 244; Stein/Rueb 2011, p. 143. Zie ook De Bock 2011, p. 218 e.v. (voorstel voor een alternatieve bewijsmaatstaf).

²⁹ Scholten 1935, p. 358.

³⁰ Vgl. De Bock 2011, p. 33.

³¹ Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.

³² Schuyt 2006, p. 16.

³³ Bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80; Van Schaick 2009, p. 13; Vranken 1999, p. 80.

³⁴ Zie bijv. Van den Berg 2000, p. 623 ('Het enkele invoeren van rechtvaardigheid is op zichzelf niet het noemen van een argument, maar het aankondigen van een discussie.'). Langemeijer/Schrage 1994; WPNR-themanummer over rechtvaardigheid in het civiele recht (WPNR 2010 (6843), p. 381-428).

³⁵ Vg. De Bock 2011, p. 43 e.v.

³⁶ Euripides, Medea, Episode I, regel 218.

³⁷ Cummings 2011, p. 3.

³⁸ Misbruik moet volgens Eggens binnen bepaalde grenzen als noodzakelijk kwaad worden aanvaard ter wille van vrijheid als het hogere goed (Eggens 1951, p. 7).

waarden van vrijheid en rechtvaardigheid hebben dus niet alleen een individuele kant, maar ook een maatschappelijke en rechtsstatelijke dimensie. In regelgeving wordt gebruik gemaakt van middelen ter compensatie van ongelijkheid tussen partijen om een rechtvaardig gebruik van ieders vrijheid in relatie tot de vrijheid van anderen te behouden en te bevorderen. Waarheidsvinding in de civiele procedure is een middel om vrijheid en rechtvaardigheid te dienen. Met waarheidsvinding wordt beoogd recht te doen aan de werkelijkheid in het geschil van partijen (zie par. 3) en in breder verband aan de sociale, economische, politieke of juridische werkelijkheid waarvan de verhalen van partijen onderdeel zijn.³⁹ De individuele perceptie van vrijheid en rechtvaardigheid van een partij kan in een civiele procedure mede bepalen welke stellingen zij inneemt en in hoeverre haar stellingen ruimte laten voor waarheidsvinding. Die perceptie zal zich lang niet altijd verdragen met het perspectief van de wederpartij en hoeft ook niet te stroken met maatschappelijk algemeen gedeelde inzichten over de betekenis die aan waarheidsvinding in een civiele procedure toekomt, zoals onder meer neergelegd in de wettelijke verplichting van partijen (art. 21 Rv) om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (zie par. 3.3). Dan gaat het erom, zoals Haardt schreef, een compromis te vinden 'tussen het belang der partijen, die in vrijheid moeten kunnen bepalen of zij een proces willen voeren en waarover en het belang van de maatschappij en van de partijen, dat er recht worde gedaan overeenkomstig hetgeen waar is'.⁴⁰ De vierde laag heeft weliswaar een hoog abstractieniveau, maar verderop in dit preadvies zal ik op diverse punten nader uitwerken wat het fundament van vrijheid en rechtvaardigheid naar mijn opvatting betekent voor waarheidsvinding in de civiele procedure.

2.6 Dilemma's vragen om keuzes

De vier lagen genereren dilemma's in het proces van waarheidsvinding die zijn terug te voeren op een groot goed: het primaat van het zelfbeschikkingsrecht van het individu in een georganiseerde samenleving gericht op ontwikkeling en vooruitgang, waarin ieder ruimte krijgt om het eigen zelfbeschikkingsrecht te effectueren met respect voor andermans zelfbeschikkingsrecht en voor wederkerigheid en onderlinge afhankelijkheid. Waarheidsvinding is dan geen doel op zichzelf, maar een middel om rechten te effectueren die inherent zijn aan het zelfbeschikkingsrecht.⁴¹ De dilemma's vragen zo gezien niet zozeer om oplossingen (als die al voorhanden zijn), maar om inzicht in factoren die maken dat bepaalde keuzes van partijen en de rechter het proces van waarheidsvinding bevorderen of juist verstoren.

3. Waarheidsvinding in de context van de civiele procedure

3.1 Overheidsinmenging in waarheidsvinding

Voor een goed begrip van de context van het proces van waarheidsvinding in een civiele procedure is het behulpzaam om te bedenken dat aan een civiele procedure meestal geen gereguleerd proces van waarheidsvinding vooraf gaat. Dat is anders bij een strafzaak of een bestuursrechtelijke zaak. In het strafrecht beslist de officier van justitie welke strafbare feiten in de tenlastelegging worden opgenomen. Daarmee schept hij ook een kader voor de feiten waarop de waarheidsvinding in de strafzaak betrekking heeft. In het bestuursrecht kiest de appellant op welke onderdelen hij de beslissing op bezwaar van een bestuursorgaan onderwerpt aan het oordeel van de rechter. Aan een strafzaak of een bestuursrechtelijke zaak gaat een beslissing vooraf van een overheidsorgaan, dat zich bij gebruik van feiten in zijn beslissing dient te richten naar de werkelijkheid. Zo hoort de officier van justitie geen feit ten laste te leggen waarvan al vaststaat dat de verdachte het niet kan hebben gepleegd. Een bestuursorgaan hoort een besluit zorgvuldig voor te bereiden en van een toereikende motivering te voorzien (art. 3:2 en 3:46 Awb), waarvan een juiste feitelijke grondslag onderdeel is. Voordat een zaak bij de strafrechter of de bestuursrechter aanhangig wordt gemaakt, is het onderwerp ervan dus al door de overheidssluizen van de waarheidsvinding gegaan. Dat is anders wanneer een partij een zaak aanhangig maakt bij de civiele rechter. De eisende partij kiest ook hier welke vordering tegen welke wederpartij wordt ingesteld. Publiekrechtelijk overheidsoptreden gaat daaraan in de regel echter niet

³⁹ Van Kempen meent dat een 'constitutieve voorwaarde voor een rechtvaardige eindbeslissing is dat deze steunt op de waarheid en niet op ficties' (Van Kempen 2009, p. 280). Verkijk denkt dat een rechtvaardige afdoening vooral betekent 'eerlijk en efficiënt' en verstaat 'proportioneel en spoedig' onder 'efficiënt' (Verkijk 2009, p. 74).

⁴⁰ Haardt 1951, p. 62.

⁴¹ Vgl. Vranken 1999, p. 79: partijautonomie is het fundament van het vermogensrecht, dat zich vertaalt in de vier bekende vrijheden contractsvrijheid, testeervrijheid, de vrijheid om vermogen te verwerven en daarover naar eigen goeddunken te beschikken en de vrijheid om rechtspersonen op te richten. Zie bijv. ook Peletier 1999.

vooraf, afgezien van eventuele toepassing van voorlopige bewijsmaatregelen buiten de bodemprocedure. Een eis wordt ingesteld op basis van individuele⁴² verlangens, behoeften of belangen om een burgerlijk recht te effectueren. Er is geen noodzaak om daarover eerst een gereguleerde overheidsbeslissing te nemen waarin die verlangens, behoeften of belangen worden gezien op hun relatie met de werkelijkheid. Pas wanneer een persoon een bepaalde aanspraak in rechte vastgesteld wil zien en zich tot de civiele rechter wendt, komt van overheidswege zo nodig een proces van waarheidsvinding op gang. Geen van partijen heeft daarin op voorhand de positie dat zij behoudens tegenbewijs wordt vermoed zich voorafgaand aan de procedure naar de werkelijkheid te hebben gericht. De eiser of gedaagde die in de procedure een burgerrechtelijke aanspraak wil verwezenlijken, dient als hoofdregel bij betwisting te bewijzen dat het om een werkelijke aanspraak gaat. Aanspraken die niet stroken met de werkelijkheid, worden niet door het civiele recht beschermd en zijn niet rechtens afdwingbaar (art. 3:303 en 3:13 BW).⁴³ Het civiele procesrecht bevat de nodige instrumenten om te bewerkstelligen dat de feiten die aan een beslissing ten grondslag worden gelegd, worden vastgesteld overeenkomstig de werkelijkheid. In het geschil van partijen wordt dit instrumentarium echter pas toegepast door een overheidsorgaan – de civiele rechter – nadat de procedure aanhangig is gemaakt.

3.2 Bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden van partijen en de rechter

Algemeen geldt als uitgangspunt dat feiten die relevant zijn voor de beslissing en tussen partijen in geschil zijn, naar waarheid moeten worden vastgesteld.⁴⁴ De discussie gaat onder meer erover welke feiten dat zijn en wie dat bepaalt: partijen, de rechter, of misschien zelfs derden zoals een belanghebbende, een getuige of een deskundige. In de verhouding tussen partijen en de rechter zijn in essentie vier categorieën bevoegdheden te onderscheiden.⁴⁵ De eerste categorie betreft de bevoegdheid om een procedure te beginnen, het onderwerp ervan te kiezen en een procedure te beëindigen. Het initiatief om een civiele procedure te beginnen of om als verwerende partij in een procedure te verschijnen, ligt in een democratische rechtsstaat onbetwist bij een partij,⁴⁶ maar is wel onderhevig aan wettelijke beperkingen. Een rechtsmiddel tegen een tussenuitspraak staat bijvoorbeeld slechts open met rechterlijk verlof (art. 337 lid 2 Rv; art 401a Rv). De tweede categorie bevoegdheden betreft de feiten die worden betrokken in het geschil en de beslissing. De derde categorie bevoegdheden heeft betrekking op de proceshandelingen die kunnen worden verricht. Voor zover dat niet al vastligt in de wet, bepaalt tegenwoordig de rechter in overwegende mate wanneer welke proceshandelingen op welke wijze mogen worden verricht.⁴⁷ Partijen hebben daarover weinig zeggenschap meer. De vierde categorie betreft het tempo waarin wordt geprocedeerd en beslist. Hier hebben partijen en de rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid (art. 20 Rv).

⁴² De collectieve actie blijft in dit preadvies buiten beschouwing.

⁴³ Bruijnzeel 2011; Grosheide 2005, p. 131; Van der Kwaak 2002; Sniijders 2004, p. 14; Van der Wiel 2004, p. 103 e.v.

⁴⁴ Bijv. Diephuis 1872, p. 288-289: 'De feiten, die van invloed zijn op het ontstaan, de voortdoring of wijziging en het eindigen of de opheffing van de regten en regtsbetrekkingen der personen, moeten, opdat daaraan die kracht zal kunnen worden toegekend, als werkelijk bestaande, als waar erkend worden. Dit geldt voor den regter, die over die regtsbetrekkingen beslissen, naar aanleiding dier feiten uitspraak moet doen; het geldt ook voor allen, te wier aanzien het bestaan of te niet gaan eener regtsbetrekking van belang is, tegenover wie men het een of het ander op grond van bepaalde feiten beweert.' Zie bijv. ook De Bock 2011, p. 27-34; Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 209; Vranken 1999, p. 78.

⁴⁵ De Groot 2008, p. 37-40.

⁴⁶ Dat kan anders zijn wanneer het gaat om rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

⁴⁷ De rechter is hier veelal gebonden aan door de gerechten opgestelde procesreglementen, waarmee wordt beoogd zo veel mogelijk rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid in het procesverloop te bieden. Vgl. art. 35 Rv: de wetgever kan bij algemene maatregel van bestuur nadere regels stellen over het procesverloop met het oog op de verdere harmonisering van dagvaardings- en verzoekschriftprocedures (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 188). Zie ook: Asser, Groen & Vranken 2003, p. 74; De Groot 2008, p. 42-45; Ynzonides 2010, p. 99.

3.3 Bevoegdheden ten aanzien van de feiten

Het proces van waarheidsvinding speelt zich vrijwel uitsluitend af binnen de tweede categorie bevoegdheden, waarin het gaat over de feiten die worden betrokken in het geschil en de beslissing.⁴⁸ In dit preadvies worden bevoegdheden uit de tweede categorie nader bezien in relatie tot het proces van waarheidsvinding. Hier gaat het erom door wie – partijen en/of de rechter – wordt bepaald welke feiten worden betrokken in een geschil en in de beoordeling en beslissing. Ook gaat het erom wie bepaalt of feiten relevant zijn voor de beslissing, en hoe feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zijn en relevant zijn voor de beslissing. De kernwoorden zijn selectie, vaststelling en waardering van feiten.⁴⁹ In Nederland impliceert de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten dat zij het onderwerp van de vordering (of het verzoek)⁵⁰ en het verweer kiezen en de omvang van het geschil bepalen.⁵¹ Dit wordt hierna ook aangeduid als de partijautonomie.⁵² Partijen bakenen de omvang van het geschil af door één of meer grondslagen te vermelden voor vordering of verweer en door feiten aan te voeren die zij in verband met de aard en omvang van het geschil relevant achten voor de verlangde beslissing. De standpunten van partijen zijn in hoge mate bepalend voor de feiten die tussen hen vaststaan en in geschil zijn. De partijautonomie wordt onder meer begrensd door de verplichting van partijen de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Deze verplichting houdt in dat partijen een getrouw en volledig beeld van het geschil behoren te geven,⁵³ niet bewust een valse voorstelling van zaken mogen geven en feiten niet tegen beter weten in mogen ontkennen.⁵⁴ Onderdeel van de beslissingsbevoegdheid van de rechter is dat vervolgens wordt vastgesteld welke feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Hierin hebben partijen geen zeggenschap. In Nederland (en in veel andere landen op het Europese continent) is uitgangspunt is dat een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing door een onpartijdige en onafhankelijke rechter vergt dat een partij, gezien haar belang bij de uitkomst, geen volledige zeggenschap heeft over de keuze om feiten op te helderen en de wijze waarop feiten worden opgehelderd. Anders gezegd: naar Nederlands civiel procesrecht heeft een partij een grote mate van vrijheid om de feiten aan te voeren die volgens haar relevant zijn voor de beslissing op vordering en verweer, maar zij heeft geen algemene aanspraak op bewijslevering van feiten die in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.⁵⁵ De rechter heeft een autonome rol in de analyse en beoordeling van het geschil, de toepassing van het bewijsrecht en de beslissing.⁵⁶

3.4 Debat in de literatuur

De bevoegdheden van partijen en de rechter in de civiele procedure bestaan voornamelijk uit open normen op een abstract niveau. De betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding wordt mede bepaald door (de

⁴⁸ De andere drie categorieën worden hierna grotendeels buiten beschouwing gelaten.

⁴⁹ Ahsmann 2011, p. 135-136 en p. 151 e.v.; Asser-Vranken 1995, nr. 107.

⁵⁰ Hierna wordt kortweg 'vordering' gebruikt, waarvoor in de regel 'vordering of verzoek' kan worden gelezen.

⁵¹ Waarmee niet is gezegd of factoren binnen en buiten hun invloedssfeer hen daartoe effectief in staat stellen. Zie bijv. Grosheide 2005, p. 126.

⁵² Ahsmann 2011, p. 74; Asser 2010, p. 33-35; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 65 e.v.; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 49-51; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 12 e.v.; De Bock 2011, p. 84 e.v.; Bosch-Boesjes 1991, p. 131; Brenninkmeijer 1998, p. 18; Van den Brink 2008, p. 89; Hugenholtz/Heemskerck 2009, p. 10-11; Ingelse 2004, p. 45; Jongbloed 2004, p. 158-159; Klaassen 2009, p. 64; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 152; Stein/Rueb 2005, p. 20; Sniijders 2003, p. 1700; Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 46-48.

⁵³ Behoudens gewichtige redenen om dat niet te doen (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 147).

⁵⁴ Ahsmann 2010, p. 14; Ahsmann 2011, p. 45; Asser 2003, p. 36; De Bock 2011, p. 52-56; Hammerstein 1989, p. 1600-1601; Hammerstein 2003, p. 60; Klaassen 2002; Klaassen 2009, p. 65-66; Van der Korst 2006; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 46; Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10; Van der Wiel 2004, p. 28-31; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 146, 149, 152; Verkijk 2010, p. 556-562; Wesseling van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 21, aant. 1. De verplichting geldt voor alle door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures (HR 25 maart 2011, *LJN* BO0675). Zie bijv. ook Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AS6385; Hof Den Bosch 15 november 2005, *LJN* AX8899; Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556; Hof Amsterdam 26 mei 2009, *LJN* BO3203; Hof Den Bosch 7 juli 2009, *LJN* BJ4469; Hof Arnhem 30 november 2010, *LJN* BO9917; Vzr. Rb. Maastricht 1 september 2005, *LJN* AU2032; Rb. Rotterdam 14 juni 2006, *LJN* AY6251; Rb. Roermond 28 november 2007, *LJN* BC0427.

⁵⁵ Partijen kunnen echter wel rechtsgevolgen die zij vrij kunnen bepalen in een akte bewijsrechtelijk vastleggen (art. 156 Rv). In een bewijsovereenkomst kunnen zij afwijken van het wettelijk bewijsrecht, tenzij het feiten betreft waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn die niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 153 Rv). Art. 166 Rv kan een partij aanspraak geven op getuigenbewijs (zie bijv. Reisig 2005).

⁵⁶ Vranken 1986, p. 52 en 56-58.

invulling die wordt gegeven aan)⁵⁷ de beginselen van een eerlijk proces en een goede procesorde. De uitoefening van bevoegdheden door partijen en de rechter kan niet los worden gezien van hun opvatting over hun taken en verantwoordelijkheden in de civiele procedure en de wijze waarop zij daaraan in een concreet geval invulling geven. Nederland kent een lange traditie van verdeeldheid in de literatuur over de vraag of een partij mag verhinderen dat de feiten in de civiele procedure naar waarheid worden vastgesteld, waarop hier alleen in grote lijnen kan worden ingegaan.⁵⁸ De verschillen laten zich kort gezegd onder meer verklaren door het gewicht dat wordt gehecht aan partijautonomie enerzijds en waarheidsvinding anderzijds. In de tijdgeest van de negentiende eeuw heeft de rechtspraak op het been gestaan dat de civiele rechter ook gebonden was aan de door partijen getrokken grenzen van het geschil (en zich dus lijdelijk diende op te stellen)⁵⁹ wanneer dat haaks stond op het belang van de waarheidsvinding.⁶⁰ Eind negentiende eeuw werd steeds meer de behoefte gevoeld om de rechter meer bevoegdheden te geven om procedures te versnellen, deformalisering te realiseren en een beter en meer waarheidsgetrouw feitenonderzoek mogelijk te maken.⁶¹ Tot 1920 werden daartoe diverse vooruitstrevende voorstellen voor een nieuwe wettelijke regeling van het civiele procesrecht ontwikkeld. In 1948 volgde een laatste voorstel tot hercodificatie, dat wisselend werd ontvangen.⁶² Met deze voorstellen werd onder meer beoogd de rechter aanzienlijk meer mogelijkheden tot waarheidsgetrouwe feitenvaststelling te geven. Tot een nieuwe wettelijke regeling hebben de voorstellen niet geleid. Bezwaren in de literatuur waren met name gericht tegen een afname van het gewicht van de partijautonomie en een toename van de bemoeienis van de rechter.⁶³ In de volgende jaren speelde het debat zich af rondom de herziening van het bewijsrecht, die in 1988 werd voltooid (zie par. 3.5.3). Ook in de jaren negentig werd in de literatuur herhaaldelijk aandacht gevraagd voor de betekenis van waarheidsvinding in de civiele procedure.⁶⁴ Vrij algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat de rechter geen waarheidsvinding mag bedrijven buiten de grenzen van het geschil van partijen.⁶⁵ De meningen lopen echter uiteen over de vraag hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich binnen de grenzen van het geschil tot elkaar verhouden (waarover meer in par. 4), dat wil zeggen wie bepaalt welke feiten worden betrokken in de beoordeling en beslissing van welk geschilpunt. Daarmee is de kwestie nauwelijks afgebakend, want de complexiteit in de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding ligt vaak juist in het bepalen van die grenzen. In vogelvlucht beschouwd wordt het debat vooral gekenmerkt door verschillen van opvatting over de ruimte van een partij voor de effectivering van haar zelfbeschikkingsrecht, de mate waarin een partij rekening behoort te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen, en het vertrouwen in de rechter op individueel en maatschappelijk niveau. Als het gaat over de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding binnen de grenzen van het geschil spelen echter ook andere aspecten een wezenlijke rol, zoals de directe of (via een advocaat of gemachtigde) indirecte overdracht van het verhaal van een partij aan de rechter,⁶⁶ de (on)mogelijkheden om feiten op te helderen met gebruik van de stand van wetenschap en techniek,⁶⁷ het maatschappelijk gewicht dat wordt toegekend aan de

⁵⁷ Asser 2007, p. 43.

⁵⁸ Zie voor overzichten van het debat op dit punt o.a.: De Bock 2011, p. 83 e.v.; Bosch-Boesjes 1991, p. 19-57; Haardt 1951. Zie ook De Bock 2011, p. 74; Karsten 1891, p. 11-19; Star Busmann 1915, p. 130.

⁵⁹ Pijnappel noemde vier gronden voor de lijdelijkheid van de rechter: de civiele procedure betreft rechten waarover partijen de beschikking hebben, wordt gevoerd op kosten van partijen, mag niet tot een beslissing leiden zonder hoor en wederhoor en vraagt om een onpartijdige rechter (Pijnappel 1891, p. 136).

⁶⁰ Van Boneval Faure 1893 IV-1, p. 4-8; Chorus 1987, p. 6; Opzoomer/Levy 1892, p. 2. Suijling schreef nog in 1928 dat het recht het overlaat aan het geweten van een partij of deze met de waarheid voor de dag zal komen, aangezien de wet oprechtheid niet tot een rechtsplicht voor gedingvoerenden had gemaakt (Suijling 1928, p. 117).

⁶¹ Bosch-Boesjes 1991, p. 32; Verkijk 2010, p. 520 e.v.

⁶² Haardt 1949, p. 315, met verdere verwijzingen. Zie ook: Jongbloed 2005, p. 75-77; Verkijk 2010, p. 533.

⁶³ Bosch-Boesjes 1991, p. 33-42.

⁶⁴ Asser 1991; Asser 1999a, p. 18; Asser-Vranken 1995, p. 30-31; Bosch-Boesjes 1991, p. 22; Van den Reek 1997; Vranken 1999, p. 84-85. Zie ook Klaassen 2001.

⁶⁵ Bijv. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 9-10, 127; Drion 2009, p. 781; Giesen 2006, p. 104; Hammerstein 2003, p. 61; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 83; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 299; Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 2 en 5; Van Schaick 2009; Siemerink 2010; Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 49; Star Busmann 1915, p. 153; Stein/Rueb 2005, p. 113. Vgl. HR 18 december 1987, NJ 1988, 679, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315, m.nt. W.M. Kleijn; HR 17 februari 2006, LJN AU6927; HR 10 november 2006, LJN AZ1899; HR 23 maart 2007, LJN AZ4571; HR 15 april 2011, LJN BP5612; HR 9 september 2011, LJN BR1653; HR 9 september 2011, LJN BR1654.

⁶⁶ Asser-Vranken 1995, p. 10; De Bock 2011, p. 110; Star Busmann 1915, p. 133.

⁶⁷ De Bock 2011, p. 304 e.v.; De Groot 2008, p. 427-430.

gelijkwaardigheid van de partijen in de procedure en de behoefte aan ongelijkheidscompensatie,⁶⁸ of de invloed van het recht van de Europese Unie op het (proces)recht van nationale oorsprong.⁶⁹

3.5 Het normstellende karakter van waarheidsvinding in wetgeving

3.5.1 Het belang van waarheidsgetrouwe feitenvaststelling

De wetgever heeft het evenmin gemakkelijk met de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding. Vanaf het begin van de codificatie is duidelijk dat de wetgever hecht aan een waarheidsgetrouwe vaststelling van de feiten die relevant zijn voor de beslissing van het geschil.⁷⁰ Zo is rekest-civiel, tegenwoordig herroeping genoemd (art. 382 Rv), steeds mogelijk geweest wanneer een beslissing door bedrog of dwaling niet op ware feiten berust.⁷¹ Te denken valt verder aan de sinds 1923⁷² geregelde inlichtingencomparitie (art. 19a Rv oud), de afschaffing in 1923 van de mogelijkheid om getuigen te wraken,⁷³ of de mogelijkheid om een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil te laten plaatsvinden sinds de wettelijke regeling van de comparitie na antwoord in 1989⁷⁴ (art. 141a Rv oud) en de nadere regeling ervan in 2002 (art. 131 Rv). Uit het bewijsrecht kan als voorbeeld dienen de bevoegdheid van de rechter (sinds 1838) om ambtshalve getuigenbewijs op te dragen (art. 199 Rv oud, art. 166 lid 1 Rv). Bij de wetwijziging van 1989 werd aan de rechter tevens de bevoegdheid gegeven om partijen te gelasten ter comparitie bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen (art. 19a lid 1 Rv oud). In 2002 werden aan de rechter verdere bevoegdheden verleend en nieuwe verplichtingen van partijen vastgelegd die strekken tot waarheidsgetrouwe feitenvaststelling. De vernieuwing van de dagvaardingsprocedure werd onder meer gezocht in de intensivering van het feitenonderzoek onder leiding van de rechter en in het eerder op gang brengen daarvan door partijen.⁷⁵ De bestaande bevoegdheid van de rechter om partijen bij de comparitie te gelasten bepaalde stellingen toe te lichten of bescheiden over te leggen is uitgebreid tot een algemene bevoegdheid in alle gevallen en in elke stand van de procedure (art. 22 Rv).⁷⁶ Bovenop reeds bestaande stelplichten (art. 111 lid 2 onder d Rv, art. 128 lid 3 Rv) werden voor partijen andere mededelingsplichten⁷⁷ in de wet neergelegd: de waarheidsplicht van art. 21 Rv, de substantiëringsplicht van art. 111 lid 3 Rv⁷⁸ en de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv. Inmiddels is een wetsvoorstel ingediend om de exhibitieplicht van art. 843a Rv te verruimen en te plaatsen in een nieuwe afdeling in het bewijsrecht.⁷⁹

3.5.2 Weinig concrete aanknopingspunten

Tegelijk biedt de wetgever echter weinig concrete aanknopingspunten om te beoordelen hoe de taken van partijen en de rechter in de waarheidsvinding zich verhouden tot de vrijheid van partijen om de omvang van het geschil te bepalen. Zo werd bij de herziening van het bewijsrecht van 1988 weliswaar overwogen dat de rechter binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil grote vrijheid diende te hebben in

⁶⁸ O.a. De Bock 2011, p. 119; Van Schaick 2009, p. 19-20.

⁶⁹ Bijv. Freudenthal 2004; Freudenthal 2007; Van der Grinten 2007; Krans 2010; Snijders 2007; Zilinsky p. 17-34.

⁷⁰ Zie over de wetsvoorstellen in de negentiende en twintigste eeuw waarin het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure werd onderstreept o.a. Bosch-Boesjes, p. 19-57; Haardt 1951, p. 51-53; Offerhaus 1924, p. 2-3; Van Rossem/Cleveringa 1972, Inl. Aant., aant. 6.

⁷¹ Ten Kate 1962, p. 141 e.v.; Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005. Zie ook HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 46.

⁷² Wet van 5 mei 1923, *Stb.* 1923, 189.

⁷³ Wet van 22 juni 1923, *Stb.* 1923, 280.

⁷⁴ Wet van 25 oktober 1989, *Stb.* 1989, 483.

⁷⁵ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 279-280.

⁷⁶ Wat Hammerstein al in 1989 had bepleit (Hammerstein 1989, p. 1609). Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 157.

⁷⁷ Asser, Groen & Vranken, p. 80; De Bock 2011, p. 57; Giesen 2002; Gras 2004; Klaassen 2002, p. 1451; Klaassen 2009, p. 67-68; Kremer 2003; Lindijer 2006, p. 176-177; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 44-49; Van den Reek 1997; Van den Reek 2003, p. 24; Van Schaick 201, p. 122, 129; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 148 en 159; Verkijk 2010, p. 561-562; Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 21, aant. 2 en 4, en art. 111, aant. 16; Van der Wiel 2004, p. 221, 226-227, 252; Wiersma 2002, p. 13.

⁷⁸ Ahsmann 2010, p. 14-17; Jacobs 2010; Klaassen 2001, p. 66-69; Klaassen 2002, p. 1456; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 49; Sijmonsma 2003, p. 128; Van Unen 2002; Vranken 1999, p. 82; Westenbergh 2006; Wetzels 2003.

⁷⁹ Wetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden (162a-c Rv), Kamerstukken II, 2011/2012, 33 079. Zie: Adviescommissie BPR 2008; Ekelmans 2010; Van der Korst 2009; Sijmonsma 2010a; Sijmonsma 2010b.

bewijskwesities,⁸⁰ maar werd niet ingegaan op de mogelijke invloed van rechterlijke vrijheid in de waarheidsvinding op de afbakening van het geschil. De herziening van het bewijsrecht van 1988 bevat overigens geen aanknopingspunt om aan te nemen dat de rechter in de visie van de wetgever feiten aan de beslissing ten grondslag mag leggen die de omvang van het geschil van partijen te buiten gaan. Bij de wetswijziging van 2002 is de wetgever wel ingegaan op het verband tussen de verplichting van partijen om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) en de taak van de rechter om de zaak te onderzoeken en beslissen op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd (art. 24 Rv). De wetgever is echter niet ingegaan op het verband van de waarheidsplicht van partijen met de taak van de rechter in de aanvulling van rechtsgronden (art. 25 Rv) en dus al helemaal niet op de vraag wanneer rechtsgronden met een gemengd feitelijk en juridisch karakter thuishoren in art. 24 of 25 Rv (zie par. 4.2).⁸¹ Over het verband tussen de waarheidsplicht en de taak van de rechter is in de parlementaire geschiedenis slechts in abstracto te vinden dat art. 21 Rv geen afbreuk doet aan het beginsel van autonomie van partijen zoals neergelegd in art. 24 Rv, omdat partijen de aard en de omvang van het geschil bepalen waarover de rechter dient te beslissen en zij in dat kader ook de feitelijke begrenzing van het geschil aangeven.⁸² Over het verband tussen de waarheidsplicht (art. 21 Rv) en de taak van de rechter in de feitenvaststelling (art. 149 Rv) is in de parlementaire geschiedenis vermeld dat de rechter bij zijn beslissing weliswaar niet de door partijen bepaalde grondslag van hun vordering of verweer mag verlaten, 'maar dat hij bij zijn beslissing op die grondslag wel mede acht mag slaan op hetgeen is komen vast te staan van wat partijen ter vervulling van hun waarheidsplicht te zijner kennis hebben gebracht'.⁸³ Over de reikwijdte van de waarheidsplicht van partijen of de taak van de rechter om de waarheidsgetrouwe feitenvaststelling te doen stroken met de voorschriften van art. 24 en 25 Rv is daarmee weinig gezegd.

3.5.3 Waarheidsvinding en vrij bewijsstelsel

3.5.3.1 Bewijsmiddelen en bewijswaardering

Bij de herziening van het bewijsrecht in 1988⁸⁴ zijn de mogelijkheden voor een waarheidsgetrouwe feitenvaststelling in de civiele procedure aanzienlijk verruimd. De wetgever van 1838 had de rechter gebonden aan wettelijke bewijsmiddelen, de toelaatbaarheid van getuigenbewijs beperkt en voorschriften gegeven voor de bewijswaardering. Nadien is herhaaldelijk bepleit beletselen voor de waarheidsvinding in het wettelijk bewijsrecht op te heffen of terug te dringen.⁸⁵ Vooral sinds begin jaren twintig van de twintigste eeuw hebben in wetgeving en rechtspraak ontwikkelingen plaatsgevonden in de richting van een vrij bewijsstelsel.⁸⁶ Met de wetswijziging van 1988 is in de civiele procedure een vrij bewijsstelsel ingevoerd. Doorslaggevend in de keuze voor een vrij bewijsstelsel was dat het doel van het proces is de materiële waarheid te vinden, de overtuigende kracht van een bewijsmiddel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en de wetgever daarom zuinig dient te zijn met bewijsbelemmerende voorschriften.⁸⁷

Het resultaat is drieledig. Ten eerste kan bewijs worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt (art. 152 lid 1 Rv). De regeling van bewijsmiddelen in de wet is dus niet limitatief en er zijn geen bewijsmiddelen wettelijk uitgesloten. Ten tweede is de waardering van het bewijs als hoofdregel overgelaten aan de rechter (art. 152 lid 2 Rv) (par. 3.5.3.2). Ten derde geldt niet als algemene regel dat op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag worden geslagen (par. 3.5.2.3).

⁸⁰ Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 49, MvT RO (1969).

⁸¹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 147, 152, 160-162.

⁸² Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 147 en 152.

⁸³ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 153.

⁸⁴ Zie over de herziening van het bewijsrecht, die is begonnen met het voorontwerp van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving van 1959: Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*) (oud), Boek 1, Titel 3, Inleiding bewijsrecht, aant. 2; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 5-9; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 3.

⁸⁵ O.a. Mom Visch 1878; Pinner 1878; De Pinto 1879; Rombach 1879; Meilink 1924; Offerhaus 1924. Zie ook noot 70.

⁸⁶ Als voorbeeld: in 1923 en 1934 werden wetsartikelen geschrapt die beperkingen stelden aan het leveren van getuigenbewijs. Zie o.a. Haardt 1951, p. 83. Zie over die beperkingen o.a.: Levy 1894; Pet 1907; Van Reenen 1871.

⁸⁷ Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 59, MvT RO (1969). In vergelijkbare zin Commissie-Dorhout Mees 1948, p. 18-19.

3.5.3.2 Wettelijke beperkingen in de bewijswaardering

Op de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering bestaan echter wel uitzonderingen. Er gelden namelijk nog steeds wettelijke beperkingen voor de vrije bewijswaardering,⁸⁸ onder andere ten aanzien van de verklaring van de partijgetuige die de bewijslast heeft (art. 164 lid 1 Rv), de partijverklaring (art. 88 lid 4 Rv, art. 179 lid 4 Rv), de getuigenverklaring niet uit eigen waarneming (art. 163 Rv)⁸⁹ en het strafvonnis (art. 161 Rv).⁹⁰ Ook materieelrechtelijke bepalingen kunnen beperkingen stellen aan het vrije bewijsstelsel, zoals de bepaling dat een geschrift is vereist voor het bewijs van sommige overeenkomsten (bijv. art. 1021 Rv voor arbitrage). Een essentiële beperking op het vrije bewijsstelsel wordt gevormd door de bepalingen over dwingend bewijs. Dwingend bewijs houdt in dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen dan wel verplicht is de bewijskracht te erkennen die de wet aan bepaalde gegevens verbindt (art. 151 lid 1 Rv). De wetgever van 1988 meende dat tegenover de vrijheid van de rechter in de toepassing van het bewijsrecht ten dienste van de waarheidsvinding het belang staat dat partijen zich bij het verrichten van rechtshandelingen moeten kunnen verzekeren van een bewijsmiddel met een bepaalde door de wet vastgestelde kracht, waardoor zowel de kans op het ontstaan van geschillen als het risico van een procedure zou kunnen worden beperkt.⁹¹ Hier geeft de wetgever voorrang aan de rechtszekerheid.⁹² Hij plaatst de partijautonomie boven het belang van de waarheidsvinding. Dat is echter relatief, want tegen dwingend bewijs is tegenbewijs toegelaten, tenzij de wet het uitsluit (art. 151 lid 2 Rv). Volgens Haardt is ook een argument om beperkingen te stellen aan een vrij bewijsstelsel dat partijen dan in de afweging om een procedure te beginnen enigszins kunnen inschatten of hun bewijsmiddelen toereikend zullen zijn.⁹³

3.5.3.3 Onrechtmatig verkregen bewijs

In een derde aspect van de keuze voor een vrij bewijsstelsel komen de vrijheid in de bewijslevering en in de bewijswaardering bij elkaar: in de civiele procedure geldt niet als algemene regel dat op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag worden geslagen.⁹⁴ Een partij heeft geen toestemming van de rechter of de wederpartij nodig om onrechtmatig verkregen bewijs in te brengen in de procedure.⁹⁵ De vrijheid van de rechter in de bewijswaardering brengt mee dat de rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval bepaalt welk gewicht hij toekent aan eventueel onrechtmatig verkregen bewijs (art. 152 lid 2 Rv).⁹⁶ Hier wordt waarheidsvinding dus in beginsel zwaarwegender geacht dan het belang van een partij dat onrechtmatig (en mogelijk oneerlijk) verkregen bewijs buiten beschouwing wordt gelaten.

3.6 Het normstellende karakter van waarheidsvinding in rechtspraak

Voor zover wetgeving en literatuur aanknopingspunten bieden om de betekenis van waarheidsvinding in het geschil van partijen te bepalen, zijn die dus tamelijk abstract. Het is vooral aan de rechter om van geval tot geval te beoordelen hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden, waarop nader wordt ingegaan in paragraaf 4 en 5. Hier verdient alvast een hoofdlijn in de rechtspraak vermelding, namelijk dat het

⁸⁸ Wiersma 2010.

⁸⁹ Deze beperking is echter zo goed als illusoir geworden doordat in rechtspraak van de Hoge Raad is aangenomen dat onder eigen waarneming ook indrukken van de getuige (HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 60) en verklaringen van horen zeggen (HR 17 oktober 2003, *NJ* 2003, 721, *JBPr* 2004, 13, m.nt. J.G.A. Linssen) moeten worden begrepen.

⁹⁰ Zie bijv. Boonekamp 2008.

⁹¹ Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 99, MvA TK (1981). De opvatting van de wetgever van 1988 is onder meer verdedigd door Haardt (Haardt 1951, p. 93). Het Ontwerp-NJV 1911 en het Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921 regelden de bewijskracht van een akte niet, vanuit de gedachte dat het rechtsgevolg van de inhoud van een akte buiten het bewijsrecht valt en in de veronderstelling dat de rechter de waarheid van een partijverklaring in een akte wel zou aanvaarden behoudens bewijs van het tegendeel (Toelichting Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921, p. 154-155). Offerhaus sloot zich hierbij in 1924 aan in zijn preadvies voor de NJV (Offerhaus 1924, p. 26 e.v.) en de NJV volgde hem daarin (Handelingen NJV 1924, II, p. 155).

⁹² Drion 1982, p. 181.

⁹³ Haardt 1951, p. 83.

⁹⁴ Asser 1991, p. 7-16; De Bock 2011, p. 178-182; Embregts 2003; Klaassen 2009, p. 78; Kremer 1999; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 35; Smits 2008, p. 139-142; Stein/Rueb 2011, p. 158; conclusie A-G Strikwerda onder 21 bij HR 8 oktober 2010, *LJN* BN6119.

⁹⁵ HR 19 maart 1999, *NJ* 1999, 496.

⁹⁶ Vgl. bijv. m.b.t. deskundigenrapporten die geheel of ten dele door anonimisering oncontroleerbaar zijn: HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 109; Hof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481.

belang van de waarheidsvinding in de civiele procedure niet absoluut is, maar zo nodig wordt afgewogen tegen andere in een zaak betrokken belangen. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in tal van uitspraken gewezen op het algemene maatschappelijke belang dat in een civiele procedure de waarheid in rechte aan het licht komt komen ten dienste van een goede rechtsbedeling,⁹⁷ waarmee onder meer tot uitdrukking wordt gebracht dat het gaat om een belang op individueel en maatschappelijk niveau. De Hoge Raad weegt het belang van de waarheidsvinding waar nodig echter af tegen andere betrokken belangen.⁹⁸ Dat gebeurt soms expliciet, soms impliciet. Een voorbeeld biedt de toepassing van het leerstuk van de bindende eindbeslissing. Enerzijds is hierbij van belang dat de rechter in het verdere verloop van het geding is gebonden aan een eindbeslissing op een bepaald geschilpunt die in een tussenuitspraak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is gegeven. De goede procesorde brengt mee dat over die eindbeslissing vervolgens in beginsel geen hernieuwd (partij)debat mogelijk behoort te zijn. Anderzijds is van belang dat de rechter uitspraak doet op een juiste feitelijke (en juridische) grondslag. Wanneer de rechter ziet dat een bindende eindbeslissing berust op een onjuiste feitelijke (of juridische) grondslag, is hij bevoegd, nadat partijen gelegenheid hebben gehad zich over de kwestie uit te laten, de beslissing te heroverwegen en zo een einduitspraak op een ondeugdelijke grondslag te voorkomen.⁹⁹ Verder wordt het belang van de waarheidsvinding nogal eens afgewogen tegen belangen van een partij bij geheimhouding,¹⁰⁰ zoals bij de vraag of bepaalde stukken met een beroep op gewichtige redenen mogen worden achtergehouden (art. 22 Rv),¹⁰¹ de vraag of medische informatie over een partij moet worden overgelegd aan de wederpartij¹⁰² en de vraag of een getuige een functioneel verschoningsrecht toekomt.¹⁰³ In het bewijsrecht gaat het vaak om afweging van het belang van de waarheidsvinding tegen de eisen van een goede procesorde.¹⁰⁴ Zo impliceert het aanbod tot het horen van met name genoemde getuigen niet dat later geen andere getuigen meer mogen worden voorgebracht. De goede procesorde kan zich daartegen weliswaar verzetten, maar mede gelet op het belang van waarheidsvinding mag niet spoedig worden aangenomen dat een recht op nadere bewijslevering is prijsgegeven.¹⁰⁵ Verder brengt het belang van de waarheidsvinding mee dat slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verplichting om als getuige een verklaring af te leggen.¹⁰⁶ Uit het oogpunt van waarheidsvinding kan er ook aanleiding zijn getuigen te horen nadat een getuigenverhoor is gesloten.¹⁰⁷

3.7 Waarheidsvinding en supranationale normen

De rechter die aanknopingspunten zoekt om in een zaak de betekenis van waarheidsvinding in het geschil van partijen te bepalen, zal ook aansluiting willen zoeken bij supranationale normen. Hierna wordt kort ingegaan op art. 6 lid 1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden uit het recht van de Europese Unie en de *Principles of Transnational Civil Procedure*.

3.7.1 Artikel 6 lid 1 EVRM

Met art. 6 lid 1 EVRM worden eisen aan de civiele procedure gesteld die deel uitmaken van het instrumentarium waarmee de rechter van geval tot geval beoordeelt hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden. De beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijke verdediging zijn mede in artikel 6 lid 1 EVRM verankerd. De eisen die voortvloeien uit artikel 6 lid 1 EVRM kunnen behulpzaam zijn wanneer moet worden afgewogen welk gewicht partijautonomie en waarheidsvinding in een bepaald geval hebben. Ook hier gaat het echter niet om concrete aanknopingspunten, maar om abstracte noties (waaronder:

⁹⁷ Zie noot 11.

⁹⁸ Lindijer 2006, p. 479.

⁹⁹ HR 25 april 2008, L/JN BC2800; HR 26 november 2010, L/JN BN8521. Zie ook: Fruytier 2009; Verduyn 2008.

¹⁰⁰ De Bock 2011, p. 158 e.v.

¹⁰¹ HR 20 december 2002, L/JN AE3350; HR 11 juli 2008 (r.o. 3.4.6), L/JN BC8421. Zie ook De Bock 2011, p. 59; Huydecoper 2010; Klaassen 2005.

¹⁰² HR 22 februari 2008, L/JN BB3676; HR 22 februari 2008, L/JN BB5626. Zie o.a. Deen 2009; Deen 2011.

¹⁰³ Zie bijv. HR 22 december 1989, NJ 1990, 789, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 20 januari 2006, L/JN AU4529; HR 10 april 2009, L/JN BG9470. Zie ook: Fernhout 2004; Vranken 1986.

¹⁰⁴ Zie bijv. HR 16 december 2011, L/JN BU3922.

¹⁰⁵ HR 2 mei 1997, NJ 1998, 237, m.nt. HJS.

¹⁰⁶ HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394, JBPr 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma; HR 19 september 2003, NJ 2005, 454, m.nt. DA. Zie ook Roëll 2003.

¹⁰⁷ HR 13 september 1996, NJ 1997, 731. Zie ook HR 2 mei 1997, NJ 1998, 237, m.nt. HJS. Lindijer 2006, p. 261-263.

eerlijk proces, onpartijdigheid, hoor en wederhoor, redelijke termijn) waarvoor weliswaar minimumnormen bestaan, maar waarvan de betekenis in een zaak uiteindelijk aan de hand van alle omstandigheden van het geval door de rechter moet worden gevonden.

Art. 6 lid 1 EVRM geeft een ieder recht op toegang tot de rechter ter verwezenlijking van materiële rechten, behoudens legitieme beperkingen.¹⁰⁸ De effectiviteit van het recht op toegang tot de rechter stelt eisen aan de inrichting van de procedure door de Staat. Hier wordt meestal gedacht aan financiële toegankelijkheid, maar het kan ook gaan over de eenvoud, begrijpelijkheid en toepasbaarheid van procedurele regels.¹⁰⁹ Bij de inrichting van de nationale civiele procedure heeft de Staat echter een ruime beoordelingsvrijheid.¹¹⁰ Het recht op toegang tot de rechter valt zodoende vooral in de eerste categorie bevoegdheden (par. 3.2), waarin een partij de vrijheid heeft om te bepalen of en over welk onderwerp een geschil aan de rechter wordt voorgelegd, en bestrijkt niet zonder meer vragen uit de tweede categorie bevoegdheden over de omvang van het geschil.

Het recht op een eerlijk proces bevat kort gezegd vijf ijkpunten¹¹¹ voor het bepalen van de reikwijdte van partijautonomie en waarheidsvinding in een concreet geval. Allereerst staat de verhouding tussen partijen onderling en tussen partijen en de rechter in de schijnwerpers van het beginsel van hoor en wederhoor. Daarnaast en in samenhang hiermee wordt de verhouding tussen partijen in belangrijke mate bepaald door de *equality of arms*. Verder is het belang van de waarheidsvinding in art. 6 lid 1 EVRM verankerd. Een eerlijk proces omvat ook dat feiten die in geschil zijn en relevant zijn voor de beslissing, naar waarheid worden vastgesteld. Een vierde ijkpunt is dat de rechterlijke onpartijdigheid niet mag worden geschonden door de wijze waarop partijautonomie en waarheidsvinding in een zaak met elkaar worden verenigd. Tot slot dient de rechter ook beslissingen op het snijvlak van partijautonomie en waarheidsvinding deugdelijk te motiveren. Wat dit alles in een concreet geval betekent voor keuzes tussen partijautonomie en waarheidsvinding, is echter voornamelijk een kwestie van nationaal recht. Art. 6 lid 1 EVRM bevat ook geen regels van bewijsrecht. Wanneer bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt geklaagd over schending van art. 6 lid 1 EVRM in verband met de toepassing van nationaal bewijsrecht, gaat het EHRM volgens vaste rechtspraak aan de hand van alle omstandigheden van het geval na of *'the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair'*.¹¹²

3.7.2 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden uit het recht van de Europese Unie

De toepassing van nationaal recht mag niet ertoe leiden dat een aanspraak ontleend aan het recht van de Europese Unie wordt beoordeeld naar rechtsregels die ongunstiger zijn dan gelden voor soortgelijke nationale vorderingen of verweren (gelijkwaardigheidsbeginsel) of dat de uitoefening van een Europeesrechtelijke aanspraak in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel).¹¹³ De vraag is gerezen of de Nederlandse rechter in verband hiermee ambtshalve gronden van Europees recht moet aanvullen ook wanneer een partij geen grondslag van vordering of verweer heeft aangevoerd die in samenhang met die rechtsgrond tot het ingeroepen rechtsgevolg leidt.¹¹⁴ Naar Nederlands procesrecht mag en moet de rechter dat soms (en mag het soms niet) ten aanzien van nationale rechtsgronden (zie par. 4). Hier is relevant dat de rechter die naar nationaal procesrecht bevoegd is rechtsgronden aan te vullen, verplicht is toepasselijk dwingend Europees recht aan te vullen.¹¹⁵ In het kader van dit preadvies hoeft voor het overige niet nader te worden ingegaan op de Europeesrechtelijke stand van zaken en de betekenis daarvan voor de aanvulling van rechtsgronden naar nationaal procesrecht.¹¹⁶ Vooruitlopend op de bespreking van het procesrechtelijke

¹⁰⁸ EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema.

¹⁰⁹ Smits 2007, p. 50-52, met verwijzing naar EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey*). Zie over effectiviteit van toegang tot de rechter bijv. ook: Barendrecht & Klijn 2004, p. 24 e.v.; Barendrecht & Kamminga 2005; Fernhout 2008; Van Velthoven & Ter Voert 2004; Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010; Giesen & Coenraad 2009, p. 899; Smits 2008, p. 49; Themanummer Nederlands Juristenblad 2005, nr. 1.

¹¹⁰ Smits 200, p. 38.

¹¹¹ Vgl. De Bock 2011, p. 65-67; Lindijer 2006, p. 170-171 en 514; Smits 2008, p. 95-153 en 259 e.v. In afwegingen aan de hand van de vijf ijkpunten spelen vanzelfsprekend ook de redelijke termijn en de aanvaardbaarheid van de kosten een rol.

¹¹² Bijv. EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS; EHRM 16 december 1992, 13071/87; EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS; EHRM 23 april 1998, 22885/93. Zie ook EVRM R&C par. 3.6.4.6; Smits 2008, p. 131-144.

¹¹³ Asser/Hartkamp 3-I 2011, nrs. 109-111.

¹¹⁴ Zie bijv. Ancery & Krans 2009; Ancery & Krans 2010; Asser/Hartkamp 3-I 2011, nr. 124 e.v.; Jongeneel 2011; Rutgers 2005; Snijders 2008;

¹¹⁵ Asser/Hartkamp 3-I 2011, nr. 124.

¹¹⁶ Zie Asser/Hartkamp 3-I 2011, nrs. 124-130.

beslissingsmodel in par. 4, volstaat de signalering dat schuivende panelen in de nationale discussie over de betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding in het beslissingsmodel ook gevolgen kunnen hebben voor de verplichting tot toepassing van Europees recht, en daarmee op zichzelf ook weer voor de effectiviteit van toegemeten partijautonomie en waarheidsvinding.

3.7.3 Principles of Transnational Civil Procedure

De *Principles of Transnational Civil Procedure*¹¹⁷ (PTCP) beogen universele beginselen, uitgangspunten en standaardvoorschriften te bieden voor de berechting van transnationale commerciële geschillen. Ze zijn opgesteld om bij te dragen aan wereldwijde harmonisatie van het civiele procesrecht.¹¹⁸ Uit het oogpunt van rechtsvinding kan de rechter die van geval tot geval beoordeelt welk gewicht aan partijautonomie en waarheidsvinding toekomt, ook bij deze normen inspiratie zoeken. Het gaat hier wederom vooral om abstracte noties. *Principle 10* neemt tot uitgangspunt dat partijen bepalen of zij procederen en over welk onderwerp en dat zij de omvang van het geschil bepalen. *Principle 11* bevat het nodige over de verhouding tussen partijen en de rechter.¹¹⁹ Partijen en hun advocaten moeten zich jegens wederpartijen en de rechter gedragen naar de eisen van een goede procesorde. Blijkens de toelichting op *principle 11* houdt dit onder meer in dat een partij zich niet behoort in te laten met vorderingen of verweren die feitelijk of juridisch '*not reasonably arguable*' zijn. Verder delen partijen en de rechter de verantwoordelijkheid voor een eerlijk proces. Partijen verschaffen de relevante feiten en het bewijsmateriaal. Partijen mogen geen handelingen verrichten die de waarheidsvinding belemmeren, zoals beïnvloeding van getuigen of vernietiging van bewijsmateriaal. De rechter geeft leiding aan de procedure met als doel de zaak in een eerlijk proces efficiënt binnen een redelijke termijn tot een einde te brengen. Voor zover redelijkerwijs uitvoerbaar doet hij dat in samenspraak met partijen (*principle 14*). Waarheidsvinding is onderwerp van *principle 16* over '*Access to Information and Evidence*'. Uitgangspunt is dat partijen en de rechter toegang moeten krijgen tot al het bewijsmateriaal dat relevant is en '*nonprivileged*' (d.w.z. dat er geen feiten of omstandigheden zijn die achterhouding ervan rechtvaardigen, bijvoorbeeld een door het recht beschermd vertrouwelijk karakter van de informatie of de blootstelling aan het risico van strafvervolging). Volgens Krans gaan de PTCP met dit algemene recht op toegang tot informatie verder dan art. 21 Rv en het Nederlandse bewijsrecht, maar vallen de verschillen in uitkomsten mee door de invulling van de reikwijdte van de PTCP en de Nederlandse bepalingen in de praktijk.¹²⁰ *Principle 16* bepaalt ook dat de rechter vrij is in de bewijswaardering en rekening dient te houden met de aard en inhoud van het bewijsmateriaal. De PTCP onderstrepen het universele karakter van de algemene noties die eerder in deze paragraaf over de verhouding tussen partijen en de rechter naar voren zijn gekomen. Het lijkt goed die in het achterhoofd te hebben bij de verdere verkenning van de betekenis van waarheidsvinding voor het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden en de comparatie na antwoord.

4. Waarheidsvinding en aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden

4.1 Vertrekpunten

Zoals gezegd is waarheidsvinding in de civiele procedure een essentieel instrument in een goede rechtsbedeling. Het gebruik ervan gaat echter met de nodige dilemma's gepaard. De verhouding tussen de bevoegdheid van partijen om de omvang van de rechtsstrijd te bepalen en de taken van partijen en de rechter in de waarheidsvinding is bovendien diffuus. In wetgeving en literatuur zijn relatief weinig aanknopingspunten te vinden om daarin een evenwicht te vinden in concrete gevallen. Het is vooral aan de rechter om van geval tot geval te beoordelen hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden. Dit zijn kort gezegd de vertrekpunten van mijn beschouwing over de betekenis van waarheidsvinding bij het leerstuk van de aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden door de rechter.

¹¹⁷ American Law Institute/Unidroit, *Principles of Transnational Civil procedure*, Cambridge: Cambridge University Press 2006. De PTCP zijn ook gepubliceerd op www.unidroit.org.

¹¹⁸ Bijv. Krans & Van Rhee 2009, p. 49-50; Hazard e.a. 2001; Stürner 2005.

¹¹⁹ Krans 2009, p. Verkerk & Verkijk 2006; Verkijk 2009, p. 70-72.

¹²⁰ Krans 2009, p. 60-61.

4.2 Feit en recht

In het Nederlandse civiele (proces)recht wordt onderscheid gemaakt tussen – eenvoudig gezegd – feit en recht (art. 59 Rv oud, art. 230 Rv).¹²¹ Het is (veel) te simpel om te denken dat de feiten van partijen zijn en de rechter het recht toepast.¹²² De werkelijkheid is oneindig genuanceerder. Daargelaten dat rechtstoepassing een veelomvattend begrip is en de rol van de rechter daarnaast tegenwoordig ook bemiddelend van aard is,¹²³ zijn feit en recht onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ze kunnen niet strak van elkaar worden onderscheiden.¹²⁴ Referentiekader van het onderscheid tussen feit en recht in het civiele (proces)recht is in beginsel dat voor de beslissing van een zaak moet worden beoordeeld of de feiten in combinatie met een rechtsregel een door een partij ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigen. Het onderscheid tussen feit en recht is voor de praktijk van groot belang. De rolverdeling tussen partijen en de rechter is in belangrijke mate geënt op het onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond).¹²⁵

4.2.1 Feiten en rechtsfeiten

Wat is nu de kern van het onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond)? Feiten geven een perceptie van de werkelijkheid. Volgens De Bock valt onder de feiten wat partijen als de feiten in hun zaak presenteren en voor bewijslevering ten overstaan van de rechter vatbaar is.¹²⁶ Dat getuigt van een praktische insteek, maar wanneer hiermee ook wordt bedoeld dat slechts als feit geldt wat voor zintuiglijke waarneming vatbaar is, zoals in de negentiende eeuw heersende opvatting was,¹²⁷ is het feitbegrip wat mij betreft te beperkt. Wat in het onderscheid tussen feit en recht wordt aangeduid als feit, is immers, zoals Paul Scholten schreef, 'een abstractie, het is een deel van een bepaald gebeuren, daaruit gelicht met het oog op de toepassing van een rechtsregel'¹²⁸. Een gesteld feit kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een gegevensverzameling waarvan slechts elementen bewijsbaar zijn. Dan geeft het feit nog steeds een perceptie van de rechtsbetrekking in geschil die wordt betrokken in de beoordeling van de gegrondheid van vordering of verweer.

Een feit is een rechtsfeit wanneer een partij een normatief standpunt inneemt ten aanzien van het feit¹²⁹ (bijv.: de verkoper had de koper van het huis moeten vertellen dat het dak lek was). Een feit is een bloot feit als er geen normatief standpunt aan wordt verbonden (bijv.: ten tijde van de verkoop van het huis lekte het dak). Welke rol (rechts)feiten spelen in de feitelijke grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv) en de feitenvaststelling (art. 149 Rv) komt verderop in deze paragraaf aan de orde.

4.2.2 Rechtsgronden

Rechtsgronden zijn allereerst de rechtsregels op grond waarvan een rechtsgevolg aan een rechtsfeit wordt verbonden.¹³⁰ Zij vormen de door het recht gelegde verbinding tussen wat zich in de werkelijkheid heeft voorgedaan en het ingeroepen rechtsgevolg. In zoverre zijn ze niet moeilijk te onderscheiden van rechtsfeiten. Een partij is niet verplicht deze rechtsgronden aan te voeren, de rechter is niet gebonden aan wat een partij erover aanvoert en een onjuiste kwalificatie door een partij ontslaat de rechter niet van de plicht ambtshalve te onderzoeken of vordering en verweer worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde feiten.¹³¹ Volstaat een partij met het stellen van feiten en het inroepen van een rechtsgevolg, dan vult de rechter de

¹²¹ De Bock 2011, p. 4-9; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 124; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 298 e.v.; Smith 2004; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 215 e.v.; Stein/Rueb 2011, p. 42; Tjong Tjin Tai 2002a.

¹²² De Bock 2011, p. 4-9; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 29.

¹²³ Hammerstein 2003, p. 59; Hirsch Ballin 1988; Hol & Loth 2000; Loth 1998.

¹²⁴ Asser 2006; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 22; Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 195 en p. 206-209, met verdere vindplaatsen; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 69-70; Asser-Vranken 2005, nr. 96; De Bock 2011, p. 9; Eggens 1951, p. 12; Kremer 2005, p. 199; Memelink 2009, p. 67; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 48, aant. 1; Smith 2004, p. 9; Thoe Schwartzenberg 2009, p. 16; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31; Vriesendorp 1970, p. 41; Witteman 1921, p. 1-7. Vgl. Struycken 1909, p. 203: 'De tegenstelling tussen feit en recht verliest aan waarde naarmate de rechter door de wet meer vrijheid wordt gelaten.'

¹²⁵ Asser 2010, p. 19-23; De Bock 2011, p. 10; Smith 2004, p. 12.

¹²⁶ De Bock 2011, p. 11.

¹²⁷ Van Boneval Faure 1893 IV-I p. 11; Scholten 1935, p. 355.

¹²⁸ Scholten 1935, p. 359.

¹²⁹ De Bock 2011, p. 117; Smith 2004, p. 21; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31. Zie voor een andere definitie het gelijktijdige preadvies van Gerbrandy, par. 3.4.

¹³⁰ Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 90; Smith 2004, p. 53; Vriesendorp 1970, nr. 30.

¹³¹ Bijv. HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 625. Zie bijv. ook Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25, aant. 1.

rechtsgronden ambtshalve aan (art. 25 Rv). De rechter is daartoe verplicht, ook wanneer geen van partijen een beroep op de toepasselijke rechtsregel heeft gedaan, mits de voor de toepassing van de rechtsregel relevante feiten door partijen aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd (24 Rv) en tussen partijen vaststaan (art. 149 Rv). Alvorens een niet door partijen aangevoerde rechtsregel toe te passen hoeft de rechter aan partijen geen gelegenheid te geven hun stellingen aan te vullen, wanneer zij met de ambtshalve toepassing van de rechtsregel rekening hadden kunnen houden.¹³²

Daarnaast zijn er andere rechtsgronden dan loutere rechtsregels, namelijk rechtsgronden van gemengd feitelijke en juridische aard. Deze zijn soms te scharen onder het domein van partijen (art. 24 Rv) en soms onder het domein van de rechter (art. 25 Rv), wat vanaf par. 4.4 nader aan de orde komt.

4.2.3 Rechtsmiddelen

Van oudsher worden ook nog rechtsmiddelen onderscheiden. Een rechtsmiddel is, afgezien van de traditionele betekenis (een voorziening tegen een beslissing), een middel om een recht te effectueren.¹³³ Onder rechtsmiddel kan dan worden verstaan de toepassing van de rechtsgrond (rechtsregel) op de feitelijke gronden.¹³⁴ Anderen meenden dat een rechtsmiddel niet alleen de rechtsgronden omvat, maar ook de feitelijke gronden.¹³⁵ Deze begripsverwarring bestond al onder het Franse recht.¹³⁶ Rechtsmiddel wordt uiteindelijk vooral gebruikt in de betekenis van rechtsfeiten of rechtsgronden die door de rechter niet ambtshalve worden toegepast, maar slechts wanneer op een rechtsgevolg een beroep wordt gedaan en daaraan een bepaald rechtsfeit ten grondslag is gelegd (bijv. verjaring¹³⁷).¹³⁸ Hierna zal het woord rechtsmiddel alleen worden gebruikt ter aanduiding van de grondslag van de vordering in de zin van artikel 24 Rv en daarmee als tegenhanger van verweermiddel. Rechtsmiddel en verweermiddel vallen in de categorie elementen die de rechter in de beoordeling en beslissing van de zaak niet mag aanvullen wanneer een partij daarop geen beroep heeft gedaan of te kennen heeft gegeven dat niet te willen doen.¹³⁹

4.3 Feit en recht op het niveau van de rechterlijke organisatie

Het onderscheid tussen feit en recht speelt in de civiele procedure ook een rol op het niveau van de rechterlijke organisatie. In eerste aanleg en in hoger beroep stelt de rechter de feiten vast en past hij daarop het (positieve) recht toe. De cassatierechter is gebonden aan de feitenvaststelling door de lagere rechter en heeft met het oog op de adequate uitoefening van zijn taak belang bij een scherp onderscheid tussen feit en recht. Ten behoeve van dit onderscheid kan hij gebruik maken van de omstandigheid (waarover meer in par. 4.6) dat in cassatiemiddelen aan de orde kan worden gesteld of de rechter in feitelijke instantie feit en recht – op het niveau van partijautonomie, waarheidsvinding en rechtsvinding – juist heeft onderscheiden, zonder dat hij in zijn oordeel feit en recht opnieuw hoeft te combineren. Zo kon in cassatie rechtspraak worden gecreëerd waarin de feiten scherp van het recht worden onderscheiden. Voor dit stelsel werd gekozen om de eenheid van rechtspraak en daarmee de rechtseenheid te bevorderen.¹⁴⁰

Lacunes in de feitenvaststelling in hoger beroep, waardoor ook veroorzaakt, kunnen dus tot gevolg hebben dat in cassatie geen recht kan worden gedaan aan de werkelijkheid in het geschil van partijen.¹⁴¹ De cassatierechter is op dit punt afhankelijk van de correcte feitenvaststelling in de vorige instantie. In het rechtsoordeel in

¹³² Bijv. HR 22 januari 2010, *LJN* BK3066. Zie o.a. Wesseling-van Gent, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25, aant. 4.

¹³³ De Kanter 1928, 39; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 125.

¹³⁴ De Kanter 1928, p. 48 en 90.

¹³⁵ Van Boneval Faure 1893 I, p. 233 e.v.; Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 169 e.v.

¹³⁶ De Kanter 1928, p. 44.

¹³⁷ Verjaring is een veel gebruikt voorbeeld in de discussie over de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding (bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83; Asser *Procesrecht*/Van Schaick 2011, p. 120-121; Klaassen 2002, p. 1456; K. van der Weide in: Knapen 2010, p. 89; Roëll 2011). Het gaat er dan om of de rechter op grond van de bevoegdheid om een partij te vragen stellingen toe te lichten (art. 22 Rv) ambtshalve mag vragen of een partij zich op verjaring wil beroepen. De Kanter heeft erop gewezen dat het de rechter in het Oud-Franse recht en het Rooms-Hollandse recht niet verboden was rekening te houden met een niet voorgesteld bevrijdend feit, mits hij geen nieuwe feiten gebruikt, en dat de rechter vroeger aldus ook de exceptie van verjaring ambtshalve aanvulde (De Kanter 1928, p. 96). Huidig recht: art. 3:322 BW.

¹³⁸ De Kanter 1928, p. 85; Smith 2004, p. 23; Suijling 1928, p. 87; Vriesendorp 1970, p. 41 en 44, die wijst op HR 25 januari 1907, *W.* 8494: onder de middelen waarop een eis steunt, moeten in het algemeen worden verstaan de rechtsfeiten waarop de eis berust, de feiten en omstandigheden waaruit de eiser het door hem beweerde afleidt.

¹³⁹ Een voorbeeld van verboden aanvulling van een verweermiddel (opeisbaarheid vordering): HR 12 juli 2002, *LJN* AE1554.

¹⁴⁰ Asser *Procesrecht*/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 156-158.

¹⁴¹ Bruinsma 1999; Bruinsma 2010.

cassatie kunnen geen nieuwe of andere feiten worden betrokken dan de feiten die door de lagere rechter zijn vastgesteld. In 1870 en 1909 heeft een meerderheid van de NJV zich uitgesproken voor een stelsel met slechts twee instanties, waarbij in hoogste instantie over feit én recht zou kunnen worden geoordeeld.¹⁴² De meeste voorstanders hiervan betrokken in hun opvatting dat het in de rechtspraak erom gaat dat recht wordt gedaan aan de concrete rechtsverhoudingen tussen partijen, dat het rechterlijk oordeel over de feiten niet los kan worden gezien van het rechtsoordeel en dat het voor de burger vervreemdend werkt om dat onderscheid wel te hanteren.¹⁴³ Was de NJV door de wetgever gevolgd, dan waren hoger beroep en cassatie ruim honderd jaar geleden samengevoegd in één instantie waarin het onderscheid tussen feit en recht minder betekenis zou hebben gehad dan in het huidige stelsel. Een gegronde klacht over schending van het onderscheid tussen feit en recht in eerste aanleg zou dan immers niet zozeer zijn beoordeeld vanuit het perspectief of de partijautonomie was gerespecteerd, maar hebben moeten resulteren in een eigen oordeel van de hoogste rechter over de toepassing van het recht op de door hem vastgestelde feiten. Het scherpe onderscheid tussen feit en recht heeft mogelijk lange tijd gefaciliteerd dat het belang van de partijautonomie in wetgeving, rechtspraak en literatuur een prominentere plaats kon innemen dan het belang van de waarheidsvinding. Voor de rechtseenheid is dat niet zonder risico. De Kanter wees in 1928 erop dat het onderscheid tussen de vaststelling en de kwalificatie van feiten vaak gepaard gaat met een beoordeling van de feiten en 'de hoogte des rechts' in gevaar komt wanneer de Hoge Raad een 'tastbare onjuistheid' in die beoordeling moest laten passeren.¹⁴⁴

4.4 Feit en recht in de basale sleutel van de civiele procedure

Zoals gezegd is het aan een partij om te bepalen of, en zo ja, in hoeverre, een geschil met een andere partij wordt onderworpen aan het oordeel van de rechter (art. 24 en 149 lid 1 Rv).¹⁴⁵ Dit geldt in alle drie de instanties. De partijautonomie wordt onder meer begrensd door de verplichting van een partij om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). In het bredere verband van de civiele procedure wordt de betekenis van partijautonomie mede bepaald door de beginselen van behoorlijke verdediging (de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, waaronder processuele belangen¹⁴⁶) en behoorlijke rechtspraak (de gerechtvaardigde belangen van partijen, derden en de maatschappij). Om zich behoorlijk te kunnen verweren moet voor de wederpartij kenbaar zijn wat een vordering of verweer omvat,¹⁴⁷ moeten beide partijen in beginsel over dezelfde informatie kunnen beschikken,¹⁴⁸ moet er voldoende gelegenheid zijn voor een partij om zich uit te laten over alle bescheiden en andere gegevens die de andere partij in het geding heeft gebracht (art. 19 Rv) en zijn partijen tegenover elkaar verplicht onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen (art. 20 lid 2 Rv).¹⁴⁹ Het beginsel van behoorlijke rechtspraak omvat onder meer dat de rechter een regiefunctie heeft om efficiënte en effectieve rechtspraak te bevorderen. De rechter moet beslissen op alles wat is gevorderd en verzocht (art. 23 Rv), met oog voor de processuele belangen van de wederpartij (art. 19 Rv), naar waarheid (wat niet in een algemene wettelijke bepaling is vastgelegd) en tijdig (art. 20 lid 1 Rv). Wanneer een partij handelt in strijd met een processuele plicht, kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden die hij geraden acht. De omvang van de rechtsstrijd wordt weliswaar bepaald door partijen, maar dat gebeurt tegen de achtergrond van de verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden over partijen en de rechter. Deze verdeling is in de sleutel van vrijheid en rechtvaardigheid onderworpen aan de eisen van een goede procesorde. Die eisen brengen in eerste aanleg onder meer de stelplichten mee dat de eisende partij in de dagvaarding de eis en de gronden van de eis vermeldt (art. 111 Rv) en de gedaagde in de conclusie van antwoord de gronden van zijn verweer

¹⁴² Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 30 en 55-57; Handelingen NJV 1870, II, p. 211 e.v.; Handelingen NJV 1909, deel II, p. 213. Zie ook Barendrecht 2008a.

¹⁴³ Tegenstanders betwijfelden onder meer of in het voorgestelde stelsel met twee instanties het belang van rechtseenheid voldoende kon worden gediend, of voldoende geschikte rechters voorhanden zouden zijn om de benodigde kamers te bezetten en of rechtseenheid en rechtsontwikkeling optimaal werden gediend wanneer het hoogste rechtscollege zich niet volledig op het recht kon concentreren (Handelingen NJV 1909, deel II).

¹⁴⁴ De Kanter 1928, p. 17-18. In vergelijkbare zin: Struycken 1909, p. 124-125.

¹⁴⁵ Tenzij het rechtsgevolgen betreft die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

¹⁴⁶ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80.

¹⁴⁷ Bijv. HR 31 december 1993, NJ 1994, 387; HR 8 januari 1999, NJ 1999, 342; HR 17 oktober 2008, LJV BE7628; HR 17 oktober 2008, LJV BE7201.

¹⁴⁸ Bijv. HR 20 december 2002, LJV AE3350; HR 11 juli 2008, LJV BC8421.

¹⁴⁹ Wat onder meer van belang is voor het tijdstip waarop stukken worden ingebracht. Zie bijv. 18 maart 2010, LJV BO7517; HR 3 december 2010, LJV BO0197.

aanvoert (art. 128 lid 2 en 3 Rv). Zo is voor partijen en de rechter kenbaar waar de procedure over gaat en waarover een beslissing wordt gevraagd.¹⁵⁰ In hoger beroep moet de appellant zijn grieven behoorlijk in het geding naar voren brengen (grievensstelsel). Binnen het door de grieven ontsloten gebied moet de appelrechter uit zichzelf de stellingen van geïntimeerde uit de eerste aanleg in de beoordeling betrekken (devolutieve werking). Incidenteel hoger beroep is hiervoor niet vereist.¹⁵¹

Nadat partijen in het verloop van de procedure de omvang van de rechtsstrijd hebben afgebakend, onderzoekt en beslist de rechter de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv). Ook hierbij kan de rechter een partij bevelen bepaalde stellingen toe te lichten (art. 22 Rv). Voor de vaststelling van de voor de beslissing relevante feiten zijn naast de grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv) de voorschriften van art. 149 Rv richtinggevend. Deze bepaling geeft de rechter twee taken en één bevoegdheid:

- tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan (art. 149 lid 1 Rv);
- feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat (art. 149 lid 1 Rv);
- feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, alsmede algemene ervaringsregels mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ongeacht of zij zijn gesteld, en behoeven geen bewijs (art. 149 lid 2 Rv).¹⁵²

De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan (art. 25 Rv). De uitspraak bevat de gronden waarop de beslissing berust (art. 30 Rv), dat wil zeggen de voor de beslissing relevante feiten en de daarop toegepaste rechtsregel. De uitspraak moet controleerbaar en aanvaardbaar zijn voor partijen, onder wie de hogere rechter.¹⁵³ In essentie is een uitspraak controleerbaar wanneer eruit is af te leiden (deels in combinatie met de processtukken) of de rechter de feitelijke grondslag en de juiste feiten juist heeft weergegeven, of hij is uitgegaan van de juiste rechtsregel en of de beslissing logisch volgt uit de feiten en de rechtsregel.¹⁵⁴

4.5 Het procesrechtelijke beslissingsmodel

Het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding is dus in hoofdzaak neergelegd in de artikelen 21, 22, 24, 25 en 149 Rv. Dit wordt hierna ook aangeduid als het procesrechtelijke beslissingsmodel. Hoe werkt dit samenstel van bepalingen in zijn eenvoud uit in de praktijk? Dat partijen de omvang van de rechtsstrijd bepalen, betekent bijvoorbeeld dat de rechter geen uitleg geeft aan een contractsbeding als partijen het eens zijn over de betekenis van het beding in hun rechtsverhouding. Dat de rechter de rechtsgronden aanvult, betekent bijvoorbeeld dat de rechter moet onderzoeken of eiser voldoende heeft gesteld voor een beroep op dwaling (art. 6:228 BW), wanneer eiser vernietiging van een koopovereenkomst wegens bedrog vordert (art. 3:44 BW) en wel stelt dat gedaagde een onjuiste mededeling heeft gedaan, maar niet dat dit opzettelijk is geschied.

4.5.1 Feitelijke grondslag (1)

De uitwerking van het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding in de praktijk wordt complexer wanneer de vraag rijst wat in art. 24 Rv wordt bedoeld met de feitelijke grondslag. Feitelijke gronden zijn alle gronden die geen rechtsgronden zijn¹⁵⁵ en waaraan het materiële recht de door een partij ingeroepen rechtsgevolgen verbindt. Volgens De Kanter zijn feitelijke gronden de gronden die zijn

¹⁵⁰ Huydecoper 2002, p. 210-211; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 29.

¹⁵¹ De betekenis van het grievensstelsel en de devolutieve werking voor de waarheidsvinding in hoger beroep komt in dit preadvies niet afzonderlijk aan de orde. Zie daarover o.a. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2009; Hovens 2005; Pels Rijcken 1983; Ras/Hammerstein 2004; Snijders/Wendels 2009; Valk 2009.

¹⁵² Art. 149 lid 2 Rv blijft in dit preadvies verder buiten beschouwing.

¹⁵³ Vaste rechtspraak (zie bijv. de vindplaatsen in Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nr. 120) in lijn met rechtspraak van het EHRM (bijv. EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462, m.nt. E.A. Alkema; EHRM 9 december 1994, *NJ* 1997, 20).

¹⁵⁴ Vgl. Asser 2010, p. 28; Rapport Toetsingscommissie civiele vonnissen 2010, p. 16.

¹⁵⁵ Smith 2004, p. 21.

ontleend aan het in de werkelijkheid gebeurde,¹⁵⁶ waarmee wordt geaccentueerd dat de stelplicht waarheidsgetrouw behoort te worden ingevuld.

In art. 24 Rv is neergelegd dat het de taak van partijen is de rechter de feitelijke gronden van het geschil te verschaffen. Feitelijke gronden omvatten het onderwerp van de eis (het petitum van de dagvaarding), de rechtsmiddelen (de feitelijke grondslag van de eis), het onderwerp van het verweer (de conclusie van gedaagde) en de verweermiddelen (de feitelijke grondslag van het verweer).

De feitelijke grondslag van vordering of verweer kan hoofdzakelijk rechtsfeiten bevatten, maar kan ook een gemengd feitelijk en juridisch karakter hebben. Zo kan de feitelijke grondslag voor menselijke waarneming vatbare feiten bevatten (bijv. een botsing), omstandigheden (bijv. een omgewaaide boom), rechten (bijv. eigendom), juridische kwalificaties van feiten (bijv. een overeenkomst als uitkomst van aanbod en aanvaarding), of een combinatie hiervan.¹⁵⁷ Wanneer aan een vordering of verweer rechten of juridische kwalificaties ten grondslag worden gelegd, zijn juridische elementen onderdeel van de onderbouwing van de feitelijke grondslag. Die juridische elementen betreffen echter tegelijk juridische kwalificaties van bepaalde feiten. Het is dan niet steeds zonder meer duidelijk of het gaat om feitelijke gronden (die de rechter niet mag aanvullen, art. 24 Rv), of om rechtsgronden (die de rechter moet aanvullen, art. 25 Rv).

Een partij die in de feitelijke grondslag geen rechtsfeiten betreft, dat wil zeggen geen feiten met een deels normatief karakter, zal meestal niet duidelijk maken wat met vordering of verweer wordt beoogd¹⁵⁸ en niet aan de stelplicht voldoen.¹⁵⁹ Als dit als ondergrens wordt gehanteerd, deel ik niet de vrees van De Bock dat de rechter een feit niet spoedig genoeg als rechtsfeit aanmerkt en geen recht doet aan zijn taak in de aanvulling van rechtsgronden¹⁶⁰ (zie ook het voorbeeld in par. 4.5.3). Het enkele feit dat een partij in een procedure haar verhaal vertelt en rechtsgevolgen inroept, schept eigenlijk al een vermoeden dat met gestelde feiten ook rechtsfeiten worden bedoeld. Naar mijn opvatting houdt de taak van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv) in beginsel ook in dat hij een partij gelegenheid geeft een onduidelijk normatief kader zo nodig te verhelderen (en de wederpartij gelegenheid geeft tot reactie) alvorens een zaak eventueel op een gebrek in de stelplicht af te doen (zie par. 5.5) of juist rechtsgronden aan te vullen waarvan op het eerste gezicht niet duidelijk is of ze stroken met de feitelijke grondslag (zie par. 4.7).¹⁶¹

4.5.2 Feitelijke grondslag (2)

Ook los van de vermenging van (rechts)feit en recht(sgrond) is het begrip feitelijke grondslag niet eenduidig.¹⁶² Hoewel beide partijen feiten stellen om de feitelijke grondslag van vordering of verweer te onderbouwen, heeft de rechter namelijk op grond van (het in par. 4.4 weergegeven) art. 149 Rv eigen speelruimte om in het kader van de (duiding van de) feitelijke grondslag zelf gevolgtrekkingen te maken uit de standpunten van partijen. Hij mag de stellingen van partijen uitleggen, mits zijn uitleg begrijpelijk is in het licht van de standpunten van partijen in de gedingstukken.¹⁶³ Hij mag en moet soms bovendien ook andere feiten dan de door een partij ter onderbouwing van de feitelijke grondslag gestelde feiten beschouwen als onderbouwing of staving van de feitelijke grondslag, mits hij daarbij binnen de grenzen van art. 149 Rv blijft.¹⁶⁴ Voor de toepassing van art. 149 lid 1 Rv betekent dit dat het moet gaan om feiten die in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld, en die overeenkomstig art. 149 lid 1 Rv zijn komen vast te staan. Deze feiten hoeven dus niet met zoveel woorden door een partij te zijn gesteld. Voldoende is dat de feiten blijken uit de stukken van het geding, waaronder de overgelegde bewijsstukken. In de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad mag de rechter bij de beoordeling van een geschilpunt binnen de grenzen van de rechtsstrijd alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beschouwing betrekken en is hij vrij daaraan conclusies te verbinden. De rechter is hierbij niet beperkt tot de feiten en

¹⁵⁶ De Kanter 1928, p. 35.

¹⁵⁷ Smith 2004, p. 22; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 30-31.

¹⁵⁸ Wat niet wegneemt dat zelfs de vraag of een partij een normatief standpunt inneemt, zich leent voor bespreking met partijen ter zitting, waarbij die partij haar stellingen zodanig kan toelichten dat alsnog – voor de wederpartij en de rechter kenbaar – aan de stelplicht wordt voldaan.

¹⁵⁹ Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31.

¹⁶⁰ De Bock 2011, p. 118 e.v.

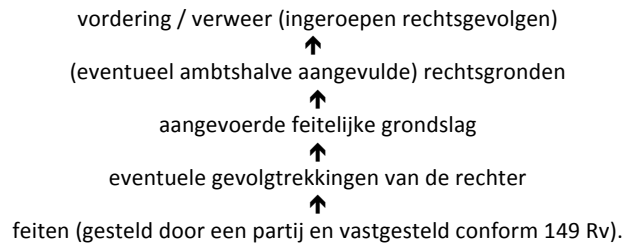
¹⁶¹ Vgl. Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 5.

¹⁶² Brugman spreekt zelfs van de 'tirannie van de feitelijke grondslag' (Brugman 2010, p. 185).

¹⁶³ Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 24, aant. 2; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 33.

¹⁶⁴ Bijv. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484; HR 1 november 1974, NJ 1975, 454, m.nt. G.J. Scholten; HR 24 september 2004, L/N AO9550; HR 15 september 2006, L/N AX5381; HR 10 juli 2009, L/N BI4209.

omstandigheden die door een partij ten behoeve van het door haar ingeroepen rechtsgevolg zijn gesteld.¹⁶⁵ Mede doordat partijen in hun processtukken hun stellingen niet plegen te rangschikken onder art. 24 of 149 Rv, heeft de rechter vooral door middel van uitleg de nodige speelruimte om bepaalde stellingen te duiden als feitelijke grondslag in de zin van art. 24 Rv of juist als feiten in de zin van art. 149 Rv. Samenvattend laat het gedeelte van het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding dat is neergelegd in de art. 24, 25 en 149 Rv zich schematisch als een gelaagde structuur verbeelden:¹⁶⁶



4.5.3 Een voorbeeld

De enkele mededeling van een partij dat het 'niet eerlijk' is dat de wederpartij nakoming vordert, is een mededeling met een gemengd feitelijk en normatief karakter.¹⁶⁷ Vaak is uitleg van stellingen nodig om te bepalen of de mededeling is bedoeld als een zelfstandige grondslag (art. 24 Rv), of als een feit ter staving van een andere grondslag (art. 149 Rv). Hier kan de rechter op zichzelf 'de korte bocht nemen'. Hij plaatst dan het feitelijke gedeelte van de stelling in art. 149 Rv en oordeelt dat de stelling onvoldoende is aangekleed om als grondslag van de vordering (art. 24 Rv) te kunnen dienen, bijvoorbeeld met de zinsnede dat onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld en te bewijzen aangeboden waaruit is af te leiden dat het niet eerlijk is dat de wederpartij nakoming vordert. Zo komt hij niet toe aan aanvulling van de rechtsgronden (art. 25 Rv). Wanneer de rechter dezelfde mededeling daarentegen voldoende acht om aan te nemen dat een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) mede als grondslag van de vordering heeft te gelden, vat hij de stelling kennelijk op als zelfstandige grondslag van de vordering (art. 24 Rv) en vult hij die grondslag aan met toepassing van art. 25 Rv. Vervolgens kan het beroep worden gehonoreerd of verworpen op grond van de omstandigheden van het geval. Hier heeft de rechter die het beroep wil honoreren nogmaals speelruimte, want hij kan door dezelfde partij gestelde feiten (daartoe wellicht ter comparatie door de rechter uitgenodigd met toepassing van art. 22 Rv) scharen onder de staving van de grondslag. In de sleutel van vrijheid en rechtvaardigheid heeft dat niet meer alleen met partijautonomie en waarheidsvinding te maken. Het gaat bijvoorbeeld ook over rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechterlijke onpartijdigheid. Was de oprekking van de stelling voor de wederpartij kenbaar? Dient de rechter in zijn taakopvatting vooral op zaaksniveau rekening te houden met het vertrouwen dat de maatschappij in de rechter moet kunnen stellen, of ook op een breder maatschappelijk niveau? Maakt het nog verschil wat het belang van de zaak is en of in de zaak procesvertegenwoordiging door een advocaat verplicht is? Antwoorden op zulke vragen zijn haast niet in algemene zin te geven. Op het scherp van de snede ken ik in de praktijk eigenlijk maar twee 'hulpvragen': (1) wat als partijen het verhaal dat zij uit de zittingszaal mee naar huis nemen op verjaardagsfeestjes vertellen en (2) kan de persrechter de handelwijze van de rechter in de media begrijpelijk uitleggen?

4.5.4 Wat (wel en) niet mag

De complexiteit van de toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel, het juridisch kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding, ligt in de praktijk in belangrijke mate in het herkennen van de grenzen van de bevoegdheden van de rechter in het concrete geval. Hij mag immers in de uitoefening ervan niet treden buiten de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd. Hij moet de zaak onderzoeken en beslissen op de grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv). Voor de hand ligt dat de rechter geen aanvullingen mag plegen wanneer duidelijk is dat een partij vordering of verweer niet met die aanvullingen beoordeeld wenst te

¹⁶⁵ Tjong Tjin Tai 2002a, p. 33; Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 5; Smith 2004, p. 42; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988 (MvT RO), p. 80. Zie bijv. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484; HR 17 september 1993, NJ 1993, 740; HR 8 december 1995, NJ 1996, 274; HR 12 december 1997, NJ 1998, 224; HR 30 juni 2000, L/JN AA6344; HR 24 september 2004, L/JN AO9550; HR 15 september 2006, L/JN AX5381; HR 10 juli 2009, L/JN BI4209.

¹⁶⁶ Tjong Tjin Tai 2002a, p. 35.

¹⁶⁷ Vgl. Tjong Tjin Tai 2002b, p. 260.

zien.¹⁶⁸ Dat vraagt om alertheid bij de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor. Een nauwkeurige lezing van de gedingstukken is nodig om te verhinderen dat de rechter de door een partij gestelde feitelijke grondslag staft met feiten die uitsluitend (of zelfs niet) door de wederpartij zijn gesteld. De partijautonomie staat daaraan in de weg.¹⁶⁹ Ook een kwestie van partijautonomie is dat het niet toelaatbaar is wanneer de rechter een gebrek in de stelplicht van een partij repareert door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om in de onderbouwing of staving van de feitelijke grondslag feiten te betrekken die niet met zoveel woorden door een partij aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd in de zin van art. 24 Rv, maar wel in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en overeenkomstig art. 149 lid 1 Rv zijn komen vast te staan.¹⁷⁰ De toelaatbaarheid van aanvulling is verder mede afhankelijk van de mate waarin voor de wederpartij kenbaar mag worden geacht dat die feiten relevant zijn, waarmee is gegeven of de wederpartij zich over die feiten heeft kunnen uitlaten.¹⁷¹ Hier is zichtbaar dat het beginsel van hoor en wederhoor mede bepaalt hoe ver de bevoegdheid van de rechter reikt om stellingen van partijen met (rechts)feiten en rechtsgronden aan te vullen.

Wat de feiten van art. 149 Rv betreft, is door wetgever en rechtspraak steeds vastgehouden aan de regel dat geen bewijs mag worden verlangd van onbetwiste feiten.¹⁷² Smits noemt deze regel de keerzijde van het beginsel van hoor en wederhoor in een eerlijk proces.¹⁷³ Mij lijkt echter dat hier de partijautonomie leidend wordt geacht en de inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor wordt beschouwd als een voorwaarde voor de effectivering van de partijautonomie. In de huidige betekenis van deze regel wordt overigens de uitzondering dat bewijs mag worden verlangd zo vaak aanvaarding van stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, slechts toegepast op burgerlijke rechten waarover partijen niet de vrije beschikking hebben. Uit het oogpunt van waarheidsvinding is op zichzelf verdedigbaar dat de rechter in zaken over burgerlijke rechten waarover partijen de vrije beschikking hebben, bewijs mag verlangen van onbetwiste stellingen wanneer hij gerede twijfel heeft aan het waarheidsgehalte van die stellingen.¹⁷⁴ Aanvaarding van onwaarachtige stellingen leidt immers tot rechtsgevolgen die niet stroken met de werkelijkheid in geschil en dat zijn eigenlijk evenzeer rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Het belang hiervan lijkt echter niet te moeten worden overschat, want de rechter kan ook met toepassing van art. 21 en 22 Rv bereiken dat onware feiten buiten de vaststaande feiten worden gehouden. Dan verdient de bestaande betekenis van de regel van art. 149 lid 1 Rv uit het oogpunt van rechtszekerheid wat mij betreft de voorkeur.

4.5.5 Rechtszekerheid

Al met al is het behoorlijk ingewikkeld om in een concreet geval te bepalen wat wel en niet geoorloofd is en waarom, met name in het samenspel tussen de art. 24 Rv, 25 Rv en 149 Rv. Zoals het voorbeeld in par. 4.5.3 illustreert, kan dan in de praktijk veel gewicht toekomen aan de taakopvatting van de rechter of het patroon van zijn oordeelsvorming.¹⁷⁵ Leunt de rechter uit het oogpunt van rechtszekerheid zwaar op de juiste toepassing van het systeem of beschouwt hij de partijautonomie als zeer zwaarwegend, dan graaft hij zich liever niet zelfstandig een weg door de bewijsstukken en sluit hij nauw aan bij de door een partij expliciet onder verwijzing naar specifiek aangeduide onderdelen van bewijsstukken ingenomen standpunten. De rechter die bijvoorbeeld meer intuïtief een rechtvaardig oordeel zoekt of het geschil leest als twee verhalen van partijen over de werkelijkheid waaruit hij een samenhangend verhaal weeft,¹⁷⁶ voelt zich misschien vrijer om

¹⁶⁸ Bijv. HR 26 september 2003, *LJN* AF9414; HR 8 april 2005, *LJN* AS5010. Zie ook De Bock 2011, p. 126; Smith 2004, p. 56.

¹⁶⁹ De Kanter p. 91-94; Smith 2004, p. 55; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 33-34. Zie bijv. HR 12 juli 2002, *LJN* AE2377; HR 22 november 2002, *LJN* AE8178.

¹⁷⁰ Bijv. HR 16 maart 1958, *NJ* 1958, 423, m.nt. D.J. Veegens; HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900; HR 24 juni 2005, *LJN* AT5466; HR 10 februari 2006, *LJN* AU5702; HR 31 maart 2006, *LJN* AV0646 (waarover: Roos 2006); HR 17 oktober 2008, *LJN* BE7201 (waarover: Coenraad 2009); HR 24 april 2009, *LJN* BH0389.

¹⁷¹ Bijv. HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209, r.o. 3.4. Zie ook Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31.

¹⁷² Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 127; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 83; Klaassen 2001, p. 56; Klaassen 2009, p. 71; Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 5; Stein 1988, p. 388, noot 6; Vranken 1986, p. 55. Vgl. HR 20 november 2009, *LJN* BJ8340. Kritisch/anders: Asser, Groen & Vranken 2003, p. 81; De Bock 2011, p. 96-102; Haardt 1951, p. 67. Betreffen de niet betwiste feiten rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, dan is de rechter bevoegd, maar niet verplicht daarvan nader bewijs te verlangen (vgl. HR 10 december 2010, *LJN* BO0186).

¹⁷³ Smits 2008, p. 96. Zie ook Coenraad 2005, p. 119-121; Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 49; Stein/Rueb 2005, p. 25.

¹⁷⁴ De Bock 2011, p. 100.

¹⁷⁵ Door Duk aangeduid als de luimen van de rechter (Duk 2003, p. 65). Zie bijv. ook: Asser 2003; Asser-Scholten 1974, p. 132; Ingelse 2010; Hartendorp 2008; Hol & Loth 2001, p. 44-45; Pieters 2010; Van Rossum 2010; IJzermans 2011.

¹⁷⁶ Zie over narrativiteit o.a.: het preadvies van Loth; De Bock 2011, p. 102 e.v.

de expliciet gemaakte standpunten van partijen wat meer op afstand te bezien en de door partijen aangevoerde feitelijke grondslagen zo breed mogelijk te beschouwen. Het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden staat zo bezien niet alleen in een dogmatisch kader, maar ook in het brandpunt van de discussie over lijdelijke en actieve rechters (zie par. 3.4 en 5.5). Deze discussie wordt ook door andere aspecten gevoed, bijvoorbeeld doordat er debat mogelijk is over de reikwijdte van de verplichting van partijen om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, over de mate waarin de rechter gebruik dient te maken van zijn bevoegdheid om partijen bepaalde stellingen te laten toelichten (art. 22 Rv), of over de werking (en handhaving van de naleving) van de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht (art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv).¹⁷⁷ Niettemin geeft het rechtsonzekerheid aan (toekomstige) procespartijen wanneer in aanzienlijke mate van de taakopvatting van de rechter afhankelijk is hoe in het onderzoek en de beslissing van de zaak de zoektocht naar het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid zal verlopen. Inherent aan rechtspraak is dat de beslissing per zaak kan verschillen, maar over de inhoud van het procesrechtelijke beslissingsmodel hoort naar mijn opvatting geen rechtsonzekerheid te bestaan. De kunst is om de toepassing van de dogmatiek in het concrete geval voor de praktijk zo voorspelbaar mogelijk te maken. Wanneer de selectie en analyse van de voor de beslissing relevante feiten meer expliciet in de sleutel van partijautonomie en waarheidsvinding worden geplaatst, kan voor partijen mogelijk voorspelbaarder worden op welke feiten de rechter acht zal slaan in de rechtsstrijd van partijen en kan de rechter mogelijk beter verantwoorden waarom hij welke keuzes maakt in de feiten die hij betreft in de onderbouwing en staving van de feitelijke grondslag van vordering of verweer (waarover meer in par. 4.7.3).

4.6 Soortelijk gewicht van partijautonomie en waarheidsvinding in rechtspraak

Als het stelsel van de art. 24 Rv, 25 Rv en art. 149 Rv in strikte zin wordt toegepast en het belang van de waarheidsvinding ondergeschikt wordt gemaakt aan de toepassing ervan, is de partijautonomie leidend. In het algemeen is het niet eenvoudig om in de stellingen van partijen aanknopingspunten te vinden om te beoordelen of een partij de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid heeft aangevoerd. Het kan zomaar gebeuren dat de rechter in de stellingen van partijen niet vol zicht krijgt op de voor het geschil relevante werkelijkheid.¹⁷⁸ Een berucht voorbeeld hiervan in het civiele recht is natuurlijk het Varkenspestarrest.¹⁷⁹ Zeug Geel-113 van Swinkels leed aan varkenspest, ontsnapte, raakte tussen de varkens van Bardoel en besmette diens vee. Bardoel vorderde schadevergoeding van Swinkels. De verzekeraar van Swinkels betrok de stelling dat Swinkels niet wist dat zijn varkens ziek waren. Dat werd in eerste aanleg door Bardoel niet betwist en door de rechtbank als vaststaand aangenomen. In hoger beroep werd er geen grief tegen gericht. Bardoel verloor de procedure in drie instanties. De Hoge Raad nam in cassatie tot uitgangspunt dat Swinkels het besmettingsgevaar niet kende of behoorde te kennen en onderschreef het oordeel van het hof dat Swinkels niet aansprakelijk was voor de schade van Bardoel. Later bleek dat Swinkels wel degelijk wist van de besmetting van zijn vee.¹⁸⁰ De uitspraak van de Hoge Raad berustte dus op een onjuist feitelijk uitgangspunt dat doorslaggevend was geweest voor de beslissing. Het stelsel van de regels over de feitenvaststelling maakte het mogelijk dat de juiste feiten niet ter kennis kwamen van de rechter in feitelijke instantie. De Hoge Raad was gebonden aan de feitenvaststelling door de lagere rechter. Ook in andere uitspraken is te zien dat het in het civiele recht in brede zin problematisch is om het juiste midden te vinden in de toepassing van het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden met oog voor het belang van de waarheidsvinding. De rechtspraak biedt talrijke voorbeelden van uitspraken waarin de rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid om andere feiten dan de door een partij ter onderbouwing van de feitelijke grondslag gestelde feiten te beschouwen als onderbouwing of staving van de feitelijke grondslag en de vraag is opgeworpen of hij daarbij binnen de grenzen van art. 149 Rv en 24 Rv blijft.¹⁸¹ In dit preadvies beperk ik me tot vijf voorbeelden, waarin als rode draad is te zien dat de uitoefening van deze bevoegdheid drie kenmerken heeft, die in belangrijke mate verweven zijn met algemene procesrechtelijke noties die in par. 3 en 4 naar voren zijn gekomen: (i) de taakverdeling tussen partijen en de rechter in de civiele procedure is verweven met een schijnbaar helder onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond), (ii) er zijn talrijke gezichtspunten om keuzes te maken, waaronder in ieder geval partijautonomie, waarheidsvinding, eerlijke

¹⁷⁷ Vgl. bijv. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 10-11. Zie ook noot 78.

¹⁷⁸ Van Schaick 2009, p. 24; Star Busmann 1915, p. 132-134.

¹⁷⁹ HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

¹⁸⁰ Bruinsma 1999; Bruinsma 2010. Zie ook Asser-Vranken 1995, p. 7-8; Van Schaick 2009, p. 43-44.

¹⁸¹ Zie o.a. de uitspraken vermeld in par. 4.5.2 en 4.5.4. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 119-120; Haardt 1951, p. 59; Lewin 2011; Vriesendorp 1970, p. 36 e.v.; conclusie A-G Huydecoper bij HR 24 december 2004, *LJN* AR4470.

rechtsgang, beginsel van hoor en wederhoor, vermijden van de schijn van partijdigheid van de rechter, processuele belangen van de wederpartij, voortvarendheid, kosten van de procedure en controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de uitspraak, en (iii) voor het maken van de juiste keuzes is een gedegen kennis van het materiële civiele recht essentieel.¹⁸²

4.6.1 Vijf uitspraken

Het is de rechter soms, maar niet altijd, verboden de feitelijke grondslag aan te vullen met feiten die door een partij zijn gesteld, door een partij niet zijn betrokken in de feitelijke grondslag, zijn vastgesteld volgens de regels van art. 149 Rv en in de visie van de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding relevant zijn voor de beslissing. In de zaken Poort/Stoppels,¹⁸³ Spector/Fotoshop¹⁸⁴ en Spijkers/Ru-Pro¹⁸⁵ was het verboden, in de zaken Regiopolitie/Hovax¹⁸⁶ en Lammers/Aerts q.q.¹⁸⁷ was het geoorloofd. Dat lijkt op het eerste gezicht niet best voor de rechtszekerheid, maar een nadere beschouwing van deze uitspraken zal laten zien dat de Hoge Raad partijen en de rechter in feitelijke instantie stimuleert om een rechtvaardig evenwicht tussen partijautonomie en waarheidsvinding te bewerkstelligen.¹⁸⁸

4.6.2 De zaak Poort/Stoppels

In de zaak Poort/Stoppels¹⁸⁹ was de feitelijke grondslag van de vordering volgens de Hoge Raad een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een adviesovereenkomst (art. 6:74 BW). Volgens het hof rechtvaardigden de vaststaande feiten toewijzing van de vordering op grond van onjuiste of onvolledige informatieverstrekking van een hulppersoon van de opdrachtnemer (art. 6:76 BW). A-G Hartkamp meende dat het hof de feitelijke grondslag van de eis niet in strijd met artikel 24 Rv had aangevuld. De Hoge Raad vond van wel en herhaalde zijn eerdere rechtspraak dat het de rechter niet vrij staat 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 ten grondslag zijn gelegd.¹⁹⁰ Anders zou de wederpartij tekort worden gedaan in haar recht zich naar behoren te kunnen verdedigen.¹⁹¹ In dit geval heeft de Hoge Raad de partijautonomie en het processuele belang van de wederpartij gesteld boven het belang van de waarheidsvinding. Voor de eisende partij zou minder partijautonomie en meer waarheidsvinding waarschijnlijk aanvaardbaar zijn geweest. Hij wilde zijn schade vergoed zien. De precieze grondslag daarvan zal hem weinig hebben gedeerd.¹⁹² De aanvaardbaarheid van dit oordeel moet dus vooral worden gezocht in het gezichtspunt dat de wederpartij zich moet kunnen verdedigen tegen de grondslag waarop de vordering wordt toegewezen. Zou het hof eerst bij Stoppels hebben nagevraagd (ter comparitie of door gelegenheid te geven voor een akte) hoe de grondslag van de vordering nu precies moest worden begrepen en hadden beide partijen gelegenheid gekregen op elkaars standpunten dienaangaande te reageren, dan had dat naar mijn opvatting de materieelrechtelijke aanvaardbaarheid van het rechterlijk oordeel ten goede kunnen komen.

¹⁸² Over de wisselwerking tussen civiel recht en civiel procesrecht bijv.: Asser, Groen & Vranken 2003, p. 40 e.v.; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 10-11; Schoordijk 2004; Sniijders 1992; Sniijders 2003, p. 1698.

¹⁸³ HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900.

¹⁸⁴ HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663.

¹⁸⁵ HR 23 september 2011, *LJN* BQ7064.

¹⁸⁶ HR 26 september 2003, *LJN* AF9414.

¹⁸⁷ HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231.

¹⁸⁸ Zie ook Vriesendorp 1970, p. 89-90.

¹⁸⁹ HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 133; Ruijpers 2005, p. 9.

¹⁹⁰ HR 29 maart 1996, *NJ* 1996, 421. Vgl. bijv. HR 22 december 1967, *NJ* 1968, 222.

¹⁹¹ En voor zover met een beroep op een bepaald feit een wijziging van de grondslag van de eis is beoogd, dient dat voor de wederpartij en de rechter duidelijk kenbaar te zijn. Bijv. HR 16 februari 1968, *NJ* 1968, 140, m.nt. G.J. Scholten; HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 52; HR 6 oktober 2000, *NJ* 2001, 167; HR 19 juni 2009, *LJN* BI8771. Zie ook HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 2; HR 24 december 2010, *LJN* BO4579.

¹⁹² Vgl. De Bock 2011, p. 126; Ras 1971, p. 100-101.

4.6.3 De zaak Spector/Fotoshop

In de zaak Spector/Fotoshop¹⁹³ was een beroep op dwaling gedaan. In hoger beroep was bewijs toegelaten over de vraag of een partij bij het aangaan van een overeenkomst een bepaalde onjuiste mededeling aan de wederpartij had gedaan. Dat kwam niet vast te staan. Tijdens de bewijslevering kwamen andere feiten boven tafel, op grond waarvan het beroep op dwaling volgens het hof niettemin gegrond was. Volgens A-G Hartkamp was het hof niet buiten de door partijen getrokken processuele grenzen getreden, omdat ter onderbouwing van het beroep op dwaling was gesteld dat essentiële informatie was onthouden en daarin besloten lag dat de vordering mede was gebaseerd op nalatigheid in het geven van de informatie die in de bewijslevering naar voren was gekomen. De Hoge Raad was echter van oordeel dat het hof in strijd met art. 24 Rv buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden, doordat het beroep op dwaling voorafgaand aan de bewijslevering beperkt was opgevat en de gedingstukken geen andere uitleg toelieten dan dat de grondslag van het beroep op dwaling na de bewijslevering niet was uitgebreid met de subsidiaire stelling dat de dwaling was te wijten aan het achterhouden van de tijdens de bewijslevering naar voren gekomen informatie. Ook hier werd aan het belang van de waarheidsvinding dus minder gewicht toegekend dan aan de partijautonomie en het processuele belang van de wederpartij om zich naar behoren te kunnen verdedigen. Naar mijn opvatting had het hof niettemin tot dezelfde uitkomst kunnen komen. Wellicht had het hof het beroep op dwaling bij de formulering van de bewijsopdracht op basis van de gedingstukken breder kunnen opvatten en bewijs kunnen opdragen van feiten of omstandigheden waaruit was af te leiden dat essentiële informatie was onthouden. Een andere mogelijkheid was geweest via een comparitie of akte na te vragen of ook was bedoeld aan het beroep op dwaling de feiten ten grondslag te leggen die tijdens de bewijslevering naar voren waren gekomen. De volgende twee te bespreken zaken zullen laten zien dat de inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor bij de ambtshalve agendering van de kwestie (en een uitbreiding van de grondslag van het beroep op dwaling) de zaak op dit punt waarschijnlijk voor een vernietiging in cassatie had kunnen behoeden.

4.6.4 De zaak Regiopolitie/Hovax

In de zaak Regiopolitie/Hovax¹⁹⁴ oordeelde de rechtbank in hoger beroep dat Regiopolitie wanprestatie had gepleegd en de schade van Hovax als gevolg daarvan moest vergoeden. Over de omvang van de schade verlangde de rechtbank nadere inlichtingen van partijen, waarbij Hovax zich diende uit te laten over door haar genomen maatregelen om de schade te beperken. In cassatie klaagde Hovax dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden door de schadebeperkingsplicht aan de orde te stellen, waarop door Regiopolitie geen beroep was gedaan. De Hoge Raad verwierp de klacht met een drietrapsredenering: (i) de rechter mag de schadevergoedingsplicht niet ambtshalve wegens eigen schuld verminderen; (ii) als hij de schadebeperkingsplicht ambtshalve aan de orde stelt, dient hij partijen gelegenheid te geven tot processueel debat daarover en mag hij geen oordeel erover geven als partijen dat niet blijken te wensen; (iii) in welke gevallen de rechter de schadebeperkingsplicht ambtshalve mag opwerpen, laat zich niet in het algemeen beantwoorden, maar in dit geval 'lag het voor de hand', omdat een feit was gesteld dat relevant was voor de omvang van de schade en denkbaar was dat dit feit een schadeverminderende werking kon hebben.¹⁹⁵ Het 'ligt voor de hand'-criterium roept de vraag op: onder welke omstandigheden en in wiens ogen? Het is moeilijk objectiveerbaar.¹⁹⁶ Het gaat weliswaar gepaard met een uitleg van de gedingstukken die begrijpelijk moet zijn, maar het criterium kan evengoed aanleiding geven tot de gerechtvaardigde verdenking van mee procederen en aantasting van de rechterlijke onpartijdigheid. Het criterium verhuult dat er in dit geval wel degelijk een eigen gevolgtrekking van de rechter nodig was om de sprong van het gestelde feit naar een beroep op de schadebeperkingsplicht te maken. In een noot bij een zaak waarin de Hoge Raad vond dat bepaalde feiten die niet waren gesteld, maar wel in het geding waren komen vast te staan, moesten worden betrokken in een causaliteitsoordeel, heeft G.J. Scholten zich afgevraagd waar de grens ligt met de aan de rechter verboden aanvulling van de feitelijke grondslag. Hij meende dat daarvoor niet alleen bepalend is of de ontbrekende schakel voor de hand ligt, maar ook of er reden is om aan te nemen dat gedaagde dat anders heeft begrepen alsmede of de veronderstelling dat de ontbrekende schakel relevant is, is versterkt door de

¹⁹³ HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663. Zie ook: Roos 2006.

¹⁹⁴ HR 26 september 2003, *LJN* AF9414. Zie over het arrest onder meer: Adviescommissie BPR 2006, p. 70; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2009, p. 225; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 124; Dammingh 2009, p. 18-19; Klaassen 2007, p. 123-128; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 302; Ruijpers 2005, p. 10; Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 53-54; Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25, aant. 3.

¹⁹⁵ HR 26 september 2003, *LJN* AF9414, r.o. 5.1-5.3.

¹⁹⁶ Vgl. S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij het arrest (*JOR* 2004, 32).

omstandigheden die later zijn komen vast te staan.¹⁹⁷ Zo bezien is het arrest Regiopolitie/Hovax eigenlijk pas goed te begrijpen wanneer wordt bedacht dat kennelijk aan het beginsel van volledige schadevergoeding en de daarbij benodigde waarheidsvinding doorslaggevend gewicht is toegekend in een geval waarin het beginsel van behoorlijke verdediging niet geschonden werd geacht.

4.6.5 De zaak Lammers/Aerts q.q.

De zaak Lammers/Aerts q.q.¹⁹⁸ vertoont op het eerste gezicht gelijkenis met de zaak Spector/Fotoshop. Ook hier kwam het hof na bewijslevering tot het oordeel dat de vordering niet toewijsbaar was op de door eiser gestelde grondslag (bestuurdersaansprakelijkheid, art. 2:248 lid 1 BW), maar wel op een andere grondslag (aansprakelijkheid van de medebeleidsbepaler, art. 2:248 lid 7 jo lid 1 en/of lid 2 en art. 2:11 BW), waarvoor de benodigde feiten (evenals in de zaak Spector/Fotoshop) in de bewijslevering naar voren waren gekomen. Het hof gaf partijen gelegenheid zich hierover uit te laten. De handelwijze van het hof was volgens de Hoge Raad geoorloofd 'gelet op het verloop van het processuele debat' en omdat aansprakelijkheid als medebeleidsbepaler 'voor de hand lag'. Het aanbod van het hof werd door de eiser omarmd met een wijziging van de grondslag van de eis. Deze zaak lijkt toch weer verder te reiken dan de zaak Regiopolitie/Hovax en de hiervoor aangehaalde drietrapsredenering van G.J. Scholten, want hier wordt toegestaan dat het processuele belang van de wederpartij op initiatief van de rechter ondergeschikt wordt gemaakt aan het belang van de waarheidsvinding, mits de partijautonomie van de eisende partij wordt gerespecteerd (d.w.z. mits eiser het rechterlijk initiatief bekrachtigt), en het beginsel van hoor en wederhoor in acht wordt genomen.

4.6.6 De zaak Spijkers/Ru-Pro

De zaak Spijkers/Ru-Pro¹⁹⁹ betrof een geschil over de uitvoering van verbintenissen uit overeenkomst. Ru-Pro heeft tijdens haar surséance een bedrijfspand verkocht en het pand nadien aan Spijkers geleverd. De vordering van Ru-Pro strekt ertoe dat de koopsom alsnog op een hoger bedrag wordt bepaald. In eerste aanleg is Spijkers tot betaling veroordeeld. Partijen hebben de geldigheid van de overeenkomst in eerste aanleg en in hoger beroep niet in het geschil betrokken. Het hof heeft bij pleidooi ambtshalve de vraag opgeworpen of de koopovereenkomst betreffende het bedrijfspand nietig is gelet op art. 3:84 lid 3 BW, waarin is bepaald dat een rechtshandeling geen geldige titel van overdracht is indien deze overdracht tot zekerheid ten doel heeft of de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Het hof heeft partijen gelegenheid gegeven zich hierover na pleidooi schriftelijk uit te laten. Volgens Spijkers was art. 3:84 lid 3 BW niet overtreden. Volgens Ru-Pro was dit wel het geval en was het gevorderde daarom toewijsbaar. Het hof heeft dit standpunt van Ru-Pro opgevat als een eiswijziging. Een wijziging van eis behoort in hoger beroep in beginsel niet later dan bij memorie van grieven of antwoord plaats te vinden (art. 347 lid 1 Rv), tenzij er binnen het kader van de eisen van een goede procesorde gronden zijn die een uitzondering hierop rechtvaardigen.²⁰⁰ Dit wordt wel genoemd 'de in beginsel strakke regel'. Het hof zag reden voor een uitzondering in de omstandigheid dat de eiswijziging was ingegeven door de tijdens pleidooi ambtshalve door het hof opgeworpen vraag naar de geldigheid van de titel van overdracht. Vervolgens heeft het hof onder meer geoordeeld dat het overeengekomene in strijd was met art. 3:84 lid 3 BW en de overdracht een geldige titel ontbeerde. Spijkers klaagde in cassatie dat het hof de eiswijziging niet toelaatbaar had mogen achten en dat het hof door tijdens pleidooi ambtshalve de toepasselijkheid van art. 3:84 lid 3 BW aan de orde te stellen, buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en art. 24 Rv heeft miskend. A-G Rank-Berenschot kwam tot de conclusie dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en het klachtonderdeel over de eiswijziging daarom geen bespreking behoeft. De Hoge Raad heeft echter laten rusten of het hof art. 24 Rv heeft geschonden en geoordeeld dat het hof de eiswijziging niet toelaatbaar had mogen achten. In dit oordeel heeft de Hoge Raad onder meer betrokken dat het 'niet voor de hand lag' om de toepasselijkheid van art. 3:84 lid 3 BW ambtshalve aan de orde te stellen, omdat de gedingstukken geen duidelijke aanwijzingen bevatten dat het overeengekomene gelet op die bepaling nietig was. Volgens de Hoge Raad bracht het hof in de eindfase van de procedure in hoger beroep een geheel nieuw element in het partijdebat.²⁰¹ Deze argumenten

¹⁹⁷ HR 1 november 1974, NJ 1975, 454, m.nt. G.J. Scholten. Zie ook de gezichtspunten van Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2009, p. 226.

¹⁹⁸ HR 14 maart 2008, L/JN BC1231. Zie ook: Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 121 en 124; Roos 2008.

¹⁹⁹ HR 23 september 2011, L/JN BQ7064.

²⁰⁰ HR 20 juni 2008, L/JN BC4959.

²⁰¹ In vergelijkbare zin: HR 9 december 2011, L/JN BR2045.

verschillen niet wezenlijk van de overwegingen die in de hiervoor besproken zaken zijn gebruikt bij de beoordeling van klachten over schending van art. 24 Rv. Ook hier valt op dat het 'ligt-voor-de-hand-criterium' wordt gebezigd in combinatie met een begrijpelijke uitleg van de gedingstukken, wat voor toekomstige zaken een lastige wegwijzer is. Deze zaak onderscheidt zich echter in zoverre van de andere vier zaken, dat het hof hier niet zozeer een feitelijk maar meer een juridisch element in het partijdebat bracht, waarop tot dan toe geen verweer was gevoerd en dat daarom niet zonder meer besloten lag in de ingeroepen rechtsgevolgen. Zo bezien staat de zaak meer in het teken van de partijautonomie dan van de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding.

4.7 De uitdijende reikwijdte van art. 25 Rv in het licht van de waarheidsvinding

In de uitspraken in de zaken Regiopolitie/Hovax en Lammers/Aerts q.q., die in de literatuur wisselend zijn ontvangen,²⁰² volgt de Hoge Raad ook een spoor uit de fundamentele herbezinning. Vanwege de verstrengeling van recht en feit heeft volgens Asser, Groen & Vranken de rechter die ziet dat het gestelde of gebleken feitencomplex en de door een partij op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolgen niet goed op elkaar aansluiten, in het licht van art. 25 Rv de taak dat aan de orde te stellen.²⁰³ In de kabinetsreactie op hun eindrapport is hierover het standpunt ingenomen dat denkbaar is aan de algemene bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling toe te voegen die verder verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.²⁰⁴ Daarvan is het nog niet gekomen.²⁰⁵ Reeds het ontwerp voor een nieuw procesrecht van de Staatscommissie-Gratama uit 1921 nam overigens tot uitgangspunt dat de rechter aan partijen de inlichtingen mocht vragen die hij nodig achtte voor een juist inzicht in de aard en omvang van het werkelijke geschil van partijen.²⁰⁶ Haardt verdedigde in 1951 zelfs dat de rechter die twijfelt aan het waarheidsgehalte van een niet betwist feit, bewijs van het feit mag verlangen, tenzij het feit alsnog uitdrukkelijk wordt erkend, vanuit de gedachte dat de rechter niet door onoplettendheid van een of beide partijen mag worden belet tot de materiële waarheid door te dringen.²⁰⁷

4.7.1 Focus op de partijautonomie

In de literatuur wordt nogal eens betoogd dat een partij die in een procedure verschijnt en zich jegens de wederpartij moet gedragen naar de eisen van de goede procesorde, jegens de wederpartij is gehouden eraan mee te werken dat het geschil eerlijk, behoorlijk, juist en volledig aan de rechter wordt voorgelegd, ook indien haar belang bij de procedure tot ander gedrag verleidt.²⁰⁸ Vrij vertaald wordt de partijautonomie dan misschien geacht onderworpen te zijn aan zoiets als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In welke gevallen een partij met de nakoming van deze inspanningsverplichting over de schreef gaat, is in de praktijk niet makkelijk te bepalen, waarbij onder meer een rol speelt dat het bij de eisen van de goede procesorde om open normen gaat. De combinatie van partijautonomie en goede procesorde bevordert weliswaar positief gedrag van coöperatieve partijen, maar lijkt minder te bieden als het bij onwelwillende partijen op handhaving aankomt.²⁰⁹

Geregeld in discussie is of procederen (g)een spel, strijd of zelfs oorlog is²¹⁰ en de partijautonomie daarom (niet) onderhevig kan zijn aan beperkingen die meebrengen dat een partij haar eigen belang ondergeschikt maakt aan belangen van de wederpartij of de maatschappij. Recent heeft Van Schaick bestreden dat waarheidsvinding prioriteit heeft in de vaststelling van de feiten die relevant zijn voor de beslissing. Volgens

²⁰² Zie de vindplaatsen in de voetnoten 195 en 199.

²⁰³ Asser, Groen & Vranken 2006, p. 53. Zie ook Asser 1999b, p. 1253; Asser-Vranken 1995, p. 26 e.v.; De Bock 2011, p. 113; Ernes, Van der Hoeden & Jongbloed 2007, p. 104; Schoordijk 2004; Sniijders 2003.

²⁰⁴ Kamerstukken II, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 10-13. Daarover o.a. Dammingh 2009, p. 20-21.

²⁰⁵ Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 9; Giesen & Coenraad 2008, p. 991.

²⁰⁶ Toelichting Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921, p. 8-9. Zie ook Meilink 1924, p. 10. Vgl. HR 7 juni 1968, *NJ* 1068, 325. Kritisch bijv.: Offerhaus 1924, p. 18.

²⁰⁷ Haardt 1951, p. 67. Zie ook De Bock 2011, p. 63-68.

²⁰⁸ Asser 1999a, p. 26; Asser-Vranken 1995, p. 14; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 78; Haardt 1958, p. 17; Haardt 1984, p. 18; Hammerstein 1989, p. 1598. Zie ook Lindijer 2006, p. 182. Zie ook HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317, m.nt. J.B.M. Vranken.

²⁰⁹ Giesen 2006, p. 105.

²¹⁰ Adviecommissie BPR NOvA 2004, p. 74; Asser 1999a, p. 16; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 15; Grosheide 2005, p. 127; Ten Haaft 2002, p. 63; Duk 2003, p. 69; Kremer 1999, p. 291-292; Verkerk 2010, p. 344.

hem impliceren de partijautonomie zoals neergelegd in art. 149 Rv en de belangen van voorspelbare, finale en tijdige geschilbeslechting door een onpartijdige rechter dat waarheidsvinding in het civiele procesrecht geen zelfstandige rol kan vervullen.²¹¹ Naar zijn mening benutten partijen in de praktijk de partijautonomie primair ten bate van de eigen proceskansen, ook als zij daarmee de verplichting om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) niet naleven. In zijn visie is het niet onaanvaardbaar als een rechterlijke uitspraak geen recht doet aan de werkelijkheid als gevolg van een handig en legitiem gebruik van de partijautonomie.²¹²

In deze gedachtegang staat kennelijk het verband tussen vrijheid en rechtvaardigheid op het individuele niveau voorop. Het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt wordt ondergeschikt gemaakt aan de eigen verantwoordelijkheid van een partij voor een juiste feitenvaststelling.²¹³ Wanneer een partij die verantwoordelijkheid niet naar behoren invult en in het geschil van partijen geen recht wordt gedaan aan de werkelijkheid, is dat volgens Van Schaick een normaal uitvloeisel van de partijautonomie en is het systeem nog niet slecht.²¹⁴ Ook als dat zo is, legt hij naar mijn indruk niet overtuigend uit hoe het primaat van de partijautonomie op het individuele niveau wordt gewaarborgd zonder aandacht voor het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid op maatschappelijk en rechtsstatelijk niveau. Daarnaast meen ik dat van partijen mag worden verlangd dat zij verantwoord gebruik maken van de overheidsmiddelen die met de instandhouding van de rechtspraak zijn gemoeid.²¹⁵ Een verantwoord gebruik omvat niet dat een partij de partijautonomie gebruikt om een aanspraak in strijd met de waarheid, die fundamenteel niet door het recht wordt beschermd, in rechte te doen vaststellen.²¹⁶

Van Schaick wijst er terecht op dat het onder het huidige procesrecht haast niet doenlijk is om gebruik van de partijautonomie in strijd met de waarheidsplicht structureel te verhinderen en dat pogingen daartoe in Duitsland en Oostenrijk niet verder zijn gekomen dan de vrijwel sanctieloze regel dat een partij geen standpunten mag innemen waarvan haar bekend is dat ze onjuist zijn.²¹⁷ Dat laatste gaat overigens al verder dan hij voor het Nederlandse procesrecht lijkt te bepleiten.

De praktijk onder het huidige procesrecht geeft naar mijn opvatting echter geen aanleiding om de klok terug te zetten door het belang van de waarheidsvinding ondergeschikt te maken aan het belang van de partijautonomie, maar om te onderzoeken of het beter kan. Het ligt voor de hand dat een partij het eigen perspectief en belang voorop stelt wanneer partijautonomie en waarheidsplicht om voorrang strijden.²¹⁸ De maatschappij heeft belang bij een eigen bevoegdheid om toezicht te houden op die keuze en waar nodig bij te sturen. Dat is het belang bij een duurzaam evenwicht voor een ieder tussen vrijheid en rechtvaardigheid. Zoals Chorus schreef, spreekt het vanzelf dat de partijautonomie, zoals elke vrijheid, niet onbehoorlijk mag worden gebruikt.²¹⁹ Zolang de maatschappij aanspraken in strijd met de werkelijkheid niet door het recht wil beschermen, zal een partij bij een beroep op de overheidsrechter naast haar eigen belang ruimte moeten bieden voor de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (op het individuele niveau) en voor die van anderen in de maatschappij (op het rechtsstatelijke niveau). Van Schaick levert kritiek op de actieve rechter die dit toezicht uitoefent,²²⁰ maar lijkt geen alternatief te bieden om de partijautonomie zowel op individueel als rechtsstatelijk niveau te waarborgen tegen de achtergrond van behoud en bevordering van vrijheid en rechtvaardigheid, anders dan dat daartoe kennelijk een systeem zou volstaan waarin waarheidsvinding geen prioriteit heeft.

²¹¹ Van Schaick 2009, p. 28-36 en p. 49-54. Instemmend: Den Tonkelaar 2010. Kritisch: De Bock 2011, p. 69 e.v.; Grosheide 2010.

²¹² Van Schaick 2009, p. 37-40.

²¹³ Zelf zegt Van Schaick dat hij het belang van de waarheidsvinding in zijn oratie heeft gerelativeerd (Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 2 noot 5).

²¹⁴ Van Schaick 2009, p. 43-44.

²¹⁵ In Engeland is dat zelfs 'geregeld' in art. 1.3 en 1.1 lid 2 onder b en e *Civil Procedure Rules*. Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 63.

²¹⁶ Waarbij bovendien de wederpartij naar verwachting een aanzienlijk griffierecht gaat betalen voordat hij verweer mag voeren. Zie over overheidsmiddelen, rechtspraak en griffierecht de adviezen van onder meer de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Raad voor de rechtspraak, Nederlandse Orde van Advocaten en Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over het oorspronkelijk als Wetsvoorstel kostendekkende griffierechten aangeduide, daartoe strekkende wetsvoorstel (Kamerstukken II, 2011/12, 33 071, nr. 3, bijlagen). Zie ook Storme 2001, p. 213; Wildeboer 2011.

²¹⁷ Van Schaick 2009, p. 38. Zie ook Verkerk 2010, p. 42.

²¹⁸ Vgl. De Bock 2011, p. 103-104.

²¹⁹ Chorus 1987, p. 4. In vergelijkbare zin Hammerstein 1989, p. 1599.

²²⁰ Van Schaick 2009, p. 44-47.

4.7.2 De rol van de rechter

Waar Van Schaick kiest voor een focus op de partijautonomie, ligt bij Lewin en De Bock het zwaartepunt in de rol van de rechter.

Lewin haalt voorbeelden aan van zaken waarin stellingen met een gemengd feitelijk en juridisch karakter waren ingenomen en neemt aan dat wanneer de grens tussen de taken van de rechter op grond van art. 24 en 25 Rv in een zaak niet scherp is te trekken, de rechter twee conflicterende rechtsplichten heeft. Wanneer de rechter enerzijds in een bepaald geval art. 24 Rv zou schenden door ambtshalve toepassing van een bepaalde civielrechtelijke regel, maar die rechtsregel anderzijds ambtshalve moet toepassen wegens het gewicht ervan, is de taak van de rechter volgens Lewin rechtstreeks gebaseerd op het gewicht van de civielrechtelijke regel. Hij acht het ongelukkig en verwarrend om die taak te baseren op art. 25 Rv en niet op het gewicht van de regel, omdat de taak van de rechter dan niet alleen aanvulling van rechtsgronden omvat. De rechter raakt ook aan de aanvulling van de feitelijke grondslag wanneer hij een rechtsregel toepast zonder stellingen die als een beroep daarop kunnen worden uitgelegd. Dat zou volgens hem tot resultaat hebben dat art. 24 en 25 Rv beide van toepassing zijn en dat acht hij ongerijmd.²²¹

Anders dan Lewin denk ik dat de taak van de rechter in de aanvulling van rechtsgronden met een gemengd feitelijk en juridisch karakter alleen gebaseerd kan zijn op art. 25 Rv en niet ook op art. 24 Rv, omdat art. 24 Rv de rechter nu eenmaal geen bevoegdheid tot aanvulling toekent. Ik deel dan ook niet zijn standpunt dat de lijn van de rechtspraak (par. 4.6) tot ongerijmdheden leidt. Los daarvan beschouw ik het als inherent aan de rechtspraak dat moet worden gewerkt met een onscherp onderscheid tussen feit en recht. Oplossingen daarvoor zijn niet in het onderscheid zelf te vinden, maar in de beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijke verdediging, waaronder partijautonomie, waarheidsvinding en rechterlijke onpartijdigheid, die bij de behandeling van een zaak telkens weer richtinggevend zijn om keuzes te maken op het snijvlak van feit en recht. Verder zou zijn voorstel het probleem wel eens kunnen verplaatsen. Als het wordt gevolgd, zijn er immers aanknopingspunten nodig om in een conflict van plichten te beoordelen welk gewicht meebrengt dat een rechtsregel ambtshalve mag of moet worden toegepast ook wanneer geen stellingen zijn ingenomen die als een beroep daarop zijn uit te leggen. Daar is nog wel wat rechtsontwikkeling bij nodig.

De Bock neemt tot uitgangspunt dat de rechter in het vaststellen van feiten zo veel mogelijk het belang van de waarheidsvinding moet dienen en dat zwakke schakels in de waarheidsvinding in de civiele procedure zo veel mogelijk moeten worden versterkt en obstakels weggenomen. Partijautonomie is in haar opvatting een beginsel dat in het huidige civiele recht weinig betekenis meer heeft en voornamelijk is beperkt tot de vrijheid van een partij om een procedure te beginnen en het onderwerp ervan te kiezen, wat zij aanduidt als de afbakening door partijen van de buitengrenzen van het geschil.²²² De vrijheid om te bepalen waarover wordt geprocedeerd heeft volgens haar wel consequenties voor de vraag welke feiten onderwerp zijn van de waarheidsvinding (nl. de feiten die relevant zijn voor de beslechting van het door partijen omlijnde geschil), maar daarbinnen is volgens haar geen sprake van partijautonomie en ligt het op de weg van de rechter om aan waarheidsvinding te doen.²²³ Na aanvang van de procedure geeft de partijautonomie in haar visie partijen slechts mogelijkheden om de rechter ergens vanaf te houden, zoals van een uitspraak (doordat partijen het geschil beëindigen), een uitspraak op een bepaalde feitelijke grondslag (als een partij laat weten een vordering uitsluitend op een bepaalde grondslag beoordeeld te willen zien) of een uitspraak op basis van bepaalde feiten (als partijen uitdrukkelijk laten weten die feiten buiten de rechterlijke beoordeling te willen houden).²²⁴

Hiermee plaatst De Bock de partijautonomie in de hiervoor in par. 3.2 aangeduide eerste categorie bevoegdheden om een procedure te beginnen, het onderwerp ervan te kiezen en een procedure te beëindigen. In de tweede categorie bevoegdheden, de feiten die worden betrokken in het geschil en de beslissing, heeft de rechter volgens haar de zeggenschap en die moet hij benutten in het belang van de waarheidsvinding.²²⁵ Zij onderkent dat de rechter bij de feitenvaststelling primair afhankelijk is van wat partijen in de procedure over de feiten aandragen, maar hij is volgens haar verantwoordelijk voor de correcte feitenvaststelling en moet zo veel mogelijk de relevante feiten verzamelen. Hij mag het initiatief nemen om van partijen meer feitelijke informatie te verkrijgen om volledig zicht te krijgen op de relevante feiten, ook wanneer hij daarmee de feiten aanvult (art. 22 Rv). Dat acht zij noodzakelijk omdat de rechter voor een aanvaardbare beslissing de relevante feiten moet kennen. Het is aan de rechter om in de feiten die partijen aandragen de

²²¹ Lewin 2011, p. 14-15.

²²² De Bock 2011, p. 88-91.

²²³ De Bock 2011, p. 112.

²²⁴ De Bock 2011, o.a. p. 126.

²²⁵ De Bock 2011, p. 34-36.

verhalen van partijen te vinden en vervolgens een eigen verhaal in de rechterlijke uitspraak neer te leggen, waarmee aan de feiten juridische betekenis wordt gegeven.²²⁶ In deze constellatie constateert De Bock een zwakke schakel of obstakel voor een waarheidsgetrouwe feitenvaststelling door de rechter. Zij noemt het samenspel tussen de art. 24 Rv, 25 Rv en 149 Rv in zijn toepassing problematisch en ziet daarvoor onder meer als redenen dat het onderscheid tussen feiten en rechtsfeiten diffuus en nauwelijks te maken is (waarmee het lastig is om aan te geven wanneer sprake is van (verboden) aanvulling van de feitelijke grondslag van vordering of verweer en wanneer van (voorgescreven) aanvulling van rechtsgronden), dat kennis van het recht nodig is om een normatief standpunt te kunnen innemen ten aanzien van een feit (die de gemiddelde burger volgens haar onvoldoende heeft) en dat de grens tussen rechtsfeiten en rechtsgronden onscherp is (waarmee het gevaar bestaat dat de rechter geen rechtsgronden aanvult uit vrees voor de verdenking dat hij rechtsfeiten aanvult). Van Schaick acht art. 24 Rv weliswaar 'ongelukkig geformuleerd',²²⁷ maar meent dat een eigen bevoegdheid van de rechter om de omvang van het geschil mede te bepalen partijen niet stimuleert om het geschil helder aan de rechter te presenteren²²⁸ en meer aanleiding zal geven tot (moeilijk voorspelbare) redelijkheidsoordelen van de rechter.²²⁹ De Bock zoekt niettemin een deel van de oplossing erin dat aan de rechter aanvulling van rechtsfeiten wordt toegestaan zolang hij partijen in de gelegenheid stelt daarop te reageren en de voorgestelde aanvulling desgewenst te verhinderen. Hiermee wordt volgens haar meer recht gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen en aan de noodzaak tot ongelijkheidscompensatie in verband met de omstandigheid dat de civiele rechter gezien de wijziging van de competentiegrens in kantonzaken per 1 juli 2011 op ruimere schaal te maken heeft met personen die procederen zonder procesgemachtigde en zonder voldoende rechtskennis.²³⁰

Wanneer de opvatting van De Bock wordt afgezet tegen de eerder genoemde arresten in de zaken Regiopolitie/Hovax en Lammers/Aerts q.q. en tegen de opvatting van de fundamentele herbezimmers, valt op dat zij de oplossing zoekt in art. 24 (en 149) Rv en de Hoge Raad en Asser, Groen & Vranken in art. 25 Rv. Dat laat zich verklaren doordat De Bock in de toepassing van art. 24 Rv na aanvang van de procedure geen positieve ruimte ziet voor de partijautonomie. Als partijen toch al niet meer autonoom zijn in het aanvoeren van de rechtsfeiten, is er geen beletsel om de rechter de rechtsfeiten te laten aanvullen.²³¹ Voor de Hoge Raad is echter kennelijk uitgangspunt dat de wet de rechter in art. 24 Rv geen eigen ruimte geeft om feitelijke gronden, waaronder (rechts)feiten, aan te vullen.

4.7.3 De dienende taak van de rechter

De opvatting van De Bock is wat mij betreft niet minder problematisch dan de opvatting van Van Schaick, al is de zoektocht naar een alternatief ter vereenvoudiging van het stelsel van de art. 24, 149 en 25 Rv voor de rechtspraktijk positief te waarderen. Als problematisch beschouw ik dat zij de taak van de rechter in de waarheidsvinding al centraal stelt in een fase van de procedure waarin die taak naar mijn opvatting nog volop is verweven met de partijautonomie. Ik denk dat de civiele rechter mede²³² een dienende taak heeft om partijen en de maatschappij te faciliteren in de beslechting van geschillen. De rechter is een passant in het leven van partijen en daarnaar hoort hij zich te gedragen. De wereld van partijen achter het geschil is niet van de rechter. Partijen zijn tegenwoordig geen *dominus litis* meer, maar de rechter is geen *dominus veritatis*. Een duurzame leidende rol van de rechter in de waarheidsvinding, die gepaard gaat met vertrouwen van de maatschappij in de rechtspraak, veronderstelt in mijn visie dat de rechter bereidheid toont zich te richten naar de waarheid in het geschil van partijen en reële verwachtingen wekt van zijn – niet onbegrensde – mogelijkheden om recht te doen aan de werkelijkheid. Wanneer de rechter daarentegen zelf een definiërende

²²⁶ De Bock 2011, p. 87 en 108-112. Vgl. het pleidooi van Van Boom voor doorbreking van de partijautonomie en een ambtshalve bevoegdheid van de rechter tot oproeping van derden ter verkrijging van een volledig en eenduidig beeld van een zaak waarin meerpartijenverhoudingen en derdenwerking een rol spelen (Van Boom 1999, p. 217-232). Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83-84; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 51. Anders: Klaassen 2001, p. 60.

²²⁷ Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 119.

²²⁸ Vgl. Asser, Groen & Vranken 2006, p. 54; Barendrecht & Klijn 2004, p. 33 e.v.

²²⁹ Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 16 en 125.

²³⁰ De Bock 2011, p. 118-127.

²³¹ Een bevoegdheid van de rechter om de rechtsstrijd van partijen zoals verankerd in art. 24 Rv uit te breiden, roept wel de vraag op of daarmee ook de taak van de rechter in de aanvulling van Europeesrechtelijke gronden wordt uitgebreid. De rechter die bevoegd is tot ambtshalve toepassing van een regel van nationaal recht, is immers verplicht de vergelijkbare regel van Europees recht ambtshalve toe te passen (par. 3.7.2). Zie Asser/Hartkamp 3-I 2011, nrs. 124 en 130.

²³² Naast andere taken (en functies) van de rechtspraak in de samenleving, waarop hier niet verder kan worden ingegaan. Zie bijv. Bruinsma 1995; Huls, Mevis & Visscher 2003; Kwak 2003; Mak 2007, p. 118 en 147-149.

rol krijgt in het geschil van partijen doordat hij de rechtsfeiten mag aanvullen die hij relevant acht voor het door een partij ingeroepen rechtsgevolg, verstoort hij naar mijn mening het evenwicht in vrijheid en rechtvaardigheid op het individuele niveau en het rechtsstatelijke niveau.

Op het individuele niveau ontnemt hij een partij de fundamentele vrijheid om zelf te bepalen waar de procedure over gaat. Met het door een partij te benoemen onderwerp alleen is in de praktijk nu eenmaal niet gegeven welke feiten relevant zijn voor de beslissing. Dat wordt geïllustreerd door de complexiteit van de toepassing van art. 24 en 149 Rv. De partij die nu niet waakzaam genoeg is om zelf de relevante rechtsfeiten te stellen, zal in het systeem van De Bock misschien ook niet waakzaam genoeg zijn om de rechter ervan te weerhouden rechtsfeiten in de beoordeling van het geschil te betrekken die volgens die partij niet relevant zijn. De rechter die de rechtsfeiten mag aanvullen, krijgt op het individuele niveau ook een probleem met het dienen van het processuele belang van de wederpartij. In de visie van De Bock volstaat kennelijk de inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor om te verhinderen dat de rechter in de ogen van de wederpartij meeprocedureert en zijn onpartijdigheid in de waagschaal stelt. Dat is alleen te rechtvaardigen wanneer de rechter, zoals De Bock voorstaat, een eigen verantwoordelijkheid heeft in de waarheidsvinding die prevaleert boven de vrijheid van partijen in het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. Het is echter haast niet denkbaar dat de rechter die naar eigen inzicht de rechtsfeiten aanvult, erin slaagt van de door beide partijen ingeroepen rechtsgevolgen evenveel afstand te houden. Zo creëert een rechterlijke bevoegdheid om rechtsfeiten aan te vullen ook problemen op het rechtsstatelijke niveau. Een partij kan er immers niet meer op vertrouwen dat de rechter zich zal richten naar de waarheid in het door partijen afgebakende geschil en de overheid zich niet verder zal mengen in de private sfeer van partijen dan zij positief hebben aangegeven te verlangen. Wat de rechter in een individueel geval rechtvaardig acht, moet volgens mij niet bepalend zijn voor het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid. Dat evenwicht moet omgekeerd juist richtinggevend zijn om recht te doen in het concrete geval. De Bock onderschrijft dat de rechter zich moet hoeden voor meeproceduren,²³³ maar mij is niet duidelijk hoe een rechterlijke bevoegdheid tot aanvulling van rechtsfeiten partijen ervoor kan behoeden dat individuele opvattingen van rechters de boventoon zullen voeren in de mate van waarheidsvinding in een concreet geschil.

4.7.4 Een geïntegreerde benadering van partijautonomie en waarheidsvinding

Mijn voorkeur gaat uit naar een andere weg, die meer het evenwicht zoekt tussen vrijheid en rechtvaardigheid op zowel het individuele als het rechtstatelijke niveau. De lijn van de Hoge Raad komt erop neer dat de rechter de bevoegdheid heeft om rechtsgronden aan te vullen die een gemengd feitelijk en juridisch karakter hebben, mits hij de bevoegdheid van partijen om de feitelijke grondslag van vordering en verweer te bepalen (art. 24 Rv) respecteert en de feiten vaststelt overeenkomstig de toepasselijke regels (art. 149 Rv). Een voordeel van deze lijn is dat de rechter haast alleen bij zijn bevoegdheid uitkomt door de vaststaande of vast te stellen feiten in het licht van de feitelijke grondslag te combineren met de toepasselijke rechtsregels en de ingeroepen rechtsgevolgen, en vervolgens een lacune in de feitelijke grondslag te constateren. Los van het proces van combineren van feitelijke grondslag, rechtsregel en rechtsgevolg geeft de lijn van de Hoge Raad de rechter geen enkele aanleiding of bevoegdheid om ambtshalve op zoek te gaan naar de waarheid in het geschil van partijen. Daarmee wordt nauw aangesloten bij de primaire taak van de rechter om een beslissing te geven in het geschil van partijen en bij de autonomie van partijen die is verankerd in de art. 24 en 149 Rv. De rechter wordt in deze lijn uitgenodigd om rechtsfeiten niet op zichzelf te beschouwen, maar steeds in verband met de door beide partijen ingeroepen rechtsgevolgen en het (positieve) recht. Het naast elkaar moeten plaatsen van de door ieder van partijen ingeroepen rechtsgevolgen is voor de rechter behulpzaam om na te gaan welke aanknopingspunten voor of tegen de keuze pleiten om de bevoegdheid uit te oefenen. Zo wordt het belang van de waarheidsvinding afgewogen tegen andere belangen van effectieve en efficiënte rechtspraak, waarbij onder meer kan worden gedacht aan partijautonomie, onpartijdigheid van de rechter (waaronder vermijden van de schijn van partijdigheid), processuele belangen van de wederpartij, voortvarende afwikkeling van de procedure, kosten van de procedure, en controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de beslissing (zie de rode draad genoemd in par. 4.6).

4.7.5 Codificeren

Voor de praktijk lijkt het mij verhelderend om de lijn van de Hoge Raad te codificeren in art. 25 Rv. Daartoe zou art. 25 Rv bijvoorbeeld kunnen komen te luiden:

²³³ De Bock 2011, p. 126-127.

1. De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan die bestaan uit de toepassing van een rechtsregel.
2. Ten dienste van de waarheidsvinding in het geschil van partijen kan de rechter ambtshalve rechtsgronden aanvullen die een feitelijk element bevatten, mits een partij op het feitelijke element een beroep heeft gedaan.

Het voorgestelde eerste lid geeft het huidige art. 25 Rv in strikte zin weer. Het beoogde tweede lid expliciteert de bevoegdheid om rechtsgronden met een gemengd feitelijk en juridisch karakter aan te vullen. De vastlegging daarvan maakt de toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel naar mijn idee beter voorspelbaar en daarmee in de praktijk beter hanteerbaar. Partijen blijven leidend in de afbakening van de rechtsstrijd, terwijl de rechter wordt gestimuleerd in de waarheidsvinding en wordt verlost van zijn vrees voor verboden aanvulling van de feitelijke grondslag in de zin van art. 24 Rv. Uitgangspunt blijft dat de rechter zich bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen alleen op die gegevens van feitelijke aard mag baseren die aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd, waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en die zij ten processe ter discussie hebben kunnen stellen (art. 19 Rv).²³⁴ Door verankering van de taak van de rechter in de waarheidsvinding in de algemene bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt benadrukt dat de verplichting van partijen om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) niet vrijblijvend is. Met het tweede lid in de hand kan de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding bij partijen signaleren dat voor een ingeroepen rechtsgevolg onvoldoende rechtsfeiten zijn gesteld in het licht van de toepasselijke rechtsregel (art. 22 Rv),²³⁵ maar hij laat het aan een partij over om een positieve keuze te maken of al dan niet andere rechtsfeiten in de beoordeling moeten worden betrokken en de feitelijke grondslag daartoe zo nodig aan te passen.²³⁶ Alleen als een partij daarvoor kiest, kan de rechter vervolgens overgaan tot aanvulling van de desbetreffende gemengde rechtsgronden. Doordat het voorgestelde tweede lid de rechter geen aanleiding of bevoegdheid geeft om ambtshalve op zoek te gaan naar de waarheid in het geschil van partijen, is de kans dat de onpartijdigheid van de rechter in de waagschaal wordt gesteld naar mijn opvatting aanzienlijk beperkter dan wanneer de rechter rechtsfeiten in de zin van art. 24 Rv zou mogen aanvullen. Essentieel is dat de rechter zelf bewaakt dat zijn interventie de rechterlijke onpartijdigheid niet schaadt, aan partijen gelegenheid geeft op zijn interventie te reageren en bij het verdere onderzoek en de beslissing de door partijen getrokken grenzen van het processuele debat respecteert. Het is in mijn ogen overigens een misvatting om te denken dat de rechterlijke onpartijdigheid reeds in het geding komt op de enkele grond dat de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding bij partijen signaleert dat voor een ingeroepen rechtsgevolg onvoldoende rechtsfeiten zijn gesteld in het licht van de toepasselijke rechtsregel. Dat verdraagt zich immers niet met het belang van zowel partijen als de maatschappij bij een beslissing die recht doet aan de werkelijkheid.²³⁷ De onpartijdigheid zal pas in het geding kunnen komen als verklaringen of gedragingen van de rechter bij (een van) partijen de gerechtvaardigde schijn wekken dat de rechter partijdig is. *C'est le ton qui fait la musique.*

Met het voorgestelde tweede lid van art. 25 Rv wordt het belang van de waarheidsvinding in mijn visie gediend. Onder het huidige procesrecht hebben partijen weliswaar de verplichting om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, maar met Van Schaick kan worden gezegd dat partijen deze bevoegdheid met gebruik van de art. 24 en 149 Rv in de praktijk ondergeschikt kunnen maken aan het eigen belang en perspectief. Dat kan ten koste gaan van een uitspraak die recht doet aan de werkelijkheid in het geschil van partijen. De sanctie dat de rechter aan handelen in strijd met de waarheidsplicht de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht, biedt geen soelaas als partijen de rechter onvoldoende aanknopingspunten verschaffen om een schending vast te stellen. Door in de algemene bepalingen van het procesrecht naast de verplichting van partijen de taak van de rechter in het kader van de waarheidsvinding te benoemen, wordt in de verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen partijen en de rechter duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het niet de bedoeling is dat een partij het procesrecht gebruikt om aanspraken te doen vaststellen die niet stroken met de werkelijkheid en door het

²³⁴ Vaste rechtspraak, bijv. HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130, m.nt. W.H.Heemskerk, met oudere vindplaatsen in conclusie A-G en noot; HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. H.J. Sniijders; HR 29 november 2002, *LJN* AF1210; HR 20 december 2002, *LJN* AE3350; HR 26 september 2003, *LJN* AF9414; HR 23 maart 2007, *LJN* AZ4571.

²³⁵ Vranken meent dat de rechter uit het oogpunt van *fair play* moet worden gedwongen om aan partijen de mogelijkheid te bieden hun stellingen aan te passen, alvorens rechtsgronden aan te vullen in gevallen waarin andere feiten relevant worden dan die welke gesteld of aangevoerd zijn (Asser-Vranken 1995, p. 39).

²³⁶ In hoger beroep hoeft dat op zichzelf niet af te stuiten op de twee-conclusie-regel (art. 347 lid 1 Rv; HR 20 juni 2008, *LJN* BC4959; HR 14 november 2008, *LJN* BF0407; HR 19 juni 2009, *LJN* BI8771. Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2008, p. 98 e.v.), aangezien de rechter de kwestie pas naar voren kan brengen na zijn analyse van de standpunten van partijen aan de hand van de memories van grieven en antwoord.

²³⁷ Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83.

recht niet worden beschermd. Zo wordt in mijn visie ook duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het niet vrijblijvend is of een partij haar verantwoordelijkheid neemt in het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid op het individuele en rechtsstatelijke niveau. Ook wordt de eigen taak en verantwoordelijkheid van de rechter geëxpliciteerd om naar waarheid te beslissen in het geschil van partijen en daartoe zo nodig in de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding te treden. Er behoort geen misverstand over te bestaan dat de rechter dient op te treden tegen een 'handig' gebruik van de partijautonomie dat strijdig met het belang van de waarheidsvinding en dus niet legitiem is. De toepassing van art. 149 Rv wordt door mijn voorstel niet gewijzigd. Dat is ook niet nodig. Zoals hiervoor uiteengezet volstaat voor die toepassing het analytisch vermogen dat tot het normale gereedschap van de civiele rechter behoort.

Is het erg dat de praktijk voor de rechter in feitelijke instantie hiermee niet zo eenvoudig wordt als in het voorstel van De Bock, waarin geen verbod meer bestaat op de aanvulling van rechtsfeiten in de zin van art. 24 Rv? Ik denk van niet. Eggens schreef dat beginselen die aan een wettelijke regeling ten grondslag liggen, elkaar altijd min of meer zullen tegenspreken.²³⁸ Het spanningsveld tussen partijautonomie en waarheidsvinding is eigen aan het civiele recht en vervult een essentiële functie in de rechtsbedeling waarin vrijheid en rechtvaardigheid met elkaar in evenwicht zijn. Daar is niets mis mee. De rechter is geen facilitair bedrijf voor de partijautonomie of de waarheidsvinding. En rechtspraak op de automatische piloot bestaat niet.²³⁹

5. Waarheidsvinding en de comparitie na antwoord

5.1 De comparitie als instrument²⁴⁰

Mijn voorstel tot verdere verduidelijking in de wet van de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve rechtsgronden met een feitelijk element aan te vullen in het geschil van partijen heeft nog een andere achtergrond. Zoals inmiddels wel duidelijk is geworden, heeft de toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel, het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding, een behoorlijk puzzelgehalte. Vrij naar G.J. Scholten verdient dan overweging dat de regels van procesrecht geen spelregels voor juristen zijn, maar rechtsregels die een rechtvaardige rechtsbedeling voor rechtzoekenden tot doel hebben.²⁴¹ Het gaat bepaald niet alleen erom of juristen met het systeem uit de voeten kunnen. Van wezenlijk belang is of zij de (resultaten van de) toepassing ervan begrijpelijk aan de rechtzoekende en de samenleving kunnen overbrengen. Daarnaast moet onder ogen worden gezien of het systeem ook de toegang tot de rechter waarborgt voor de rechtzoekende zonder rechtsbijstandverlener. Kan bijvoorbeeld de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende, maar niet juridisch geschoolde consument²⁴² de belangen in zijn zaak nog zelf behartigen? Dat is nog belangrijker geworden sinds zonder verplichte procesvertegenwoordiging kan worden geprocedeerd in zaken met een belang tot EUR 25.000,- en in 'de nieuwe aardzaken' over consumentenkoop en consumentenkrediet (art. 93 Rv).²⁴³

De comparitie na antwoord kan hier een effectief instrument zijn, omdat ter zitting tussen partijen, hun eventuele rechtsbijstandverleners en de rechter directe interactie mogelijk is over de omvang van het geschil en de relevante feiten. Dat vergt echter wel dat de comparitie na antwoord als zodanig goed functioneert, waartoe bijvoorbeeld faciliteiten op het niveau van de rechterlijke organisatie nodig zijn, de kennis, vaardigheden en attitude van de comparitierechter op orde moeten zijn en adequate participatie van de andere procesdeelnemers onmisbaar is.²⁴⁴ In deze paragraaf kan niet op al zulke aspecten worden ingegaan. Tot uitgangspunt wordt genomen dat de comparitie na antwoord evenzeer ten dienste staat van een goede rechtsbedeling, waarvan een rechtvaardig evenwicht tussen partijautonomie en waarheidsvinding onderdeel is. Aan de hand hiervan en de stand van de ontwikkeling van de comparitie na antwoord betoog ik dat het tijd is om de comparitie om te toveren tot een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil ter voortzetting van het schriftelijke debat bij dagvaarding en conclusie van antwoord.²⁴⁵

²³⁸ Eggens 1951, p.3.

²³⁹ Zie bijv. Hartendorp 2008; Hartendorp 2009; IJzermans 2011; Van Dijk & Sonnemans 2009.

²⁴⁰ Ambtshalve compareren in hoger beroep blijft in dit preadvies buiten beschouwing. Zie daarover o.a. Askvig 2006; Van den Broek & Van Lierop 2008; Valk 2007; Valk 2009, p. 30-31; Valk & Ter Veer 2005.

²⁴¹ G.J. Scholten in zijn noot bij HR 1 november 1974, NJ 1975, 454.

²⁴² Vrij naar o.a. HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96.

²⁴³ Wet van 19 mei 2011 (Stb. 2011, 255), in werking getreden op 1 juli 2011 (Stb. 2011, 324). Zie o.a. het themanummer van het Tijdschrift voor de Procespraktijk 2009, nr. 5.

²⁴⁴ Vgl. bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 28-29; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 55-57.

²⁴⁵ Op verwikkelingen rondom de comparitie en de eis in reconventie wordt niet afzonderlijk ingegaan.

5.2 De mondelinge behandeling is nog jong

5.2.1 De schriftelijke procedure

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838 ging uit van een hoofdzakelijk schriftelijke civiele procedure. Aanvankelijk kende de wet alleen de schikkingscomparitie²⁴⁶ (art. 19 Rv oud, art. 87 Rv) en niet de inlichtingencomparitie (tegenwoordig art. 88 Rv). Daarnaast was er het pleidooi (art. 144 Rv oud, art. 134 Rv) en in het bewijsrecht het verhoor op vraagpunten (art. 237 Rv oud). Dat laatste had echter 'weinig vrienden, noch in de rechtsleer, noch in de praktijk'.²⁴⁷ De strekking van het verhoor op vraagpunten was niet om de rechter de inlichtingen te verschaffen die hij wenselijk achtte voor een juiste beoordeling van de zaak, maar om een partij in staat te stellen de wederpartij bekentenissen te ontlokken.²⁴⁸ Het verhoor op vraagpunten werd gezien als kostbaar, vertragend en niet effectief.²⁴⁹ Verder kon de rechter de persoonlijke verschijning van partijen bevelen (art. 49 Rv oud).²⁵⁰ Klachten over onder meer de traagheid van de procedure en de mate waarin recht werd gedaan aan de werkelijkheid in het geschil van partijen, samen met de aandacht in Oostenrijk en Duitsland voor het belang van een mondelinge behandeling,²⁵¹ gaven aanleiding tot discussie over de noodzaak om mondelinge interactie tussen partijen en de rechter te bevorderen. In 1870 waarschuwde De Pinto voor de gevaren van een mondelinge behandeling wanneer die in de plaats zou treden van een deugdelijke schriftelijke behandeling.²⁵² De taak van de rechter vereiste volgens hem onder meer een grondige rechtskennis, een helder praktisch inzicht en een grote mate van onbevangenheid en was daarmee al moeilijk genoeg. Wanneer de zekere grondslag van het geschrift over boord werd gegooid en het oordeel van de rechter over het onderwerp en de omvang van het geschil afhankelijk werd gemaakt van de mondelinge voordracht van partijen en de indruk daarvan bij de rechter, werd de rechter in plaats van partijen meester van het proces en werd controle door de hogere rechter onmogelijk. Voor partijen zou er een 'groot gevaar voor overrompeling en verrassing' zijn 'wanneer genoegzaam alles afhankelijk wordt gemaakt van het gesproken woord'. Van een 'ordelijke procedure' kon dan niet meer worden gesproken.²⁵³ Ziedaar in een notendop de argumenten die de comparitie na antwoord nog steeds teisteren. Ruim honderd jaar later schreef Van Caenegem overigens dat de voor- en nadelen van de mondelinge en schriftelijke behandeling elkaar al sinds eeuwen deels uitsluiten: de mondelinge behandeling geeft volgens hem directe interactie en snelheid, terwijl de schriftelijke behandeling zekerheid, precisie en gedisciplineerdheid biedt.²⁵⁴ De NJV sprak zich in elk geval naar aanleiding van preadviezen van Mom Visch en Pinner in 1878 uit voor een mondelinge behandeling van de zaak naast de schriftelijke behandeling.²⁵⁵ Caroli betoogde in 1907 in zijn NJV-preadvies dat het niet gaat om de tegenstelling tussen mondeling en schriftelijk, maar om de vraag hoe de schriftelijke en mondelinge behandeling zich tot elkaar moeten verhouden.²⁵⁶ Er volgden onder meer diverse wetsvoorstellen tot algehele herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin mede uit het oogpunt van waarheidsvinding plaats werd ingeruimd voor een mondelinge behandeling naast de schriftelijke behandeling, maar die brachten het niet tot wet.²⁵⁷ Uiteindelijk verving de wetgever in 1923 de persoonlijke verschijning van partijen (art. 49 Rv oud) door de inlichtingencomparitie (art. 19a Rv).²⁵⁸

²⁴⁶ Vroeger werd wel gedacht dat een schikkingscomparitie geen onderdeel was van de gedingvoering (Karsten 1891, p. 4). Volgens Van Boneval Faure diende alles wat buiten de schikking op de comparitie voorviel, als niet geschied te worden beschouwd (Van Boneval Faure 1893 III, p. 181). Over de schikkende rechter vóór 1838: Asser 2003, p. 32-33.

²⁴⁷ Pinner 1878, p. 372.

²⁴⁸ Mom Visch 1878, p. 316.

²⁴⁹ Pinner 1878, p. 372.

²⁵⁰ Zie bijv. Van Boneval Faure III, p. 183 e.v.

²⁵¹ Caroli 1907, p. 23; Klein 1927, p. 220 e.v.; Star Busmann 1915, p. 135; Toelichting Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921, p. 90 e.v.; Verkerk 2010, p. 37.

²⁵² De Pinto 1870, p. 516-519.

²⁵³ De Pinto 1870, p. 516-518.

²⁵⁴ Van Caenegem 1973, p. 18.

²⁵⁵ Handelingen NJV 1878, II, p. 67-71.

²⁵⁶ Caroli 1907, p. 27-28.

²⁵⁷ Zie noot 70.

²⁵⁸ Wet van 5 mei 1923, Stb. 1923, 189.

5.2.2 De kwartiermaker

Het systematisch gebruik van de voorloper van de huidige comparitie na antwoord werd in de vorm van schikkings- en inlichtingencomparities op de voet van de art. 19 en 19a Rv vooral vanaf 1966 in gang gezet door de rechtbank Rotterdam. De rechtbank Roermond volgde tien jaar later²⁵⁹ en de meeste andere rechtbanken midden jaren tachtig.²⁶⁰ In 1989 werd de rechter wettelijk verplicht na de conclusie van antwoord te beoordelen of de zaak geschikt was voor een comparitie na antwoord (art. 141a Rv oud).²⁶¹ De bedoeling was de procedure sneller en efficiënter te laten verlopen en een betere instructie van de zaak te bewerkstelligen in de gevallen waarin geen schikking werd bereikt.²⁶² De huidige wettelijke mededelingsplichten, te weten de waarheidsplicht (art. 21 Rv), de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht (art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv) waren toen niet wettelijk vastgelegd.²⁶³ Ook wanneer een comparitie na antwoord had plaatsgevonden, hadden partijen nog zonder meer aanspraak op het nemen van conclusies van repliek en dupliek en op pleidooi. Het bleef gebruikelijk een summiere dagvaarding uit te brengen. De dagvaarding en de conclusie van antwoord gaven lang niet altijd een volwaardig beeld van het geschil.²⁶⁴ Dat bemoeilijkte de selectie van zaken die geschikt waren voor een comparitie na antwoord en de effectiviteit van de zitting. In plaats van een comparitie na antwoord werd nog wel eens een comparitie na dupliek gelast.²⁶⁵ Compareren werd in de rechterlijke macht ook wel een beetje gezien als hogere wiskunde. Het was niet ongebruikelijk dat een civiele rechter een aantal jaren ervaring moest hebben voordat hij op een comparitie werd losgelaten.²⁶⁶ In de tussentijd kon hij zich onder meer de fijne kneepjes van het procesrechtelijke beslissingsmodel eigen maken.

5.2.3 Van comparitie naar mondelinge behandeling

De situatie veranderde drastisch toen de wetgever het criterium omdraaide voor de selectie van zaken voor comparitie. Sinds 1 januari 2002 gelast de rechter namelijk een comparitie na antwoord, tenzij de zaak daarvoor niet geschikt is (art. 131 Rv). In de jaren negentig ging veel aandacht uit naar de doelmatigheid en de wens tot versnelling van de civiele procedure.²⁶⁷ De beweegredenen van de wetgever om de comparitie tot hoofdregel te verheffen, hielden verband met de doelstellingen van de herziening van het civiele procesrecht²⁶⁸ en de inspanningen van de rechterlijke macht om de rechtspleging in civiele zaken te verbeteren.²⁶⁹ Partijen zijn verplicht ter comparitie te verschijnen (art. 87 en 88 Rv). Als een partij niet verschijnt, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 88 lid 4 Rv).²⁷⁰ Op vragen van de rechter (art. 88 lid 2 Rv) behoren partijen naar waarheid te antwoorden.²⁷¹ Met de wetwijzigingen per 1 januari 2002 werden verdere bevoegdheden van de rechter (par. 3.5.1) en de drie zojuist genoemde mededelingsplichten van partijen in de wet opgenomen. Sindsdien wordt bij dagvaarding en conclusie van antwoord in het algemeen een volwaardiger beeld van het geschil aan de rechter gegeven dan vóór 1 januari 2002. Formeel gaat het nog steeds om een schikkings- en inlichtingencomparitie. De wetgever heeft echter in de parlementaire geschiedenis laten weten dat uit het samenstel van de comparitiebepalingen, de mededelingsplichten van partijen, het ontbreken van een recht op re- en dupliek na

²⁵⁹ Zie Numann 1985, p. 172-173, met verdere verwijzingen.

²⁶⁰ Kamerstukken II, 1985/86, 19 574, nr. A, p. 2. Zie ook: Numann 1985, p. 165-167.

²⁶¹ Wet van 25 oktober 1989, Stb. 1989, 483. Zie: Ten Berg-Koolen 2000; Bosch-Boesjes 1991, p. 48-49; Van den Reek 1997, p. 24-28; Wesseling-van Gent 1987, p. 148.

²⁶² Kamerstukken II, 1985/86, 19 574, nr. A, p. 2-3. Zie ook Vranken 1986, p. 53.

²⁶³ Volgens Vranken ontbrak toen een medewerkingsplicht van partijen bij het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil (Vranken 1986, p. 56).

²⁶⁴ Van Nispen 1993, p. 35.

²⁶⁵ Klaassen 2001, p. 65.

²⁶⁶ K. van der Weide in: Knapen 2010, p. 91.

²⁶⁷ O.a. in experimenten met het Versneld Regime (Rapport van de Gemengde Commissie uit de advocatuur en de rechterlijke macht inhoudende voorstellen om te komen tot meer efficiency in civiele procedures (Commissie-Punt) 1995 (zie voor nadere gegevens bijv.: Asser 1999a, p. 27; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 2; Verkijk 2010, p. 542-545) en de rapporten van het projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures (1996, Commissie-Wind) en de Commissie-Leemhuis (Rechtspraak bij de tijd, 1998).

²⁶⁸ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 4-9. Zie ook Asser 1999a, p. 30.

²⁶⁹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 326.

²⁷⁰ Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 87; Ten Haaft 2007; Lindijer 2006, p. 335; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 190. Zie bijv. Rb. Zwolle sector kanton 29 maart 2005, LJV AT2634.

²⁷¹ Hammerstein 1989, p. 1607; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 19a, aant. 3.

comparitie (art. 132 Rv) en de beperking in het recht op pleidooi na comparitie (art. 134 Rv),²⁷² moet worden afgeleid dat een volwaardige mondelinge behandeling wel de bedoeling is.²⁷³ De comparitie na antwoord is tegenwoordig vaak de laatste proceshandeling voordat de rechter een tussen- of eindvonnis wijst.

5.3 De praktijk van de mondelinge behandeling²⁷⁴

In haar huidige vorm bestaat de comparitie na antwoord dus pas tien jaar. In 2002 heeft de wetgever na een ontwikkeling van meer dan honderd jaar de stap gezet van de schriftelijke procedure met mondelinge elementen naar een procedure met één schriftelijke ronde²⁷⁵ en een mondelinge behandeling, zoals in de verzoekschriftprocedure al lang gebruikelijk is. De rechter in de civiele sectoren is de wetgever gevolgd. De betekenis van de comparitie na antwoord in de civiele procedure is aanzienlijk toegenomen.²⁷⁶ In het merendeel van de zaken op tegenspraak die worden behandeld door de civiele sectoren van de rechtbanken wordt tegenwoordig een comparitie na antwoord gelast (2009: 86%; 2010: 83%). In kantonzaken op tegenspraak ligt het percentage beduidend lager (2009 en 2010: 24%).²⁷⁷ Onderzoek naar het functioneren van de huidige comparitie na antwoord is enkele jaren geleden op gang gekomen en besteedt tot nu toe vooral aandacht aan aspecten van procedurele rechtvaardigheid en het schikkingsgedeelte van de comparitie.²⁷⁸ Volgens Snijders, Klaassen & Meijer zijn de meeste geluiden over de comparitie na antwoord positief.²⁷⁹ Er zijn echter soms klachten over (te) actieve rechters.²⁸⁰ Verder valt in de literatuur met enige regelmaat te vernemen dat de rechtbanken landelijk te weinig uniformiteit vertonen op uiteenlopende onderdelen van de comparitie, bijvoorbeeld ambtshalve planning van een zittingsdatum of met verhinderdata, op voorhand stukken bij partijen opvragen of niet, op voorhand meedelen welke geschilpunten ter comparitie zullen worden behandeld of niet, pleiten of niet, overlegging van spreekantekeningen of niet, enzovoort.²⁸¹ Als verbeterpunt wordt ook gesignaleerd dat rechtbanken en rechters onvoldoende voorzien in de behoefte aan informatie en uitleg voorafgaand aan de zitting, bij het begin van de zitting en tijdens de zitting.²⁸² Pogingen om tot meer uniformiteit te komen via een landelijke handleiding voor de comparitie na antwoord²⁸³ en bepalingen over de comparitie na antwoord in het procesreglement²⁸⁴ hebben hierin nog niet veel kunnen veranderen. Uit de klachten spreekt onmiskenbaar begrijpelijke zorg voor de belangen van cliënten en voor de eenheid van rechtspraak. Deels gaat het echter ook over de betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter in de civiele procedure.

5.4 Een fundamentele debat

Zonder iets te willen afdoen aan het belang van de kritiek, valt mij op dat geen fundamentele debat wordt gevoerd over de wenselijke verhouding tussen de schriftelijke en de mondelinge behandeling in de

²⁷² Alt 2005, p. 1; Heemskerk, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 134, aant. 3; Jongbloed 2001; Klaassen 2010; Lindijer 2006, p. 365; Margetson 2004; Margetson 2005; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 169; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 209-210; Vetter 2002.

²⁷³ Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 327 en p. 330-331. Zie ook Van den Reek 2003, p. 24; Verschoof 2004, p. 339-340.

²⁷⁴ Zie ook: Heemskerk, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 131, aant. 4; Van der Linden 2010, p. 33-75; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 181 e.v.; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 161 e.v.; Stein/Rueb 2011, p. 127-129.

²⁷⁵ Behoudens vóór antwoord opgeworpen excepties en incidenten waarop voor alle weren moet worden beslist.

²⁷⁶ Verschoof 2004.

²⁷⁷ Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2009, p. 8-9; Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010, p. 11

(www.rechtspraak.nl). Zie ook: Böhmer 2004, p. 207; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 181; Roëll 2004, p. 39; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 161-162; Van Unen 2002; noot J.B.M. Vranken bij HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461.

²⁷⁸ Barendrecht e.a. 2011; De Hoon & Verberk 2009; Van der Linden 2010; Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009; Ippel & Heeger-Hertter 2006, p. 118-119; Pel & Verberk 2009; Steenberghe 2008. Zie o.a. ook Barendrecht & Gramatikov 2010; Brenninkmeijer 2009; Eshuis 2009; Hol & Loth 2001, p. 27 e.v.; Malsch 2004, p. 81 e.v.; Van Velthoven 2011.

²⁷⁹ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 164. Zie ook Ten Haaft 2004, p. 65; Stein/Rueb 2011, p. 128-129; Van Unen 2004, p. 63.

²⁸⁰ Schutte 2009; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 88-89; Knapen 2009; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 188. Anders: De Bock 2011, p. 338-339.

²⁸¹ Alt 2005; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 89-90; Gerretsen 2011; Ten Haaft 2004; Roëll 2011; Klaassen 2009, p. 69; Van der Linden 2010, p. 146-147 en 198-203; Van den Reek 2003, p. 25; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 164.

²⁸² Knapen 2010, p. 87.

²⁸³ Handleiding regie van af de conclusie van antwoord (www.rechtspraak.nl). Zie ook Verkijk 2010, p. 571; Verschoof 2008.

²⁸⁴ Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken (www.rechtspraak.nl).

rechtspraak en over de betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding tijdens de mondelinge behandeling.²⁸⁵ Daarvoor wordt het in mijn visie wel tijd (zie mijn aanzet in par. 5.5). Veel van de discussie gaat over het gedragsrepertoire van de rechter, die partijen behoorlijk moet bejegenen, betrokken én onpartijdig moet zijn en geen dwangschikkingen mag genereren.²⁸⁶ Dat is natuurlijk allemaal waar, maar de rechter oefent overheidsmacht uit en zijn beslissingen kunnen met overheidsdwang ten uitvoer worden gelegd. Zijn bevoegdheden zijn niet voor niets wettelijk vastgelegd. Zolang het civiele recht vraagt om geschilbeslechting,²⁸⁷ is een procesrechtelijk beslissingsmodel onmisbaar.²⁸⁸ In een ambachtelijke comparitie combineert de rechter het procesrechtelijke beslissingsmodel met het noodzakelijke gedragsrepertoire ten dienste van een goede rechtsbedeling. Een te zwaar accent op het gedragsrepertoire ontnemt gemakkelijk het zicht op het belang van de inbedding ervan in het beslissingsmodel. De mondelinge behandeling die goed wordt gebruikt, heeft een wezenlijke toegevoegde waarde in de civiele procedure. Het gaat erom het goede gebruik ervan te bevorderen en de kans op schadelijke effecten ervan te beperken.²⁸⁹

5.5 Inbedding van procesrechtelijk beslissingsmodel in mondelinge behandeling²⁹⁰

Hoewel de complexiteit van zaken aanzienlijk uiteen kan lopen, is in het algemeen een kenmerk van de mondelinge behandeling dat het voor de procesdeelnemers minder eenvoudig is om het geschil in een mondelinge behandeling goed te overzien dan alleen aan het bureau met het dossier.²⁹¹ Ook daarom is het goed dat elke partij eerst schriftelijk in de dagvaarding of conclusie van antwoord kan verwoorden welke beslissing die partij wenst, op welke grondslag en op basis van welke feiten en omstandigheden.²⁹² De mondelinge behandeling staat vervolgens niet op zichzelf, maar is een voortzetting van het geschil dat partijen schriftelijk in kaart hebben gebracht. Een groot verschil met een schriftelijke voortzetting is dat er ook directe interactie tussen de procesdeelnemers plaatsvindt met onder meer als doel dat partijen en de rechter een helder beeld krijgen van wat partijen verdeeld houdt, partijen hun keuze om te procederen of te schikken kunnen heroverwegen en, zo nodig, de zaak onder leiding van de rechter voortvarend naar een beslissing wordt gebracht.

5.5.1 De voorbereiding van de rechter²⁹³

Voor het goede gebruik van die mondelinge behandeling maakt de rechter bij de voorbereiding van de comparitie een eerste analyse van het geschil. Hierbij brengt hij de grondslagen van vordering en verweer in kaart. Ook maakt hij een voorselectie van relevante feiten en vormt hij zich een beeld van de mogelijke waardering ervan. Dit is bij uitstek een stadium waarin de rechter heen en weer pendelt tussen feiten uit het dossier, rechtsregels, rechtspraak en literatuur. Hij probeert alvast te doorgronden of stellingen voldoende duidelijk zijn en op welke grondslagen en feiten een partij een beroep doet. Wanneer partijen hun mededelingsplichten in de dagvaarding en conclusie van antwoord hebben nageleefd, bieden zij elkaar en de rechter een goede basis voor de bespreking van het geschil ter comparitie. Ergens tijdens de voorbereiding probeert de rechter ook te begrijpen waarom deze partijen dit geschil met elkaar hebben gekregen. Waar zit de angel van het geschil, is er een potentieel achterliggend belang of conflict te ontwaren?

²⁸⁵ Vgl. Franz Klein: 'Der Wert der Mündlichkeit als Prozessform ist natürlich ebenfalls relativ, berechenbar, er muss mit den sonstigen Prozessmitteln in ein Verhältnis gebracht werden' (Klein 1927, p. 221).

²⁸⁶ Over dwangschikkingen: Van der Linden 2008; Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009, p. 22-28; Van der Linden 2010, p. 81-87; Steenberghe 2009; Stein 1987, p. 173.

²⁸⁷ Zie over een zittingszaal waarin geschilbeslechting is verruild voor bemiddeling bijv. Roberts 2009 ('No longer required to mask and justify the power exercised through the court's own commands, they now legitimize the decision-making of the parties themselves', p. 479)

²⁸⁸ Asser 1991, p. 1-2; Asser 1999a, p. 20-21; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 49.

²⁸⁹ Geïnspireerd door het gedachtegoed van Therapeutic Jurisprudence (TJ), een stroming in de internationale juridische vernieuwingsbeweging die wel de *Comprehensive Law Movement* wordt genoemd. Zie www.therapeuticjurisprudence.org. Zie over TJ ook: Akkermans 2012. Over gedrag dat de procesgang bevordert en verstoort: Barendrecht e.a. 2011. Zie ook Van Domselaar 2010.

²⁹⁰ Het vervolg is toegesneden op de enkelvoudige comparitie. Het voert te ver om daarnaast afzonderlijk in te gaan op de meervoudige variant. Vermelding verdient wel dat de rechtbanken bezig zijn met de ontwikkeling van (uniforme) kwaliteitscriteria om te bepalen wanneer een zaak zich leent voor een meervoudige comparitie.

²⁹¹ Knapen 2010, p. 87.

²⁹² Vgl. Vranken 1996, p. 103.

²⁹³ Zie ook Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 185.

5.5.2 De zitting

De rechter toetst zijn voorbereidende bevindingen uit de analyse in het procesrechtelijke beslissingsmodel ter comparitie bij partijen en vraagt zo nodig om toelichting van stellingen. Dat is onderdeel van het onderzoek op de grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv). Ook hier kan hij niet zonder een gedegen kennis van het procesrechtelijke beslissingsmodel en het civiele recht. Bij het stellen van vragen en het leiden van het debat ter comparitie dient hij tussen partijautonomie en waarheidsvinding te laveren op de wijze zoals uiteengezet in par. 4. Een partij kan in de inbreng van de rechter aanleiding zien tot aanpassing van haar stellingen.²⁹⁴ De betekenis van informatie die ter zitting wordt verkregen met het oog op het onderzoek naar de mogelijkheden voor een schikking, zal in overleg met partijen nader moeten worden bepaald als geen schikking wordt bereikt.²⁹⁵ Of de rechter de angel van het geschil goed heeft onderkend en of die iets kan betekenen voor de beëindiging van het geschil, zal hij aan de orde stellen door in het verloop van de comparitie vragen te stellen zoals 'wat is voor u nu de kern van de zaak' of 'wat is er volgens u nodig om deze zaak tot een goed einde te brengen'.

5.5.3 Een voorbeeld

De toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel tijdens de mondelinge behandeling stelt deels andere eisen aan de rechter dan bij het concipiëren van een uitspraak.²⁹⁶ De directe interactie met de andere procesdeelnemers vraagt een extra inspanning van de rechter om niet alleen in zijn eigen opvatting, maar ook in hun ogen een rechtvaardig, aanvaardbaar evenwicht te vinden tussen partijautonomie en waarheidsvinding met oog voor de beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijke verdediging. Partijen wegen in hun beleving van rechtvaardigheid ook mee hoe het gedrag van de rechter op hen overkomt. *Justice must be seen to be done*. De rechter kan hier voor pregnante dilemma's worden geplaatst. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

Een eiser heeft een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten in verband met de hypotheek op zijn woning. De verzekering bevat onder meer het beding dat bij arbeidsongeschiktheid recht bestaat op 60 maanden uitkering en dat de verzekerde, indien hij daarna nog meer dan 45% arbeidsongeschikt is, recht heeft op 100 maanden uitkering. Eiser heeft 60 maanden uitkering ontvangen, stelt dat hij daarna nog meer dan 45% arbeidsongeschikt is en vordert een verklaring voor recht dat hij aanspraak heeft op 100 maanden uitkering. Bij antwoord wordt onder meer bestreden dat eiser nog meer dan 45% arbeidsongeschikt is. Voor het geval dat niettemin komt vast te staan, wordt subsidiair aangevoerd dat eiser in geen geval aanspraak heeft op meer dan 40 maanden (100-60). Bij de voorbereiding van de comparitie leert een onderzoek in het elektronisch archief van de rechtbank dat eerder tussen een andere eiser en dezelfde gedaagde is overwogen dat partijen het niet eens waren over de betekenis van het beding (60 + 100 of 60 + 40) en na uitleg van het beding is geoordeeld dat die eiser aanspraak had op 60 + 100. De uitspraak is niet gepubliceerd en het is onbekend of hoger beroep is ingesteld. Ter comparitie reageert eiser niet uit zichzelf op het subsidiaire verweer. Brengt de rechter deze uitspraak, die bij gedaagde en de rechter bekend is, ambtshalve ter sprake? Deze casus is grotendeels afkomstig uit mijn eigen praktijk, maar heb ik herhaaldelijk voorgelegd aan rechters en juridisch medewerkers in het onderdeel ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden van de SSR-cursus Verdieping bewijsrecht. Dan volgt steevast een discussie waarin de een voorrang geeft aan partijautonomie, de ander aan waarheidsvinding en de derde aan de rechterlijke onpartijdigheid, daargelaten tot welk gedrag dat vervolgens leidt. Tegen het einde van de discussie brengt meestal iemand naar voren dat niet van de taakopvatting van de rechter afhankelijk behoort te zijn of de kennis van de uitspraak met eiser wordt gedeeld.

Een nauwgezette toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel laat echter zien dat het hier gaat om een verweermiddel met een gemengd feitelijk en juridisch karakter. De rechter zal gezien art. 24 Rv eerst moeten weten of eiser het feitelijke element van het verweermiddel bestrijdt, voordat hij kan treden in het waarheidsgehalte ervan (art. 149 Rv). De rechterlijke onpartijdigheid komt niet in het geding, wanneer de rechter op enig moment tijdens de comparitie aan eiser simpelweg vraagt of hij nog wil reageren op het subsidiaire verweer.²⁹⁷ Eiser antwoordde dat hij inderdaad nog uitkering van 40 maanden wenste. Daarmee was de uitleg van het beding tussen deze partijen niet in geschil en viel er op dit punt geen waarheid te vinden en geen rechtsgrond aan te vullen. Er was geen aanleiding aan eiser voor te houden dat in een andere zaak,

²⁹⁴ Vgl. De Bock 2011, p. 147 e.v.

²⁹⁵ Asser 2010, p. 14; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 189; Steenberghe 2009, p. 205-206.

²⁹⁶ Asser 2003, p. 32; Numann 1985, p. 177.

²⁹⁷ Vgl. Tjong Tjin Tai 2002a, p. 36.

waarin het geschil een andere inhoud had, anders was geoordeeld. Dat klinkt eenvoudiger dan het is, want uit het oogpunt van uniforme rechtstoepassing blijft het ingewikkeld dat het geschil over de feiten zo bepalend is. In het achterhoofd zal bijvoorbeeld ook meespelen wat de rechter vindt van de uitleg van het beding in de andere zaak en van de kans van slagen van een eventueel hoger beroep in de andere zaak. Dat zijn aspecten die zijn verweven met behoorlijke rechtspraak. Leidend is dus ook hier de driedelige rode draad die is vermeld in par. 4.6. Bij een adequate voorbereiding van een comparitie hoort dat in gedachten vanuit het procesrechtelijke beslissingsmodel wordt geanticipeerd op de scenario's die zich ter comparitie kunnen voordoen en op de mogelijke keuzes en hun gevolgen voor de afdoening van de zaak.

5.5.4 Een professioneel gedragsrepertoire

Wanneer de procesdeelnemers bij de comparitie beslagen ten ijs komen, is de analyse van het geschil van de rechter – getoetst bij en eventueel gecorrigeerd door partijen vanuit hun vrijheid om de omvang van het geschil te bepalen – leidend voor de behandeling van de zaak. Een goede rechtsbedeling vraagt om een optimaal gebruik van het beslissingsmodel in verbinding met een professioneel gedragsrepertoire van de rechter en de eventuele rechtshulpverleners van partijen. Het voert te ver hier te bespreken waaraan dat gedragsrepertoire moet voldoen.²⁹⁸ Ik volsta met enkele voorbeelden van relevante vragen. Begint de zitting op tijd, voelen partijen zich welkom, vertelt de rechter aan partijen wie er aanwezig zijn en hoe de behandeling zal verlopen? Geeft hij partijen en rechtshulpverleners inspraak in de agenda van de zitting? Krijgen partijen voldoende ruimte om hun verhaal te doen en laat de rechter adequaat weten dat hij naar hen heeft geluisterd? Is de toonzetting van de vragen van de rechter open en onpartijdig? Is er een goed gesprek mogelijk of wordt de zitting gekenmerkt door monologen? Toetst de rechter of partijen een voorlopig oordeel wensen en, zo ja, met welke reikwijdte? Soms is al voldoende dat partijen ter zitting elkaars verhaal en de vragen van de rechter hebben gehoord. De behoefte aan een voorlopig oordeel kan dan ondergeschikt worden aan de wens om nogmaals te proberen het geschil zelf op te lossen.

5.5.5 Voorlopig oordeel

Een voorlopig oordeel geven wanneer partijen dat wensen, vraagt opnieuw om een gedegen kennis van het procesrechtelijke beslissingsmodel en het civiele recht.²⁹⁹ Zich een voorlopig oordeel vormen is bovendien nog niet hetzelfde als het begrijpelijk aan partijen uitleggen. Van een voorlopig oordeel dat onvoldoende is toegesneden op de zaak ('als u de zaak niet regelt, zal een getuigenverhoor moeten plaatsvinden en dat kost natuurlijk ook geld'), valt niet veel baat te verwachten. Een voorlopig oordeel in de sleutel van het procesrechtelijke beslissingsmodel is op zichzelf niet ver verwijderd van een mondeling vonnis (dat de wet niet kent).³⁰⁰ Het stelt de vordering centraal en bespreekt de grondslagen, feiten en gronden van vordering en verweer waarop ook in een vonnis zou moeten worden beslist. Hardop denkend worden de vaststaande feiten in de toepasselijke rechtsregels verweven die relevant zijn voor de beslissing en worden de sporen uitgezet voor het geval feiten die in geschil zijn wel en niet komen vast te staan. Zelfs na een deugdelijke voorbereiding van de zaak en een goed verlopen mondelinge behandeling is dit in veel zaken een complexe en veeleisende bezigheid. In een voorlopig oordeel legt de rechter ook zo veel mogelijk uit op grond van welke rechtsregels hij van bepaalde argumenten van een partij (nog) niet overtuigd is, vooral wanneer een partij veel van zijn standpunten zal moeten inleveren om tot een schikking te komen. Die uitleg kan behulpzaam zijn voor de aanvaarding van het voorlopig oordeel en de totstandkoming van een schikking. Een voorlopig oordeel eindigt in mijn visie met de vraag aan partijen en rechtshulpverleners of zij nog vragen erover hebben (voordat zij 'de gang op gaan'³⁰¹), maar dat schijnt nog niet algemeen gebruikelijk te zijn. Deze vraag bevordert naar mijn indruk een open gesprek over het geschil en maakt de andere procesdeelnemers medeverantwoordelijk voor de volledigheid en bruikbaarheid van het voorlopig oordeel.

²⁹⁸ Zie o.a. Barendrecht e.a. 2011; Ten Haaft 2004, p. 65; Van der Linden 2010; Steenberghe 2009. Zie ook Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord (www.rechtspraak.nl).

²⁹⁹ Zie ook Verschoof 2004, p. 340.

³⁰⁰ Voorstel 7.1 ('De rechter dient de mogelijkheid te krijgen om ter zitting onmiddellijk mondeling uitspraak te doen') uit het rapport van de Commissie Verbetervoorstellen Civiel (2004) (www.recht.nl) heeft niet tot wetgeving geleid. Zie ook Ten Haaft 2006, p. 13.

³⁰¹ Zie ook Barendrecht 2008b.

5.5.6 Processtrategie

Maar is een juridisch deugdelijk voorlopig oordeel nu ook strategisch? Hier komen behalve het al genoemde gedragsrepertoire onder meer ook wijsheid en reflectie te pas. Naast juridische spelen immers ook andere aspecten een rol bij de keuze welke diepgang aan een voorlopig oordeel wordt gegeven. Sluit het voorlopig oordeel aan bij de verwachtingen van een partij? Moet een partij veel van zijn standpunten inleveren, hoe zal dat vallen en is daarvoor tijd nodig? Is het vooral een zakelijk geschil of spelen er (veel) emoties? Hebben partijen ook in de toekomst nog met elkaar te maken? Enzovoort. De rechter maakt zijn keuze ter comparitie na bij partijen impliciet of openlijk te hebben afgetast aan welke diepgang in het voorlopig oordeel behoefte bestaat en, als partijen daarover van mening verschillen, wat hun afwegingen zijn. Soms wordt een voorlopig oordeel gefaseerd gegeven (bijv. eerst op hoofdlijnen en pas diepgaander als partijen er niet uit komen), maar daarvoor leent niet elke zaak zich. Naar mijn indruk laat de rechter in zijn keuze voor de diepgang van het voorlopig oordeel in hoog tempo een flinke dosis intuïtie los op zijn analyse van de processtukken in combinatie met zijn indrukken van de verklaringen en gedragingen van partijen en hun rechtshulpverleners ter comparitie. Genoeg valkuilen dus.

5.5.7 De kracht van partijautonomie en waarheidsvinding

Tegelijk ligt hier precies de kracht van een rechtvaardig evenwicht tussen partijautonomie en waarheidsvinding. Burgerlijke rechten kunnen optimaal worden geëffectueerd bij een rechter die ter comparitie in begrijpelijke taal duidelijk maakt dat hij de vrijheid van partijen over hun burgerlijke rechten en rechtsbetrekkingen respecteert en de procesdeelnemers adequaat bejegt, maar tegelijk alert is of het belang van de waarheidsvinding wordt gediend. In de interactie met partijen krijgt de rechter meer zicht op de zaak.³⁰² Hij grijpt in wanneer een partij onvoldoende rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de ander, een valse voorstelling van zaken geeft, relevante informatie achterhoudt of feiten tegen beter weten in ontkent. Die rechter staat onmiskenbaar voor een goede rechtsbedeling en heeft een natuurlijk, organisch gezag dat een goed gebruik van de mondelinge behandeling in aansluiting op de schriftelijke behandeling bevordert. Nu is de wereld niet ideaal. Er zijn nog tal van andere complicerende factoren rondom de comparitie die hier verder niet kunnen worden besproken, zoals (maar niet alleen) hoe aannemelijk te maken dat de wederpartij handelt in strijd met een mededelingsplicht, hoe de tijdige overlegging van stukken te realiseren, wanneer mogen tekortkomingen in stel- en mededelingsplichten worden gerepareerd in aktes na comparitie,³⁰³ wat moet het proces-verbaal van comparitie bevatten en waardoor wordt dat bepaald,³⁰⁴ in welke gevallen mag na comparitie nog worden gepleit en wie moet dat betalen, of wat is de invloed van de mededelingsplichten van partijen op de mate waarin nog bewijslevering plaatsvindt? Het ideaalbeeld valt misschien zelfs niet te benaderen. Dat neemt niet weg dat naar mijn opvatting één van de verbeterpunten is het procesrechtelijke beslissingsmodel zoals besproken in par. 4 een prominentere plaats te geven in de mondelinge behandeling. Dat is in mijn ogen een voorwaarde om de comparitie verder te ontwikkelen tot een zo volwaardig mogelijke mondelinge behandeling van het geschil in vervolg op het debat tussen partijen in de schriftelijke ronde. Dat kan naar mijn opvatting worden bevorderd door de wetgever, wanneer in de wet wordt vastgelegd dat op dagvaarding en conclusie van antwoord een volwaardige mondelinge behandeling volgt en de indruk wordt weggenomen dat de comparitie na antwoord van art. 131 Rv slechts een schikkings- en inlichtingencomparitie (art. 87 en art. 88 Rv) zou zijn. Daartoe valt een wijziging van art. 131 Rv te overwegen, of van het samenstel van bepalingen waaruit nu moet worden afgeleid dat een volwaardige mondelinge behandeling is bedoeld (zie par. 5.2.3).

5.5.8 Hoor en wederhoor

Een afzonderlijk aandachtspunt bij de verdere ontwikkeling van de comparitie tot een zo volwaardig mogelijke mondelinge behandeling van het geschil wordt gevormd door de waarborgen voor het beginsel van behoorlijke verdediging. De vrees van De Pinto voor verrassing en overrompeling van partijen is in het licht van een goede

³⁰² De Bock 2011, p. 61; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 186-188; Stein/Rueb 2005, p. 101.

³⁰³ Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 9.

³⁰⁴ Bijv.: het procesgedrag van partijen, het procesrechtelijke beslissingsmodel, het beginsel van hoor en wederhoor, de gedocumenteerde beslissing van de rechter, de controle door de hogere rechter? Vgl. Ahsmann 2010, p. 17; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 90; Böhmer 2004, Verschoof 2004, p. 344.

rechtsbedeling bepaald serieus te nemen.³⁰⁵ Een rechter die een grondslag van vordering of verweer van doorslaggevende betekenis acht voor de afdoening van de zaak, heeft in mijn visie tenminste tot taak partijen ter comparitie gelegenheid te bieden op elkaars standpunten dienaangaande te reageren en het debat weer te geven in het proces-verbaal. Een controleerbare en aanvaardbare beslissing vergt dat de zaak niet wordt afgedaan op een gebrek in de stelplicht met betrekking tot een grondslag die ter comparitie zelfs niet aan de orde is gekomen. Dat is ook niet effectief en efficiënt, want het lokt gemakkelijk hoger beroep uit. Ook overigens behoren partijen natuurlijk afdoende ruimte te krijgen om op elkaars standpunten te reageren en zich daarbij te laten bijstaan door professionele rechtshulpverleners. Tijdens een mondelinge behandeling waar alleen de vragen van de rechter worden beantwoord, kan het processuele debat van partijen zich niet zonder meer verder ontwikkelen. Dan is niet goed te begrijpen waarom aan een partij het recht op een voortgezet debat zou moeten worden ontnomen (art. 132 en art. 134 Rv).

Wat het proces-verbaal betreft, verdient nog aandacht dat bij de comparitie ondertekening van partijverklaringen is voorgeschreven (art. 88 lid 3 Rv). Dat is in mijn visie eigenlijk alleen van wezenlijk belang wanneer het daadwerkelijk om waarheidsvinding gaat, dus wanneer een partijverklaring een gerechtelijke erkenning bevat (art. 154 Rv) of anderszins tot bewijs strekt.³⁰⁶ Voor het overige staat voorop dat rechter en griffier moeten worden geacht zelf een getrouw proces-verbaal van de zitting op te kunnen stellen. Dit voorschrift leidt in de praktijk tot verlenging van de zittingsduur (en daarmee gepaard gaande kosten) wanneer na de mondelinge behandeling (die niet in een schikking eindigt) in de zittingszaal een proces-verbaal moet worden opgemaakt. Het voorschrift wordt na de zitting nogal eens aangegrepen tot heropening van het debat door een partij die (ook als de zaak in staat van wijzen is) om 'aanvulling of wijziging' van het proces-verbaal vraagt en eventueel de gelegenheid te baat neemt om nog wat andere punten naar voren te brengen. Dat verstoort nodeloos de door de wetgever in 2002 gewenste concentratie van de procedure in één schriftelijke ronde gevolgd door een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil. Het leidt ook tot processuele complicaties (bijv. discussies over de goede procesorde, hoor en wederhoor toepassen, eigen verzoeken van de wederpartij, discussies over de extra kosten, status in hoger beroep van het proces-verbaal van comparitie). De reikwijdte van het voorschrift schiet zijn doel dus voorbij. Het mag wat mij betreft worden gewijzigd in die zin dat de rechter *kan* bepalen dat het proces-verbaal in aanwezigheid van partijen wordt opgemaakt en *kan* bepalen dat een partijverklaring moet worden ondertekend.

6. Tot slot

Zoals aangekondigd in par. 1 zijn enkele aspecten besproken van het thema waarheidsvinding in het civiele (proces)recht. Dit preadvies heeft laten zien dat de huidige stand van de rechtsontwikkeling rondom het procesrechtelijke beslissingsmodel genoeg aanknopingspunten biedt om in de civiele procedure een evenwicht te bewerkstelligen tussen partijautonomie en waarheidsvinding dat is geënt op de fundamentele waarden van vrijheid en rechtvaardigheid. In mijn visie is de tijd rijp om de comparitie na antwoord vanuit dit perspectief verder te ontwikkelen tot een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil. Weliswaar is het in belangrijke mate aan de rechtspraktijk om de verdere ontwikkelingen ten dienste van een goede rechtsbedeling gestalte te geven, maar drie wetwijzigingen kunnen naar mijn indruk ook behulpzaam zijn. Met een wijziging in art. 25 Rv kan de betekenis van waarheidsvinding bij de toepassing van het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden verder worden verduidelijkt (par. 4.7.5). Daarnaast kan duidelijker in de wet tot uitdrukking worden gebracht dat de comparitie na antwoord een volwaardige mondelinge behandeling is van het geschil dat bij dagvaarding en conclusie van antwoord door partijen is getekend (par. 5.5.7). Verder behoeft het voorschrift van art. 88 Rv nuancering dat partijen hun verklaringen ter comparitie steeds moeten ondertekenen (par. 5.5.8).

³⁰⁵ Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 82: 'Essentieel is niet de ambtshalve uitoefening van (...) bevoegdheden, maar de bewaking van de contradictoire omgeving waarin dat gebeurt.'

³⁰⁶ Zie ook Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 188; Numann 1985, p. 174 ('een (...) uit het oogpunt van doelmatigheid wat hinderlijke wetsbepaling').

Lijst van aangehaalde rechtspraak

In de voetnoten is per uitspraak één vindplaats opgenomen, hierna ook andere indien van toepassing.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder*)
EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey*)
EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk/Nederland*)
EHRM 16 december 1992, 13071/87 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS, (*Dombo/Nederland*)
EHRM 9 december 1994, *NJ* 1997, 20, m.nt. E.A. Alkema onder HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21 (*Hiro Balani/Spanje*)
EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*)
EHRM 23 april 1998, 22885/93 (*Bernard/Frankrijk*)
EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72 (*Cottin/België*)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96, *LJN* AD2918, *NJ* 2000, 374 (*Gut Springenheide & Rudolf Tisky / Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*)

Hoge Raad

HR 25 januari 1907, *W.* 8494
HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 484
HR 16 maart 1958, *NJ* 1958, 423, m.nt. D.J. Veegens
HR 22 december 1967, *NJ* 1968, 222
HR 7 juni 1968, *NJ* 1068, 325
HR 1 november 1974, *NJ* 1975, 454, m.nt. G.J. Scholten
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 52
HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Varkenspest*)
HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173, m.n.t W.L. Haardt onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176
HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317, m.nt. J.B.M. Vranken
HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130, m.nt. W.H.Heemskerk
HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679, m.nt. W.H. Heemskerk
HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 109
HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 789, m.nt. J.B.M. Vranken
HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467, m.nt. H.J. Snijders
HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 740
HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 387, m.nt. D.W.F. Verkade
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. H.J. Snijders
HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274
HR 29 maart 1996, *NJ* 1996, 421
HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 731
HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 46, m.nt. H.J. Snijders
HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 315, m.nt. W.M. Kleijn
HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 224
HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 625
HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 2
HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 342
HR 19 maart 1999, *NJ* 1999, 496
HR 30 juni 2000, *LJN* AA6344, *NJ* 2000, 675
HR 6 oktober 2000, *NJ* 2001, 167
HR 30 oktober 2001, *NJ* 2003, 2001
HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 60
HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394, *JBPr* 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma

HR 12 juli 2002, *LJN* AE1554, *NJ* 2003, 658
 HR 12 juli 2002, *LJN* AE2377, *NJ* 2002, 542
 HR 9 augustus 2002, *LJN* AE6324, *NJ* 2004, 47, m.nt. H.J. Snijders
 HR 22 november 2002, *LJN* AE8178
 HR 29 november 2002, *LJN* AF1210, *NJ* 2004, 172, m.nt. H.J. Snijders, *JBPr* 2003, 22, m.nt. M.A.J.G. Janssen
 HR 20 december 2002, *LJN* AE3350, *NJ* 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*)
 HR 19 september 2003, *LJN* AF8273, *NJ* 2005, 454, m.nt. W.D.H. Asser
 HR 26 september 2003, *LJN* AF9414, *NJ* 2004, 460, *JBPr* 2004, 15, m.nt. K. Teuben, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *JOR* 2004, 32, hersteld bij HR 13 februari 2004, *LJN* AO4608, *NJ* 2004, 461, m.nt. J.B.M. Vranken, (*Regiopolitie/Hovax*)
 HR 17 oktober 2003, *NJ* 2003, 721, *JBPr* 2004, 13, m.nt. J.G.A. Linssen
 HR 30 januari 2004, *LJN* AN8490, *NJ* 2005, 455, m.nt. W.D.H. Asser
 HR 24 september 2004, *LJN* AO9550, *NJ* 2004, 672
 HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900, *NJ* 2005, 92, *JBPr* 2005, 3, m.nt. K. Teuben onder *JBPr* 2005, 4, *JA* 2005, 1 (*Poort/Stoppels*)
 HR 24 december 2004, *LJN* AR4470
 HR 8 april 2005, *LJN* AS5010, *NJ* 2006, 443, m.nt. G. van Solinge, *JOR* 2005, 119, m.nt. M. Brink
 HR 24 juni 2005, *LJN* AT5466, *NJ* 2006, 46
 HR 20 januari 2006, *LJN* AU4529, *NJ* 2006, 78, *JBPr* 2006, 44, m.nt. A.S. Rueb
 HR 10 februari 2006, *LJN* AU5702, *NJ* 2006, 154, *JA* 2006, 58, m.nt. R. Keijzer
 HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663, *NJ* 2006, 158 (*Spector/Fotoshop*)
 HR 17 februari 2006, *LJN* AU6927, *NJ* 2007, 285, m.nt. C.J.H. Brunner
 HR 31 maart 2006, *LJN* AV0646, *NJ* 2006, 233
 HR 15 september 2006, *LJN* AX5381, *NJ* 2006, 507, *JBPr* 2007, 4, m.nt. H.T. Verhaar
 HR 10 november 2006, *LJN* AZ1899, *JBPr* 2007, 31, m.nt. H.L.G. Wieten
 HR 23 maart 2007, *LJN* AZ4571, *NJ* 2007, 178, *JBPr* 2007, 59 m.nt. A. Smeekes
 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, *NJ* 2010, 543 m. nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen, *JA* 2008, 73 m. nt. J. Quakkelaar onder *JA* 2008, 74
 HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, *NJ* 2010, 542, *JA* 2008, 72, m. nt. J. Quakkelaar onder *JA* 2008, 74
 HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231, *NJ* 2008, 466, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Aerts q.q.*)
 HR 25 april 2008, *LJN* BC2800, *NJ* 2008, 553, m.nt. H.J. Snijders
 HR 20 juni 2008, *LJN* BC4959, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders
 HR 11 juli 2008, *LJN* BC8421, *NJ* 2009, 451 m. nt. E.J. Dommering
 HR 17 oktober 2008, *LJN* BE7628, *NJ* 2009, 474
 HR 17 oktober 2008, *LJN* BE7201, *NJ* 2009, 476, m.nt. H.J. Snijders
 HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588
 HR 10 april 2009, *LJN* BG9470, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, *JBPr* 2009, 37 m.nt. J.F. Fleming
 HR 24 april 2009, *LJN* BH0389, *NJ* 2009, 204 (*AIG/Vos*)
 HR 19 juni 2009, *LJN* BI8771, *NJ* 2010, m.nt. H.J. Snijders, *JBPr* 2009, 39, m.nt. B.T.M. van der Wiel
 HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209, *NJ* 2010, 128, m.nt. H.J. Snijders
 HR 20 november 2009, *LJN* BJ8340
 HR 22 januari 2010, *LJN* BK3066, *JBPr* 2010, 40 m.nt. A. Knigge
 HR 18 maart 2010, *LJN* BO7517
 HR 8 oktober 2010, *LJN* BN6119
 HR 26 november 2010, *LJN* BN8521, *NJ* 2010, 634, *JBPr* 2011, 7
 HR 3 december 2010, *LJN* BO0197, *NJ* 2010, 650, *JBPr* 2011, 16, m.nt. K. Teuben
 HR 24 december 2010, *LJN* BO4579, *JBPr* 2011, 29, m.nt. A.M. van Aerde
 HR 10 december 2010, *LJN* BO0186, *NJ* 2010, 670
 HR 25 maart 2011, *LJN* BO9675
 HR 15 april 2011, *LJN* BP5612, *NJ* 2011, 180
 HR 9 september 2011, *LJN* BR1653
 HR 9 september 2011, *LJN* BR1654, *NJ* 2011, 409
 HR 23 september 2011, *LJN* BQ7064
 HR 9 december 2011, *LJN* BR2045
 HR 16 december 2011, *LJN* BU3922

Gerechtshoven

Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AS6385, JBPr 2005, 26, m.nt. J.G.A. Linssen
Hof Den Bosch 15 november 2005, *LJN* AX8899, JBPr 2006, 52, m.nt. M.O.J. de Folter
Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556, JA 2006, 119
Hof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481
Hof Amsterdam 26 mei 2009, *LJN* BO3203, JBPr 2010, 59, m.nt. J. Ekelmans, JOR 2010, 318
Hof Den Bosch 7 juli 2009, *LJN* BJ4469, JBPr 2010, 11, m.nt. G. van Rijssen
Hof Arnhem 30 november 2010, *LJN* BO9917

Rechtbanken

Rb. Zwolle sector kanton 29 maart 2005, *LJN* AT2634, JBPr 2005, 61, m.nt. W.I. Wisman onder JBPr 2005/56
Vzr. Rb. Maastricht 1 september 2005, *LJN* AU2032
Rb. Rotterdam 14 juni 2006, *LJN* AY6251
Rb. Roermond 28 november 2007, *LJN* BC0427, JBPr 2008, 24, m.nt. J.W. Westenberg
Rb. Haarlem 27 april 2011, *LJN* BQ6279

Lijst van aangehaalde literatuur

Adviescommissie BPR 2006

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Reactie op het eindrapport van het driemanschap 'Uitgebalanceerd' (2006), Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2006, p. 68-76.

Adviescommissie BPR 2008

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken, ('discovery'), Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2008, p. 123-130.

Adviescommissie BPR NOV 2004

Adviescommissie burgerlijk procesrecht Nederlandse Orde van Advocaten, De fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht gezien vanuit de advocatuur, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 71-79.

Ahsmann 2010

M.J.A.M. Ahsmann, Bewijs: verschuiving van 'bewijzen' naar 'stellen'? in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, Bewijsrecht, Najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27.

Ahsmann 2011

M.A.J.M. Ahsmann, De weg naar het civiele vonnis, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans e.a. 2008, Slachtoffers en aansprakelijkheid, Den Haag: WODC 2008 (<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/affectieschade.aspx>).

Akkermans 2009

A.J. Akkermans, Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), Tien pennestreken over personenschade, Den Haag: SDU 2009, p. 87-105.

Akkermans e.a. 2009

A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C van Wees, D.J. Bruinvels, Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden, Aansprakelijkheid Verzekering & Schade 2009, p. 113-123 (<http://hdl.handle.net/1871/15484>).

Akkermans 2012

A.J. Akkermans, Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht, in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht, Den Haag: Eleven 2012.

Alt 2005

H.J.W. Alt, Fundamentele herbezinning, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005. p. 1-2.

Ancery & Krans 2009

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht, RM Themis 2009, p. 191-200.

Ancery & Krans 2010

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, Richtlijnen en burgerlijk (proces)recht, Tijdschrift voor de Procespraktijk 2010, p. 141-145.

Askvig 2006

F. Askvig, Comparitie vóór de memorie van grieven, *Praktisch procederen 2006*, p. 218-221.

Asser 1991

W.D.H. Asser, Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen? *Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

Asser 1999a

W.D.H. Asser, Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering, in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag; Boom Juridische uitgevers 1999, p. 7-32.

Asser 1999b

W.D.H. Asser, Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces, *Jaarrede Nederlandse Juristen-Vereniging*, *Nederlands Juristenblad 1999*, p. 1251-1256.

Asser 2003

W.D.H. Asser, De taakopvatting van de civiele rechter, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 27-37.

Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser 2006

W.D.H. Asser, Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek, in: W.D.H. Asser e.a., *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-19.

Asser 2007

W.D.H. Asser, *Kwaliteit in de civiele rechtspraak*, *Trema 2007*, p. 41-45.

Asser 2008

W.D.H. Asser, Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen, in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: *Ars Aequi 2008*, p. 9-29.

Asser 2010

W.D.H. Asser, Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechter en partijen, in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer en Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Asser/Anema/Verdam 1953

A. Anema, m.m.v. P.J. Verdam, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5. Van Bewijs, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser/Hartkamp 3-I 2011

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vermogensrecht algemeen, Deel I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2011.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2009

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, Asser-Serie Procesrecht, Hoger beroep, Deventer: Kluwer 2009.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2011

A.C. van Schaick, Asser-Serie Procesrecht, Eerste aanleg, Deventer: Kluwer 2011.

Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005

D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, Asser-Serie Procesrecht, Cassatie in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2005.

Asser-Scholten 1974

Paul Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (*), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser-Vranken 1995

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (**), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Asser-Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (***). Een vervolg, Zwolle: Tjeenk Willink 2005.

Bannier 2011

F.A.W. Bannier, De advocaat in het burgerlijk proces (Boekbespreking dissertatie R. Verkijk), Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 89-91.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barendrecht 2008a

J.M. Barendrecht, Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn? in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 39-53.

Barendrecht 2008b

Maurits Barendrecht, Schikken op de gang, Ars Aequi 2008, p. 885.

Barendrecht & Gramatikov 2010

Maurits Barendrecht & Martin Gramatikov, Aanvaardbaarheid van rechtspleging. Toegankelijkheid en rechtvaardigheid als gezien door gebruikers, Nederlands Juristenblad 2010, p. 1102-1110.

Barendrecht & Kamminga 2005

J.M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, Toegang tot recht. De lasten van een uitweg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Barendrecht & Klijn 2004

Maurits Barendrecht & Albert Klijn (red.), Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

Barendrecht e.a. 2011

M. Barendrecht, S. van Gulijk, M. Gramatikov & P. Sluijter, De goede procesorde in beeld, Den Haag: SDU/Raad voor de rechtspraak (Resarch Memoranda 2011/1) 2011.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht, Over rekkelijken en preciezen in een dynamische wereld* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

Ten Berg-Koolen 2000

J.E.A.A. ten Berg-Koolen, *De weerbarstige werkelijkheid van de comparitie na antwoord*, in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed & R.Ch. Verschuur (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?! (Meijknecht-bundel)*, Deventer: Kluwer 2000, p. 17-22.

De Bock 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

Böhmer 2004

Leonard Böhmer, 'Naar een landelijk comparatiebeleid', *Advocatenblad* 2004, p. 207-209.

Van Boneval Faure 1893

R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, Leiden: Brill 1893.

Van Boom 1999

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Boonekamp 2008

R.J.B. Boonekamp, *Dwingende bewijskracht van strafvonnissen en tegenbewijs*, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2008, p. 117-122.

Bosch-Boesjes 1991

J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, Deventer: Kluwer 1991.

Brenninkmeijer 1991

A.F.M. Brenninkmeijer, *Het procesrecht als proces*, in: *Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak*, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1991-I*, p. 1-105.

Brenninkmeijer 1998

A.F.M. Brenninkmeijer, *Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting*, in: M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 1998, p. 5-21.

Brenninkmeijer 2009

Alex Brenninkmeijer, *Een eerlijk proces*, *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2050-2056.

Van den Brink 2008

V. van den Brink, *Stellen, betwisten, bewijzen – een handleiding*, *Praktisch Procederen* 2008, p. 89-100.

Broeders 2007

A.P.A. Broeders, *Systematische contra-expertise. Opmerkingen bij het referaat van J. Boksem*, in: *Deskundige behandeling van deskundigen. Het gebruik van deskundigenrapportages in de rechtszaal. Bijdragen ter gelegenheid van een NSCR studiedag op 17 november 2006 in het Pesthuis, Leiden (www.nscr.nl > actueel > 2007/3)*.

Van den Broek & Van Lierop 2008

Tanja Tanja-van den Broek & Bart van Lierop, *Pleidooi voor de comparitie na antwoord in hoger beroep*, *Trema* 2008, p. 129-130.

Brugman 2010

Dorien Brugman, Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Bruijnzeel 2011

T. Bruijnzeel, Over misbruik van procesrecht en het preventief weren van veeleisende partijen, in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenbergh (red.), Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 281-302.

Bruinsma 1995

J.F. Bruinsma, Kadi-rechtspraak in post-modern Nederland (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Bruinsma 1999

Freek Bruinsma, De Hoge Raad van onderen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Bruinsma 2010

Freek Bruinsma e.a., De Hoge Raad van onderen, Deventer: Kluwer 2010.

(auteur) Burgerlijke Rechtsvordering

E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas en M. Ynzonides (hoofred.), Burgerlijke Rechtsvordering, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Caenegem 1973

R.C. van Caenegem, History of European Civil Procedure, in: International Encyclopedia of Comparative Law, deel XVI (Civil Procedure) Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1973.

Caroli 1907

J.P.A.N. Caroli, In hoever behoren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke procedure in eerste aanleg berust, te worden gewijzigd? Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1907, Den Haag: Belinfante 1907, I. (Eerste stuk), p. 1-125.

Chorus 1987

J.M.J. Chorus, De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987.

Coenraad 2005

L.M. Coenraad, Kronieken. Algemene beginselen, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, p. 118-122.

Coenraad 2009

L.M. Coenraad, Kronieken. Algemene beginselen, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 25-29.

Commissie Advocatuur 2006

Een maatschappelijke orde, Rapport Commissie Advocatuur, Bijlage bij de brief van de Minister van Justitie van 24 april 2006, Kamerstukken II, 2005/06, 30300 VI, nr. 144.

Commissie-Dorhout Mees 1948

T.J. Dorhout Mees, J.A.L.M. Loeff & A.D. Belinfante, Richtlijnen voor de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie, Den Haag: SDU 1948.

Cummings 2011

Scott L. Cummings, Introduction: What Good Are Lawyers?, in: Scott L. Cummings (ed.), The Paradox of Professionalism, Lawyers and the Possibility of Justice, New York: Cambridge University Press 2011, p. 1-30.

Dammingh 2009

J.J. Dammingh, De veranderende rol van de rechter in het civiele proces, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-22.

Deen 2009

E.M. Deen, De patiëntenkaart en de beschikkingen van de Hoge Raad van 22 februari 2008, Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2009, p. 41-48.

Deen 2011

E.M. Deen, Letselschade en de patiëntenkaart: een bewijsrechtelijke beschouwing, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 98-103.

Diephuis 1872

G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Tweede deel, Groningen: J.B. Wolters 1872.

Van Dijk & Sonnemans 2009

F. van Dijk & J. Sonnemans, Kansrekening en strafrechtspraak: fouten bij beslissen onder onzekerheid, Rechtstreeks 2009/4 (www.rechtspraak.nl).

Dijkshoorn & Lindenbergh

W. Dijkshoorn en S.D. Lindenbergh, Schadebegroting, bewijs en waardering, Ars Aequi 2010, p. 538-542.

Van Domselaar 2010

Iris van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak, Nederlands Juristenblad 2010, p. 1032-1039.

Drion 1982

H. Drion, Bewijzen in het recht, in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), Geschriften van H. Drion, Deventer: Kluwer 1982, p. 171-190.

Drion 2009

C.E. Drion, De onderzoekende en/of googelende rechter, Nederlands Juristenblad 2009, p. 781.

Duk 2003

R.A.A. Duk, Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter? Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2003, p. 63-69.

Eggens 1951

J. Eggens, De beginselen van het burgerlijk bewijs, in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 3-49.

Ekelmans 2010

J. Ekelmans, De exhibitieplicht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

Embregts 2003

M.C.D. Embregts, Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Ernes, Van der Hoeden & Jongbloed 2007

A.L.H. Ernes, E. van der Hoeden en A.W. Jongbloed, Herbalans: een kritische blik op de fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, Praktisch Procederen 2007, p. 101-106.

Eshuis 2009

R.J.J. Eshuis, De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken, Den Haag: Raad voor de rechtspraak (Research Memoranda 2009/5) 2009.

EVRM R&C

A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: rechtspraak en commentaar, Art. 6: Eerlijk proces, Den Haag: SDU (losbl.).

Fernhout 2004

F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2004.

Fernhout 2008

F.J. Fernhout, Formele regels in het civiel procesrecht en 'access to justice', Praktisch Procederen 2008, p. 59-64.

Frenk 2011

N. Frenk, De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen, De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 115-128.

Freudenthal 2004

M. Freudenthal, Harmonisatie van Europees civiel procesrecht. Naar een ius commune voor het Europese civiele procesrecht?!, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2004, p. 29-37.

Freudenthal 2007

M. Freudenthal, Schets van het Europees civiel procesrecht, Deventer: Kluwer 2007.

Fruytier 2009

P.A. Fruytier, De leer van de bindende eindbeslissing in dezelfde instantie, in hoger beroep en na verwijzing na HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 (De Vries/Gemeente Voorst), Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 93-99.

Gerretsen 2011

B. Gerretsen, Comparitienotities, in: D. Allewijn e.a., De mondelinge behandeling, negen jaar met het nieuwe procesrecht, Voorjaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 43-52.

Van Geuns 1881

J.J. van Geuns, Bespoedigde behandeling van het proces, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1881, deel I, Den Haag: Belinfante 1881, p. 272-315.

Giard 2005

R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giard 2009

R.W.M. Giard, Waarheidsvinding: worstelen met wijsheid achteraf, Expertise & Recht 2009, p. 41-45.

Giard 2010

R.W.M. Giard, Na de calamiteit: primaire en psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht, Letsel & Schade 2010/2, p. 6-12.

Giard & Merckelbach 2009

R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is, Nederlands Juristenblad 2009, p. 1014-1021.

Giesen 2001

I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Giesen 2002

I. Giesen, De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2002, p. 85-92.

Giesen 2006

I. Giesen, 'Balans'-lezen. Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2004, p. 103-109.

Giesen & Coenraad 2008

I. Giesen & L.M. Coenraad, Kroniek van de rechtspleging, Nederlands Juristenblad 2008, p. 989-997.

Giesen & Coenraad 2009

I. Giesen & L.M. Coenraad 2009, Kroniek van de rechtspleging, Nederlands Juristenblad 2009, p. 892-900.

Gras 2004

E. Gras, De grondslag voor de medewerkingsplicht – en in het bijzonder de mededelingsplicht – van partijen in het burgerlijk proces, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 167-191.

Van der Grinten 2007

P.M.M. van der Grinten, Vraagpunten in het Europees procesrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2007, p. 65-70.

De Groot 2008

G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.

De Groot & Akkermans 2008

G. de Groot & A.J. Akkermans, Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht, in: G.G. Hesens, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), Schadevaststelling en de rol van de deskundige, Deventer: Kluwer 2008, p. 189-206.

Grosheide 2005

F.W. Grosheide, Het recht om niet in rechte betrokken te worden, in: R.J.C. Flach e.a. (red.), Amice, Rutgersbundel, Deventer: Kluwer 2005, p. 123-133.

Grosheide 2010

F.W. Grosheide, Het burgerlijk procesrecht de baas (?), Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2010 (6847), p. 491-492; naschrift: 2010 (6857), p. 703.

Ten Haaft 2002

H.M. ten Haaft, Knelpunten nieuw procesrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2002, p. 62-67.

Ten Haaft 2004

H.M. ten Haaft, Kronieken. Comparitie na antwoord, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2004, p. 65-67.

Ten Haaft 2006

H.M. ten Haaft, Kronieken. Andermaal de comparitie na antwoord, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2006, p. 12-13.

Ten Haaft 2007

H.M. ten Haaft, Kronieken. Eerste aanleg. De geraden gevolgtrekking, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2007, p. 14-17.

Haardt 1949

W.L. Haardt, Boekbeschouwingen, Commissie Dorhout Mees, Richtlijnen voor de Herziening van het Burgerlijk Procesrecht en de Rechterlijke Organisatie, Den Haag, SDU 1948; mr. W. Hugenholtz, Naar nieuw Burgerlijk Procesrecht? Leiden, E.J. Brill 1948, in : RM Themis 1949, p. 315-320.

Haardt 1951

W.L. Haardt, 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?), in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 50-108.

Haardt 1958

W.L. Haardt, Fair play in het burgerlijk geding (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.

Haardt 1984

W.L. Haardt, Het burgerlijk geding – 'Fair play' revisited, in: Goed en trouw, Van der Grinte-bundel, Zwolle 1984, p. 11-18.

Hammerstein 1989

A. Hammerstein, Te goeder trouw procederen, Tijdschrift voor privaatrecht 1989, p. 1595-1610.

Hammerstein 2003

A. Hammerstein, Een evenwichtig rapport, Tijdschrift voor civiele rechtspleging 2003, p. 59-62.

Handelingen NJV 1870

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1870, Den Haag: Belinfante 1870, deel II.

Handelingen NJV 1909

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1909, Den Haag: Belinfante 1909, deel II.

't Hart 2010

Maarten 't Hart, Waarheidsvinding, NRC Handelsblad 21 augustus 2010.

Hartendorp 2008

R.C. Hartendorp, Praktisch gesproken (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008.

Hartendorp 2009

R.C. Hartendorp, Alledaagse rechtspraak: een pragmatische kijk op oordeelsvorming, Rechtstreeks 2009/2 (www.rechtspraak.nl).

Hartzfeld 1907

C.A.J. Hartzfeld, In hoever behoren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke procedure in eerste aanleg berust, te worden gewijzigd? Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1907, Den Haag: Belinfante 1907, I. (Eerste stuk), p. 126-194.

Hazard e.a. 2001

Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo, Rolf Stürner & Antonio Gidi, Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, New York University Journal of International Law and Politics 2001, p. 769-784 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016418##).

Heemskerk 1974

W.H. Heemskerk, Vorderingsrecht en rechtsvordering. Over actiënrecht en Boek 3 Titel 11 Ontwerp-B.W. (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1974.

Hidma 2005

Tjalle Hidma, Aspecten van bewijswaardering, in: R.J.C. Flach e.a., Amice, Opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan prof.mr. G.R. Rutgers (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-237.

Hol en Loth 2001

A.M. Hol en M.A. Loth, Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie, Nederlands

Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 2001, p. 9-57.

De Hoon & Verberk 2009

Machteld de Hoon & Suzan Verberk, Zutphen.com. Een onderzoek naar de pilot 'Conflictoplossing op maat' bij de sector civiel van de rechtbank Zutphen, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.

Hovens 2005

F.J.H. Hovens, Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2005.

Hughenholz/Heemskerk 2009

W. Hughenholz/W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Elsevier 2009.

Huls, Mevis & Visscher 2003

N.J.H. Huls, P.A.M. Mevis & N. Visscher, De kloof tussen rechtspraak en samenleving. Hoe klantvriendelijk is de rechter?, in: Justitiële Verkenningen 2003, nr. 1, p. 11-31.

Huydecoper 2002

J.L.R.A. Huydecoper, We hebben er wat mee te stellen, Trema 2002, p. 209-214.

Huydecoper 2010

J.L.R.A. Huydecoper, Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces, Trema 2010, p. 324-328.

IJzermans 2011

M. IJzermans, De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Ingelse 2004

P. Ingelse, Herbezinning op de partijautonomie, in: P. Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 43-67.

Ingelse 2010

P. Ingelse, Rechter: tussen persoon en instituut, Nederlands Juristenblad 2010, p. 1962-1968.

Ippel & Heeger-Hertter 2006

Pieter Ippel & Susanne Heeger-Hertter, Sprekend de rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Jacobs 2010

M. Jacobs, Van substantiëringsplicht naar substantiëringscultuur? Een empirisch onderzoek naar de attitude van de advocatuur ten opzichte van de substantiëringsplicht, Tijdschrift voor de procespraktijk 2010, p. 32-42.

Jongbloed 2001

A.W. Jongbloed, Kronieken. Algemene beginselen, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2001, p. 21-23.

Jongbloed 2004

A.W. Jongbloed, Attempts to accelerate Dutch civil procedure in the nineteenth and twentieth centuries, in: C.H. van Rhee (red.), The Law's Delay, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 141-170.

Jongbloed 2005

A.W. Jongbloed, The Netherlands (1838-2005), in: C.H. van Rhee (red.), European Traditions in Civil Procedure, Antwerpen: Intersentia 2005.

Jongeneel 2011

R.H.C. Jongeneel, Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing, Nederlands tijdschrift voor Europees recht 2011, p. 33-37.

De Kanter 1928

P.J. de Kanter, Rechtsgronden en rechtsmiddelen (diss. Leiden), Den Haag 1928.

Karsten 1891

W.J. Karsten, In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van de rechter in het burgerlijk geding te bepalen?, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1891, I, p. 1-46.

Ten Kate 1962

Th.B. ten Kate, Het request-civiel (diss. Leiden), Groningen 1962.

Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005

Th.B. ten Kate & M.M. Korsten-Krijnen, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken, Deventer: Kluwer 2005.

Van Kempen 2009

P.H.P.H.M.C. van Kempen, Procesrechtelijke approximatie, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 267-291.

Klaassen 2001

C.J.M. Klaassen, Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding, in: C.P.M. Cleiren e.a., Het procesrecht en de waarheidsvinding, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 47-71.

Klaassen 2002

C.J.M. Klaassen, Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv, Nederlands Juristenblad 2002, p. 1450-1458.

Klaassen 2005

C.J.M. Klaassen, De rol van de rechter in het kader van de waarheidsvinding in letselschadezaken: leidend of lijdend?, in: D.H.M. Peeperkorn (red.), Waarheidsvinding en privacy. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2005, Den Haag: SDU 2005.

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, Vertrouwen op de rechter? Enkele opmerkingen over de positie van de rechter in het civiele proces, in: N.E.D. Faber e.a., Fiduciaire verhoudingen, (S.C.J.J. Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2007, p. 119-136.

Klaassen 2009

C.J.M. Klaassen, Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure. Enkele opmerkingen betreffende de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden van enerzijds de rechter en anderzijds de partijen, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 57-85.

Klaassen 2010

C.J.M. Klaassen, Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure, *Ars Aequi* 2010, p. 825-831.

Klein 1927

Franz Klein, Der Zivilprozess Österreichs, mit Ergänzungen von Friedrich Engel, Mannheim/Berlin/Leipzig: J. Bensheimer 1927.

Knapen 2010

Michel Knapen, Over doorhameren op een schikking, *Advocatenblad* 2009, p. 200-201.

Knapen 2010

Michel Knapen, Antwoord voor comparitie, zoeken naar de meest geschikte civiele zitting, *Mr.* 2010, p. 86-91.

Van der Korst 2006

P.J. van der Korst, Transparantieplicht van procespartijen: de gehele waarheid en niets dan de waarheid, in: P.J. van der Korst e.a., Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 11-29.

Van der Korst 2009

P.J. van der Korst, Discovery in het Nederlands burgerlijk procesrecht, 'Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken' van de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht becommentarieerd, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 14-143.

Krans 2009

H.B. Krans, De Principles of Transnational Civil Procedure en het Nederlandse bewijsrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 58-66.

Krans 2010

H.B. Krans, Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht, Deventer: Kluwer 2010.

Krans & Van Rhee 2009

H.B. Krans & C.H. van Rhee, De Principles of Transnational Civil Procedure: een inleiding, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 49-51.

Kremer 1999

M. Kremer, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Kremer 2003

M. Kremer, De waarheids- en volledigheidsplicht onder het vernieuwde civiele procesrecht, Advocatenblad 2003, p. 333-337.

Kremer 2005

M. Kremer, Noot bij bewijsnood, in: R.J.C. Flach e.a., Amice, Opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan prof.mr. G.R. Rutgers (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 197-205.

Van der Kwaak 2002

D.J. van der Kwaak, Kan procederen onrechtmatig zijn? Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2002 (6500), p. 579-585.

Kwak 2003

A.-J. Kwak, Rechterlijk gezag in het geding. Over het marktplein, de ivoren toren en het glazen huis, Justitiële Verkenningen 2003, nr. 1, p. 32-46.

Land/Eggens 1933

N.K.F. Land/J. Eggens, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, zesde deel, boek IV, titel I-VI, Haarlem: Erven F. Bohn 1933.

Langemeijer/Schrage 1994

G.E. Langemeijer, bewerkt door E.J.H. Schrage, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Levy 1894

Arnold Levy, Uitbreiding van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken (diss. Amsterdam GU), Apeldoorn: J.H. Steghers 1894.

Lewin 2011

G.C.C. Lewin, Ambtshalve toepassing van rechtsregels, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 12-19.

Van der Linden 2008

J. van der Linden, Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak (Research Memoranda) 2008.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009

Janneke van der Linden, Albert Klijn & Frank van Tulder, Meesterlijk gedrag: leren van compareren, Rechtstreeks 2009/3 (Raad voor de rechtspraak).

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, Vier kinderen hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht, Nederlands Juristenblad 2009, p. 2670-2682.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, Over wat schade is en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2010 (6867), p. 901-910.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Litewski 1999

Wieslaw Litewski, Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii, Kraków: Jagiellonian University Press 1999.

Loth 1998

M.A. Loth, Recht spreken, recht doen, over de functies en het functioneren van burgerlijke rechtspraak (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998.

Malsch 2004

M. Malsch, De aanvaarding en naleving van rechtsnormen door burgers: participatie, informatieverschaffing en bejegening, P.T. de Beer & C.J.M. Schuyt (red.), Bijdragen aan waarden en normen, Verkenning Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 77-105.

Mak 2007

Elaine Mak, De rechtspraak in balans, Een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Margetson 2004

N.H. Margetson, Het recht op pleidooi, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 243-249.

Margetson 2005

N.H. Margetson, Perikelen rond het pleidooi en de comparitie, Praktisch Procederen 2005, p. 39-47.

Meilink 1924

J.G. Meilink, De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1924, Den Haag: Belinfante 1924, I. (Eerste stuk), p. 1-56.

Memelink 2009

P. Memelink, Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten, in: A.G. Castermans e.a. (red.), Het zwijgen van de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2009, p. 47-68.

Van Mierlo/Van Dam-Lely

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

Mom Visch 1878

D.J. Mom Visch, *Het verhoor op vraagpunten en de verschijning van partijen*, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1878, I*, Den Haag: Belinfante 1878, p. 310-371.

Nieuwenhuis 2006

Hans Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Nispen 1993

C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht (oratie Amsterdam VU)*, Deventer: Kluwer 1993.

Nolst Trenité 1915

J.L.G. Nolst Trenité, *Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om de rechter omtrent de feiten in te lichten? En zo ja, in welke omvang?*, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1915, I*. (Eerste stuk), Den Haag: Belinfante 1915, p. 191-237.

Numann 1985

E.J. Numann, *De comparitie na antwoord*, in: J.M. Polak e.a., *Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 165-184.

Offerhaus 1924

J. Offerhaus, *De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama*, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1924*, Den Haag: Belinfante 1924, I. (Tweede stuk), p. 1-50.

Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921

Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, no. 40 (Staatscommissie-Gratama), *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, I. Wetboek, II. Toelichting*, 's-Gravenhage: Boekh. VH. Gebr. Belinfante 1921.

Ontwerp NJV 1911

Nederlandsche Juristen-Vereeniging, *Ontwerp van wet regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg met memorie van toelichting*. Samengesteld door de commissie benoemd krachtens besluit der algemeene vergadering van 29 juni 1907, Den Haag 1911.

Opzoomer/Levy 1892

C.W. Opzoomer/J.A. Levy, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard. 12. Art. 1902-1916*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1892.

Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988

G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002

A.I.M. van Mierlo, m.m.v. F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis, Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748 (Uitvoeringswet EG-betekenningsverordening), 27 824 (Aanpassingswetgeving), *Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer: Kluwer 2002.

Pel & Verberk 2009

Machteld Pel & Suzan Verberk (red.), *De pilots 'Conflictoplossing op maat'. Reflectie op resultaten en ideeën voor de toekomst*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010.

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Pels Rijcken 1983

L.D. Pels Rijcken, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep, in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate, B.C. Punt (red.), Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt, Deventer: Kluwer 1983, 163-179.

Pet 1907

P. Pet, Getuigenbewijs in burgerlijke zaken (oratie Groningen), Groningen: Wolters 1907.

Pieters 2010

T.S. Pieters, De raakbare rechter, Trema 2010, p. 197-201.

Pijnappel 1881

J. Pijnappel, Bespoedigde behandeling van het proces, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1881, deel I, Den Haag: Belinfante 1881, p. 316-336.

Pijnappel 1891

J. Pijnappel, In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van de rechter in het burgerlijk geding te bepalen?, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1891, I., p. 136-160.

Pinner 1878

J. Pinner, Het verhoor op vraagpunten en de verschijning van partijen, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1878, Den Haag: Belinfante 1878, I, p. 372-390.

De Pinto 1870

A.A. de Pinto, Boekbespreking: De schriftelijke of de mondelinge rechtspleging? Eene bijdrage tot de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door mr. D. Binger, Amsterdam 1869, in: Themis 1870, p. 509-526.

De Pinto 1879

A.A. de Pinto, Moet in het burgerlijk proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd? Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1879, Den Haag: Belinfante 1879.

Pitlo/Hidma & Rutgers 2004

Pitlo/T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Bewijs (Het Nederlands burgerlijk recht, deel 7), Deventer: Kluwer 2004.

Rapport Toetsingscommissie civiele vonnissen 2010

P. Neleman en P.J. Neijt, Eindrapport Toetsingscommissie civiele vonnissen (december 2010), www.rechtspraak.nl > Organisatie > Publicaties en brochures > Rapporten en artikelen.

Ras 1971

H.E. Ras, Boekbespreking dissertatie J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding, Nederlands Juristenblad 1971, p. 100-101.

Ras/Hammerstein 2004

H.E. Ras, bewerkt door A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2004.

Van den Reek 1997

W.A.J.P. van den Reek, Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht (diss. Tilburg), Zwolle 1997.

Van den Reek 2003

W.A.J.P. van den Reek, Het verloop van de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2003, p. 22-26.

Van Reenen 1871

J.H. van Reenen, De beperkingen van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken (diss. Leiden), Leiden: W.T. Werst 1871.

Reisig 2005

Dick Reisig, Het aanbod van getuigenbewijs (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2005.

Roberts 2009

Simon Roberts, 'Listing Concentrates the Mind': the English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation, Oxford Journal of Legal Studies 2009, p. 457-479.

Roëll 2003

Th.S. Roëll, Nieuwe grenzen aan de verschijnings- en verklaringplicht van getuigen, Nieuwsbrief BW 2003, p. 173-175.

Roëll 2004

Th.S. Roëll, Fundamentele herbezinning, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2004, p. 39-40.

Roëll 2011

Th.S. Roëll, De onzalige verleidingen van de comparitierechter, in: D. Allewijn e.a., De mondelinge behandeling, negen jaar met het nieuwe procesrecht, Voorjaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 9-25.

Rombach 1879

J. Rombach, Moet in het burgerlijk proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd? Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1879, Den Haag: Belinfante 1879.

Roos 2006

J.J. Roos, Kroniek. Eerste aanleg. Grenzen van de rechtssrijd, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2006, p. 88-90.

Roos 2008

J.J. Roos, Kroniek. Eerste aanleg. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2008, p. 105-107.

Van Rossem/Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Van Rossum 2010

Wibo van Rossum, Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming, Nederlands Juristenblad 2010, p. 2467-2472.

Ruijpers 2005

M.P.J. Ruijpers, Kronieken. Eerste aanleg, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, p. 9-11.

Rutgers 2005

J.W. Rutgers, Ambtshalve toepassing van Europees recht in het civiele geding, in: R.J.C. Flach e.a. (red.), Amice, Rutgers-bundel, Deventer: Kluwer 2005, p. 295-303.

Van Schaick 2009

A.C. van Schaick, Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Scheltema 1939

F.G. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, voltooid door H.J. Scheltema, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939.

Von Schmidt auf Altstadt 2002

P.J.M. von Schmidt auf Altstadt, *Opening van zaken*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2002, p. 8-14.

Scholten 1935

Paul Scholten, *Eggens Bewijsrecht*, in: G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein, *Verzamelde geschriften van prof. mr. Paul Scholten, Derde en vierde deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, IV, p. 354-364.

Schoordijk 2004

H.C.F. Schoordijk, *De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces*, Nederlands Juristenblad 2004, p. 162-167.

Schutte 2009

Camilo Schutte, *Zeven jaar actieve rechters*, Mr. 2009 p. 13.

Schuyt 1988

C.J.M. Schuyt, *De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving*, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 297-333.

Schuyt 2006

Kees Schuyt, *Steunberen van de samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006.

Thoe Schwartzenberg 2009

H.W.B. Thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2009.

Siemerink 2010

Leonie Siemerink, *Rechter gewaarschuwd voor googelen*, Nederlands Juristenblad 2010, p. 2645-2650.

Sijmonsma 2003

J.R. Sijmonsma, *Ervaringen met het vernieuwde burgerlijk procesrecht*, Praktisch Procederen 2003, p. 122-130.

Sijmonsma 2010a

J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht: Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

Sijmonsma 2010b

J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht vernieuwd?* Tijdschrift voor de procespraktijk 2010, p. 179-185.

Sluijters 2001

B. Sluijters, *'De overbrugging van de kloof tussen rechter en deskundige'*, in: *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces*, Symposium Vereniging van Letselschade Advocaten 2001, Lelystad: Vermande 2001.

Smith 2004

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 1992

H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Rotterdam), Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Snijders 2003

H.J. Snijders, 'They have a dream... Een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', Nederlands Juristenblad, p. 1696-1707.

Snijders 2004

H.J. Snijders, Inleiding op de commentaren, in: P. Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 9-24.

Snijders 2007

H.J. Snijders, Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer: Kluwer 2007.

Snijders 2008

H.J. Snijders, Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (6761), p. 541-551.

Snijders/Wendels 2009

H.J. Snijders en A. Wendels, bewerkt door H.J. Snijders, Civiel appel, Deventer: Kluwer 2009.

Snijders, Klaassen & Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer 2011.

Star Busmann 1915

C.W. Star Busmann, Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om de rechter omtrent de feiten in te lichten? En zo ja, in welke omvang?, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1915, I. (Eerste stuk), Den Haag: Belinfante 1915, p. 127-189.

Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972

C.W. Star Busmann/ L.E.H. Rutten & W.H. Ariëns, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, Haarlem: Erven F. Bohn 1972.

Steenberghe 2008

H.M.M. Steenberghe, De regiefunctie van de rechter, in: R.J. Verschoof e.a., De regiefunctie van de rechter, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 25-43.

Steenberghe 2009

H.M.M. Steenberghe, De comparitie als contradictie, Tijdschrift voor de Procespraktijk 2009, p. 204-212.

Stein 1987

H. Stein, Comparitie na antwoord, Advocatenblad 1987, p. 173-174.

Stein 1988

P.A. Stein, Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure, Nederlands Juristenblad 1988, p. 387-393.

Stein/Rueb 2011

P.A. Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, verzorgd door A.S. Rueb, Kluwer: Deventer 2011.

Storme 2001

M. Storme, Fundamentele beginselen van procesrecht en hun nut voor de harmonisering in Europa, in: C.H. van Rhee, F. Stevens & E. Persoons (red.), Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2001, p. 207-215.

Struycken 1909

A.A.H. Struycken, in: Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1909, Den Haag: Belinfante 1909, deel II, p. 200-207.

Stürner 2005

Rolf Stürner, *The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions*, *Labels Zeitschrift*, p. 201-254.

Suijling 1928

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1^e stuk, 2^e gedeelte, Haarlem: Bohn 1928.

Tjong Tjin Tai 2002a

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag*, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2002, p. 29-37.

Tjong Tjin Tai 2002b

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002 (6482), p. 259-266.

Den Tonkelaar

J.D.A. den Tonkelaar, *Reactie op 'Het burgerlijk procesrecht de baas (?)' van F.W. Grosheide in WPNR 2010 (6847)*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2010 (6857), p. 701-702.

Van Unen 2002

E.P. van Unen, *De bejubelde en verguisde comparitie na antwoord*, *Praktisch Procederen* 2002, p. 51-52.

Van Unen 2004

E.P. van Unen, *Tien stellingen over het burgerlijk procesrecht, eenzijdig toegelicht*, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-69.

Valk 2007

W.L. Valk, *Voorlopige oordelen ter gelegenheid van de comparitie na aanbrenen*, *Praktisch Procederen* 2007, p. 88.

Valk 2009

W.L. Valk, *Rechtsbescherming in het civiele appelprocesrecht*, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23-36.

Valk & Ter Veer 2005

W.L. Valk & C.G. ter Veer, *De comparitie na aanbrenen in hoger beroep*, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1985-1987.

Van Velthoven 2007

B.C.J. van Velthoven, *Civiele rechtspraak in eerste aanleg, 2005. Een eerste stap op weg naar kwantificering van de maatschappelijke betekenis van rechtspraak*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007.

Van Velthoven 2011

B.C.J. van Velthoven, *Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland*, *RM Themis* 2011, p. 7-16.

Van Velthoven & Ter Voert 2004

B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010

B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verduyn 2008

C.J. Verduyn, *Een nieuwe maatstaf voor heroverweging van bindende eindbeslissingen*, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2008, p. 73-78.

Verkerk 2010

R. Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2010.

Verkerk & Verkijk 2006

R.R. Verkerk en R. Verkijk, Principles of transnational civil procedure, vanuit een Nederlands perspectief, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2006, p. 212-223.

Verkijk 2009

R. Verkijk, Rechter en advocaten in de Principles of Civil Procedure en daarbuiten, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 67-76.

Verkijk 2010

R. Verkijk, De advocaat in het burgerlijk proces (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verschoof 2004

R.J. Verschoof, De praktijk van de comparitie na antwoord, Trema 2004, p. 339-345.

Verschoof 2008

R.J. Verschoof, De regiefunctie van de rechter, in: R.J. Verschoof e.a., De regiefunctie van de rechter, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 13-24.

Vetter 2002

H.J. Vetter, 'Aldus vertoont de comparitie na antwoord gelijkenis met het pleidooi'. De comparitie na antwoord en (het recht op) pleidooi, Praktisch Procederen 2002, p. 22-25.

Vranken 1986

J.B.M. Vranken, Het professionele (functionele) verschoningsrecht, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 1-133.

Vranken 1996

J.B.M. Vranken, Nawoord, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.), Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 97-113.

Vranken 1999

J.B.M. Vranken, Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg, in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, Verantwoordelijk procederen, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag; Boom Juridische uitgevers 1999, p. 33-88.

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Wesseling-van Gent 1987

E.M. Wesseling-van Gent, Het civiele geding in de toekomst. Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van de regels van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar aanleiding van de integratie van kantongerecht en rechtbank (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Westenberg 2006

J.W. Westenberg, Een zoektocht naar de feiten?, in: P.J. van der Korst e.a., Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 31-53.

Wetzels 2003

W.J.J. Wetzels, De substantiëringsplicht: zin en onzin, Praktisch Procederen 2003, p. 1-2.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, De rechtsverhouding tussen procespartijen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Wiersma 2002

H.W. Wiersma, Inhaalmanoeuvres in het burgerlijk procesrecht. De hercodificatie van wetsvoorstel 26 855 c.a. per 1 januari 2002, Nederlands Juristenblad 2002, p. 6-20.

Wiersma 2010

H.W. Wiersma, Bewijswaarderingsoordelen in het civiele (proces)recht, *Ars Aequi* 2010, p. 466-475.

Wigboldus 2010

D.H.J. Wigboldus, Psychologische aspecten bij bewijslevering, in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht, Najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 45-55.

Wildeboer 2011

J.R. Wildeboer, Kostendekkende griffierechten; een fundamentele bezuiniging?, in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-194.

Witteman 1921

P.J. Witteman, De grens tusschen recht en feit in de burgerlijke cassatie (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Boekdrukkerij H.J. Koersen 1921.

Ynzonides 2010

M. Ynzonides, Complexiteit en massificatie in het burgerlijk procesrecht, in: E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010, p. 93-104.

Zilinsky 2005

M. Zilinsky, De Europese Executoriale Titel (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.