



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).

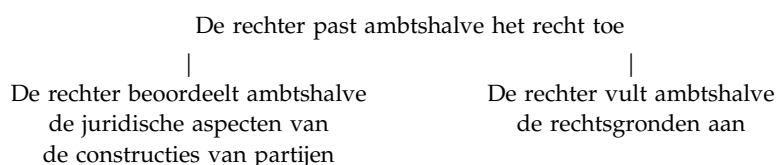
7 | De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen

1 INLEIDING

Art. 48 (oud) Rv bepaalt dat de rechter verplicht is om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Deze bepaling omvat echter meer dan alleen een toedeling van een bevoegdheid aan de rechter. In de loop der decennia is art. 48 (oud) Rv gaan fungeren als de wettelijke verankering van het beginsel dat het recht behoort tot het terrein van de rechter (*Ius curia novit*) en de regels die hieruit voortvloeien. Art. 48 (oud) Rv is als het ware het wettelijke topje van de *Ius curia novit*-ijsberg.

In deze paragraaf wil ik naast de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen twee andere regels bespreken die in art. 48 (oud) Rv verankerd zijn. Dit zijn de regel dat de rechter ambtshalve het recht toepast¹ en de regel dat de rechter ambtshalve de juridische aspecten van de constructies van partijen beoordeelt.²

Deze drie regels verhouden zich als volgt tot elkaar. Het uitgangspunt is dat het recht ambtshalve door de rechter wordt toegepast (*Ius curia novit*). Hieruit volgen de twee meer praktische regels dat de rechter ambtshalve de juridische aspecten van de constructies van partijen beoordeelt en dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult dat wil zeggen de toepasselijke rechtsnormen aanvoert die partijen niet hebben aangevoerd:



De regels dat de rechter ambtshalve het recht toepast en ambtshalve de juridische aspecten controleert, worden niet gelezen in art. 8:69 lid 2 Awb. In het bestuursprocesrecht bestaan zij als ongeschreven recht (zie hoofdstuk 13 § 3.1).

1 Mostermans 1996 p. 7; De Kanter 1928 p. 115; Rutten 1943 p. 101; Star Busmann 1955 p. 174, 176; Star Busmann/Rutten 1972 p. 168/169; Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Veegens 1989 p. 244; Stein & Rueb 2000 p. 16; Bosch-Boesjes 1991 p. 124; Burg. Rv. (Asser), art. 48, aant. 2; Scheltema 1940 p. 5.

2 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 10; Pels Rijcken 1983 p. 163; Scheltema 1940 p. 5.

Ik zal toch kort op deze regels ingaan, aangezien zij samen een systeem vormen met de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen en als zodanig inzicht geven in de betekenis van deze wel in het bestuursprocesrecht overgenomen regel.

De regel dat de rechter ambtshalve het recht toepast komt aan de orde in § 2. In § 3 wordt de regel behandeld dat de rechter ambtshalve de juridische constructies van partijen beoordeelt. De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen zal worden besproken in § 4. In § 5 zal worden ingegaan op de begrenzing van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen.

Wat de toepassing van het recht betreft, kunnen verschillende soorten rechtsnormen onderscheiden worden. In § 6 zullen de volgende typen behandeld worden: recht van openbare orde (§ 6.1), rechtsmiddelen (§ 6.2), regelend recht (§ 6.3), dwingend recht (§ 6.3), recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat (§ 6.4) en procesregels (§ 6.5).

2 DE RECHTER PAST AMBTSHALVE HET RECHT TOE

In het burgerlijk procesrecht is het toepassen van het recht voorbehouden aan de rechter. Hij is het, en niet de partijen, die bepaalt welke rechtsnormen in deze zaak toegepast moeten worden en hoe de rechtsnormen toegepast moeten worden.³

Het toepassen van recht gebeurt 'ambtshalve'. Dit houdt in dat de rechter het recht toepast onafhankelijk van de houding van partijen.⁴ Dit betekent ten eerste dat de rechter het recht toepast ongeacht of partijen zich over de toepassing daarvan hebben uitgelaten.⁵ Als de rechter van oordeel is dat aan de vereisten voor toepassing van een relevante rechtsnorm is voldaan, zal hij die rechtsnorm in principe toepassen. Dit ongeacht of partijen de toepassing van deze rechtsnorm hebben voorgesteld.⁶

De rechter heeft in dit kader ook geen vrije keuze. Het is zijn taak als rechter om het toepasselijke recht toe te passen. Hij kan er niet voor kiezen om toepasselijk recht te passeren.

Ten tweede betekent het feit dat de rechter het recht toepast onafhankelijk van de houding van partijen dat de rechter niet gebonden is aan (eventuele) rechtsbeschouwingen van partijen.⁷ De rechter trekt zijn eigen conclusies wat het recht betreft. Hij moet op basis van eigen, onafhankelijk onderzoek bepalen

3 Vgl. Boneval Faure 1893 p. 112; Veegens/Wiersma 1973 p. 27; Jongbloed 1994 p. 57.

4 Vgl. Vriesendorp 1980 p. 101; Pitlo/Hidma 1981 p. 12; Scheltema 1940 p. 5,6; Boneval Faure 1893 p. 112.

5 Vgl. Sta Busmann 1955 p. 169; Star Busmann/Rutten 1972 p. 176.

6 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 101/102.

7 Vgl. Mostermans 1996 p. 7; Veegens/Wiersma 1973 p. 28, 30; Pels Rijcken 1987 (I) p. 77; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; vgl. ook HR 6 feb. 1998, NJ 1998, 569 (A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. DWFV).

hoe het recht luidt en wat het recht in deze zaak voorschrijft, ongeacht of en wat partijen hier over aanvoeren. Als zijn oordeel afwijkt van de juridische stellingen van partijen, zal hij deze rechtsbeschouwingen passeren en het toepasselijke recht toepassen zoals hij oordeelt dat het toegepast moet worden.

De stellingen van partijen met betrekking tot het toepassen van recht hebben geen andere status dan die van een advies of voorlichting.⁸ De rechter zal deze juridische adviezen zeker verwelkomen, maar hij is er niet aan gebonden of in enigerlei wijze door beperkt. In beginsel doet het dan ook niet ter zake wat partijen al dan niet omtrent het recht hebben gesteld.⁹

De erkenning 'van de waarheid van een of meer stellingen van de wederpartij' in art. 181 (oud) Rv betreft bijvoorbeeld slechts een erkenning van gestelde feiten en niet een 'erkenning' van de juistheid van de juridische waarderingen van de wederpartij. De rechter is dan ook niet aan een dergelijke erkenning gebonden.¹⁰

Samenvattend betekent de rechtsnorm dat de rechter het recht ambtshalve toepast ten eerste dat de rechter de rechtsnormen zal toepassen die hij van toepassing acht, ook al zijn deze rechtsnormen niet door partijen aangevoerd. Ten tweede betekent deze rechtsnorm dat de rechter het recht op grond van zijn eigen oordeel toepast ook al wijkt hij daarbij af van de rechtsbeschouwingen van partijen.

3 DE RECHTER BEOORDEELT AMBTSHALVE DE JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE CONSTRUCTIES VAN PARTIJEN

Partijen zullen in hun stellingen niet alleen feiten aanvoeren, maar meestal ook ingaan op hoe het recht toegepast moet worden. Het zal duidelijk zijn dat de rechter niet beperkt is tot de aangevoerde rechtsnormen noch gebonden is aan de daarop gebaseerde uitwerkingen. In principe zou de rechter zelfs de juridische aspecten van de constructies van partijen kunnen passeren en volkomen zelfstandig kunnen bepalen wat het recht in deze zaak voorschrijft.

Dit is echter noch de opzet van het procesrecht noch de wijze van handelen in de praktijk. Art. 48 (oud) Rv spreekt bijvoorbeeld over het aanvullen van rechtsgronden. Dit impliceert een voortbouwen op hetgeen partijen aanvoeren. Het is verder in strijd met het motiveringsbeginsel om essentiële stellingen van partijen zonder nadere redengeving te passeren.¹¹ Dit zal mijns inziens ook gelden voor stellingen die betrekking hebben op het recht. Daarnaast is het van belang in het kader van de doorwerking van het recht dat de rechter

8 Vgl. Scheltema 1940 p. 8; Veegens/Wiersma 1973 p. 30.

9 Scheltema 1940 p. 5; Veegens/Wiersma 1973 p. 28.

10 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 7 nov. 1995, NJ 1996, 563.

11 Vgl. bijvoorbeeld HR 4 juni 1993, NJ 1993 (A-G Koopmans) r.o. 3.3; HR 1 juli 1977, NJ 1978, 73 (A-G ten Kate;m.nt. GJS) laatste overweging.

aangeeft of de door partijen aangevoerde juridische stellingen onjuist zijn, en waarom.

Het onderzoek door de rechter zal beginnen met het beoordelen van de constructies van partijen en vervolgens daarop verder bouwen. De juridische aspecten van deze constructies worden ambtshalve door de rechter beoordeeld. Dat wil zeggen ongeacht of en op welke wijze de constructie door de wederpartij wordt bestreden. Als een partij een fout heeft gemaakt in zijn rechtsbeschouwing zal de rechter deze passeren en de betreffende rechtsnormen correct toepassen.¹² Ook de door partijen aangevoerde rechtsnormen worden onafhankelijk van de houding van partijen toegepast.¹³

Het arrest *Büchner/Wies*¹⁴ vormt een goede illustratie van de ambtshalve beoordeling van de constructies van partijen.¹⁵ In het artikel 'Het vereiste van ingebrekestelling'¹⁶ vat Valk de feitelijke situatie als volgt samen:

'Büchner huurt van 1976 tot 1991 van Wies een houten woning te Aalsmeerderbrug. In die periode brengt hij een groot aantal voorzieningen aan en plaatst hij een mobiel kantoor. Bij het einde van de huur ontstaat tussen partijen een hooglopend conflict. Büchner wil de door hem aangebrachte voorzieningen wegnemen en het mobiele kantoor verwijderen. Wies verhindert dat, onder meer met behulp van de politie. Daarop vordert Büchner voor de kantonrechter vergoeding van zijn schade, volgens Büchner bestaande uit de in het verleden door hem gemaakte verbouwingskosten en de waarde van het mobiele kantoor. Aan die vordering legt hij primair ten grondslag dat Wies hem heeft verhinderd weg te nemen hetgeen hij voor eigen rekening had aangebracht [art. 7A:1603 BW] en hem heeft verhinderd om de woning weer in oude toestand te brengen. Subsidiair grondt hij zijn vordering op een tekortschieten van Wies in zijn verplichtingen als verhuurder omdat deze onvoldoende onderhoud aan de woning heeft verricht [art. 7A:1587 BW]. De kantonrechter wijst de vordering van Büchner toe, omdat Wies haar onvoldoende heeft betwist.'

In appel beoordeelt de rechtbank het geschil in volle omvang. Zij overweegt dat zowel wat betreft de primaire grondslag als wat betreft de subsidiaire grondslag de vordering slechts toewijsbaar is indien Wies in verzuim is. Voor het intreden van verzuim is vereist dat Wies behoorlijk door Büchner in gebreke is gesteld.¹⁷ De stellingen van Büchner bevatten niets over verzuim of ingebrekestelling van Wies. De constructie van Büchner vertoont dus een gebrek. Niettemin bouwt de rechtbank voort op de constructie van Büchner

12 Vgl. Scheltema 1940 p. 5; Pitlo/Hidma 1981 p. 9; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 10; L.D. Pels Rijcken p. 163; Veegens/Wiersma 1973 p. 28; Rutten 1943 p. 94/95.

13 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.

14 HR 20 sep. 1996, NJ 1996, 748 (A-G De Vries Lentsch-Kostense).

15 Een ander voorbeeld is HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB).

16 Valk 1996 p. 118-119.

17 Rechtbank overwegingen 5.4 en 5.7.

en past het recht correct toe: zij onderzoekt of uit de vaststaande feiten blijkt dat Wies behoorlijk in gebreke is gesteld. Nu dit niet blijkt, faalt de constructie van Büchner. De vordering kan blijkbaar niet op aan te vullen rechtsnormen worden toegewezen, zodat de vordering in appel wordt afgewezen.¹⁸

Bij het beoordelen van de juridische constructies van partijen gaat het bijvoorbeeld om de volgende aspecten. Om te beginnen valt hieronder het beoordelen van de geldigheid van de aangevoerde rechtsnormen (voorzover de door partijen aangevoerde feiten deze toetsing mogelijk maken). De rechter zal beoordelen of deze normen al in werking zijn getreden en of zij op grond van eventueel overgangsrecht gelden voor deze vordering.¹⁹ Ook zal hij deze rechtsnormen toetsen aan het recht van een hogere rangorde, zoals verdragen en Europees recht.²⁰ Daarbij zal hij zo nodig het hogere recht of overgangsrecht aanvullen. Als de rechter oordeelt dat het aangevoerde recht ongeldig is, zal hij dit ambtshalve moeten uitspreken.

Verder beoordeelt de rechter of de aangevoerde rechtsnorm van toepassing is.²¹ Wat dit betreft heeft de rechter het laatste woord. Als hij van mening is dat de rechtsnorm niet van toepassing is, zal hij deze niet meenemen bij zijn beoordeling.

Daarnaast beoordeelt de rechter de interpretatie die een partij in zijn constructie aan rechtsnormen geeft. Het is de rechter die de inhoud van de aangevoerde rechtsnormen vaststelt,²² zodat als een partij in zijn constructie een interpretatie aanvoert die de rechter onjuist acht, hij deze zal passeren en de correcte interpretatie van de rechtsnorm zal toepassen.

Een belangrijk aspect van deze beoordeling is dat de rechter ambtshalve moet onderzoeken of de vaststaande feiten de conclusie rechtvaardigen die een partij in zijn constructie aan de toepassing van de rechtsnorm verbindt. Hij moet beoordelen of uit de feiten inderdaad blijkt dat aan de vereisten van de rechtsnorm is voldaan, zodat het beroep op het rechtsgevolg van deze rechtsnorm is gerechtvaardigd.²³ Als niet aan de vereisten is voldaan, treedt het rechtsgevolg niet in werking. Hetgeen de bedoeling van de constructie kan zijn.

18 Büchner gaat nog in cassatie en bestrijdt mede het rechtsoordeel van de rechtbank dat de vordering slechts toewijsbaar is indien Wies in verzuim is. De Hoge Raad oordeelt echter dat het oordeel van de rechtbank geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

19 Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 28 sep. 1988, NJ 1989, 342.

20 Uit de Van Schijndel zaak blijkt dat beoordeling aan Europees recht gebonden is aan de (beperkte) feitelijke grondslag. De rechter is niet verplicht ambtshalve feitelijk onderzoek te verrichten in het kader van deze beoordeling. Een interessante vraag die buiten de reikwijdte van dit proefschrift valt is of dit ook geldt voor de andere genoemde aspecten van de beoordeling van de geldigheid van aangevoerde rechtsnormen.

21 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.

22 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.

23 Vgl. Burgerlijke Rechtsvordering (Asser) art. 48, aant. 6; vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 29; Valk 1996 p. 118.

Onder het ambtshalve beoordelen van de juridische constructies valt ook de beoordeling of hetgeen de partij vordert wel toewijsbaar is op grond van de aangevoerde rechtsnorm. Als de constructie op zich juridisch juist is, maar hetgeen de partij vordert niet valt onder het rechtsgevolg dat in de betreffende rechtsnorm wordt genoemd, wordt toewijzing van de vordering niet gerechtvaardigd door de betrokken rechtsnorm en zal de rechter de constructie verwerpen.

4 DE RECHTER VULT AMBTSHALVE DE RECHTSGRONDEN AAN

Art. 48 (oud) Rv verplicht de rechter om 'van ambtswege de rechtsgronden [aan te vullen] welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd' oftewel, in meer moderne bewoordingen, de rechter is verplicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. De verplichting van art. 48 (oud) Rv ziet op rechtsnormen die van toepassing zijn in de te beoordelen zaak, maar die niet door partijen zijn aangevoerd. Op grond van dit artikel is de rechter verplicht om deze rechtsnormen ambtshalve bij te brengen en toch toe te passen.²⁴ Deze rechtsnormen worden verder op dezelfde ambtshalve wijze toegepast als de door partijen aangevoerde rechtsnormen. Het enkele verschil is dat zij door de rechter worden bijgebracht en niet door de partijen zijn aangevoerd.

Of een rechtsnorm toepasselijk is, blijkt uit de feiten die de rechter ter kennis zijn gekomen in het geding. Het gaat meestal om de situaties en gebeurtenissen die tot de vordering hebben geleid. De toepasselijkheid van een rechtsnorm kan echter ook volgen uit het feit dat een partij een bepaalde rechtsnorm ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering. De rechtsnorm die de rechter dan aanvult, 'hoort bij' de rechtsnorm(en) die de partij heeft aangevoerd. Zo hoort bijvoorbeeld art. 6:163 BW bij een beroep op de toepassing van art. 6:162 BW.

In deze paragraaf wil ik verder ingaan op een aantal aspecten en gevolgen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen.

4.1 Zowel ten gunste van eiser als verweerder

De rechter vult rechtsnormen aan zowel ten gunste van de eiser als ten gunste van de verweerder of beter gezegd het aanvullen van de rechtsgronden kan zowel ten gunste van de eiser als van de verweerder uitpakken. De plicht om de rechtsgronden aan te vullen is wat dat betreft neutraal. Als een rechtsnorm aangevuld moet worden, zal de rechter de rechtsnorm aanvullen ongeacht

24 Vgl. Pels Rijcken 1983 p. 163; Scheltema 1940 p. 5; Burg. Rv (Asser) art. 48, aant. 2.

ten gunste van welke partij dit aanvullen werkt. Dit uiteraard slechts voorzover het aanvullen mogelijk is.

4.2 De rechter is verplicht om aan te vullen

Het zal duidelijk zijn dat het bij de plicht om aan te vullen niet gaat om een discretionaire bevoegdheid. Als een rechtsnorm van toepassing is, en het aanvullen van de rechtsnorm niet wordt geblokkeerd door een van de grenzen, kan de rechter er niet voor kiezen om niet aan te vullen. De rechter is er verantwoordelijk voor dat de vordering op basis van al het toepasselijke recht wordt beoordeeld. Het feit dat een toepasselijke rechtsnorm niet is aangevoerd ontslaat de rechter niet van zijn plicht om de vordering te beoordelen op basis van al het toepasselijke recht. De rechter heeft in deze situatie geen andere keus dan deze rechtsnorm aan te vullen.

4.3 Samenlopende rechtsnormen

De situatie kan zich voordoen dat de vordering kan worden toegewezen op grond van door de eiser aangevoerde rechtsnormen, maar dat de vordering ook kan worden toegewezen op grond van andere niet aangevoerde rechtsnormen. De vraag is nu of de rechter deze andere rechtsnormen mag aanvullen en de vordering op grond hiervan mag toewijzen als hij meent dat deze rechtsnormen tot een betere of voordeligere oplossing leiden.

In Pitlo/Gerver wordt het volgende voorbeeld van samenloop tussen onrechtmatige daad en wanprestatie gegeven:²⁵

“[Er zijn omstandigheden, waaronder men de *beide acties* tot zijn beschikking heeft.] Men draagt iemand op breekbare waren te vervoeren. De vervoerder werpt deze in brooddronkenheid van de wagen, zodat zij in gruzelementen vallen. Enerzijds is de schade die men beloopt het gevolg van het sluiten van de vervoersovereenkomst en heeft men dus tegen de vervoerder een schadevergoedingsactie uit wanprestatie. Anderzijds is de handeling zozeer tegen de draad in, dat men niet meer kan zeggen, dat zij enkel een daad van onzorgvuldigheid in de volvoering van een contractuele verplichting is. Iedere voorbijganger had dezelfde vandalenstreek kunnen uithalen. De gedraging die wanprestatie oplevert is onrechtmatig, *ook los gezien van de contractuele relatie tussen partijen*. Daarom heeft men ook de actie uit onrechtmatige daad tot zijn beschikking. Er is *samenloop* van wanprestatie en onrechtmatige daad.”

25 Pitlo/Gerver e.a., Het Systeem 1995 p. 329.

Stel dat de benadeelde schadevergoeding eist op grond van onrechtmatige daad en dat de vordering hierop toegewezen kan worden. De vraag in het kader van deze paragraaf is of de rechter de vordering ook mag toewijzen op grond van wanprestatie. Het antwoord op deze vraag is neen. Als de eiser een keuze heeft tussen meerdere rechtsnormen, moet de rechter de keus die de eiser maakt respecteren en de vordering toewijzen op grond van de aangevoerde rechtsnormen.²⁶ Ook al heeft de niet aangevoerde rechtsnorm voordelen, het is niet aan de rechter om deze keuze te maken. Dit is een uitzondering op de plicht om toepasselijke rechtsnormen die aangevuld kunnen worden ook aan te vullen. In het voorbeeld mag de rechter niet de rechtsnormen met betrekking tot wanprestatie aanvullen en zal de vordering worden toegewezen op grond van aangevoerde onrechtmatige daadsbepalingen.

Het kan zijn dat een partij geen keuze heeft gemaakt, bijvoorbeeld door geen rechtsnormen aan te voeren of door zijn vordering op beide rechtsnormen te baseren zonder een indeling te maken naar primaire en subsidiaire grondslagen. In dit geval zal de rechter moeten kiezen op welke grond hij de vordering primair zal beoordelen.²⁷ Hierbij zal hij zijn keuze moeten baseren op factoren zoals proceseconomie en efficiënte procesvoering,²⁸ maar ook op wat voor de betreffende partij het meest gunstig is.

4.4 Geen rechtsnormen aangevoerd

Een vordering mag niet worden afgewezen alleen omdat de eiser in het geheel geen rechtsnormen ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering. Het is in principe ook niet nodig dat partijen rechtsnormen aanvoeren. Juridische stellingen van partijen zijn in beginsel slechts voorlichting (zie § 2 en hoofdstuk 5). De rechter zal in dit geval moeten beoordelen of er rechtsnormen van toepassing zijn op grond waarvan de vordering kan worden toegewezen. Als het recht toewijzing van de vordering rechtvaardigt, zal de rechter de betreffende rechtsnormen ambtshalve aanvullen en de vordering toewijzen.²⁹ Als er geen rechtsnormen bestaan die toewijzing rechtvaardigen, zal de vordering worden afgewezen. Er zijn dan immers geen rechtsnormen die aangevuld kunnen worden.

Hetzelfde geldt voor verweren. Als de verweerder slechts feiten aanvoert en zijn verweren niet juridisch onderbouwt, is dit geen grond om de verweren af te wijzen. De rechter zal moeten beoordelen of op de aangevoerde feitelijke verweren rechtsnormen van toepassing zijn die tot gevolg hebben dat de vordering (gedeeltelijk) moet worden afgewezen.

26 Vriesendorp 1970 p.158 en 163; Vriesendorp 1981 p. 88.

27 Vriesendorp 1970 p. 163; Vriesendorp 1981 p.88/89.

28 Vriesendorp 1970 p. 163.

29 Scheltema p.5; Rutten p. 101; Veegens/Wiersma p. 28.

Het is echter niet verstandig om geen rechtsnormen aan te voeren, zoals blijkt uit HR 7 april 1938.³⁰ In verband met een aanrijding vordert de Haagsche Tramweg Maatschappij (HTM) schadevergoeding van de Bataafsche Import Maatschappij (BIM). Zij kan deze vordering zowel gronden op art. 1401 jo. 1403 (oud) BW als op art. 25 Motor- en Rijwielwet (MRW). Een belangrijk verschil tussen beide gronden is dat bij art. 1401 jo. 1403 (oud) BW schuld moet worden aangetoond, terwijl dit bij een vordering op art. 25 MRW niet nodig is. HTM voert echter geen rechtsnormen aan, maar voert feiten aan waarop beide acties gebaseerd kunnen worden. Hoewel HTM niet specifiek een beroep doet op een rechtsnorm, stelt zij wel dat de schuld van de chauffeur van BIM uit bepaalde gestelde feiten blijkt.

De rechtbank legt HTM bewijs op van de feiten waaruit de schuld zou blijken. Als het bewijs faalt, wijst de rechtbank de vordering af. In cassatie vernietigt de Hoge Raad dit vonnis omdat de vordering ook zonder bewijs van schuld op grond van art. 25 MRW toewijsbaar is. De rechtbank had zowel geen bewijs mogen opdragen met betrekking de schuld als de vordering niet mogen ontzeggen omdat het bewijs faalde. Het gebrek aan door eiser aangevoerde rechtsnormen lijkt de rechtbank in verwarring te hebben gebracht.

Dit arrest is ook een mooi voorbeeld van de samenloop van rechtsnormen. Als de HTM een keuze had gemaakt voor een bepaalde rechtsgrondslag, had de rechter deze moeten respecteren.³¹ Nu dit niet het geval was had zij de kortste juridische weg moeten volgen en had zij de eiser niet mogen belasten met het bewijs van feiten die niet van belang waren voor de toewijzing van de vordering.³²

4.5 Verder kijken dan de aangevoerde rechtsnormen

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen betekent dat de rechter verder moet kijken dan de door de partijen aangevoerde rechtsnormen. Dit brengt ten eerste mee dat de rechter moet onderzoeken of er naast de aangevoerde rechtsnormen nog verdere rechtsnormen zijn die van toepassing zijn op deze zaak. Als de rechter van oordeel is dat een toepasselijke rechtsnorm niet is aangevoerd, zal de rechter moeten nagaan of deze rechtsnorm aangevuld kan worden. Als de grenzen het aanvullen niet blokkeren, zal de rechter de betref-

³⁰ HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt ; m.nt E.M.M.).

³¹ Ware het niet dat als de HTM voor art. 1401 jo. 1403 BW (oud) was gegaan, de rechtbank alsnog art. 25 MRW zou hebben moeten aanvullen omdat de rechtsgrondslag van art. 1401 jo. 1403 BW (oud) zou hebben gefaald omdat de feiten waaruit de schuld zou blijken niet waren komen vast te staan. In daadwerkelijke gang van zaken had de rechtbank de vordering ook niet mogen afwijzen, maar had zij art. 25 MRW moeten aanvullen en de vordering alsnog hebben moeten toewijzen.

³² Vgl. noot EMM;Vriesendorp 1970 p. 141.

fende rechtsnorm dienen aan te vullen. Hier vult de rechter rechtsnormen aan naast de door partijen aangevoerde rechtsnormen.

Daarnaast betekent deze plicht om verder te kijken dat de rechter bij het beoordelen van de vordering en het verweer niet beperkt is tot de door partijen aangevoerde rechtsnormen. Als de vordering of het verweer niet kan slagen op grond van de rechtsnormen die partijen daaraan ten grondslag hebben gelegd, moet de rechter onderzoeken of de vordering respectievelijk het verweer op andere, aan te vullen, rechtsnormen kan slagen. En als dit zo is, zal hij deze rechtsnormen moeten aanvullen en de vordering alsnog moeten toewijzen respectievelijk afwijzen.³³

De rechter mag de vordering dus niet afwijzen op de enkele grond dat de vordering niet op grond van de aangevoerde rechtsnormen toegewezen kan worden.³⁴ Hetzelfde geldt voor het verweer. Slechts als de vordering respectievelijk het verweer ook niet op grond van andere rechtsnormen slagen, kan de rechter de vordering afwijzen respectievelijk het verweer laten falen.

Dit betekent dat partijen niet afhankelijk zijn van de door hen aangevoerde rechtsnormen. Als de rechter van oordeel is dat de vordering moet worden toegewezen, zal hij die toewijzen ook al is het (mede) op grond van andere rechtsnormen dan de eiser ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering.³⁵ Voor de verweerder geldt hetzelfde: als de rechter van oordeel is dat de vordering moet worden afgewezen, maar (mede) op andere rechtsnormen dan door de verweerder zijn aangevoerd, zal de rechter de ontbrekende rechtsnormen moeten aanvullen en de vordering dienen af te wijzen (mede) op deze aangevulde rechtsnormen.³⁶

Vaak echter is de mogelijkheid om de rechtsgronden aan te vullen geblokkeerd, zodat de rechter de toepasselijke rechtsnormen toch niet kan aanvullen (zie § 5).³⁷ Een volledig vrije toepassing van al het toepasselijke recht zou mogelijk tot een ander resultaat hebben geleid dan nu door de rechter wordt uitgesproken.

33 De Pinto 1857 p. 131 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132/133); Scheltema 1940 p.6; Vranken 1995 p. 26; vgl. Stein & Rueb 2000 p. 16/17; E.M.M. in zijn noot onder HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt; m.nt. EMM); Bosch-Boesjes 1991 p. 130; Scheltema p. 5.

34 Burg. Rv (Asser) art. 48, aant. 2.

35 Vgl. Oudeman 1846 p. 92/93 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132); De Pinto 1857 p. 131 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132/133); EMM in zijn noot onder HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt; m.nt. EMM); Scheltema 1940 p. 5; Rutten 1943 p.94/95; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332/333; Stein & Rueb 2000 p. 16.

36 Vgl. Van Rossem-Cleveringa 1972 p. 332/333; Scheltema 1940 p. 5; EMM in zijn noot HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt; m.nt. EMM); Bosch-Boesjes 1991 p. 130; Rutten 1943 p. 94/95; Vranken 1995 p.26/27; Oudeman 1846 p. 92/93 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132); De Pinto 1857 p. 131 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132/133).

37 Vgl. Vranken 1995 p. 28.

5 DE BEGRENZING VAN DE PLICHT OM DE RECHTSGRONDEN AAN TE VULLEN

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen is niet onbegrensd. De begrenzingen gaan zelfs zo ver dat in de gevallen dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen uitkomst zou kunnen bieden, de begrenzingen hieraan veelal in de weg staan.³⁸ Dit wil niet zeggen dat veel uitspraken anders zouden hebben geluid als de begrenzingen van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen niet bestonden. Meestal is er geen noodzaak om de rechtsgronden aan te vullen. De rechtsbijstand schat de juridische situatie meestal correct in, zodat de toepasselijke rechtsnormen al zijn aangevoerd. In deze paragraaf zullen de volgende begrenzingen aan de orde komen:

- 1 de begrenzing door de feiten (§ 5.1);
- 2 de begrenzing door de grenzen van de rechtsstrijd zoals gevormd door het gevorderde (§ 5.2);
- 3 de begrenzing doordat een partij de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer heeft beperkt (§ 5.3);
- 4 de begrenzing doordat de rechter alleen rechtsnormen zou mogen aanvullen die van dwingend recht en van openbare orde zijn (§ 5.4);
- 5 de begrenzing op grond van het beginsel van hoor en wederhoor (§ 5.5);
- 6 de begrenzing doordat het aanvullen van de rechtsgronden tot een verrassingsuitspraak zou leiden (§ 5.6); en
- 7 processuele grenzen (§ 5.7).

5.1 De begrenzing door de feiten

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen wordt ten eerste begrensd door de feiten. De feiten beperken op twee wijzen de mogelijkheid om de rechtsgronden aan te vullen. Ten eerste doordat de rechter een rechtsnorm niet mag aanvullen als de daarvoor benodigde feiten niet zijn komen vast te staan. Ten tweede mag de rechter een rechtsnorm niet aanvullen als hij daardoor mede een feitelijke grond zou aanvullen.

5.1.1 De benodigde feiten

De rechter zal een rechtsnorm alleen kunnen aanvullen als de feiten die nodig zijn voor het toepassen van die rechtsnorm zijn komen vast te staan.³⁹ De rechter kan rechtsnormen slechts toepassen als uit de vaststaande feiten blijkt

³⁸ Vgl. Vranken 1995 p. 28.

³⁹ Vgl. Vriesendorp 1970 p. 49, 50, 54; Vriesendorp 1981 p. 21, 22; Pels-Rijcken 1987 (II) p. 180; Pels Rijcken 1983 p. 163; Vranken 1995 p. 27; Bosch-Boesjes p. 130; Burgerlijke Rechtsvordering (Asser) nr. 2, 8/p. I-76a, I-80a; Ras 1992 p. 52; Veegens/Wiersma 1973 p.29.

dat aan alle vereisten van de rechtsnorm is voldaan. Dit geldt zowel voor door partijen aangevoerde rechtsnormen als aangevulde rechtsnormen. Als de benodigde feiten niet zijn komen vast te staan, kan de rechtsnorm niet worden toegepast en kan deze niet worden aangevuld.

De rechter zal een vordering dus alleen kunnen toewijzen of een verweer kunnen honoreren op aangevulde rechtsnormen als de vaststaande feiten het toewijzen van de eis of honoreren van het verweer op deze aan te vullen rechtsnorm rechtvaardigen.⁴⁰ Vaak zal de feitelijke grondslag zijn afgestemd op de door partijen aangevoerde rechtsnormen, zodat de feitelijke grondslag gebrekkig is voor de aan te vullen rechtsnormen. Het gevolg is dat de rechtsnorm niet aangevuld kan worden. Door een te enge feitelijke grondslag is de weg voor het aanvullen van een alternatieve rechtsgrondslag afgesneden en moet de vordering worden afgewezen respectievelijk het verweer worden verworpen.

De stelling dat een rechtsnorm niet kan worden aangevuld als de voor de toepassing daarvan benodigde feiten niet vaststaan, is niet geheel juist. Als niet aan de vereisten van de rechtsnorm is voldaan, betekent dit slechts dat het rechtsgevolg van die rechtsnorm niet in werking treedt. Dit wil echter niet zeggen dat die rechtsnorm niet kan worden toegepast of dat deze, als het gaat om niet door partijen aangevoerde rechtsnormen, niet kan worden aangevuld. Als illustratie hiervan kan het eerder behandelde arrest *Büchner/Wies*⁴¹ dienen. Hierin oordeelde de rechtbank dat voor toewijzing van de vordering vereist is dat de schuldenaar (*Wies*) in verzuim was en vulde zij de bepalingen aan die de kwestie van verzuim regelen (art. 6:82 en 83 BW). Zij stelde vast dat voor verzuim een ingebrekestelling nodig was. Aangezien die niet (behoorlijk) had plaatsgevonden, was verzuim niet ingetreden en moest de vordering worden afgewezen. Hier is niet aan de vereisten van deze bepalingen voldaan en ook het rechtsgevolg van deze rechtsnormen is niet in werking getreden. Toch is er bij deze gang van zaken sprake van een toepassen van art. 6:82 en 83 BW. De toepassing van deze artikelen had zeker ook rechtsgevolg. Al is dat het rechtsgevolg dat het in de rechtsnorm genoemde rechtsgevolg niet is ingetreden.

Een dergelijke vorm van toepassen lijkt mij met name mogelijk bij rechtsnormen die invulling geven aan juridische begrippen, zoals bijvoorbeeld art. 6:95 ev. BW (welke schade komt in aanmerking voor vergoeding als er een wettelijke plicht bestaat voor schadevergoeding?) en art. 6:261 BW (wanneer is er sprake van een wederkerige overeenkomst?). Op basis van deze rechtsnormen wordt bepaald of de schade in aanmerking komt voor schadevergoeding respectievelijk of er sprake is van een wederkerige overeenkomst. Als deze vragen zich voordoen, zullen deze rechtsnormen worden toegepast.

40 Vgl. *Vranken* 1995 p. 27; *Burg. Rv. (Asser)* art. 48, aant. 8; *Vriesendorp* 1980 p. 50/51, 49.

41 HR 20 sept. 1996, NJ 1996, 748 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense).

Als bijvoorbeeld aan de vereisten van art. 6:261 BW wordt voldaan, leidt de toepassing van deze rechtsnorm tot het rechtsgevolg dat de verhouding in kwestie gekwalificeerd wordt als een wederkerige overeenkomst. Als niet aan de vereisten van art. 6:261 BW wordt voldaan, leidt de toepassing van deze rechtsnorm tot het rechtsgevolg dat de verhouding in kwestie *niet* gekwalificeerd kan worden als een wederkerige overeenkomst. In beide gevallen wordt art. 6:261 BW toegepast.

Wat betekent bovenstaande nu voor de feiten als grens voor het aanvullen van rechtsnormen? De omstandigheid dat niet aan de vereisten van de rechtsnormen is voldaan, staat niet in de weg van het aanvullen en alsnog toepassen van deze rechtsnormen. Uit het feit dat bijvoorbeeld verzuim nodig is, blijkt dat deze bepalingen van toepassing zijn. Dit is voldoende om deze rechtsnormen aan te vullen. Dat niet aan de vereisten van deze rechtsnormen is voldaan, betekent slechts dat het rechtsgevolg van deze rechtsnormen niet in werking treedt. Hetgeen op zich een rechtsgevolg is.

5.1.2 De feitelijke gronden

De tweede wijze waarop de feiten een aanvullen van rechtsnormen kunnen blokkeren is als de rechter met het aanvullen van de rechtsnorm ook een feitelijke grond zou aanvullen. Feitelijke gronden zijn de feitelijke argumenten die door partijen ten grondslag worden gelegd aan hun vordering respectievelijk verweer. De rechter is wat betreft de beoordeling van de vordering en het verweer beperkt tot de door partijen aangevoerde feitelijke gronden (zie verder hoofdstuk 8 § 2.2).

Zo kon de rechter in HR 20 feb 1998⁴² door de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden van de eis art. 28 lid 3 Invorderingswet niet aanvullen. De eiser had een bedrag gevorderd terzake van renteverlies en kosten van bijstand op de feitelijke grond dat de Staat onrechtmatig jegens hem had gehandeld door voorlopige aanslagen niet te vernietigen en de op die aanslagen betaalde bedragen niet terug te betalen op een tijdstip waarop het voor een ieder kenbaar was dat zij vernietigd moesten worden. Nu de betaling van dit bedrag niet was gebaseerd op de feitelijke grond dat eiser aanspraak kon maken op vergoeding van invorderingsrente, zou de rechter met het aanvullen van de rechtsgronden (art. 38 lid 3 Invorderingswet) ook deze feitelijke grond hebben aangevuld.⁴³

42 HR 20 feb. 1998, NJ 1998, 526 (concl. A-G Spier; m.nt. ARB).

43 Vgl. ro. 5.1.

5.2 De grenzen van de rechtsstrijd zoals bepaald door het gevorderde

De rechter mag niet meer of anders toewijzen dan is gevorderd.⁴⁴ Dit betekent dat als de rechter op zich een rechtsnorm zou kunnen aanvullen, maar daarmee iets anders zou moeten toewijzen dan is gevorderd, hij deze rechtsnorm niet mag aanvullen. Een voorbeeld van een zaak waarin deze grens speelde, is HR 27 okt. 1995.⁴⁵

5.3 Een partij heeft de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer beperkt

Het staat partijen vrij om de rechtsgrondslag van hun vordering of verweer te beperken tot de door hen aangevoerde rechtsgrondslag.⁴⁶ De achtergrond hiervan is dat partijen niet gedwongen kunnen worden om gebruik te maken van hun rechten. Als een partij duidelijk stelt de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer te willen beperken, zal de rechter dat moeten respecteren.

5.3.1 Geen alternatieve rechtsgrondslag aanvullen

Het gevolg hiervan is dat de rechter geen alternatieve rechtsgrondslag zal kunnen aanvullen als de aangevoerde rechtsgrondslag faalt. In dit geval zal de vordering moeten worden afgewezen als de aangevoerde rechtsnormen op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet rechtvaardigen. Hetzelfde geldt voor het verweer.

Een voorbeeld van deze beperking is te vinden in HR 28 feb. 1992.⁴⁷ De rechtbank had in eerste instantie vastgesteld dat het ingediende verzoek het verkrijgen van een voorziening betrof als bedoeld in art. 825b (oud) Rv.⁴⁸ Nu een dergelijke voorziening niet eerder kan aanvangen dan met de datum van de dagvaarding, 14 november, en het verzoek verzocht om een onderhoudsbijdrage met ingang van 16 augustus, had de rechtbank het verzoek voor de periode 16 aug-14 nov. afgewezen. In appel oordeelt het hof dat voorzover het verzoek betrekking heeft op de periode voor 14 nov. daarin besloten ligt

44 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 103; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Princen 1990 p. 57; Ernes 1997 p. 6; Stein & Rueb 2000 p. 16/17; Snijders & Wendels 1999 p. 198; Star Busmann 1955 p. 226; Star Busmann/Rutten 1972 p. 219; Wesseling-van Gent 1987 p. 93.

45 HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB).

46 Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Veegens/Wiersma 1973 p. 28; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Rb. Breda 1 mei 1990, NJ 1990, 740; HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. A-G Hartkamp) r.o. 3.4; HR 15 apr. 1983, NJ 1983, 698 (concl. A-G Franx; m.nt. JCS); noot DJV onder HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 193 (concl. A-G Langemeijer, m.nt. DJV).

47 HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. Asser).

48 overweging 1.2 conclusie.

een verzoek op grond van art. 1:81 BW. Zij vult deze alternatieve rechtsgrondslag aan en wijst het verzoek ook voor deze periode toe.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof ten onrechte art. 1:81 BW heeft aangevuld. De rechtbank had immers vastgesteld dat het verzoek uitsluitend was gebaseerd op art. 825b (oud) Rv en deze vaststelling was niet bestreden. Nu de eiser geacht moest worden haar rechtsgrondslag te hebben beperkt, had het hof niet meer de vrijheid om art. 1:81 BW als alternatieve rechtsgrondslag aan te vullen.⁴⁹ Voorzover de vordering niet toewijsbaar was op grond van art. 825b (oud) Rv moest zij dus worden afgewezen.

5.3.2 *Aanvullen ondanks de beperking van de rechtsgrondslag*

Het feit dat een partij zijn rechtsgrondslag heeft beperkt, wil niet zeggen dat het aanvullen van rechtsnormen onmogelijk is. Ten eerste kunnen partijen rechtsnormen die van openbare orde zijn niet uitsluiten. De rechter zal deze aanvullen ook al hebben partijen hun rechtsgrondslag beperkt.⁵⁰ De beperking van de rechtsgrondslag werkt dus alleen voorzover de rechtsnormen die worden uitgesloten rechtsnormen zijn die ter vrije beschikking van partijen staan.

Daarnaast betekent het feit dat een partij zijn rechtsgrondslag heeft beperkt slechts dat de rechter geen alternatieve rechtsgrondslagen kan aanvullen. De rechter kan nog wel rechtsnormen aanvullen die behoren tot de gekozen rechtsgrondslag. De rechter zal immers nog steeds moeten beoordelen of het recht toewijzing van de vordering op grond van de door de eiser aangevoerde rechtsgrondslag wel rechtvaardigt. Het is mogelijk dat de rechter bij deze beoordeling rechtsnormen moet aanvullen.

Het al vaker genoemde arrest Büchner/Wies⁵¹ kan ook hier dienen als illustratie. In dit arrest oordeelde de rechter dat om de vordering toe te wijzen de verweerder (Wies) in verzuim moest zijn. Om te bepalen of er sprake is van verzuim vulde de rechter art. 6:82 en 83 BW aan. Ook als de eiser (Büchner) de rechtsgrondslag van zijn eis had beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag, zou de rechter deze rechtsnormen hebben moeten aanvullen. Art. 6:82 en 83 BW behoren tot elke rechtsgrondslag die verzuim als vereiste stelt en dienen bij het bepalen van verzuim zo nodig door de rechter te worden aangevuld.

⁴⁹ Ro. 3.2.

⁵⁰ Vriesendorp 1970 p. 170; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9.

⁵¹ HR 20 sept. 1996, NJ 1996, 748 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense).

5.3.3 Eisen aan de beperking

Een belangrijke vraag is onder welke omstandigheden een partij geacht moet worden zich te hebben beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag. In de literatuur en jurisprudentie is weinig informatie te vinden over waar deze grens ligt. Gezien echter het belang van een partij dat de rechtsgronden worden aangevuld als de aangevoerde rechtsgrondslag faalt, zal mijns inziens niet te snel mogen worden aangenomen dat een partij zich beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag. Verder zullen partijen meestal meer geïnteresseerd zijn in het winnen van het proces dan in de rechtsgronden waarop de uitspraak wordt gebaseerd.

Uit het feit dat een partij zich op bepaalde rechtsnormen heeft gebaseerd of een bepaalde rechtsbeschouwing aanhangt, mag niet worden afgeleid dat die partij afstand heeft gedaan van een beoordeling op grond van een andere rechtsgrondslag.⁵² Zelfs als een partij hardnekkig blijft volhouden dat een bepaalde rechtsgrondslag van toepassing is, en ook al is geconfronteerd met de mogelijkheid dat de vordering daarop niet toegewezen kan worden, betekent dit nog niet dat hij zich beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag.⁵³ Een beperking van de rechtsgrondslag mag dan ook niet te licht worden aangenomen.⁵⁴

De rechtsgrondslag is echter zeker beperkt als de rechter dit in eerste instantie heeft vastgesteld en deze vaststelling niet in appel is bestreden. De appelrechter is aan een dergelijke onbestreden vaststelling gebonden.⁵⁵ Het is dan ook aan te raden om een dergelijke vaststelling in appel te bestrijden om de weg voor het aanvullen van de rechtsgronden in appel vrij te houden.

5.4 Slechts dwingend recht van openbare orde mag worden aangevuld?

In haar proefschrift 'Lijdelijkheid in geding' stelt Bosch-Boesjes dat "[d]e verplichting ex art. 48 [(oud)] Rv voor de rechter is beperkt tot voorschriften die van dwingend recht en openbare orde zijn".⁵⁶ Dit is mijns inziens onjuist. Ook regeland recht en dwingend recht dat niet van openbare orde is komt voor aanvulling in aanmerking. Er zijn geen gronden te vinden in de literatuur

52 Vriesendorp 1970 p. 149; Vriesendorp 1981 p. 83.

53 V. Dulmen/Bethel (HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. Hartkamp)).

54 Anders Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41.

55 HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. Hartkamp) r.o. 3.4; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. Asser) r.o. 3.2; HR 24 apr. 1981, NJ 1981, 494 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH) tweede Overweging punt 1.

56 Bosch-Boesjes 1991 p. 130.

of jurisprudentie dat de werking van art. 48 (oud) Rv beperkt zou zijn tot dwingend recht van openbare orde. Integendeel zelfs.⁵⁷

5.5 Het beginsel van hoor en wederhoor als begrenzing van het aanvullen van de rechtsgronden

Een van de regels die gebaseerd is op het beginsel van hoor en wederhoor is dat de rechter geen beslissing mag nemen zonder dat partijen eerst in de gelegenheid zijn gesteld om hun standpunt over die beslissing uiteen te zetten. Dit brengt mee dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om zich uit te laten over de toe te passen rechtsnormen voordat de rechter deze toepast. Op zich hebben partijen ruim de gelegenheid hiertoe gehad gedurende de normale loop van de procedure. De vraag waar het in deze paragraaf om gaat is of de rechter verplicht is om partijen de gelegenheid te geven hun standpunten uiteen te zetten specifiek voor het toepassen van een aan te vullen rechtsnorm.

Er bestaan argumenten zowel voor een positief als voor een negatief antwoord op deze vraag. Enerzijds weten partijen dat de rechter verplicht is om de rechtsgronden aan te vullen en moeten zij hiermee rekening houden.⁵⁸ In deze zin hebben partijen al alle gelegenheid gehad. Verder leidt het horen van partijen tot vertraging van de procedure.

Anderzijds kan het zo zijn dat de reden dat partijen bepaalde rechtsnormen niet hebben aangevoerd in hun stellingen, is dat zij deze rechtsnormen over het hoofd hebben gezien of niet van toepassing achten. In dit geval hebben partijen feitelijk nog niet de gelegenheid gehad om hun standpunt omtrent de aan te vullen rechtsnorm uiteen te zetten. Daarbij heeft het horen van partijen het voordeel dat zij hun stellingen nu al kunnen aanpassen aan de aan te vullen rechtsnormen en zo appel op dit punt kan worden voorkomen.

Een verplichting om te horen werd niet aangenomen voor het oude procesrecht,⁵⁹ maar door veel schrijvers werd en wordt er wel voor gepleit dat de rechter een dergelijke verplichting zou moeten hebben of dat het in ieder geval

57 Dat ook regelend recht moet worden aangevuld, blijkt uit de volgende literatuurverwijzingen: Snijders & Wendels 1999 p. 192; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Mostermans 1996 p. 13; Vriesendorp 1970 p. 170; Vriesendorp 1980 p. 57.

Uit de volgende literatuurverwijzingen blijkt dat de verplichting om rechtsgronden aan te vullen niet beperkt is tot rechtsnormen van openbare orde: Star Busmann/Rutten 1972 p. 173; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 9; Vranken 1995 p. 34; Scheltema 1940 p. 6; Pels Rijcken 1983 p. 164/165; Snijders, Ynzonides en Meijers 1997 p. 220; Vriesendorp 1970 p. 206; Vriesendorp 1981 p. 59.

Voor de omschrijving van recht van openbare orde en dwingend recht verwijs ik naar § 6.1 en § 6.3.

58 Vgl. Tjong Tjin Tai 2000 p. 259; Snijders & Wendels 1999 p. 191.

59 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 16.

verstandig is om partijen te horen.⁶⁰ Het gaat mijns inziens echter te ver om voor elke vorm van aanvullen van de rechtsgronden de plicht in te voeren om vooraf te horen. Om nu een splitsing te maken tussen aanvullingen waarbij wel en waarbij niet vooraf nog moeten worden gehoord kan het concept ‘verrassingsbeslissing’ dienen. Dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

Het beginsel van hoor en wederhoor begrenst het aanvullen van de rechtsgronden overigens niet in die zin dat de rechter een rechtsgrond niet meer mag aanvullen als dit in strijd zou komen met dit beginsel. De rechter zou hoogstens verplicht zijn om partijen alsnog te horen voordat hij overgaat tot het toepassen van de aan te vullen rechtsnorm.

Een vraag die weinig wordt gesteld is of de rechter ook verplicht is om partijen te horen als duidelijk is dat de rechtsnorm niet kan worden aangevuld doordat bijvoorbeeld de benodigde feiten of de juiste feitelijke gronden niet zijn aangevoerd. Mag de rechter deze rechtsnorm dan passeren of brengt het beginsel van hoor en wederhoor mee dat hij dit eerst aan partijen dient voor te leggen en hen de gelegenheid moet geven om hun standpunten aan te passen? Op dit moment wordt een dergelijke verplichting niet aangenomen of zelfs overwogen.⁶¹

5.6 Verrassingsbeslissingen

Soms wordt de klacht aangevoerd dat de rechter door de rechtsgronden aan te vullen een verrassingsbeslissing heeft genomen. Omdat deze beslissing voor partijen als een verrassing kwam, had de rechter deze niet mogen nemen, althans niet zonder partijen eerst in de gelegenheid te stellen zich over het aanvullen uit te laten.⁶²

De kwestie van verrassingsbeslissingen gaat verder dan alleen het aanvullen van de rechtsgronden. Het is in principe voor elke beslissing mogelijk dat deze onder omstandigheden als een verrassingsbeslissing moet worden beschouwd, inclusief bijvoorbeeld beslissingen omtrent interpretatie van feiten of rechtsnormen, bewijslastverdeling en waardering van bewijs. Om een duidelijk beeld te krijgen van de regels omtrent verrassingsbeslissingen, zal ik eerst in het algemeen ingaan op de verrassingsbeslissingen. Vervolgens worden de gevolgen van dit leerstuk voor het aanvullen van de rechtsgronden besproken.

60 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 16; Vranken 1995 p. 39; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 4; Pels Rijcken 1983 p.175; Ras 1992 p. 73; Vriesendorp 1979 p. 163; Vriesendorp 1981 p. 115; Stein & Rueb 2000 p. 17.

61 Ook onder het herziene procesrecht wordt een dergelijke plicht niet aangenomen.

62 Zoals bijvoorbeeld in HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (A-G Strikwerda;m.nt. ThMdB) en HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser).

5.6.1 Verrassingsbeslissingen in het algemeen

De regels omtrent verrassingsbeslissingen zijn nog weinig ontwikkeld. De Hoge Raad heeft zich nog maar weinig direct uitgelaten over de processuele gevolgen van een zogenaamde 'verrassingsbeslissing'. De klacht in cassatie dat een rechter een verrassingsbeslissing heeft genomen, lost zich dikwijls op in het oordeel van de Hoge Raad dat de beslissing, gezien de omstandigheden van het geval, niet verrassend is.⁶³ Vaak ook komt de Hoge Raad niet toe aan het verrassende aspect van een beslissing omdat de bestreden beslissing al sneuvelt op grond van een andere klacht.⁶⁴

Gebaseerd op de bestaande jurisprudentie en literatuur zal ik de volgende drie vragen behandelen:

- 1 wanneer is er sprake van een verrassingsbeslissing?
- 2 wat is precies het knelpunt bij verrassingsbeslissingen en wat wordt van de rechter verwacht? en
- 3 is de rechter daadwerkelijk verplicht te horen voor het nemen van verrassingsbeslissingen?

Wanneer is er sprake van een verrassingsbeslissing?

Er is sprake van een verrassingsbeslissing als de rechter in de beslissing een wending maakt waarop partijen niet bedacht hoefden te zijn.⁶⁵ Ook uit de cassatiemiddelen blijkt dat het niet hebben hoeven verwachten van de wending het kenmerkende element van een verrassingsbeslissing is.⁶⁶ Het is niet voldoende dat er sprake is van een 'van partijen afwijkend inzicht'. Afwijkend

63 Zoals bijvoorbeeld HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19, r.o. 3.2 (concl. A-G Vranken), HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 r.o. 3.5 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB) en HR 7 apr. 1995, NJ 1995, 681 r.o. 3.5.1 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS).

64 Zoals bijvoorbeeld HR 17 okt. 1995, NJ 1998, 191 r.o. 3.4, 3.5 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB) (de (mogelijk verrassende) uitleg van een verdelingsakte was niet begrijpelijk en de beslissing sneuvelde al op die grond), HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 r.o. 3.4 (concl. Strikwerda) (de beslissing werd al op grond van het grievensstelsel vernietigd), HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 r.o. 3.2, 3.3 (concl. A-G Asser) (er was geen ruimte voor het aanvullen van de rechtsnorm) en HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 r.o. 3.4 en 3.5 (concl. A-G Asser) (het Hof was afgeweken van de vaststaande feiten).

65 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 14, 191; Tjong Tjin Tai 2000 p. 260, 262; HR 7 april 1995, NJ 1995, 681 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS) r.o. 3.5.1, conclusie overw. 9; HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 675 (concl. A-G Bakels; m.nt. JBMV) concl. overw. 2.13; HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 269 (concl. A-G Langemeijer) concl. overw. 2.12.

66 HR 7 april 1995, NJ 1995, 681 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS) cassatie-middel onderdeel 2.2.2; ; HR 29 jan 1993, NJ 1993, 219 (concl. A-G Mok) cassatiemiddel onderdeel 2; HR 3 jan 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) cassatiemiddel onderdeel 3.3; HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 (concl. A-G Strikwerda) cassatiemiddel onderdeel 2c; HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB) cassatiemiddel onderdeel II; HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense) cassatiemiddel onderdeel III.

wil immers niet zeggen verrassend. Er zou slechts dan sprake zijn van een verrassingsbeslissing als het inzicht zo onverwacht is dat partijen geen rekening hebben hoeven houden met dit inzicht.⁶⁷

Dit is een vrij strenge eis. Van partijen en hun rechtsbijstand wordt dan ook een behoorlijke mate van oplettendheid verwacht.⁶⁸ Als een wending in een beslissing in enige mate in de lijn der verwachtingen ligt, wordt van partijen verwacht dat zij hiermee rekening houden. Er is in dat geval geen sprake van een verrassingsbeslissing. Ook het feit dat een partij in feite verrast is, is niet van groot belang. Het gaat er immers niet zozeer om of een partij verrast is, maar of zij verrast mocht zijn.

Wat is precies het probleem bij verrassingsbeslissingen en wat wordt van de rechter verwacht?

Het gaat er bij verrassingsbeslissingen om dat doordat de rechter een wending maakt die partijen niet hebben hoeven te verwachten, zij zich niet over deze wending hebben kunnen uitlaten. Partijen hebben deze wending niet verwacht en hebben hun stellingen hier dus niet op gericht.⁶⁹ De klacht in de cassatiemiddelen is dan ook niet zozeer dat er sprake is van een verrassingsbeslissing, maar dat de rechter de partijen niet de gelegenheid heeft geboden om hun stellingen aan de wending aan te passen voordat hij de verrassende wending in een uitspraak vastlegt.⁷⁰ Het ontoelaatbare zit niet in het feit dat de rechter door zijn beslissing een onverwachte wending aan de procedure heeft gegeven, maar in het feit dat de verrassingsbeslissing is genomen zonder partijen eerst de gelegenheid te bieden om hun stellingen daaraan aan te passen.⁷¹

67 Vgl. HR 3 jan 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS); HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19 (concl. A-G Vranken).

68 Vgl. Tjong Tjin Tai 2000 p. 262.

69 Vgl. H.E. Ras, 'Boekaankondigingen. J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding, Leids proefschrift, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970 (258 blz.)', *NJB* 1971-4, p. 100-101 p. 101; Tjong Tjin Tai 2000 p. 259; concl. Koopmans overw. 9 bij HR 7 apr. 1995, NJ 1995, 681 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS); concl. Bakels overw. 2.13 bij HR 4 dec. 1999, 675 (A-G Bakels; m.nt. JBMV); concl. Langemeijer overw. 2.12 bij HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 269 (concl. A-G Langemeijer).

70 Incidenteel middel (onderdeel 3c) in HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 (A-G Hartkamp); cassatiemiddel (onderdeel 3.4) in HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19 (A-G Vranken); cassatiemiddel onderdeel 2 in HR 29 jan 1993, NJ 1993, 219 (concl. A-G Mok); cassatiemiddel onderdeel 3.2 in HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser); cassatiemiddel onderdeel 2.2 in HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 (concl. A-G Asser); cassatiemiddel onderdeel II in HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense); cassatiemiddel onderdeel 6 in HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB); cassatiemiddel onderdeel II in HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB).

71 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) overw. 3 van de noot; HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp) overw. 10 van de conclusie; HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB) overw. 11 van de conclusie; HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) r.o. 3.6; HR 15 sept. 1995, NJ 1996, 20 (concl. A-G Hartkamp) overw. 6 van de conclusie; HR 28

In HR 3 jan. 1997⁷² had de rechter een eigen uitleg gegeven aan een arbitraal vonnis onafhankelijk van de standpunten van partijen. Hiertoe is hij op zich bevoegd aangezien partijen het niet eens waren over de uitleg van dit vonnis (r.o. 3.6 en zie hoofdstuk 8 § 4.3). Het feit dat deze uitleg voor partijen als verrassingsbeslissing gekwalificeerd kan worden, mag de rechter er niet van weerhouden om zich te baseren op deze eigen (onverwachte) uitleg. Hij zal partijen echter wel eerst de gelegenheid moeten geven om zich uit te laten over deze uitleg voordat hij uitspraak doet. In casu oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van een verrassingsbeslissing, omdat partijen wel in de gelegenheid waren geweest om hun stellingen aan te passen aan de uitleg.

De rechtsgrond voor deze verplichting wordt gezocht in verschillende 'beginselen'. Meestal wordt deze plicht gegrond op de eisen van een goede procesorde.⁷³ Andere aangevoerde gronden zijn het beginsel van hoor en wederhoor,⁷⁴ fair play,⁷⁵ equality of arms,⁷⁶ het contradictoir beginsel⁷⁷ en fair hearing.⁷⁸ Het lijkt mij hier te gaan om een uitvloeisel van het beginsel van hoor en wederhoor. Het gaat er immers om dat de rechter de beslissing niet mag vastleggen in een uitspraak dan nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld om zich over de verrassende wending in de beslissing uit te laten (zie ook hoofdstuk 4 § 3.4).

feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) overw. 2.29 van de conclusie; HR 26 sept. 1996, NJ 1996, 609 (concl. A-G Mok) overw. 3.1.6.2 van de conclusie; HR 2 feb 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) ro. 3.5.3 en overw. 6 van de noot.

72 HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).

73 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) r.o. 3.5.3; HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp) overw. 10 van de conclusie; HR 15 sept. 1995, NJ 1996, 20 (concl. A-G Hartkamp) overw. 6 van de conclusie; HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) r.o. 3.6/cassatiemiddel onderdeel 3.3; HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19 (concl. A-G Vranken) cassatiemiddel onderdeel 3.4; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) cassatiemiddel onderdeel 3.2/overw. 2.29 van de conclusie; HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 (concl. A-G Asser) cassatiemiddel onderdeel 2.2; HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB) cassatiemiddel onderdeel 6; HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB) cassatiemiddel II.

74 Snijders en Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 15; HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) noot JBMV overw. 4c; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) overw. 2.29 van de conclusie.

75 Vranken 1995 p. 39; HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) noot JBMV overw. 4c.

76 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) noot JBMV overw. 4c; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) cassatiemiddel onderdeel 3.2 /conclusie Asser overw. 2.29.

77 HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) cassatiemiddel onderdeel 3.3.

78 HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) overw. 2.29 van de conclusie.

Is de rechter daadwerkelijk verplicht te horen voor het nemen van verrassingsbeslissingen?

De Hoge Raad is tot nu toe weinig direct ingegaan op klachten met betrekking tot verrassingsbeslissingen en de plaats van dergelijke beslissingen. Het is mij op dit moment onduidelijk of de Hoge Raad ook inderdaad de rechter verplicht acht om partijen de gelegenheid te geven hun stellingen aan te passen als een beslissing als verrassingsbeslissing gekwalificeerd moet worden. Dat de rechter hiertoe bevoegd is, wordt niet betwist. Het wordt de rechter veelal ook aangeraden om partijen te horen voordat hij een verrassingsbeslissing neemt.⁷⁹ Maar bestaat er een verplichting?

In slechts één uitspraak, HR 2 feb. 1990,⁸⁰ casseert de Hoge Raad duidelijk omdat het Gerechtshof een partij “voor een verrassing [heeft] gesteld” zonder deze de gelegenheid te geven zijn stellingen aan te passen. De situatie was als volgt: in eerste instantie had de rechtbank aan H. (eiser) de opdracht gegeven te bewijzen dat zij en haar echtgenoot N. aan kandidaat-notaris V. (werkzaam voor verweerder S.) de opdracht hebben gegeven om de wijziging van de huwelijkse voorwaarden voor te bereiden. Daarbij had het hof gesteld dat als H. in dit bewijs slaagt zij nog zal moeten aantonen dat N. tussen het verlenen van de opdracht en zijn overlijden van voldoende geestelijke gezondheid was dat de wijziging van de huwelijkse voorwaarden door de rechter zou zijn goedgekeurd. H. slaagt niet in haar bewijs en de vordering wordt afgewezen. In appel stelt H. dat zij zich ervan bewust is dat als een van de grieven zou slagen zij nog de goede geestestoestand van haar man in genoemde periode zal moeten aantonen. Zij biedt hiervan bewijs aan. S. bestrijdt slechts de grieven. Het Gerechtshof acht het appel gegrond en stelt de geestelijke gezondheid van N. zonder verdere bewijslevering vast op grond van drie schriftelijk stukken. In cassatie overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘3.5.3. De vraag omtrent de geestelijke gezondheid van N. in de periode tussen de opdrachtverlening en zijn overlijden heeft in appel geen onderwerp van debat uitgemaakt: H. sloot zich immers op dit punt aan bij het oordeel van de Rb. en stelde dat zij tot bewijslevering door getuigen in staat was, terwijl S. op dit punt niet is ingegaan, waartoe voor hem ook geen aanleiding bestond, nu zowel de Rb. als - in hoger beroep - H. duidelijk tot uiting hebben gebracht dat deze kwestie nog niet vaststond. In dit verband verdient opmerking dat S. in eerste aanleg gemotiveerd heeft weersproken dat N. in staat was zijn wil te bepalen en, eveneens in eerste aanleg, bij herhaling heeft aangevoerd dat V. heeft verklaard dat H. aan hem [V.] had gezegd dat haar man [N.] niet aanspreekbaar was.

Door onder deze omstandigheden, zonder enige bewijsopdracht althans zonder S. tenminste in de gelegenheid te hebben gesteld zich nader omtrent de bewijskracht van de door het hof gehanteerde stukken uit te laten en, voorzover nodig, tegen-

79 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 4; Vranken 1995 p. 39 ev.; Snijders & Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 15.

80 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 785 (concl. A-G hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV).

bewijs aan te bieden, te oordelen dat N in staat was zijn wil te bepalen, heeft het hof S. voor een verrassing gesteld die niet met de eisen van een goede procesorde is te verenigen. Dit brengt mee dat de hiertegen in het onderdeel gerichte klachten doel treffen.'

Bij het lezen van het arrest krijg ik sterk de indruk dat het Gerechtshof verplicht was om S. te horen simpelweg op grond van het beginsel van hoor en wederhoor, ook zonder het verrassende van de wending die de rechter maakt. Door te handelen zoals zij heeft gedaan, heeft het hof S. de mogelijkheid onthouden om te reageren op de stukken en stellingen van H. omtrent de geestesgesteldheid van N. en om datgene in te brengen waarmee hij de juistheid van zijn positie had kunnen aantonen. De verrassing zit nog het meest in het feit dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor zo passeert.

Conclusie

Concluderend ben ik van mening dat er bij de huidige stand van zaken geen duidelijke verplichting bestaat om bij verrassingsbeslissingen partijen de gelegenheid te geven hun stellingen aan te passen aan de verrassende wending. De jurisprudentie hierover is echter schaars, waarschijnlijk omdat verrassingsbeslissingen toch relatief weinig voorkomen. En als zij voorkomen gaat dit meestal gepaard met de schending van andere regels waarop de Hoge Raad eerder zal casseren.

Hoe dit ook zij, het concept van de verrassende wending levert voor de praktijk een criterium op om te bepalen of partijen al voldoende gelegenheid hebben gehad tijdens de normale loop van de procedure om zich uit te laten over het onderwerp van een bepaalde beslissing, of dat de rechter partijen weer de gelegenheid moet geven om hun standpunten uiteen te zetten en dan nu specifiek gericht op de beslissing in kwestie.

5.6.2 Verrassingsbeslissingen en het aanvullen van de rechtsgronden

Het is mogelijk dat een aanvullen van de rechtsgronden als een verrassingsbeslissing gekwalificeerd moet worden. Het zal mijns inziens echter niet veel voorkomen. Partijen (kunnen) weten dat de rechter verplicht is om de rechtsgronden aan te vullen en dienen hier dan ook bedacht op te zijn. De mogelijkheid van een verrassingsbeslissing wordt verder nog beperkt doordat de rechter alleen rechtsgronden mag aanvullen bij de door partijen aangevoerde feitelijke gronden. Veel ruimte voor verrassingen laat dit niet over.

Zelfs als een aanvullen van de rechtsgronden gekwalificeerd kan worden als een verrassingsbeslissing, mag dit de rechter er niet van weerhouden om de rechtsgrond aan te vullen. Zoals bij het beginsel van hoor en wederhoor verplicht een verrassingsbeslissing de rechter hoogstens om partijen te horen omtrent de aan te vullen rechtsnorm voordat hij uitspraak doet.

Bij de begrenzing van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen door het beginsel van hoor en wederhoor kwam de vraag naar voren naar een criterium om onderscheid te maken tussen enerzijds het geval dat de normale procedure als voldoende beschouwd moet worden voor partijen om hun standpunten uiteen te zetten omtrent de aan te vullen rechtsnormen en anderzijds het geval dat nog een specifieke gelegenheid moet worden geboden. De verrassingsbeslissing kan hier mogelijk als onderscheidend criterium gebruikt worden. Als de rechter partijen voor een verrassing stelt met het aanvullen, moet hij partijen nog de gelegenheid geven om hun standpunten omtrent het aanvullen uiteen te zetten. Als het aanvullen niet als verrassend beschouwd kan worden, hoeft hij partijen niet nog apart te horen.

Onder het oude procesrecht echter werd er geen duidelijke algemene verplichting aangenomen om te horen voordat een verrassingsbeslissing werd genomen. Nu er geen uitspraken zijn waarin een dergelijke verplichting wel werd aangenomen voor een verrassend aanvullen van de rechtsgronden in het bijzonder, moet gezegd worden dat een dergelijke verplichting niet bestond (zie echter hoofdstuk 9 § 9.1).

De problematiek rondom de vraag wanneer partijen alsnog gehoord moeten worden, en ook omtrent verrassingsbeslissingen, lijken mij het gevolg te zijn van een gebrek aan communicatie tussen rechter en partijen. In een voornamelijk schriftelijk gevoerde procedure zoals de dagvaardingsprocedure vindt er weinig feedback plaats van de rechter naar de partijen. Partijen worden pas bij een tussen- of eindbeslissing geconfronteerd met de gedachtegang van de rechter waarna de klacht komt zij hun stellingen niet hierop hebben kunnen richten. Een 'oplossing' zou zijn om in het algemeen de directe communicatie tussen partijen en de rechter te vergroten.

5.7 Processuele grenzen

Het is mogelijk dat het procesrecht zelf het aanvullen van rechtsgronden blokkeert. Hiervan is mogelijkwerwijs sprake als voor de toepassing van de aan te vullen rechtsnorm een andere procedure is voorgeschreven. Dit kan tot gevolg hebben dat de betreffende rechtsnorm niet mag worden toegepast in deze procedure en dus niet kan worden aangevuld. Twee situaties waarin dit probleem zich voordeed waren als de rechter onbevoegd was voor de toepassing van de aan te vullen rechtsnormen (§ 5.7.1) en als de procedures fundamenteel verschilden (§ 5.7.2).

5.7.1 *Aanvullen van een rechtsnorm voor de toepassing waarvan de rechter onbevoegd is*

De situatie waar het hier om gaat is dat de rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering zoals deze is ingesteld, maar dat bij de beoordeling

blijkt dat de eiser de rechtsverhouding waarop hij zijn vordering baseert onjuist heeft gekwalificeerd en dat de werkelijke rechtsverhouding een andere is waarvoor de rechter niet bevoegd is. De vordering kan nu niet worden toegewezen op grond van de aangevoerde rechtsgrondslag. Zij kan mogelijk echter wel worden toegewezen op grond van een alternatieve rechtsgrondslag. Het probleem is nu dat de rechter niet bevoegd is voor het onderwerp van de alternatieve rechtsgrondslag. Het gaat bijvoorbeeld om een vordering gebaseerd op een arbeidsovereenkomst ingesteld bij de kantonrechter, waarvan de kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een overeenkomst sui generis waarvoor de rechtbank bevoegd is.

Onder het oude recht was er een complex systeem van regels ontstaan dat er over het algemeen toe leidde dat de aan te vullen rechtsnorm niet kon worden aangevuld en de vordering moest worden afgewezen. De situatie onder het herziene burgerlijk procesrecht is echter fundamenteel veranderd. Nu het verhaal van deze paragraaf van geen toegevoegde waarde is voor het huidige burgerlijk procesrecht of het bestuursprocesrecht, is het geschrapt. In hoofdstuk 9 § 9.3 zal kort op deze problematiek voor het huidige burgerlijk procesrecht worden ingegaan.

5.7.2 Het aanvullen van rechtsnormen als de procedures fundamenteel verschillen

De meeste procedures in het burgerlijk procesrecht volgen min of meer hetzelfde patroon. Zij beginnen met een schriftelijk inleidend document, gevolgd door een aantal schriftelijke stukken en hebben althans de mogelijkheid voor een mondelinge behandeling. Het is echter mogelijk dat het aanvullen van rechtsnormen geblokkeerd wordt doordat de procedure die is voorgeschreven voor de aan te vullen rechtsnormen teveel verschilt van de lopende procedure. Hier wil ik kort twee voorbeelden van geven. Ten eerste de situatie waarin de onwenselijkheid van de vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure aan het aanvullen in de weg staat en ten tweede een zaak waarin verschillen wat betreft maatstaven, aard en regeling van de procedure aan aanvullen in de weg staan.

Vermenging dagvaardingsprocedure en verzoekschriftprocedure

De vraag hier is of een rechter in een dagvaardingsprocedure een rechtsnorm kan aanvullen als voor de toepassing daarvan de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven, en omgekeerd. Onder het oude burgerlijke procesrecht leidde een keuze voor de verkeerde procesvorm gewoonlijk tot niet-ontvankelijkverklaring van de eiser,⁸¹ zodat een eiser die een verzoekschrift indient als een dagvaardingsprocedure is voorgeschreven niet-ontvankelijk verklaard zal

81 Vgl. Asser overw. 2.4 in zijn conclusie bij HR 6 dec. 1991, NJ 1992, 152 (A-G Asser); HR 13 mei 1988, NJ 1989, 72 (concl. wnd. A-G Asser; m.nt. WHH; Rb. Breda 19 april 1988, NJ 1989, 152.

worden en vice versa. Er bestond een sterke weerstand tegen vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure. In een dagvaardingsprocedure kon bijvoorbeeld niet in reconventie een verzoek worden ingesteld dat door middel van een verzoekschriftprocedure aanhangig gemaakt moest worden. Die partij is dan niet-ontvankelijk in reconventie.⁸²

Gezien de weerstand tegen de vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure en het belang dat wordt gehecht aan het volgen van de voorgeschreven procedure, lijkt het me dat het de rechter niet is toegestaan om het gevorderde in een dagvaardingsprocedure te beoordelen op grond van rechtsnormen voor de toepassing waarvan de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven, en vice versa. Ik heb echter geen uitspraak kunnen vinden waarin dit duidelijk wordt vastgesteld.⁸³

Voor de situatie onder het nieuwe burgerlijk procesrecht verwijs ik de lezer naar hoofdstuk 9 § 9.4.

Verschillen in maatstaven, aard en regeling van de procedure

Het is ook mogelijk dat binnen een bepaald type procedure de verschillen tussen voorgeschreven procedures zodanig zijn dat het aanvullen van rechtsnormen wordt geblokkeerd. Ik zal het houden bij het noemen van één voorbeeld: HR 28 februari 1992.⁸⁴ De situatie was als volgt. Bij dagvaarding van 14 november 1990 heeft de eiseres echtscheiding gevorderd alsmede verzocht om een onderhoudsbijdrage van fl. 5500 per maand met ingang van 16 augustus 1990. De rechtbank oordeelt dit laatste als een verzoek als bedoeld in art. 825b (oud) Rv en wijst deze toe met als ingangsdatum 14 november 1990. In appel oordeelt het hof dat een verzoek op grond van art. 825b (oud) Rv niet eerder in kan gaan dan de datum dat het verzoek was ingediend, maar dat voorzover het verzoek betrekking heeft op de periode voor 14 november 1990 daarin een verzoek op grond van art. 1:81 BW⁸⁵ besloten ligt, zodat de rechter ook de periode van 16 augustus 1990 tot 14 november 1990 in zijn onderzoek zal betrekken. Het hof vult ambtshalve art. 1:81 BW aan en veroordeelt de man tot het betalen van een bijdrage van fl. 3000,- met ingang van 16 augustus 1990,

82 Rb. Breda 19 april 1988, NJ 1989, 152; HR 13 mei 1988, NJ 1989, 72 (A-G Asser; m.nt. WHH); Ook kan niet door middel van eisiwijziging de eis worden gewijzigd in een dagvaardingsprocedure als voor de beoordeling van het meerdere de regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn: HR 29 mei 1987, NJ 1988, 557 (A-G Van Soest; m.nt. WHH); In één geval was het mogelijk dat een eis waarvoor de verzoekschriftprocedure was voorgeschreven in een dagvaardingsprocedure volgens de regels van de dagvaardingsprocedure werd behandeld: HR 6 dec. 1991, NJ 1992, 152 (A-G Asser).

83 Er is echter wel een vonnis van de Rb. Assen waarin deze in appel van het tegenovergestelde uitgaat: Rb. Assen 3 juni 1986, NJ 1986, 805.

84 HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (A-G Asser).

85 Art. 1:81 BW: 'Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen.' Het gaat hier dan om een verzoek tot vaststelling van alimentatie staande huwelijk.

met art. 1:81 BW als rechtsgrond van de periode 16 augustus 1990 tot 14 november 1990 en art. 825b (oud) Rv voor de periode na 14 november 1990.

In cassatie wordt deze beslissing van het hof vernietigd omdat de rechtbank had vastgesteld dat de vrouw haar verzoek uitsluitend had gebaseerd op art. 825b (oud) Rv en deze vaststelling niet in appel was bestreden. Het hof was aan deze vaststellingen gebonden en had dus niet de vrijheid om art. 1:81 BW aan te vullen. Daarnaast overweegt de Hoge Raad:

‘Het hof heeft voorts het volgende miskend. Tussen enerzijds een verzoek van een echtgenoot tot het bij wijze van voorlopige voorziening vaststellen van het bedrag dat de andere echtgenoot hem voor de duur van het echtscheidingsbeding voor zijn levensonderhoud moet betalen [825b (oud) Rv], en anderzijds het verzoek van een echtgenoot die anders dan ingevolge onderling overleg niet meer met de andere echtgenoot samenwoont, tot het bepalen van een uitkering tot levensonderhoud welke de andere echtgenoot hem ingevolge het bepaalde in art. 1:81 is verschuldigd, bestaan verschillen wat betreft de telkens te hanteren maatstaven, de aard van de procedure en de wijze waarop deze in de wet zijn geregeld. Deze verschillen zijn zodanig dat ook overwegingen van doelmatigheid niet kunnen wettigen dat een verzoek van laatstbedoelde aard in dier voege met een verzoek tot voorlopige voorzieningen wordt gecombineerd dat het mede wordt opgenomen in het in art. 825a tweede lid bedoelde verzoekschrift dan wel in de echtscheidingsdagvaarding.’

Het aanvullen van art. 1:81 BW als alternatieve grondslag was dus mede niet mogelijk omdat de procedure die is voorgeschreven voor een vordering die op dit artikel is gebaseerd teveel verschilt van de procedure die is voorgeschreven voor de beoordeling van een vordering die gegrond is op art. 825b (oud) Rv.

6 DE VERSCHILLENDE TYPEN RECHTSNORMEN

In het burgerlijk procesrecht kunnen een aantal verschillende typen rechtsnormen onderscheiden worden. Nu geldt de plicht om ambtshalve het recht aan te vullen in beginsel voor elke rechtsnorm, geschreven en ongeschreven. Rechtsnormen uit onder meer verdragen, de wet, de jurisprudentie en gewoonte zijn rechtsgronden in de zin van art. 48 (oud) Rv. Het feit dat een rechtsnorm tot een bepaald type behoort, kan echter gevolgen hebben voor de mate waarin de rechter de rechtsnorm kan aanvullen. In dit deel komen de volgende typen aan de orde:

- 1 rechtsnormen van openbare orde (§ 6.1);
- 2 rechtsmiddelen (§ 6.2);
- 3 regelend recht en dwingend recht (§ 6.3) ;
- 4 recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat (§ 6.4); en
- 5 procesregels (§ 6.5).

6.1 Rechtsnormen van openbare orde

Het begrip openbare orde speelt een rol in vele rechtsgebieden. De betekenis van dit begrip verschilt vaak per gebied.⁸⁶ Zo heeft het begrip openbare orde een andere betekenis in het kader van art. 48 (oud) Rv dan in het internationaal privaatrecht.⁸⁷ Deze paragraaf is dan ook geen algemene behandeling van het begrip openbare orde, maar is slechts gericht op de betekenis van rechtsnormen van openbare orde voor art. 48 (oud) Rv.

Wanneer is een rechtsnorm van openbare orde?

Het begrip openbare orde is moeilijk te definiëren en het valt derhalve niet precies aan te geven wanneer een rechtsnorm van openbare orde is.⁸⁸ Het is algemeen aanvaard dat een rechtsnorm van openbare orde is als het algemeen belang in hoge mate betrokken is bij die rechtsnorm.⁸⁹ Deze rechtsnormen zijn van zo'n fundamenteel gewicht dat de handhaving daarvan niet aan de partijen kan worden overgelaten. De partij-autonomie is hier van mindere betekenis⁹⁰ en het is aan de overheid opgedragen, in dit geval in de gedaante van de rechter, om toezicht te houden op de handhaving van deze rechtsnormen.⁹¹

Een rechtsnorm die het algemeen belang beschermt, zal meestal ook de belangen van de partijen of van één van hen beschermen. De vraag of een rechtsnorm overwegend het algemeen belang of het belang van partijen beschermt, is op zich niet relevant voor de vraag of een rechtsnorm van openbare orde is.⁹² Als het algemeen belang zodanig betrokken is bij een rechtsnorm dat handhaving niet aan partijen kan worden toevertrouwd, is die rechtsnorm van openbare orde en moet die door de rechter gehandhaafd worden,⁹³ ongeacht in hoeverre die rechtsnorm ook een partijbelang beschermt.

Het bovenstaande omtrent het beschermen van het algemeen belang lost het probleem echter niet op, aangezien de vraag nu slechts wordt wanneer het algemeen belang vereist dat de rechter zorg draagt voor de handhaving van een rechtsnorm. Het probleem van wanneer een rechtsnorm van openbare orde is, kan dan ook niet afdoende worden beantwoord. Er kunnen slechts in het algemeen een aantal gevallen genoemd worden waarin rechtsnormen

⁸⁶ Zie Schipper 1985 p. 257.

⁸⁷ Zie Mostermans 1996 p. 86; Veegens 1989 p. 246; Asser/Scholten 1974 p. 24.

⁸⁸ Vgl. Ras 1992 p. 58; Pels Rijcken 1983 p. 173; Veegens 1989 p. 246.

⁸⁹ Vgl. Vriesendorp 1970 p. 69/70, 172, 223; Vriesendorp 1981 p. 60; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40/41; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Mostermans 1996 p. 14, 87.

⁹⁰ Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40/41; Veegens/Wiersma 1973 p. 69; Vriesendorp 1970 p. 223; Sterk 1982 p. 697.

⁹¹ Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 11; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2.

⁹² Vgl. Mostermans 1996 p. 87; anders Vriesendorp 1970 p. 172.

⁹³ Vgl. Mostermans 1996 p. 87; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40.

op grond van hun verbondenheid met het algemeen belang (hoogstwaarschijnlijk) van openbare orde zullen zijn.

Dit is ten eerste het geval als bij de toepassing van de rechtsnorm fundamentele beginselen van het recht in het geding komen.⁹⁴ Voorbeelden van dergelijke rechtsnormen zijn art. 5⁹⁵ en 8⁹⁶ EVRM.

Daarnaast is het algemeen belang betrokken in het geval dat een rechtsnorm weliswaar slechts betrekking heeft op een partijbelang, maar de bescherming van dit partijbelang van een dergelijk fundamenteel gewicht is dat de bescherming van dit belang aan de rechter wordt toevertrouwd.⁹⁷ Deze grond zal met name spelen als de rechtsnorm de belangen van zwakkeren in de maatschappij beschermt, zoals kinderen. Het is van algemeen belang dat de belangen van deze zwakkeren beschermd worden. Een voorbeeld hiervan was art. 1:200 lid 5 BW. Hierin is bepaald dat een verzoek tot ontkenning van het vaderschap door de vader moet worden ingediend binnen een jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind. Het belang van het kind dat niet te lang onzekerheid mag bestaan omtrent zijn afstemming, brengt mee dat deze bepaling van openbare orde is.⁹⁸

Ten derde wordt het handhaven van een rechtsnorm aan de rechter opgedragen als naast de belangen van partijen ook belangen van derden in het geding betrokken zijn.⁹⁹ Derden zijn geen partij in het geding en kunnen dus niet voor hun belangen opkomen. Als een rechtsnorm (mede) de belangen van derden beschermt, zal de rechter deze moeten toepassen om zo deze belangen te beschermen. Het is van algemeen belang dat deze belangen van niet-partijen toch worden beschermd.

Rechtsnormen van openbare orde en art. 48 (oud) Rv

Rechtsnormen van openbare orde moeten als andere rechtsnormen op grond van art. 48 (oud) Rv ambtshalve toegepast worden.¹⁰⁰ Deze rechtsnormen staan echter niet ter vrije beschikking van partijen¹⁰¹ en dit heeft bepaalde gevolgen in het kader van art. 48 (oud) Rv.

94 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 172, 223.

95 HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 524 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

96 HR 10 mei 1985, NJ 1986,5 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. WHH).

97 Vgl. Sterk 1982 p. 697.

98 Vgl. HR 7 feb. 2003, NJ 2003, 358 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. SW); HR 17 sept. 1993, NJ 1994, 372 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. WH-S en EAA onder NJ 1994, 373).

99 Sterk 1982 p. 697; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 11; Mostermans 1996 p. 93.

100 Vriesendorp 1970 p. 69/70, 87, 173, 206.

101 Vgl. Mostermans 1996 p. 14.

Ten eerste kan *geen afstand* worden gedaan van rechtsnormen van openbare orde.¹⁰² De rechter zal deze rechtsnormen (ambtshalve) toepassen, desnoods tegen de wil van partijen in.¹⁰³

Daarnaast kan in *iedere stand van het geding* een beroep worden gedaan op rechtsnormen van openbare orde.¹⁰⁴ De rechter is immers verplicht deze rechtsnormen amtsshalve aan te vullen. Een beroep op een rechtsnorm van openbare orde is niet meer dan de rechter erop wijzen dat hij (ambtsshalve) deze rechtsnorm moet aanvullen.

De uitzondering hierop is de procedure in cassatie. De beoordeling in cassatie is gebaseerd op de in de dagvaarding aangevoerde cassatiemiddelen. De Hoge Raad beperkt zich bij zijn onderzoek tot de middelen waarop het beroep steunt (art. 419 lid 1 (oud) Rv). Deze middelen kunnen, behoudens bijzondere omstandigheden,¹⁰⁵ niet uitgebreid of aangevuld worden na de dagvaarding en het verstrijken van de cassatietermijn.¹⁰⁶ Op deze regel wordt geen uitzondering gemaakt voor rechtsnormen van openbare orde. Als niet over een schending van een rechtsnorm van openbare orde wordt geklaagd in een cassatiemiddel, kan een klacht over deze schending niet later in de cassatieprocedure alsnog worden ingebracht.¹⁰⁷ De schending blijft in dat geval zonder gevolg aangezien amtsshalve cassatie in civiele zaken niet mogelijk is, ook niet voor rechtsnormen van openbare orde (art. 419 lid 1 (oud) Rv).¹⁰⁸

Het derde gevolg is dat de appelrechter bij het toepassen van rechtsnormen van openbare orde *niet gebonden is aan de grieven*. Hij zal rechtsnormen van openbare orde desnoods buiten de grieven om moeten toepassen.¹⁰⁹ Dit heeft tot gevolg dat de appelrechter bij het beoordelen van de bestreden uitspraak deze eventueel buiten de grieven om amtsshalve moet toetsen aan rechtsnor-

102 Vgl. Veegens 1989 p. 246; Vriesendorp 1970 p. 172, 246; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 2 en 9; Vriesendorp 1979 p. 128; Mostermans 1996 p. 14, 86; HR 13 nov. 1941, NJ 1942, 172 (4e overweging) (concl. A-G Holsteyn).

103 Vgl. Rb. Leeuwarden 17 okt. 1985, NJ 1986, 525.

104 Veegens 1989 p. 246; Vriesendorp 1970 p. 172; Mostermans 1996 p. 14, 86.

105 Zie Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 229/230.

106 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 229/230; Sijnders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 235.

107 HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 (concl. A-G Berger; m.nt. WHH en ARB) tweede overweging en m.n. de noot van WHH.

108 Vriesendorp 1970 p. 240; Sijnders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 234; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 232; Veegens 1989 p. 282-284; WHH in zijn noot onder HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 (concl. A-G Berger; m.nt. WHH): Hierop is één uitzondering; art. 19 EEX verplicht de nationale rechter om zich amtsshalve onbevoegd te verklaren, indien op grond van art. 16 EEX een rechter van een andere verdragssluitende staat bij uitsluiting bevoegd is (Veegens 1989 p. 282; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 232; Sijnders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 234). Als dit uit de feiten blijkt zonder dat een klacht is geformuleerd tegen het niet toepassen van art. 19 EEX, zal de Hoge Raad de bestreden uitspraak amtsshalve casseren.

109 Sijnders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 42; Sijnders & Wendels 1999 p. 194, 195; Pels Rijcken 1983 p. 164; Vriesendorp 1981 p. 16; Vriesendorp 1979 p. 128.

men van openbare orde.¹¹⁰ Hierbij vult hij zo nodig ambtshalve de rechtsnorm van openbare orde aan.

Het voorgaande brengt mee dat een beroep op een rechtsnorm van openbare orde *nooit een ongeoorloofd novum in cassatie* kan opleveren. Een partij kan pas voor het eerst in cassatie een beroep doen op een rechtsnorm van openbare orde. Aangezien de appelrechter verplicht is deze rechtsnormen, eventueel buiten de grieven om, ambtshalve toe te passen kan de eiser klagen over schending van art. 48 (oud) Rv als de appelrechter dit achterwege laat.¹¹¹ De klacht moet wel in een (incidenteel) cassatiemiddel vervat zijn (zie hierboven).

Het laatste gevolg dat ik zal noemen betreft de *begrenzing door de feiten*. De rechter heeft meer vrijheid ten opzichte van de feiten als het gaat om de toepassing van een rechtsnorm van openbare orde. Ten eerste mag de rechter bewijs verlangen van niet betwiste feiten (art. 176 tweede volzin (oud) Rv). Daarnaast moet de rechter bij het toepassen van rechtsnormen van openbare orde rekening houden met alle ten processe gebleken feiten, ook die feiten waarop de belanghebbende partij zich niet heeft beroepen.¹¹² De rechter zal er wel op moeten letten dat partijen voldoende de gelegenheid hebben om zich over deze feiten uit te laten.

De rechter heeft bij zijn feitelijke onderzoek bij rechtsnormen van openbare orde op zich niet meer bevoegdheden dan bij rechtsnormen die niet van openbare orde zijn. De rechter is niet in zijn algemeenheid bevoegd om bij toepassing van rechtsnormen van openbare orde zelf feiten in het geding brengen. In zaken waarin de openbare orde een rol speelt, heeft de rechter soms wel in de specifieke procedure een bevoegdheid om zelf feitelijk onderzoek te plegen. Voorbeelden hiervan zijn de bevoegdheid om ambtshalve inlichtingen in te winnen in zaken in het kader van de BOPZ, of de bevoegdheid om derden feitelijk onderzoek te laten verrichten en de resultaten in te laten brengen zoals de Raad voor de Kinderbescherming op grond van art. 810 lid 1 (oud) Rv. Daarbuiten is de rechter ook bij rechtsnormen van openbare orde afhankelijk van partijen en zijn gewone procesrechtelijke instrumenten. Wat dat betreft, is er niet zoveel verschil tussen de bevoegdheden van de rechter met betrekking tot de feiten bij rechtsnormen van openbare orde en bij rechtsnormen die niet van openbare orde zijn.

110 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 201, 218; Veegens 1989 p. 245, 246; Ras 1992 p. 53; Vriesendorp 1970 p. 223; HR 17 dec. 1925, NJ 1926, 193; HR 15 jun. 1934, NJ 1934, 1297; HR 13 mrt. 1959, NJ 1959, 251. Bijvoorbeeld: HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 524 (concl. A-G Asser; m.nt. HER); HR 7 feb. 1992, NJ 1993, 78 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS).

111 Vgl. HR 24 mei 1996, NJ 1996, 538 (concl.); vgl. ook HR 13 nov. 1942, NJ 1942, 172 (4e overweging) (concl. Holsteyn); HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. WHH); Veegens 1989 p. 246; Mostermans 1996 p. 14, 86; Vriesendorp 1970 p. 244.

112 HR 9 jan 1970, NJ 1970, 342 (A-G van Oosten; m.nt. DJV); HR 11 dec. 1992, NJ 1993, 139 (concl. A-G Vranken) concl. overw. 8/9; HR 22 dec. 1995, NJ 1997, 118 (concl. A-G Koopmans; m.nt. HJS noot HJS ow. 2); Ras 1992 p. 52.

6.2 Rechtsmiddelen

Het gaat in deze paragraaf niet om voorzieningen tegen rechterlijke uitspraken zoals hoger beroep en cassatie. In de context van art. 48 (oud) Rv zijn rechtsmiddelen rechtsnormen die de rechter niet ambtshalve mag aanvullen. Voorbeelden van dergelijke rechtsnormen zijn gezag van gewijsde (art. 67 lid 3 (oud) Rv) en verjaring (art. 3:322 lid 1 BW).

Een rechtsmiddel kan slechts worden toegepast als de belanghebbende partij een beroep doet op de toepassing hiervan. Dit wil zeggen dat de rechter slechts rekening kan houden met de rechtsgevolgen die het rechtsmiddel aan de vaststaande feiten verbindt als de belanghebbende partij direct dan wel indirect een beroep doet op deze rechtsgevolgen. Als de belanghebbende partij geen beroep doet op het rechtsmiddel, zal de rechter dit rechtsmiddel moeten passeren. Als bijvoorbeeld uit de vaststaande feiten blijkt dat de vordering in kwestie is verjaard, terwijl de gedaagde geen beroep heeft gedaan op verjaring, mag de rechter daar geen rekening mee houden en mag hij de rechtsnormen omtrent verjaring niet toepassen.¹¹³

Dat een rechtsnorm een rechtsmiddel is, betekent niet meer dan dat de rechter die rechtsnorm niet mag toepassen zonder een beroep van de belanghebbende partij. Als het vereiste beroep is gedaan, heeft de rechter dezelfde beperkingen en bevoegdheden als bij het toepassen van niet-rechtsmiddelen. Zo is hij bij het toepassen van de rechtsmiddelen niet gebonden aan rechtsbeschouwingen van partijen en bepaalt hij zelfstandig of het beroep succes heeft. In zoverre past de rechter rechtsmiddelen wel ambtshalve toe.¹¹⁴

6.2.1 Het beroep

Een belangrijke vraag is wanneer er sprake is van een geldig beroep op een rechtsmiddel. Om deze vraag te beantwoorden heb ik onderzoek gedaan naar verjaring (art. 3:306 ev. BW) en gezag van gewijsde (art. 67 (oud) Rv). Op basis hiervan kan het volgende gezegd worden over het beroep op rechtsmiddelen.

Het beroep dient zo duidelijk te geschieden dat het voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich moet verzetten.¹¹⁵ De achtergrond van het vereiste beroep is niet alleen de partij-autonomie. Op grond hiervan zou het voldoende zijn dat de belanghebbende partij aangeeft dat hij een beroep doet op zijn rechten die het rechtsmiddel hem geeft. Het beginsel van hoor en

113 Vgl. Star Busmann/Rutten 1972 p.171; Star Busmann 1955 p. 177; Scheltema 1940 p. 5; Vriesendorp 1970 p. 200, 206; Stein & Rueb 2000 p. 17.

114 Een voorbeeld hiervan is HR 21 juni 1996, NJ 1997, 327 (concl. A-G Koopmans; m.nt. DWFV).

115 HR 8 okt. 1982, NJ 1984, 58 r.o. 3.1 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. WHH); HR 21 jun. 1996, NJ 1997, 470 r.o. 3.9 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS); HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 418 r.o. 3.3 (concl. A-G Mok; m.nt. PAS); Snijders, Ynzonides & Meijers 1997 p. 51; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 106/107; Gras 1994 p. 269.

wederhoor brengt echter mee dat het beroep zo duidelijk moet zijn dat de wederpartij zich kan verweren. Enige uitwerking wordt dan ook vereist.

Het is voor een duidelijk beroep niet nodig dat de betreffende rechtsnorm of een juridisch begrip zoals verjaring of gezag van gewijsde wordt genoemd.¹¹⁶ Zeker als de partij geen rechtsbijstand heeft, mag niet verwacht worden dat zij de betreffende rechtsnormen of begrippen aanvoert. Onder omstandigheden kan zelfs een 'exclamatie' een geldig beroep zijn. Dit moet wel een zo duidelijk beroep op het rechtsmiddel zijn dat de wederpartij weet dat het beroep is gedaan en zich hiertegen kan verweren.¹¹⁷

Daarentegen is het noemen van het juridisch begrip en zelfs het aanvoeren van de betreffende rechtsnorm¹¹⁸ op zich ook niet voldoende. Er is meer voor nodig om van een voldoende duidelijk beroep te kunnen spreken.

Een klacht in appel dat de rechter in eerste instantie een rechtsmiddel ambtshalve had dienen toe te passen, lijkt als een geldig beroep op dat rechtsmiddel beschouwd te kunnen worden.¹¹⁹ Het is natuurlijk ook mogelijk om pas in appel een beroep te doen op het rechtsmiddel. Appel dient immers ook om eigen fouten te verbeteren.

Het antwoord op de vraag of een stelling opgevat moet worden als een beroep op een rechtsmiddel hangt voor een belangrijk deel af van het debat tussen partijen en de context waarin de stelling gedaan is. Dit kan meebrengen dat een beroep op een overweging in een eerder gewezen vonnis en het overleggen van dit vonnis niet gezien moeten worden als een beroep op gezag van gewijsde van dat vonnis, maar als een argument inzake de juistheid van een ingenomen standpunt in een nieuwe debat over hetzelfde punt.¹²⁰

6.2.2 *Het ambtshalve aanvullen van rechtsmiddelen*

Het kenmerkende van rechtsmiddelen is dat de rechter deze rechtsnormen niet ambtshalve mag aanvullen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat dit niet geheel juist is. Rechtsmiddelen moeten onder omstandigheden ambtshalve worden aangevuld. Er is sprake van een aanvullen van de rechtsgronden als de rechter een rechtsnorm (ambtshalve) toepast die niet door partijen is aangevoerd. Nu blijkt uit jurisprudentie dat partijen geen rechtsnormen hoeven aan te voeren om een geldig beroep te doen op een rechtsmiddel. Als een belanghebbende nu slechts in feitelijke bewoordingen een geldig beroep doet op een rechtsmiddel of de verkeerde rechtsnormen noemt, zal de rechter de toepasselijke rechtsnormen ambtshalve bij het beroep moeten aanvullen.

116 A-G Minkenhof in HR 19 febr. 1965, NJ 1965, 141; HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 418 (concl. A-G Mok; m.nt. PAS) ro. 3.3 en ook de conclusie van A-G Mok.

117 Zie HR 19 febr. 1965, 1965, 141 (concl. A-G Minkenhof; m.nt. GJS).

118 Vgl. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 286, Gerechtshof ro. 18 en A-G Mok overw. 5.4.2.

119 Vgl. HR 14 jan. 1975, NJ 1975, 244 (concl. A-G berger); HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 286 (concl. A-G Mok).

120 HR 23 apr. 1993, NJ 1993, 505 (A-G Vranken; m.nt. PAS).

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter op dergelijke wijze een rechtsmiddel aanvulde is HR 29 dec. 1995.¹²¹ De gedaagde beroept zich in eerste instantie en in appel op verjaring zonder een termijn of wetsartikel te noemen. De rechtbank acht de vordering van de eiser op grond van art. 7A:1639u BW verjaard en vult deze rechtsnorm aan bij de beoordeling van het beroep op verjaring. Eiser richt een cassatiemiddel tegen dit aanvullen. De Hoge Raad is van oordeel dat de rechtbank art. 7A:1639u BW onterecht heeft toegepast. De fout die zij heeft gemaakt is echter niet dat zij geen rechtsmiddelen had mogen aanvullen, maar dat art. 7A:1639u BW hier niet van toepassing is en daarom niet aangevuld had mogen worden. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat een andere rechtsnorm aangevuld kan worden waardoor het beroep op verjaring wel slaagt: “Na verwijzing zal de vraag of naar aanleiding van het door Van den Amelee gedane beroep op verjaring enige (verjarings)termijn voor toepassing in aanmerking komt, opnieuw moeten worden bezien.”¹²² Mogelijk heeft de rechtbank slechts het verkeerde rechtsmiddel aangevuld.

Het lijkt mij dat de rechter ook rechtsmiddelen zal kunnen aanvullen als de belanghebbende partij een beroep doet op de verkeerde rechtsnorm. Stel bijvoorbeeld dat Van den Amelee zelf een beroep had gedaan op art. 7A:1639u BW. Nu deze rechtsnorm niet van toepassing is, had de rechtbank art. 7A:1639u BW moeten passeren en mijns inziens verder dienen te onderzoeken of het beroep op verjaring op grond van een aan te vullen rechtsmiddel toewijsbaar is.

6.2.3 *Onjuistheid van de kwalificatie van bepaalde rechtsnormen als ‘rechtsmiddelen’*

Van bepaalde rechtsnormen die als voorbeelden van rechtsmiddelen worden aangevoerd, vraag ik mij af of het wel om rechtsmiddelen gaat. Het gaat bijvoorbeeld om een beroep in rechte op een vernietigingsgrond (art. 3:51 BW),¹²³ het vorderen van ontbinding van een overeenkomst (art. 6:267 BW),¹²⁴ retentierecht¹²⁵ en compensatie (art. 6:127 ev. BW).¹²⁶

Bij rechtsmiddelen is het zo dat de rechter slechts rekening mag houden met het rechtsgevolg dat het rechtsmiddel aan de vaststaande feiten verbindt als de belanghebbende partij een beroep op toepassing van die rechtsnorm doet. Bij verjaring bijvoorbeeld is de vordering door een bepaald tijdsverloop verjaard. Dit rechtsgevolg (verjaring) zal na dat tijdsverloop intreden zonder dat daarvoor een beroep nodig is. De rechter mag echter geen rekening houden

121 HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 418 (concl. A-G Mok; m.nt. PAS).

122 Ro. 3.3; in dezelfde zin A-G Mok overw. 3.3.3.

123 Als rechtsmiddel aangemerkt in Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, Veegens/Wiersma 1973 p. 28 en Scheltema 1940 p.5/6.

124 Als rechtsmiddel aangemerkt in Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103.

125 Als rechtsmiddel aangemerkt in Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102; Dat een beroep nodig is: HR 10 mei 1929, NJ 1929, 1378.

126 Als rechtsmiddel aangemerkt in Pitlo/Hidma 1981 p.9.

met dit rechtsgevolg als de belanghebbende partij geen beroep op verjaring heeft gedaan.

De bovengenoemde rechtsnormen, zoals met betrekking tot vernietigingsgronden, werken mijns inziens anders. Neem bijvoorbeeld dwaling (art. 6: 228 BW). Een overeenkomst die onder invloed van dwaling tot stand is gekomen, blijft in stand totdat de dwalende gebruik maakt van zijn bevoegdheid om de overeenkomst te vernietigen.¹²⁷ Dit is een bevoegdheid die alleen toekomt aan de (dwalende) partij. De rechter kan niet ambtshalve op grond van dwaling de overeenkomst vernietigen, omdat hij niet de bevoegdheid heeft om overeenkomsten die tot stand zijn gekomen onder invloed van dwaling te vernietigen. Als de dwalende partij echter gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om de overeenkomst te vernietigen, mag de rechter hier wel ambtshalve rekening mee houden als dit feit in het geding komt vast te staan. Hiervoor is geen apart beroep op de al ingetreden vernietiging voor nodig.

Het verschil tussen rechtsmiddelen enerzijds en dwaling e.d. anderzijds is het volgende: bij dwaling e.d. ontstaat het rechtsgevolg pas als de belanghebbende partij gebruik maakt van de in de rechtsnorm gegeven bevoegdheid. Het rechtsgevolg van dwaling (vernietiging) ontstaat pas als de dwalende partij die vernietiging inroept. Tot dat moment blijft de overeenkomst bestaan. Bij rechtsmiddelen is het rechtsgevolg al ontstaan. De rechter mag hier echter geen rekening mee houden zonder dat hier een beroep op wordt gedaan. Een vordering is door het verloop van de voorgeschreven periode verjaard. Dit rechtsgevolg ontstaat zonder dat de partij iets hoeft te doen. Als de partij wil dat dit rechtsgevolg ook gevolg heeft in het proces, zal hij hier een beroep op moeten doen. Dwaling zou een rechtsmiddel zijn als de rechtsnorm zou bestaan dat de rechter slechts dan rekening mag houden met de vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling als de belanghebbende partij hier een beroep op heeft gedaan. Een dergelijke rechtsnorm bestaat niet.

6.3 Regelend recht en dwingend recht

In deze paragraaf zal ik ingaan op het begrippenpaar dwingend recht en regelend recht. Ten eerste zal ik een omschrijving geven van deze typen rechtsnormen en wat de gevolgen zijn van regelend recht of dwingend recht voor art. 48 (oud) Rv. Daarna zal ik ingaan op de verhouding tussen de indeling regelend recht/dwingend recht en de indeling rechtsgrond/rechtsmiddel.

¹²⁷ Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem* 1995 p. 141, 167; J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 41.

6.3.1 *Regelend recht*

Regelend recht is recht waarvan partijen kunnen afwijken. Zij kunnen een eigen regeling overeenkomen die de wettelijke regeling opzij zet voorzover partijen hiervan zijn afgeweken. Het regelend recht geldt dus alleen als en voorzover de partijen geen gebruik hebben gemaakt van de bevoegdheid om een eigen regeling te treffen.¹²⁸ De wet regelt bijvoorbeeld in boek 4 BW hoe een nalatenschap moet worden verdeeld. De erflater kan echter van deze regeling afwijken door een testament te maken. De wettelijke regeling geldt voor de verdeling van deze nalatenschap dan nog alleen voorzover er goederen zijn waarover niet bij testament is beschikt.¹²⁹

Het zal duidelijk zijn dat er alleen sprake is van een afwijkende regeling als deze naar vorm, inhoud en totstandkoming rechtsgeldig is. Als dit niet het geval is, is er geen sprake van een afwijkende regeling en geldt het regelend recht alsnog. Als bijvoorbeeld het testament nietig blijkt te zijn, zal de wettelijke regeling van boek 4 BW weer de rechtsverhouding beheersen en zal de nalatenschap volgens die regeling verdeeld worden.

Regelend recht geldt dus alleen voorzover partijen geen (geldige) eigen regeling hebben getroffen. Voor de plicht om de rechtsgronden aan te vullen, betekent dit dat de rechter regels van regelend recht niet mag aanvullen wanneer partijen deze regels opzij hebben gezet.¹³⁰ Deze rechtsnormen beheersen immers niet langer de rechtsverhouding tussen partijen. Als en voorzover partijen echter geen eigen regeling hebben getroffen, 'blijft regelend recht een niet opdrogende bron voor het aanvullen van rechtsgronden'.¹³¹ Regelend recht dat van toepassing is en niet door partijen is aangevoerd, zal door de rechter aangevuld moeten worden.¹³²

De rechter zal regelend recht alleen niet aanvullen omdat partijen hiervan zijn afgeweken, als hij bekend is met de afwijkende regeling. Als de partijen de (geldige) afwijkende regeling niet in het proces inbrengen, zal de rechter het regelend recht toepassen, waarvan, voorzover hij weet, niet is afgeweken.

Maar zelfs als de rechter bekend is met de afwijkende regeling betekent dit nog niet dat hij deze afwijkende regeling mag toepassen. Aangezien een afwijkende regeling per overeenkomst wordt getroffen, gelden hiervoor de procesregels die voor overeenkomsten gelden. Voor overeenkomsten geldt dat de rechter een bepaling uit een overeenkomst alleen dan mag toepassen als óf een beroep is gedaan op de overeenkomst als geheel óf specifiek op de bepaling in kwestie (zie hoofdstuk 8 § 2.3.2). Als dus een overeenkomst met

128 Vriesendorp 1970 p. 69; Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 10.

129 Zie Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 10 en 374.

130 Mostermans 1996 p. 13, 19; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40.

131 Vriesendorp 1970 p. 170.

132 Vgl. Vriesendorp 1981 p. 57/58; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Mostermans 1996 p. 13.

een afwijkende regeling wel is ingebracht, maar geen beroep is gedaan op die afwijkende regeling, zal de rechter die niet mogen toepassen en moeten 'terugvallen' op het regelend recht.¹³³ Dit regelend recht kan weer zo nodig ambtshalve aangevuld worden.

6.3.2 *Dwingend recht*

Tegenover regelend recht staat dwingend recht. Dwingend recht is recht waarvan partijen niet kunnen afwijken. Partijen kunnen deze rechtsnormen dus niet door middel van een eigen regeling opzij zetten¹³⁴ en dit recht beheerst altijd de rechtsverhouding tussen partijen. Een voorbeeld van regels van dwingend recht zijn de huwelijksvereisten (art. 1:31 ev BW). Partijen kunnen niet bepalen dat voor hun (wettelijke) huwelijk andere vereisten gelden dan de vereisten die de wet stelt.¹³⁵

Het feit dat partijen niet van een rechtsnorm mogen afwijken omdat die van dwingend recht is, heeft op zich geen gevolgen voor de plicht om de rechtsgronden aan te vullen. De rechter is verplicht om toepasselijke rechtsnormen van dwingend recht ambtshalve aan te vullen.¹³⁶ Het kan zijn dat de dwingende rechtsnorm ook van openbare orde is of ook een rechtsmiddel is. Hetgeen uiteraard wel van invloed is op de plicht om de rechtsgronden aan te vullen (zie § 6.1 respectievelijk § 6.2).

Soms worden de begrippen dwingend recht en recht van openbare orde vereenzelvigd.¹³⁷ Dit is niet juist. Het is natuurlijk zo dat recht van openbare orde ook dwingend recht is, aangezien partijen niet van recht van openbare orde kunnen afwijken.¹³⁸ Niet al het dwingend recht is echter ook van openbare orde. Slechts een deel van het dwingende recht betreft de openbare orde.¹³⁹

Het verschil tussen dwingend recht dat van openbare orde is en dwingend recht dat niet van openbare orde is, ligt in de betrokkenheid van het algemeen belang. Zoals in § 6.1 al is gesteld, is een rechtsnorm van openbare orde als het algemeen belang in hoge mate betrokken is bij de rechtsnorm. Dwingend recht dat 'slechts' partij- of groepsbelangen beschermt en waarbij het algemeen belang dus niet in hoge mate is betrokken, is niet van openbare orde en is 'gewoon' dwingend recht.¹⁴⁰

133 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40.

134 Vriesendorp 1981 p. 59; Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p.9; Mostermans 1996 p. 13.

135 Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 9/10.

136 Vgl. Mostermans 1996 p. 19; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36.

137 Zie bijvoorbeeld: De Kanter 1928 p. 102; Asser/Scholten 1974 p. 24.

138 Vgl. Mostermans 1996 p. 86.

139 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 170, 198, 206; Vriesendorp 1981 p. 59; Mostermans 1996 p. 14, 92; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9; Pels Rijcken 1983 p. 178.

140 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 172/173; Vriesendorp 1981 p. 60; Mostermans 1996 p. 14 en 87.

Een voorbeeld van een dwingende rechtsnorm die niet van openbare orde is, is art. 7:670 lid 2 BW: een werkgever kan een arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de zwangerschap. Van deze bepaling kan niet worden afgeweken (art. 7:670 lid 8 BW) en is dus van dwingend recht. Het staat de werkneemster echter vrij om geen beroep te doen op de nietigheid van het ontslag. Als de arbeidsverhouding is verbroken neemt de werkneemster niet langer een zwakkere positie in ten opzichte van de werkgever en wordt zij geacht zelf voor haar rechten op te kunnen komen.¹⁴¹

6.3.3 *De indeling in dwingend recht of regelend recht ten opzichte van de indeling in rechtsgrond of rechtsmiddel*

Er is mijns inziens geen verband tussen de indeling in dwingend recht of regelend recht en de indeling in rechtsgrond of rechtsmiddel in de zin dat een indeling in een categorie uit de ene groep daarmee een indeling in een daarmee samenhangende categorie uit de andere groep zou betekenen. De verdeling tussen dwingend recht en regelend recht betreft immers een ander aspect van rechtsnormen dan de verdeling tussen rechtsgronden en rechtsmiddelen. De verdeling tussen dwingend recht en regelend recht betreft de vraag of partijen een wettelijke regeling opzij kunnen zetten door een eigen regeling te treffen. De verdeling tussen rechtsgronden en rechtsmiddelen betreft de vraag of de rechter een rechtsnorm ambtshalve mag aanvullen of dat een partij specifiek een beroep moet doen op de rechtsnorm. De indeling naar dwingend recht of regelend recht staat dus los van de indeling rechtsgrond of rechtsmiddel.

Sommige regels van dwingend recht zijn rechtsgronden, die ambtshalve aangevuld moeten worden, zoals art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en 6:74 BW (recht op schadevergoeding bij wanprestatie). Sommige dwingende rechtsnormen zijn rechtsmiddelen waarop de belanghebbende een beroep moet doen voordat de rechter deze kan toepassen, zoals bijvoorbeeld art. 67 (oud) Rv (gezag van gewijsde) en de art. 3:306 ev. BW (verjaring).

Ook niet al het regelend recht valt onder de categorie rechtsmiddelen.¹⁴² De wettelijke regeling met betrekking tot de verdeling van de nalatenschap vormt regelend recht, maar als de erflater geen testament heeft gemaakt, zal de rechter deze rechtsnormen zo nodig ambtshalve aanvullen. Deze rechtsnormen vormen dus rechtsgronden.

De werking van regelend recht lijkt sterk op de werking van rechtsmiddelen. Het zijn echter verschillende begrippen. De overeenkomst tussen regelend recht en rechtsmiddelen is dat de belanghebbende partij kan voorkomen dat de rechter de regel toepast. In geval van regelend recht is dat doordat de belanghebbende partijen een eigen regeling treffen waardoor de regel van

¹⁴¹ Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9; Mostermans 1996 p. 92.

¹⁴² Vriesendorp 1970 p. 70.

regelend recht wordt uitgesloten. Een uitgesloten regel van regelend recht kan niet door de rechter worden toegepast, zelfs niet als de belanghebbende partij daar een beroep op doet. Bij rechtsmiddelen voorkomt de belanghebbende partij dat de rechter de rechtsnorm toepast door geen beroep te doen op de toepassing van die rechtsnorm.

6.4 Recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat

In het burgerlijk procesrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen recht dat ter vrije beschikking van partijen staat en recht dat niet ter vrije beschikking van partijen staat (zie bv. art. 176 lid 1 (oud) Rv). Met uitzondering van rechtsnormen van openbare orde, is al het burgerlijk recht op de een of andere wijze recht dat ter vrije beschikking van partijen staat. Met 'recht dat niet ter vrije beschikking van partijen staat' wordt dan ook recht van openbare orde bedoeld.¹⁴³

De wijze waarop partijen kunnen beschikken over het recht dat hen ter vrije beschikking staat, is op verschillende wijzen vormgegeven. Partijen kunnen over het recht beschikken door een afwijkende regeling te treffen en dat recht uit te sluiten (regelend recht), door geen beroep op het recht te doen als een dergelijk beroep nodig is (rechtsmiddelen) en door de rechtsgrondslag van de vordering te beperken tot de aangevoerde rechtsgrondslagen of duidelijk afstand te doen van de toepassing van bepaalde rechtsgrondslagen (dwingend recht). Daarnaast kan een partij de toepassing van elke hem ter beschikking staande rechtsnorm voorkomen door de grenzen van de rechtsstrijd te beperken.

Bij deze verschillende vormen van recht zijn er gradaties in de kracht waarmee een rechtsnorm voor partijen dwingend is.¹⁴⁴ De minst dwingende vorm is het regelend recht. Als partijen een eigen regeling treffen, sluiten zij dit recht uit en geldt het niet in hun rechtsverhouding. De tweede laag zijn de rechtsmiddelen. Deze rechtsnormen gelden in de rechtsverhouding tussen partijen, maar partijen kunnen voorkomen dat rekening wordt gehouden met de rechtsgevolgen van deze rechtsnorm door geen beroep te doen op de toepassing hiervan. Het dwingend recht is het meest dwingende. Dit recht geldt in de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter past het toe zonder dat een beroep van partijen op toepassing hiervan nodig is. Slechts door duidelijk de rechtsgrondslag te beperken of afstand te doen van de toepassing van dwingend recht, kunnen partijen het dwingend recht uitsluiten van toepassing en toch over dit recht beschikken.

¹⁴³ Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9.

¹⁴⁴ Vriesendorp 1981 p.57; Mostermans 1996 p. 19.

6.5 Procesregels

Het gaat in deze paragraaf om de verhouding tussen procesregels en art. 48 (oud) Rv. Voor procesregels geldt dat deze niet ambtshalve mogen worden toegepast, behalve als zij van openbare orde zijn.¹⁴⁵ In principe worden procesregels dus als rechtsmiddelen behandeld in die zin dat de rechter een procesregel slechts mag toepassen als de belanghebbende partij een beroep heeft gedaan op toepassing van die procesregel. Als een procesregel echter van openbare orde is, is de rechter verplicht de rechtsregel ambtshalve toe te passen.

Procesregels die niet van openbare orde zijn en die dus niet ambtshalve mogen worden toegepast, zijn bijvoorbeeld de procesregels met betrekking tot de inhoud en betekening van de dagvaarding (art. 1-17 en 133 (oud) Rv), met uitzondering van art. 95 (oud) Rv.¹⁴⁶ Op grond van art. 94 lid 1 (oud) Rv zal de rechter slechts rekening houden met de nietigheid van de dagvaarding als de gedaagde de nietigheid van de dagvaarding inroept. In het geval dat de gedaagde niet verschijnt, zal de rechter echter wel ambtshalve rekening houden met de nietigheid als aannemelijk is dat de gedaagde niet is verschenen ten gevolge van het gebrek dat de nietigheid meebrengt. Hij zal in dat geval ambtshalve de nietigheid van de dagvaarding uitspreken (art. 93 lid 2 Rv). Als dit niet aannemelijk is, zal de rechter een nieuwe dag bepalen (art. 93 lid 3 (oud) Rv).

Verder zijn niet van openbare orde de meeste voorschriften met betrekking tot de relatieve competentie van de rechtbank, zoals bijvoorbeeld art. 126 (oud) Rv.¹⁴⁷ Ook de voorschriften met betrekking tot de absolute competentie van de kantonrechter, zoals art. 38 en 39 R.O., zijn niet van openbare orde in die zin dat als het de rechtbank blijkt dat de kantonrechter bevoegd is en de exceptie van onbevoegdheid niet wordt opgeworpen, dat de rechtbank zich bevoegd moet achten (art. 157 (oud) Rv).¹⁴⁸

Procesregels die wel van openbare orde zijn en die dus ambtshalve door de rechter toegepast moeten worden zijn: art. 2 Fw. (de relatieve bevoegdheid van de rechtbank tot het uitspreken van faillietverklaring),¹⁴⁹ art. 95 (oud) Rv (de rechter zal ambtshalve de nietigheid van de dagvaarding uitspreken als die door een onbevoegde deurwaarder is betekend),¹⁵⁰ de niet-inacht-

145 De Kanter 1928 p. 118; Scheltema 1940 p.6; Star Busmann 1955 p. 10, 179; Star Busmann/Rutten 1972 p. 13; Rutten 1943 p. 101; Veegens/Wiersma 1973 p. 29; Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Vriesendorp 1970 p. 173; Vriesendorp 1981 p. 64.

146 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 118.

147 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 28, 103; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.

148 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 23; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 82.

149 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 29; HR 18 jan 1983, NJ 1983, 465 (concl. A-G Franx; m.nt. BW).

150 Vgl. Rutten 1943 p. 94.

neming van wettelijke beroepstermijnen,¹⁵¹ onbevoegdheid om als procespartij op te treden,¹⁵² berusting in een vonnis (art. 334 (oud) Rv),¹⁵³ art. 1:203 lid 1 BW (de termijn waarbinnen de vordering tot de ontkenning van vaderschap ingesteld moet worden),¹⁵⁴ de voorschriften met betrekking tot de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter (art. 100 (oud) Rv),¹⁵⁵ de regels van relatieve competentie in appel¹⁵⁶ en de voorschriften met betrekking tot de absolute bevoegdheid van de rechtbank (art. 156 (oud) Rv).¹⁵⁷

Mijns inziens is ook art. 157 (oud) Rv van openbare orde. De rechtbank zal zich immers bij een zaak die behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter en zonder dat de exceptie van onbevoegdheid wordt aangevoerd, op grond van art. 157 (oud) Rv ambtshalve bevoegd achten om deze zaak in hoogste ressort te beslissen. Dus ook zonder dat een van de partijen een beroep heeft gedaan op art. 157 (oud) Rv. Daarnaast is ook de vraag of een vonnis van de rechtbank volgens art. 157 (oud) Rv in hoogste ressort is gewezen en dus niet vatbaar is voor appel, een vraag van openbare orde.¹⁵⁸

In deze paragraaf (§ 6.5) zal ik verder nog twee kwesties met betrekking tot de procesregels behandelen. Dit zijn:

- 1 de kwestie van het ambtshalve toepassen van procesregels en de rol van de openbare orde hierbij (§ 6.5.1); en
- 2 de vraag of art. 48 (oud) Rv zelf van openbare orde is (§ 6.5.2).

6.5.1 *Het ambtshalve toepassen van procesregels en de openbare orde*

Het is mijns inziens nog maar de vraag of de openbare orde het enig onderscheidend criterium is als het gaat om het al dan niet ambtshalve toepassen van procesregels. Niet al de procesregels die ambtshalve worden toegepast zijn ook van openbare orde. Bepaalde rechtsnormen worden ambtshalve toegepast zonder dat de openbare orde hiervoor de reden is.

Art. 48 (oud) Rv is wel het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan. De rechtsnormen van art. 48 (oud) Rv zijn geen van allen van openbare orde,¹⁵⁹ maar toch vult de rechter ambtshalve niet-aangevoerde rechtsnormen aan en houdt hij zich ambtshalve aan het verbod om de feiten aan te vullen. Het is immers niet zo dat de rechter alleen dan geen feiten aan mag vullen

151 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, 205 (voor appeltermijnen); Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41 en 203/204.

152 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103.

153 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, 204.

154 HR 17 sept. 1993, NJ 1994, 372 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. WHS en EAA onder NJ 1994, 373).

155 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 28; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.

156 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 29/30; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.

157 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, 175; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 76.

158 Zie noot WHH onder HR 24 apr. 1981, NJ 1981, 494 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WHH).

159 Zie § 6.5.2.

als een partij een beroep doet op het verbod om de feiten aan te vullen. Mijns inziens gaat het bij de regels van art. 48 (oud) Rv om procesregels die vanuit hun aard ambtshalve door de rechter worden toegepast.

Andere regels die naar hun aard door de rechter worden toegepast zijn geschreven en ongeschreven regels van bewijsrecht zoals de regels met betrekking tot de bewijslastverdeling en de bewijswaardering. De rechter past deze ambtshalve toe, maar deze regels zijn mijns inziens niet van openbare orde. De omstandigheid dat de rechter deze regels ambtshalve toepast vloeit voort uit het feit dat de taken van bewijslastverdeling en waardering aan de rechter zijn opgedragen in verband met zijn onpartijdige positie in het geding. Bewijslastverdeling en waardering kunnen naar hun aard niet aan partijen gezamenlijk dan wel een van hen worden opgedragen. Het ambtshalve toepassen van de regels volgt uit de positie van de rechter in het proces.

Een derde voorbeeld betreft de ambtshalve veroordeling in de proceskosten (art. 56 ev. (oud) Rv). De rechter zal ambtshalve een uitspraak over de proceskosten moeten doen, ook als dit niet door partijen is gevorderd.¹⁶⁰ Art. 56 (oud) Rv is echter niet van openbare orde.¹⁶¹ Dit artikel is zelfs regelend recht, waarvan partijen kunnen afwijken.¹⁶² Het is duidelijk dat de openbare orde niet de reden is dat de rechter zich ambtshalve uitspreekt over de verdeling van de proceskosten. Wat de achtergrond hiervoor wel is, is echter niet duidelijk.¹⁶³

Het laatste voorbeeld dat ik wil noemen betreft de uitvoerbaar bij voorraad verklaring. Art. 52 (oud) Rv geeft de rechter de bevoegdheid om zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, maar slechts op vordering van de eiser.¹⁶⁴ In Rb. Alkmaar (Kort Geding) 10 sept. 1973¹⁶⁵ achtte de president zich bevoegd om het vonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad te verklaren

‘uit hoofde van wezen en strekking van het [kort geding], welke medebrengen, dat de door de urgentiegraad van de vordering geboden voorziening, welke de [president in kort geding] geeft, ook zo spoedig mogelijk wordt geëffectueerd”.

160 HR 26 jan 1993, NJ 1993, p. 797; HR 28 nov. 1986, NJ 1987, 380 (concl. A-G Leijten; m.nt. WLH); Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 113/114; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 105; Burg. Rv. (Asser) art. 56, aant. 9.

161 Haardt 1945 p. 43; Vriesendorp diss. p. 60/61; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 114.

162 HR 22 jan 1993, NJ 1993, 597 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS r.o. 3.2); Haardt 1945 p. 43; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 114.

163 Zie Vriesendorp 1970 p. 60 t/m 62.

164 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 111; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 206; Burg. Rv. (Asser) art. 52, aant. 3.

165 Rb. Alkmaar (Kort Geding) 10 sept. 1973, NJ 1974, 448.

De reden voor de ambtshalve toepassing wordt hier niet gezocht in de openbare orde, maar in de aard van de kort gedingprocedure.¹⁶⁶

Het is misschien juist om slechts een onderscheid te maken tussen procesregels die ambtshalve worden toegepast en procesregels die niet ambtshalve worden toegepast. Als uitgangspunt geldt dan dat een procesregel wordt ingedeeld bij de procesregels die niet ambtshalve worden toegepast, tenzij er een reden is om deze in te delen bij de rechtsnormen die ambtshalve worden toegepast. Een van de gronden om procesregels ambtshalve toe te passen is dan de openbare orde. Het feit dat deze procesregels van openbare orde zijn, brengt de verdere gevolgen mee die bij de kwalificatie als een regel van openbare orde horen. Een partij kan bijvoorbeeld voor het eerst in cassatie klagen over het niet of verkeerd toepassen in eerste aanleg van een procesregel van openbare orde,¹⁶⁷ maar niet over een ambtshalve toe te passen procesregel die niet van openbare orde is.

6.5.2 *Is art. 48 (oud) Rv van openbare orde?*

Een interessante vraag is of art. 48 (oud) Rv zelf van openbare orde is. Het wordt wel betoogd dat art. 48 (oud) Rv van openbare orde is.¹⁶⁸ Toch is dit mijns inziens niet het geval, noch wat betreft het verbod om de feiten aan te vullen noch wat betreft de verplichting om ambtshalve het recht toe te passen.

Wat betreft het verbod om de feiten aan te vullen moet uit HR 31 mrt. 1978¹⁶⁹ worden afgeleid dat dit verbod niet van openbare orde is. In deze zaak oordeelde het hof in appel dat de rechtbank in eerste instantie een feit aan de vordering ten grondslag had gelegd die door de eiser niet was gesteld. Op grond hiervan vernietigt het hof de bestreden uitspraak.¹⁷⁰ De Hoge Raad beslist dat het hof met deze beslissing buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden aangezien geen enkele grief een klacht over deze schending bevatte.¹⁷¹ Blijkbaar rechtvaardigt een schending van het verbod om de feiten aan te vullen niet een vernietiging buiten de grieven om. Aangezien rechtsnormen van openbare orde dit wel zouden hebben gerechtvaardigd, betekent dit dat het verbod om de feiten aan te vullen niet van openbare orde kan zijn.¹⁷²

¹⁶⁶ Het is onduidelijk of de rechter in kort geding ook onder het huidige procesrecht nog bevoegd is om het vonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad te verklaren (zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 285; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 133).

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld HR 24 mei 1996, NJ 1996, 538 (concl. A-G Vranken).

¹⁶⁸ Vriesendorp 1981 p. 79; Heemskerk in zijn noot onder HR 31 mrt. 1978, NJ 1978, 467 (A-G Ten Kate; m.nt. WHH); Langemeijer in zijn conclusie bij HR 5 mei 1950, NJ 1950, 648 (concl. A-G Langemeijer); Pels Rijcken 1983 p. 178.

¹⁶⁹ HR 31 mrt. 1978, NJ 1978, 467 (A-G Ten Kate; m.nt. WHH).

¹⁷⁰ overwegingen 8 t/m 12 van het Gerechtshof.

¹⁷¹ laatste Overweging van de Hoge Raad.

¹⁷² Vgl. Ras 1992 p. 57; Mostermans 1996 p. 88; Snijders & Wendels 1999 p. 197.

Wat betreft de plicht om ambtshalve het recht toe te passen is art. 48 (oud) Rv ook in deze zin niet van openbare orde.¹⁷³ De mate waarin het aanvullen van de rechtsgronden wordt begrensd, past niet bij een rechtsnorm van openbare orde. Rechtsnormen van openbare orde zijn van groot belang en moeten worden toegepast als zij van toepassing zijn, zo nodig tegen de wensen van partijen in en eventuele begrenzingsen opzij schuivend. Dit is duidelijk niet het geval bij de plicht om de rechtsgronden aan te vullen.

Daarnaast zou het feit dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen van openbare orde is, betekenen dat alle toepasselijke rechtsnormen aangevuld zouden moeten worden, ongeacht de verdere status van die rechtsnormen. Dus ook rechtsmiddelen en regelend recht. Het zou ook betekenen dat de appelrechter ambtshalve het gehele bestreden vonnis moet beoordelen op terechte en onterechte gevallen van aanvullen van de rechtsgronden, zo nodig buiten de grieven om. Dit was onder het oude systeem van het burgerlijk procesrecht duidelijk niet het geval.

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen krijgt de status van de onderliggende aan te vullen rechtsnorm. De plicht om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen is slechts van openbare orde als de betrokken rechtsnorm van openbare orde is.¹⁷⁴

173 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 195; Mostermans 1996 p. 88/89; Ras 1992 p. 52; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332.

174 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 195; Mostermans 1996 p. 88/89; Ras 1992 p. 52; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332.