



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het aanvullen van de rechtsgronden : de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48(oud) Rv

Crommelin, R.W.J.

Citation

Crommelin, R. W. J. (2007, April 17). *Het aanvullen van de rechtsgronden : de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48(oud) Rv*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/11859>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/11859>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 | Partij-autonomie en lijdelijkheid

1 INLEIDING

De beginselen van de partij-autonomie en lijdelijkheid zijn nauw verbonden met art. 48 (oud) Rv. Deze beginselen domineren voor een belangrijk deel het gebied van de bevoegdheidsverdeling tussen partijen en de rechter waarop ook art. 48 (oud) Rv betrekking heeft. Ik heb ervoor gekozen deze beginselen in hetzelfde hoofdstuk te behandelen, omdat zij twee kanten van één medaille vormen waarbij de partij-autonomie is gericht op de partijen en de lijdelijkheid op de rechter: de rechter is lijdelijk waar partijen autonoom zijn.

In de loop der tijden zijn juristen anders gaan denken over de gewenste bevoegdheidsverdeling en daarmee zijn er veranderingen opgetreden in de betekenis van de lijdelijkheid en de partij-autonomie.¹ Zo is bijvoorbeeld de focus verschoven van de lijdelijkheid van de rechter naar de autonomie van partijen als basis voor deze verdeling. Ik zal mij niet met de geschiedenis van de lijdelijkheid en de partij-autonomie bezighouden. Hiervoor verwijs ik de lezer naar andere literatuur zoals het proefschrift van Bosch-Boesjes, 'Lijdelijkheid in geding',² het artikel van Bosch-Boesjes in *Justitiële Verkenningen* 'Lijdelijkheid van de rechter en efficiency in het civiele geding'³ en de rede van Chorus.⁴

In § 2 van dit hoofdstuk wordt kort de achtergrond van de partij-autonomie en de lijdelijkheid besproken. Daarna wordt als eerste de partij-autonomie behandeld. Na een bespreking van de inhoud van dit beginsel, zal ik voor de aspecten van de procedure waarvoor de partij-autonomie geldt, uitwerken welke gevolgen dit beginsel heeft en een aantal voorbeelden geven van hoe dit beginsel doorwerkt in het procesrecht (§ 3). Vervolgens komt de lijdelijkheid aan de orde (§ 4).

Daarna zal ik in een aparte paragraaf aandacht besteden aan de vraag of deze beginselen ook gelden voor de loop van het geding (§ 5). In § 6 komt de vraag aan de orde in hoeverre deze beginselen nog gelden voor het burgerlijk procesrecht. In § 7 bespreek ik kort de plaats van de 'openbare orde' bij deze beginselen.

1 Zie Bosch-Boesjes 1991 hoofdstuk 2.

2 Bosch-Boesjes 1991.

3 Bosch-Boesjes 1995.

4 Chorus 1987.

In § 8 wordt het begrip ‘Dominus litis’ besproken. Dit is een begrip dat vaak wordt genoemd in het kader van de lijdelijkheid en de partij-autonomie.

2 ACHTERGROND VAN PARTIJ-AUTONOMIE EN LIJDELIJKHEID

De achtergrond van de partij-autonomie en de lijdelijkheid is het recht van de burger om ‘vrijelijk’ over zijn rechten te beschikken.⁵ Burgers kunnen niet gedwongen worden om gebruik te maken van aan hen toekomende rechten. Zij zijn vrij om te bepalen of zij hun rechten via een gerechtelijke procedure zullen handhaven en in welke mate zij die zullen handhaven. De rechter moet de keuze van een burger om geen of slechts gedeeltelijk gebruik te maken van een recht respecteren. Op dit idee zijn de beginselen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid gebaseerd.

3 PARTIJ-AUTONOMIE

Het beginsel van de partij-autonomie betreft de zeggenschapsverdeling tussen de partijen en de rechter.⁶ Waar de partij-autonomie geldt, zijn de wensen en handelingen van partijen bepalend en beheersen zij het proces. De meeste bevoegdheden zullen bij de partijen liggen en de rechter zal over slechts weinig bevoegdheden beschikken. Verder is de rechter wat betreft de betrokken aspecten van het proces gebonden aan keuzes van partijen of kan hij slechts van een bevoegdheid gebruik maken op initiatief van één of beide partijen.

De partij-autonomie geldt voor drie aspecten van de procedure: de aanleg en voortzetting van het proces, de omvang van de rechtsstrijd⁷ en de vraag wie aan het geding zullen deelnemen.⁸ Hieronder zal ik de werking van de partij-autonomie bij deze drie aspecten bespreken.

5 Vgl. Boneval Faure 1871 p. 71, 72; Boneval Faure 1893 p. 111, 113; Star Busmann 1955 p. 226; Star Busmann/Rutten 1972 p. 219; Rutgers, Flach & Boon 1988 p. 84; Princen 1990 p. 57; Gras 1994 p. 31; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 69; Stein & Rueb 2000 p. 15.

6 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 9; Bosch-Boesjes 1995 p. 68.

7 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Rutgers, Flach & Boon 1988 p. 84; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Ernes 1997 p. 6; Bosch-Boesjes 1991 p. 9; Wesseling-Van Gent 1987 p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 102; Princen 1990 p. 57; Dijksterhuis-Wieten 1992 p. 3.

8 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Bosch-Boesjes 1991 p. 77, 80-81.

3.1 Aanleg

Een procedure kan uitsluitend door partijen worden begonnen. Burgers zijn vrij om te bepalen of zij hun geschil aan de rechter zullen voorleggen of dat zij hiervan zullen afzien. De burger die als eisende partij zou optreden heeft de vrijheid om geen vordering in te dienen. De burger die wordt aangesproken kan kiezen om te voldoen aan de eis, ook al zou hij een proces kunnen winnen. Als een partij afziet van een juridische beoordeling of verdediging, is de procedure afgelopen. Partijen kunnen niet worden gedwongen om in een gerechtelijke procedure verwickeld te raken.

Als een geschil niet door partijen wordt aangebracht, is er geen taak voor de rechter. De rechter kan niet ambtshalve een geschil aan zich trekken. Het is hierbij irrelevant hoe schrijnend het onrecht zou zijn.⁹

Dit is niet expliciet opgenomen in de wet, maar kan wel worden gelezen in een aantal wettelijke bepalingen. Een daarvan is art. 1 (oud) Rv op grond waarvan elke 'regtsingang' aanvangt met een dagvaarding. Nu slechts de eiser een dagvaarding kan uitbrengen,¹⁰ volgt dat slechts de eiser een procedure kan beginnen.

3.2 Voortzetting

Partijen bepalen of het geding voortijdig zal worden beëindigd en of het geding tijdelijk zal worden stilgezet. Partijen kunnen te allen tijde de procedure voortijdig beëindigen.¹¹ Zij hebben hier geen toestemming of verlof van de rechter voor nodig. Het is niet van belang hoe interessant de rechtsvraag is of hoe mooi het concept voor het vonnis is dat de rechter heeft geschreven. Als de partijen de procedure voortijdig willen beëindigen, is het proces afgelopen en komt er geen rechterlijke uitspraak.¹²

De bevoegdheid om een procedure voortijdig te beëindigen berust uitsluitend bij partijen. De procedure wordt slechts door de rechter beëindigd als deze een eindvonnis wijst.¹³ Een voorbeeld van deze partij-autonomie is te zien bij de regeling van verval van instantie. Dit is de rechterlijke beëindiging

9 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 79/80, 85, 227; Bosch-Boesjes 1995 p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35, 36/37; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Chorus 1987 p. 2; Jongbloed 1994 p. 56; Princen 1990 p. 57; Wesseling-van Gent 1987 p. 93, 121; Stein & Rueb 2000 p. 14; Brenninkmeijer 1994 I p. 321; Numann 1994 p. 348; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8.

10 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 79.

11 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 83/84; Bosch-Boesjes 1995 p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Jongbloed 1994 p. 56; Princen 1990 p. 57; Ernes 1997 p. 6; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Stein & Rueb 2000 p. 15; Numann 1994 p. 348; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.

12 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36/37; Jongbloed 1994 p. 56 noot 2.

13 Vgl. Chorus 1987 p. 2; Bosch-Boesjes 1991 p. 86.

van de procedure op grond van tijdsverloop.¹⁴ Deze wordt niet ambtshalve uitgesproken, maar slechts op vordering van een van de partijen (art. 281, 282 (oud) Rv).¹⁵

De rechter heeft in bepaalde gevallen wel de bevoegdheid om de zaak ambtshalve te royeren. Royeren is een administratieve maatregel waarbij de zaak van de rol wordt geschrapt.¹⁶ De rechter kan ambtshalve doorhaling van de zaak op de rol bevelen als beide partijen niet verschijnen op de dag bepaald tot voortzetting van de zaak (art. 42 Reglement I).¹⁷ Daarnaast kan de rechter ambtshalve royeren als partijen geen proceshandelingen verrichten ondanks een verzoek van de rechter hiertoe in zaken die op de rol staan voor een herhaald en langdurig uitstel.¹⁸ Deze ambtshalve bevoegdheid is mijns inziens niet in strijd met het hier behandelde aspect van de partij-autonomie: de uitsluitende bevoegdheid voor partijen om het voortijdig geding te beëindigen.

Bij het ambtshalve royeren zijn het de partijen die bepalen of de zaak werkelijk is beëindigd. Als partijen ervoor kiezen niet te verschijnen, komt dit immers neer op het door partijen afzien van verdere voortzetting van het geding.¹⁹ Partijen kunnen de procedure voortzetten en royement voorkomen door te verschijnen of anderszins een proceshandeling te verrichten. De keus om door te procederen of niet blijft bij hen. De rechter reageert slechts op hun handelingen.

Daarbij maakt een (ambtshalve) royement geen einde aan de procedure.²⁰ Royement is immers slechts een administratieve maatregel waardoor de zaak op de rol wordt doorgehaald. Partijen kunnen de rechter verzoeken een zaak die is geroyeerd weer op de rol te plaatsen, waarna de procedure weer verder gaat.²¹

De reden of de achtergrond van het royement kan echter tot gevolg hebben dat de zaak definitief is beëindigd.²² Als de zaak bijvoorbeeld is geroyeerd omdat partijen de zaak hebben geschikt, zal de zaak door de schikking defini-

14 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 159.

15 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 189; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 159.

16 Bosch-Boesjes 1998 p. 41; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant. 4; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137; Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86.

17 Burg. Rv. (Asser) art. 75, aant.3; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 67.

18 Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Bosch-Boesjes 1998 p. 42.

19 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 84.

20 Bosch-Boesjes 1998 p. 42/43; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant. 4; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86.

21 Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant.4; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Bosch-Boesjes 1998 p. 43.

22 Bosch-Boesjes 1998 p. 43; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant.4.

tief zijn beëindigd.²³ Het is echter de schikking die verder procederen onmogelijk maakt en niet het royement.

Naast de mogelijkheid om de procedure voortijdig te beëindigen, bestaat ook de mogelijkheid dat de procedure tijdelijk wordt stilgelegd. Ook dit aspect wordt beheerst door partijen. Een voorbeeld hiervan is het volgende. Als de dag van de uitspraak is bepaald en partijen onderhandelen over een schikking, kunnen zij op grond van art. 47 lid 2 (oud) Rv de rechter verzoeken om de uitspraak uit te stellen. Daarnaast kunnen partijen met een gezamenlijk verzoek de rechter verzoeken om de zaak van de rol te schrappen (te royeren), bijvoorbeeld om te wachten op de afloop van een prejudicieel geschil²⁴ of omdat partijen in onderhandeling zijn.²⁵ Beide partijen hebben de bevoegdheid de rechter te verzoeken om de zaak weer op de rol te plaatsen waarna de behandeling van zaak verder gaat.

Ook bij de regeling van schorsing in art. 254 ev. (oud) Rv blijkt dat het stilleggen van de procedure door partijen wordt beheerst. Schorsing treedt niet van rechtswege in²⁶ en de keuze om te schorsen ligt bij de partijen. In geen geval kan de rechter ambtshalve schorsen en voor het in werking treden van de schorsing is geen toestemming van de rechter vereist.²⁷

Het voortzetten van de procedure nadat deze is stilgelegd, kan ook slechts door partijen gebeuren. In geval van schorsing bijvoorbeeld hebben slechts partijen de bevoegdheid om de procedure na schorsing te hervatten (art. 258 lid 2 en 259 (oud) Rv) en zij zijn niet verplicht het geding te hervatten.²⁸ Ook in geval van royement kunnen slechts partijen er voor zorgen dat de zaak weer op de rol wordt geplaatst²⁹ en hiertoe zijn zij niet verplicht.

3.3 Omvang van de rechtsstrijd

Het zijn de partijen die de omvang van de rechtsstrijd bepalen.³⁰ Dit betekent ten eerste dat partijen bepalen waarover zal worden geprocedeerd (de vorde-

23 Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant. 4; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137.

24 Bosch-Boesjes 1998 p. 43; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant.4.

25 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137.

26 De uitzondering hierop is schorsing wegens de dood of verlies van de betrekking van de gestelde procureur. In dit geval treedt de schorsing van rechtswege in (art. 256 lid 2 (oud) Rv.).

27 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 182/183; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 157/158; Bosch-Boesjes 1991 p. 81/82.

28 Bosch-Boesjes 1991 p. 82; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 183.

29 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86.

30 Brenninkmeijer 1994 I p.321; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p.8; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant.3; Stein & Rueb 2000 p. 14; Ernes 1997 p. 6; Boon/van der Wal 1990 p. 3.

ring en de feitelijke gronden) en ten tweede dat partijen de feitelijke grondslag bepalen waarop de toewijsbaarheid van de vordering wordt beoordeeld.³¹

3.3.1 De vordering

Partijen bepalen niet alleen of zij hun geschil aan de rechter zullen voorleggen, maar ook in welke mate. Het is de eiser die de omvang van de vordering bepaalt.³² Als hij slechts een deel van zijn rechten wil handhaven door minder te vorderen dan waarop hij recht heeft, zal de rechter dat moeten respecteren. De rechter is beperkt tot het beoordelen van de toewijsbaarheid van de hem voorgelegde vordering. Hij mag niet meer of iets anders toewijzen dan is gevorderd (art. 382 sub 2 en 3 (oud) Rv).³³ Daarnaast is hij verplicht de toewijsbaarheid van al het gevorderde te beoordelen en dus omtrent al het gevorderde uitspraak te doen (art. 382 sub 4 (oud) Rv).³⁴

De partij-autonomie kan ook worden teruggevonden in de regeling van de eiswijziging van art. 134 (oud) Rv. Slechts de eiser kan het initiatief nemen om zijn eis te wijzigen (art. 134 (oud) Rv) en slechts de verweerder kan zich hiertegen verzetten (art. 134 lid 2 (oud) Rv).³⁵ De rechter mag de eiswijziging niet ambtshalve beoordelen. Zijn taak is beperkt tot het beoordelen van het verzet. Als de verweerder zich niet verzet, wordt verder geprocedeerd op basis van de gewijzigde eis.³⁶ De rechter kan de wijziging niet tegenhouden, ook niet als een eventueel verzet zou hebben kunnen slagen.³⁷

Eiswijziging in de dagvaardingsprocedure is niet iets dat moet worden gevraagd. Als de eiser zijn eis wil wijzigen, mag hij dat eenvoudigweg doen. Slechts als de verweerder zich verzet tegen een eiswijziging of eisvermeerdering en de rechter beslist dat het verzet terecht is gedaan, gaat de eiswijziging niet door.³⁸

Uit het bovenstaande blijkt dat ook de verweerder invloed uitoefent op de omvang van de vordering, al is het in beperkte mate: hij kan ervoor kiezen om geen verzet in te stellen tegen een eiswijziging of de gronden van zijn verzet te beperken.

31 Brenninkmeijer 1994 II p. 346; Chorus 1987 p. 2/3; Bosch-Boesjes 1995 p. 70/71.

32 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 107, 228; Bosch-Boesjes 1995 p. 71/72; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Wesseling-van Gent 1987 p. 93, 121; Stein & Rueb 2000 p. 14; Burg. Rv. art. 48, aant. 3; Numann 1994 p. 348.

33 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41; Bosch-Boesjes 1991 p. 107; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Stein & Rueb 2000 p. 14/15; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Chorus 1987 p. 2/3; Princen 1990 p. 57; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 102.

34 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41.

35 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 104/105, 228; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 80.

36 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 80.

37 Vgl. Bosch-Boesjes 104/105, 107.

38 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 80; dit is anders onder het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; zie art.130 Rv.

3.3.2 *De feitelijke gronden*

Partijen kunnen verder de grenzen van de rechtsstrijd beperken door de feitelijke gronden waarop zij hun vordering baseren te beperken. De eiser kan ervoor kiezen om een bepaalde feitelijke grond niet ten grondslag te leggen aan zijn vordering. Dat de eiser zijn kansen om te winnen beperkt, zal de rechter moeten respecteren. Hij mag de vordering niet toewijzen op de niet-aangevoerde feitelijke grond.

Verder staat het de verweerder vrij om te bepalen in hoeverre hij zich verdedigt.³⁹ Hij kan besluiten om zich niet te verdedigen door bijvoorbeeld verstek te laten gaan of zich te refereren aan het oordeel van de rechter.⁴⁰ De mogelijkheid voor de rechter om de vordering te beoordelen is in dat geval beperkt. Als de verweerder verstek laat gaan, zal de rechter de vordering toewijzen, behalve als deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 76 (oud) Rv). Bij referte voert de verweerder geen verweer maar erkent hij ook niets. De feiten worden niet betwist en staan dus vast. Een referte betekent op zich niet dat de gedaagde zal verliezen. Als bijvoorbeeld de eiser onvoldoende feiten heeft gesteld of de inhoud van het recht verkeerd heeft beoordeeld, zal de vordering niet worden toegewezen.⁴¹ Een gedaagde beperkt zijn kansen echter wel bij een referte.

De verweerder kan zijn verdediging ook beperken door deze bijvoorbeeld slechts te richten tegen een deel van de vordering. Daarnaast kan hij besluiten een bepaald verweer niet te voeren door bijvoorbeeld geen beroep te doen op een rechtsmiddel zoals verjaring of gezag van gewijsde. Dat de verweerder zijn kansen om te winnen beperkt, zal de rechter moeten respecteren.

3.3.3 *De feitelijke grondslag*

De partij-autonomie houdt verder in dat de zeggenschap met betrekking tot de feitelijke grondslag van het geding bij de partijen ligt.⁴² Dit aspect van de partij-autonomie komt voornamelijk terug in de volgende twee regels. Ten eerste dat slechts partijen de feiten mogen aanvoeren. De rechter mag hier geen feiten aan toevoegen en hij mag zijn uitspraak in principe slechts baseren op de door de partijen aangevoerde feiten.⁴³ Dit wordt gelezen in art. 48 en 176 (oud) Rv.

39 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37.

40 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 125/126.

41 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 72/73; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 125/126.

42 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 132; Bosch-Boesjes 1995 p. 72; Wesseling-van Gent 1987 p. 121; Brenninkmeijer 1994 II p. 346.

43 Chorus 1987 p. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 72; Rutgers, Flach & Boon 1988 p. 84; Princen 1990 p. 57/58; Wesseling-van Gent 1987 p. 6, 121; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37, 38; Bosch-Boesjes 1991 p. 132, 229/230

De tweede regel is dat de rechter alleen bewijs mag verlangen van feiten die zijn betwist. Niet-betwiste feiten en erkende feiten moet hij als vaststaand aannemen.⁴⁴ Dit wordt gelezen in art. 176 lid 1 en 181 (oud) Rv.

Deze twee regels komen uitgebreider aan de orde in hoofdstuk 8.

3.4 Deelname aan het geding

Het derde aspect van het proces waarvoor de partij-autonomie geldt, is de deelname aan het geding. Het ligt in de handen van de justitiabelen om te bepalen wie als partijen aan het geding zullen deelnemen.⁴⁵ De rechter kan niet ambtshalve justitiabelen als partijen betrekken in het geding. Er is een keuze van de justitiabele voor nodig om partij te worden. Soms is deze keuze echter al gemaakt door de materiële rechtsverhouding aan te gaan.⁴⁶

De eiser bepaalt wie hij zal dagvaarden.⁴⁷ Met de dagvaarding zijn eiser en verweerder gegeven. De rechter kan hier geen verandering in brengen.

Als derden als partij aan het geding gaan deelnemen is de werking van de partij-autonomie echter minder sterk. In sommige gevallen hebben zowel de rechter als de partijen zeggenschap, terwijl in andere gevallen de wet partijen geen keus laat en zij in feite geen zeggenschap hebben. Een voorbeeld van het eerste is de regeling van de voeging en tussenkomst. Een derde die een belang heeft in een lopend geding kan op grond van art. 285 ev. (oud) Rv vorderen zich te mogen voegen of te mogen tussenkomen. Enerzijds is het een vrije keuze van deze derde om al dan niet te interveniëren. Anderzijds is de autonomie van partijen sterk beperkt omdat het de rechter is die bepaalt of de derde mag voegen of tussenkomen.⁴⁸ In bepaalde gevallen is geen verloop van de rechter vereist.⁴⁹ Dit betekent dat eiser en gedaagde geen veto kunnen uitspreken over de vordering tot voeging of tussenkomst. Zij krijgen slechts gelegenheid om te antwoorden op de vordering waarna de rechter op het incident beslist.⁵⁰ Daarnaast is het voor de derde ook niet zeker dat hij kan interveniëren.

Ook de regeling van vrijwaring (art. 68 ev. (oud) Rv) vertoont deze mix van zeggenschap. Enerzijds kunnen partijen niet gedwongen worden een derde in vrijwaring op te roepen en zal de rechter die keuze moeten respecteren.

44 Vgl. Chorus 1987 p. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 72; Princen 1990 p. 58; Ernes 1997 p. 6; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Stein & Rueb 2000 p. 15; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37, 39; Bosch-Boesjes 1991 p. 145 ev., 230/231.

45 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35.

46 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 81.

47 Vgl. Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Bosch-Boesjes 1991 p. 80.

48 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 77, 227; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 153.

49 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 153/154.

50 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 171; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 153.

Hij kan die derde niet ambtshalve oproepen.⁵¹ Anderzijds is rechterlijk verlof vereist als de oproep tot vrijwaring na de dienende dag wordt gedaan (art. 68 lid 1 (oud) Rv).⁵² De justitiabele die in vrijwaring wordt opgeroepen heeft geen keus. Hij wordt partij. In feite heeft hij zijn keus al gemaakt toen hij de rechtsverhouding aanging die nu ten grondslag ligt aan zijn oproep.⁵³

In bepaalde gevallen schrijft de wet voor dat derden moeten worden opgeroepen.⁵⁴ Voor bepaalde zaken wordt voor de ontvankelijkheid van de eiser (bv. art. 3:218, 245 en 5:95 BW) of de toewijsbaarheid van de vordering (art. 5:32 BW), de voorwaarde gesteld dat een derde tijdig in het geding wordt geroepen. Soms is het doel slechts dat een derde in het geding wordt opgeroepen zodat ook deze door het vonnis wordt gebonden (bv. art. 477b lid 3 (oud) Rv). Ook als de derde niet verschijnt wordt deze partij in het geding.⁵⁵ Het moeten oproepen van deze derden vormt een uitzondering op de partij-autonomie. De burgers zijn immers niet vrij om hun medepartijen te bepalen en de derden worden partij ongeacht of zij hiervoor kiezen.

4 LIJDELIJKHEID

In deze paragraaf komt de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter aan de orde. De lijdelijkheid heeft in de loop der tijd aan betekenis ingeboet. Haar plaats is ingenomen door de partij-autonomie. Waar het vroeger de rechter verboden was om de feiten aan te vullen omdat de rechter lijdelijk was, is het hem nu verboden vanwege de autonomie van partijen. Een verschuiving in focus. Wat houdt het nu in dat de burgerlijke rechter lijdelijk is?

De moderne lijdelijkheid heeft twee belangrijke kenmerken. Ten eerste gaat het over de houding van de rechter als wordt gesproken over de lijdelijkheid van de rechter.⁵⁶ Ten tweede wordt de lijdelijkheid van de rechter gezien als de keerzijde van de autonomie van partijen. De rechter is lijdelijk in de zin dat hij de partij-autonomie moet respecteren.⁵⁷ Dit betekent dat de lijdelijkheid inhoudt dat de rechter een lijdelijke houding dient in te nemen ten opzichte van die aspecten van het geding waarover de partijen volgens de partij-autonomie de zeggenschap hebben.

51 Bosch-Boesjes 1991 p. 81.

52 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 81; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 151.

53 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 81.

54 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 152.

55 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 152.

56 Vgl. Bosch-Boesjes 1994 p. 22; Bosch-Boesjes 1995 p. 63/64; Bosch-Boesjes 1991 p. 225; Van den Haak 1995 p. 219; Jongbloed 1994 p. 56; Dijksterhuis-Wieten 1992 p. 4; Brenninkmeijer 1994 II p. 347; Bolt 1994 p. 353.

57 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Stein & Rueb 2000 p. 14, 16; Chorus 1987 p. 2; Boon/Van der Wal 1990 p. 3; Van den Reek 1994 p. 165/166; Bosch-Boesjes 1991 p. 235; Bosch-Boesjes 1994 p. 22; Wesseling-van Gent 1987 p. 93, 122.

Wat is nu een 'lijdelijke houding'? In de prejudiciële vragen die de Hoge Raad in het van Schijndel arrest stelt, wordt de lijdelijkheid van de rechter vertaald als 'its role of strict passivity'.⁵⁸ Dit lijkt mij een verkeerde vertaling. Lijdelijkheid is niet gelijk te stellen met passiviteit.⁵⁹

Het gaat meer om een terughoudende opstelling van de rechter.⁶⁰ De rechter moet zich terughoudend opstellen op die terreinen waar de partijen volgens de partij-autonomie zeggenschap hebben. De rechter zal moeten afwachten waar partijen mee komen en het moeten accepteren als partijen zijns inziens fouten maken door bijvoorbeeld minder te vorderen dan mogelijk is, bepaalde feiten niet aan te voeren of af te zien van het aanvoeren van bepaalde verweren. Hij mag deze fouten niet 'corrigeren'.

Vertaald naar het procesrecht betekent dit dat de rechter terughoudend gebruik zal moeten maken van de bevoegdheden die hij op deze gebieden heeft en verder dat hij bij het gebruik maken van zijn bevoegdheden de grenzen die partijen hebben gesteld zal moeten respecteren.⁶¹

Keerzijde hiervan is dat het de verantwoordelijkheid van de partijen is om de correcte keuzes te maken.

Deze omschrijving van de lijdelijkheid staat nog verschillende soorten instelling toe. Van een rechter die slechts reageert, en weinig initiatief of activiteit ontplooit, tot een rechter die veel communiceert met partijen, en voorstellen doet al dan niet met betrekking tot de toepassing van zijn bevoegdheden. Zolang zij de uiteindelijke keuzes van partijen respecteren, zijn beide type rechters lijdelijk in de moderne omschrijving van de lijdelijkheid. In de dagvaardingsprocedure voor de rechtbank lijkt de eerste instelling nog de voorkeur te hebben als de voorgeschreven instelling. Onder druk van ontwikkelingen zoals de redelijke termijn van art. 6 EVRM en de roep om effectiviteit en efficiëntie ontwikkelt de burgerlijke rechter naar het tweede type toe. Bij de herziening van het burgerlijk procesrecht zijn een aantal van deze ontwikkelingen vastgelegd en zijn de partij-autonomie en de lijdelijkheid ook anderszins verder teruggedrongen (zie hoofdstuk 9).

Latere procesrechten zoals de, in aangepaste vorm feitelijk nog steeds bestaande, kantongerechtsprocedure en de verzoekschriftprocedure, en de toenemende populariteit van de kortgedingsprocedure, laten ook duidelijk deze ontwikkeling zien. Niet alleen vermindert de partij-autonomie, maar er wordt ook meer nadruk gelegd op de communicatie tussen rechter en partijen. Ook de oude dagvaardingsprocedure volgde deze ontwikkeling al (zie § 6).

58 Official Journal 1993, C 338/10, Cases C-430/93 en C 341/93.

59 Vgl. Brenninkmeijer 1994 II p. 346; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35.

60 Vgl. Jongbloed 1994 p. 56; Bosch-Boesjes 1995 p. 68, 73; Bosch-Boesjes 1994 p. 22.

61 Vgl. van den Reek 1994 p. 166; Jongbloed 1994 p. 56; Bosch-Boesjes 1995 p. 64, 73; Bosch-Boesjes 1991 p. 225.

5 DE LOOP VAN HET GEDING EN DE PARTIJ-AUTONOMIE EN LIJDELIJKHEID

De omschrijvingen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid in de vorige twee paragrafen geven een beeld van een procedure die volkomen door de partijen wordt beheerst en waarin de rechter weinig mogelijkheden heeft. In deze paragraaf en de volgende paragraaf wil ik dit beeld bijstellen. Deze paragraaf betreft de vraag of het beginsel van de partij-autonomie, en de daarmee samenhangende lijdelijkheid, ook geldt voor de loop van het geding.

Bij de loop van het geding gaat het om zaken zoals de voortgang van het proces, het verloop van het feitenonderzoek en de vraag bij wie het initiatief ligt als het gaat om toepassing van procesrechtelijke instrumenten.⁶² In zekere zin wordt hiermee bedoeld het processuele onderzoek naar de vordering. Als de partij-autonomie ook hiervoor geldt, zou dat betekenen dat partijen ook de loop van het geding beheersen en dat de rechter zich ook hier terughoudend moet opstellen.

Het is onduidelijk of de partij-autonomie geldt voor de loop van het geding. In de literatuur na 1987 wordt deze vraag nauwelijks besproken. Asser stelt dat de partij-autonomie en de lijdelijkheid ook gelden voor de het terrein van de procesvoering.⁶³ Bosch-Boesjes stelt dat de partij-autonomie niet geldt met betrekking tot de duur van de procedure, een aspect van de loop van het geding.⁶⁴ Stein & Rueb stellen dat ten aanzien van het verloop en de instructie van de zaak de rechter niet lijdelijk is en dat hij zulks uit het oogpunt van een evenwichtige verhouding tussen partijen ook niet hoeft te zijn.⁶⁵ De meeste schrijvers beantwoorden de vraag naar de lijdelijkheid van de rechter in de loop van het geding door het procesrecht te bespreken.⁶⁶

Op basis van het procesrecht, is het moeilijk vol te houden dat de partij-autonomie geldt voor de loop van het geding of dat de rechter lijdelijk is met betrekking tot de loop van het geding.⁶⁷ De bevoegdheidsverdeling is hier niet overwegend ten voordele van partijen. Ik beperk me hier tot een aantal voorbeelden:

62 Zie ook Numann 1994 p. 347; vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 179.

63 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.

64 Bosch-Boesjes 1994 p. 23, 31/32.

65 Stein & Rueb 2000 p. 16.

66 Bosch-Boesjes 1995 p. 70; Bosch-Boesjes 1991 p. 179 ev.; Jongbloed 1994 p. 57; Numann 1994 p. 348 ev.; Mollema 1994 p. 350 ev.; Boon/Van der Wal 1990 p. 3 /4; Stein & Rueb 2000 p. 16 ev.

67 Wat betreft het herziene burgerlijk procesrecht gelden de partij-autonomie en de lijdelijkheid niet voor de loop van het geding (zie hoofdstuk 9 § 6).

Een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de voortgang van de procedure
Op grond van art. 6 EVRM heeft de rechter een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de voortgang van de procedure.⁶⁸ Hij moet erop toezien dat het proces binnen een redelijke termijn wordt afgewikkeld. Hij heeft daartoe bevoegdheden en dient daar gebruik van te maken.⁶⁹ Daarbij mag hij niet slechts afgaan op de wensen van de partij(en), maar moet hij ook rekening houden met het algemene belang dat procedures binnen een redelijke termijn worden afgerond⁷⁰ o.a. gezien het beslag dat zij leggen op de algemene middelen,⁷¹ en om grenzen te stellen aan de onzekerheid en psychische druk die civiele procedures voor justitiabelen veroorzaken.⁷²

Strijd met de goede procesorde

Als de rechter van oordeel is dat een bepaalde proceshandeling in strijd is met hetgeen een goede procesorde eist, is hij bevoegd dit oordeel ambtshalve te geven.⁷³ Hij zal hieraan de consequenties verbinden die hij geraden acht. Vaak zal dit zijn dat de proceshandeling in kwestie wordt gepasseerd.

Comparities

De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van het geding een schikkingcomparitie (art. 19 (oud) Rv) of een inlichtingencomparitie (art. 19a (oud) Rv) gelasten.⁷⁴ Deze bepalingen geven de rechter de mogelijkheid om in elk stadium van het geding partijen voor zich laten verschijnen om bepaalde stellingen toe te lichten, om op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen of om een schikking te beproeven. De rechter heeft de leiding tijdens de comparitie.⁷⁵ Hij kan partijen ondervragen en kan ingrijpen als de partijen elkaar vragen stellen.⁷⁶

Bewijsrecht

Het bewijsrecht is een mengeling van bevoegdheden van partijen en de rechter. Een greep uit de bevoegdheden van de rechter: de rechter bepaalt de bewijslast

68 Smits 1995 p. 14; Smits 1996 p. 210/211; Bosch-Boesjes 1991 p. 233; Bosch-Boesjes 1990 p. 667, 669; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36, 121; Numann 1994 p. 349; Mollema 1994 p. 352; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Bosch-Boesjes 1994 p. 23, 31; EHRM 25 juni 1987, NJ 1990, 231 (Capuano); In het herziene burgerlijk procesrecht heeft deze taak een nationale uitwerking gekregen in art. 20 lid 1 Rv.

69 Vgl. Bosch-Boesjes 1990 p. 669; Bosch-Boesjes 1994 p. 31.

70 Vgl. Bosch-Boesjes 1990 p. 669; Smits 1995 p. 13; Stein & Rueb 2000 p. 19.

71 Vgl. Numann 1994 p. 349.

72 Bosch-Boesjes 1994 p. 23/24.

73 HR 13 nov. 1998, NJ 1999, 173 (A-G Strikwerda) ro. 3.2.

74 Numann 1994 p. 348; Boon/Van der Wal 1990 p. 3; Princen 1990 p. 59; Stein & Rueb 2000 p. 18; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Wesseling-van Gent 1987 p. 93/94; Chorus 1987 p. 3; Jongbloed 1994 p. 57.

75 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 217.

76 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 162/163; Bosch-Boesjes 1991 p. 217.

(art. 177 (oud) Rv), de rechter kan ambtshalve een getuigenverhoor gelasten (art. 192 lid 1 (oud) Rv), de rechter kan bepalen dat partijen bij het getuigenverhoor zullen zijn (art. 193 (oud) Rv), de rechter ondervraagt de getuigen en kan voorkomen dat getuigen een vraag beantwoorden die door partijen wordt gesteld (art. 205 lid 1 (oud) Rv), de rechter kan partijen ondervragen naar aanleiding van het getuigenverhoor (art. 205 (oud) Rv), de rechter kan ambtshalve een deskundigenbericht bevelen (art. 221 (oud) Rv), in het kader daarvan benoemt de rechter de deskundigen en bepaalt hij het onderwerp waarover de deskundigen zullen berichten (art. 205 (oud) Rv), de rechter kan ambtshalve zaken bezichtigen (art. 226 (oud) Rv), de rechter mag een bewijsoanbod afwijzen als het gaat om een deskundigenbericht of een gerechtelijke plaatsopneming,⁷⁷ de rechter waardeert het bewijs en bepaalt uiteindelijk of het bewijs is geslaagd (art. 179 lid 2 (oud) Rv).⁷⁸

Wel is het zo dat partijen de rechter beperken in het gebruik van zijn bewijsbevoegdheden. Partijen roepen de getuigen op. Dit betekent dat de partijen de getuigen bepalen, aangezien de rechter geen getuigen kan verhoren die niet door partijen worden opgeroepen.⁷⁹ Verder is de rechter gebonden aan bewijsovereenkomsten, hebben bepaalde stukken dwingende bewijskracht zoals bijvoorbeeld authentieke en onderhandse akten (art. 184 (oud) Rv) en kan de rechter geen bewijs verlangen van feiten die niet zijn betwist of die erkend zijn (art. 176 lid 1 (oud) Rv). Verder moet de rechter in beginsel een aanbod tot getuigenbewijs aanvaarden. Een grond om een dergelijk aanbod weer niet te aanvaarden is bijvoorbeeld dat het aanbod te vaag is of niet ter zake dienend is.⁸⁰

Gevolgtrekking maken die de rechter geraden acht

Het kan gezegd worden dat partijen de uiteindelijke zeggenschap hebben in het geding omdat een partij altijd nog kan weigeren om mee te werken. Het is inderdaad zo dat medewerking niet afgedwongen kan worden.⁸¹ Echter als een partij weigert, zal de rechter hieruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.⁸² Meestal betekent dit dat de rechter de weigering ten nadele van de weigerachtige partij zal uitleggen.⁸³ Dit zal vaak betekenen dat die

⁷⁷ Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 166.

⁷⁸ Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11/12, 150; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Numann 1994 p. 348; Wesseling-van Gent 1987 p. 93/94; Boon/van der Wal 1990 p.3; Princen 1990 p. 60.

⁷⁹ Numann 1994 p. 348; Bosch-Boesjes 1991 p. 153.

⁸⁰ Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 155/156; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 166, 180/181; Stein & Rueb 2000 p. 15/16.

⁸¹ Vranken 1995 p. 18; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 167; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.

⁸² Vranken 1995 p. 14, 18.

⁸³ Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 166,167; Vranken 1995 p. 14, 18; Stein & Rueb 2000 p. 18.

partij het proces (gedeeltelijk) verliest. Dit is wel de enige 'sanctie'.⁸⁴ Weigeren is meestal contraproductief, aangezien de enige die hier echt nadeel van ondervindt meestal de weigerachtige partij is.

Voorbeelden van procesrecht waarin een weigerachtige opstelling ten nadele van de betrokken partij werkt, zijn de volgende. In het bewijsrecht betekent bewijslast bewijsrisico. Als een partij een bewijsopdracht krijgt en hij weigert hieraan te voldoen, wordt het te bewijzen feit niet bewezen.⁸⁵

Dat de rechter uit een weigering de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht, is voor de inlichtingencomparitie vastgelegd in art. 19a lid 4 (oud) Rv. Art. 144 lid 2 (oud) Rv bepaalt dit weliswaar niet uitdrukkelijk voor de pleidooien, maar het wordt algemeen aanvaard dat ook hier de rechter aan de weigerachtige opstelling de gevolgen mag verbinden die hem geraden voorkomen.⁸⁶ Art 8. lid 4 K. bepaalt dat als een partij niet voldoet aan een bevel tot openlegging van boeken, de rechter hieruit de gevolgtrekking mag maken die hem geraden voorkomt (art. 8 lid 4 K.).

Als een partij ondanks herhaald uitstel de volgende proceshandeling niet verricht, kan die partij het recht om die proceshandeling te verrichten verliezen. Als een partij bijvoorbeeld na een laatste uitstel nog niet concludeert, kan een 'akte niet-dienen' volgen, waardoor zij het recht verliest om te concluderen.⁸⁷

De rechter bepaalt wie wint

Er is echter één eigenschap van de gerechtelijke procedure die de zeggenschap voor een groot deel bij de rechter legt. Dat is de eigenschap dat de rechter uiteindelijk bepaalt of de eiser of gedaagde het proces wint. Partijen zijn gericht op het winnen van de procedure en niet op het winnen van een zeggenschapsstrijd met de rechter. Zij zullen proberen de rechter van hun juridisch gelijk te overtuigen. Daarbij zullen zij zich voor hun houding en het verrichten van proceshandelingen richten op de rechter en zullen zij de rechter volgen als hij actief het proces leidt. Het is onwaarschijnlijk dat zij op hun strepen gaan staan.

Gebaseerd op bovenstaande opsomming, die nog uitgebreid zou kunnen worden met vele gelijke voorbeelden, moet ik constateren dat wat betreft de loop van het geding er sprake is van een samenspel tussen rechter en partijen. De stelling is zelfs te verdedigen dat de rechter het geding kan leiden.⁸⁸ Voor dit leiden van het onderzoek gelden dan wel enkele beperkingen. Zo moet

⁸⁴ Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.

⁸⁵ Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 149/150; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 174.

⁸⁶ Vranken 1995 p.14.

⁸⁷ Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 72; Stein & Rueb 2000 p. 82; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 121; Verhagen-Maat 1994 p. 79; 67, 76; zie ook HR 10 september 1993, NJ 1994, 507 (A-G Asser; m.nt. HJS) het ging hier om een akte niet-dienen van grieven.

⁸⁸ Vgl. Bosch-Boesjes 1994 p. 22; met betrekking tot de duur van de procedure: Bosch-Boesjes 1994 p. 31.

hij wel binnen de grenzen van het geschil blijven.⁸⁹ Daarnaast gaat het om de beoordeling van het geschil van partijen. De rechter zal bij het toepassen van zijn bevoegdheden sterk rekening moeten houden met, maar zich niet puur richten op, de wensen van partijen.⁹⁰ Maar de stelling dat 'het proces van partijen is',⁹¹ is mijns inziens heden ten dage onjuist.

Hoewel de rechter dus potentieel het geding kan leiden, blijkt dat dit vaak niet het geval is. Een voorbeeld van deze terughoudende instelling is te zien in de wijze waarop de rechter handelt bij termijnen. Hij maakt weinig gebruik van zijn bevoegdheden om scherp termijnen te stellen en partijen daaraan te houden. In de praktijk wordt uitstel verleend als de wederpartij daar geen bezwaar tegen heeft.⁹² Hierdoor is de situatie ontstaan dat partijen herhaaldelijk uitstel kunnen vragen en krijgen. De rechter grijpt pas in als 'het de spui-gaten uitloopt'⁹³ en dan pas na enkele waarschuwingen vooraf. Daarbij valt het ingrijpen meestal mee: een comparitie om één dan wel beide partijen aan te sporen verder te procederen, het plaatsen van de zaak op de slaaprol of het ambtshalve royeren van de zaak.⁹⁴ Dit terwijl de rechter ook kan oordelen dat de betrokken partij het recht heeft verloren om de proceshandeling te verrichten om vervolgens verder te gaan met de procedure (zie hierboven).

De reden voor deze houding lijkt te zijn dat de partij-autonomie geldt voor alle aspecten van het civiele geding en dat de rechter zich altijd terughoudend moet opstellen.⁹⁵ Dit standpunt is echter onjuist en in het licht van het procesrecht ook niet meer goed te verdedigen.⁹⁶

6 DE PARTIJ-AUTONOMIE EN LIJDELIJKHEID GEDURENDE HET GEDING

Het beeld van een door partijen beheerst proces neemt verder af als de werking van de beginselen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid gedurende het geding wordt bekeken. Dan moet geconstateerd worden dat als de procedure eenmaal is begonnen de partij-autonomie en de lijdelijkheid met betrekking tot de omvang van de vordering en met name de feitelijke grondslag sterk verminderen.⁹⁷ Ook op deze gebieden krijgt de rechter taken en bevoegd-

89 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 218; Boon/van der Wal 1990 p. 3; Vranken 1995 p. 24.

90 Vgl. bv. Bosch-Boesjes 1990 p. 668 in het kader van art. 143 lid 2 (oud) Rv.

91 Van Nispen 1993 p. 20; Wouters 1996 p. 68 noot 6.

92 Bosch-Boesjes 1990 p. 668; Smits 1995 p. 13.

93 Smits 1995 p. 13.

94 Bosch-Boesjes 1990 p. 667; Smits 1995 p. 13.

95 Bosch-Boesjes 1994 p. 22, 23, 31.

96 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 233; Bosch-Boesjes 1994 p. 22; Chorus 1987 p. 2; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Van den Haak 1995 p. 219; Bosch-Boesjes 1990 p. 669.

97 Vgl. Jongbloed 1994 p. 57.

heden.⁹⁸ Wat betreft de omvang van het geding is het zo dat als de gedaagde zich verzet tegen een wijziging van de eis, de rechter bepaalt of de wijziging doorgang vindt (art. 134 lid 3 (oud) Rv). De partij-autonomie moet hier wijken voor een praktisch aspect: als partijen het niet eens zijn over een eisenwijziging, zal iemand een beslissing moeten nemen.

Naast de, beperkte, invloed die de rechter krijgt met betrekking tot de vordering, beschikt hij over vele bevoegdheden om invloed uit te oefenen met betrekking tot het samenstellen van de feitelijke grondslag.⁹⁹ De rechter kan partijen om inlichtingen vragen (bv. inlichtingencomparitie, pleidooi en na een getuigenverhoor) en hen vragen relevante documentatie over te leggen (bv. inlichtingencomparitie; overleggen van de boekhouding op grond van art. 8 K.¹⁰⁰). De rechter kan tijdens de comparitie suggesties aan partijen doen wat betreft het nader aanvoeren van feiten.¹⁰¹ Daarnaast kan de rechter getuigen en deskundigen ondervragen en observeren tijdens een gerechtelijke plaatsopneming. Verder moet de rechter bij het nemen van zijn beslissingen ambtshalve de volgende type feiten 'aanvullen': algemeen bekende feiten en ervaringsregels (art. 176 lid 1 (oud) Rv)¹⁰² en processuele feiten (zie verder hoofdstuk 8 § 3.1 respectievelijk § 3.3). En zeker niet te onderschatten is het feit dat het de rechter is die de door de partijen aangevoerde feiten interpreteert en kwalificeert.¹⁰³

De rechter moet van deze bevoegdheden gebruik maken om een zo'n correct mogelijke feitelijke grondslag samen te stellen waarbij de 'waarheid' zoals die in het proces komt vast te staan zoveel mogelijk overeenkomt met het werkelijk gebeurde.¹⁰⁴ Zolang de rechter binnen de grenzen van het geschil blijft, maakt de rechter volgens een niet-onaanzienlijk deel van de huidige literatuur geen wezenlijke inbreuk op de partij-autonomie. De grenzen van het rechterlijk handelen worden dan gezocht in de beginselen van de goede

98 Deze taken en bevoegdheden zijn onder het herziene burgerlijk procesrecht alleen nog maar toegenomen.

99 Brenninkmeijer 1994 I p. 322; Van den Haak 1995 p. 219; Asser 1991 p. 5; Van den Reek 1994 p. 167; Stein & Rueb 2000 p. 18 ev.; Bosch-Boesjes 1995 p. 74; Bosch-Boesjes 1991 p. 126-129 229/230, 231; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102.

100 Onder het herziene burgerlijk procesrecht is dit als algemene bevoegdheid opgenomen in art. 162 Rv. De rechter kan dan niet alleen openlegging van boeken bevelen, maar ook van alle bescheiden en geschriften die een partij ingevolge de wet moet houden, maken of bewaren.

101 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 127; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39; Burg. Rv. (Haardt) art. 176, aant. 5.

102 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 128/129.

103 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 74.

104 Vgl. Asser 1991 p. 2-4; Bosch-Boesjes 1991 p. 144; Jongbloed 1994 p. 57; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 9; Beijer/Dam-Lely/Kung Fen Chung/Meijer/Nauta/Wentink 1997 p. 11.

procesorde en van de hoor en wederhoor¹⁰⁵ en niet in de eerste plaats in de partij-autonomie en de lijdelijkheid.

Het is niet zo dat de rechter in deze visie het aanvoeren van de feiten overneemt van partijen. Met uitzondering van bijvoorbeeld getuigen en deskundigen, verkrijgt de rechter hoofdzakelijk de feiten van partijen. De rechter vult zelf geen feiten aan, maar hij vraagt partijen om nadere feiten aan te voeren.¹⁰⁶ Bij het verhoren van getuigen en deskundigen etc. borduurt hij verder op basis van hetgeen partijen hebben aangevoerd, vult lacunes op en vraagt verduidelijking.¹⁰⁷ De rechter zoekt dus niet wat partijen hem niet willen vertellen, maar gebruikt zijn bevoegdheden om tot een duidelijke en zoveel mogelijk correcte feitelijke grondslag te komen.

7 OPENBARE ORDE

In de literatuur wordt wel gesteld dat de partij-autonomie haar grens vindt waar de beschikking van partijen over hun rechten ophoudt.¹⁰⁸ Het gaat dan om rechtsnormen die van openbare orde zijn. Deze begrenzing heeft voornamelijk gevolgen voor de partij-autonomie voor zover het betreft het aanvoeren en bewijzen van feiten. De rechter kan niet ambtshalve een procedure beginnen als een rechtsnorm van openbare orde van toepassing is op het geschil. Het is wel zo dat als de openbare orde betrokken is dit reden kan zijn om ook anderen dan de direct betrokkenen de bevoegdheid te geven om een procedure te beginnen. Zo kunnen bijvoorbeeld de Raad voor de Kinderbescherming en het Openbaar Ministerie ondertoezichtstelling van een minderjarige en ontzetting van het ouderlijke gezag verzoeken (art. 1:254 lid 2 respectievelijk 270 BW).¹⁰⁹ De rechter kan niet op grond van de openbare orde een procedure voortzetten als partijen die willen beëindigen. Ook blijven burgers bepalen of zij deel willen nemen aan een geding. Zelfs als de rechter de bevoegdheid heeft om derden op te roepen, zoals in art. 429f lid 1 (oud) Rv maakt hij die derde daarmee niet tot partij. Deze kan weigeren.

De rechter heeft echter wel een grotere invloed op de feitelijke grondslag als een rechtsnorm van openbare orde toepasselijk is. Hij kan bijvoorbeeld bewijs van feiten verlangen, ook als die niet zijn betwist (art. 176 lid 2 (oud) Rv). Daarnaast kan hij zich baseren op alle ten processe gebleken feiten, ook als partijen die niet ten grondslag hebben gelegd aan hun vordering respectie-

105 Vgl. Brenninkmeijer 1994 I p. 322; Van den Reek 1994 p. 167; Asser 1991 p. 4; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant 4 (slot); Van den Haak 1995 p. 219; Vranken 1995 p. 24/25; Brenninkmeijer 1994 II p. 347.

106 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 128; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.

107 Vgl. Vranken 1995 p. 24/25.

108 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Van den Reek 1994 p. 166; Numann 1994 p. 348.

109 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37.

velijk verweer.¹¹⁰ Maar zelfs bij rechtsnormen die van openbare orde zijn, mag de rechter niet ambtshalve feiten aanvoeren.

De uitzonderingspositie van rechtsnormen van openbare orde zal regelmatig terugkeren in dit proefschrift.

8 DOMINUS LITIS

In de literatuur wordt in het kader van de partij-autonomie en de lijdelijkheid herhaaldelijk het begrip 'dominus litis' gebruikt. Het wordt gesteld dat de rechter of partijen al dan niet dominus litis zijn.¹¹¹ Dit begrip heeft net als de partij-autonomie betrekking op de zeggenschapsverdeling tussen partijen en de rechter. Maar buiten het feit dat degene die dominus litis is een aspect van de procedure beheerst, wordt niet duidelijk wat er precies met dit begrip wordt bedoeld.

Een onderzoek in het woordenboek leert het volgende. 'Dominus' betekent letterlijk heer, heerser, gebieder.¹¹² 'Lis' (gen. Litis) heeft drie mogelijke betekenissen:¹¹³

- 1 strijd, twist, geschil;
- 2 strijd in rechten, proces, rechtsgeding; en
- 3 voorwerp waarover het proces loopt.

De vraag wie dominus litis is hangt dus sterk af van welke betekenis van lis gebruikt wordt.

Ad 1. Strijd, twist, geschil

Partijen blijven 'heerser over het geschil'. Zij bepalen of zij met het geschil naar de rechter gaan of niet. Verder bepalen zij of het geschil echt is beëindigd. Partijen kunnen ervoor kiezen de oplossing van de rechter te volgen, of om deze naast zich neer te leggen¹¹⁴ en de strijd te blijven voortzetten. In deze betekenis zijn partijen dus dominus litis.

¹¹⁰ Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.

¹¹¹ Vgl. Boon/van der Wal 1990 p. 3; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Princen 1990 p. 57; Asser 1991 p. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 69; Numann 1994 p. 347.

¹¹² Dr. Fred. Muller/Dr. E.H. Renkema & Dr. A.D. Leeman, *Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1986. p. 275.

¹¹³ Dr. Fred. Muller/Dr. E.H. Renkema & Dr. A.D. Leeman, *Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1986. p. 525.

¹¹⁴ Vgl. Numann 1994 p. 348.

Ad 2. Strijd in rechten, proces, rechtsgeding

In deze betekenis zijn noch de rechter noch de partijen 'heerser over het proces'. In § 2.5 bleek dat er sprake is van een samenspel tussen rechter en partijen: de rechter reageert op hetgeen partijen aanvoeren, daar reageren de partijen dan op etc. De nadruk wordt meer en meer gelegd op communicatie tussen partijen en de rechter en niet zozeer op een los van elkaar uitvoeren van bevoegdheden. In deze betekenis zijn noch de rechter noch de partijen dominus litis.

Ad 3. Voorwerp waarover het proces loopt

Partijen zijn 'heerser over de voorwerp waarover het proces loopt'. Het zijn de partijen die de omvang van de vordering bepalen. De rechter heeft slechts invloed hierop als een eiser zijn vordering wil wijzigen en de verweerder zich hiertegen verzet. Wat betreft het onderwerp van het geschil zijn partijen dominus litis.

