

Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechtsverhouding tussen procespartijen

Wiel, B.T.M. van der

Citation
Wiel, B. T. M. van der. (2004, January 15). *De rechtsverhouding tussen procespartijen*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3642551

Version:	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/1887/3642551

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

De rechtsverhouding tussen procespartijen

De rechtsverhouding tussen procespartijen

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D.D. Breimer,
hoogleraar in de faculteit der Wiskunde en
Natuurwetenschappen en die der Geneeskunde,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 15 januari 2004
klokke 16.15 uur

door

Bartholomeus Thomas Maria van der Wiel

geboren te Haarlem in 1974

Promotiecommissie:

promotor:	prof. mr. H.J. Snijders
referent:	prof. mr. J.B.M. Vranken (Universiteit van Tilburg)
leden:	prof. mr. W.D.H. Asser
	prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
	prof. dr. P. Taelman (Universiteit Gent)

Dit onderzoek is mogelijk gemaakt door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 90 13 01024 5

Van dit proefschrift verschijnt bij Kluwer te Deventer een handelseditie in de serie Recht en Praktijk onder nummer 128 met ISBN: 90 13 01023 7.

© 2004 B.T.M. van der Wiel – Den Haag

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

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, *Stb*. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, *Stb*. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

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

Verkorte inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Probleemstelling	1
1.2	Enkele terminologische opmerkingen	3
1.3	Methode van onderzoek	5
1.4	Plan van behandeling	6
2	RECHTSPLICHTEN TUSSEN PROCESPARTIJEN	7
2.1	Algemeen	7
2.2	De waarheidsplicht	15
2.3	De plicht gegevens in te brengen	39
2.4	De plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging	61
2.5	Rechtsplichten tussen procespartijen: conclusie	77
3	MISBRUIK VAN PROCESSUELE BEVOEGDHEDEN	79
3.1	Algemeen	79
3.2	Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden	88
3.3	Gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden	122
3.4	Misbruik van processuele bevoegdheden: conclusie	167
4	PROCESSUELE LASTEN	169
4.1	Algemeen	169
4.2	De eisen van een goede procesorde: het leerstuk	170
4.3	De eisen van een goede procesorde: de inhoud	193
4.4	Gevallen van processuele lasten	218
4.5	Processuele lasten: conclusie	278
5	RECHTSGEVOLGEN VAN NORMSCHENDING	281
5.1	Algemeen	281
5.2	Vordering tot nakoming	282
5.3	Vordering tot schadevergoeding	288
5.4	Het onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen	318
5.5	Rechterlijke sancties	327
5.6	Herroeping	336
5.7	Samenloop van rechtsgevolgen	339
5.8	Rechtsgevolgen van normschending: conclusie	343
6	DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN PROCESPARTIJEN: CONCLUSIE	347

Inhoudsopgave

	LIJST VAN AFKORTINGEN	XV
1	INLEIDING	1
1.1	Probleemstelling	1
1.2	Enkele terminologische opmerkingen	3
1.3	Methode van onderzoek	5
1.4	Plan van behandeling	6
2	RECHTSPLICHTEN TUSSEN PROCESPARTIJEN	7
2.1	Algemeen	7
2.1.1	Inleiding en plan van behandeling	7
2.1.2	De begrippen rechtsplicht en last	8
2.1.2.1	Rechtsplicht	8
2.1.2.2	Last	11
2.2	De waarheidsplicht	15
2.2.1	Inleiding	15
2.2.2	Frankrijk	16
2.2.3	België	18
2.2.4	Duitsland	19
2.2.5	Oostenrijk	22
2.2.6	Zwitserland	23
2.2.7	Nederland	24
2.2.7.1	De waarheidsplicht in het oude recht	24
2.2.7.2	De geschiedenis van art. 21 Rv	26
2.2.7.3	Art. 21 Rv in de literatuur	27
2.2.7.4	Nadere bepaling van de inhoud van de waarheidsplicht	28
2.2.7.5	Rechtskarakter van de waarheidsplicht	33
2.2.7.6	Relativiteit van de waarheidsplicht	34
2.2.8	De waarheidsplicht in relatie tot andere normen met betrekking tot uitingen	36
2.2.9	De waarheidsplicht: conclusie	39
2.3	De plicht gegevens in te brengen	39
2.3.1	Inleiding	39
2.3.2	De plicht stukken te verschaffen	40
2.3.2.1	Frankrijk	40
2.3.2.2	België	43
2.3.2.3	Duitsland	44
2.3.2.4	Nederland	47
2.3.3	De plicht een verklaring af te leggen	54

2.3.3.1	Frankrijk	54
2.3.3.2	België	56
2.3.3.3	Duitsland	56
2.3.3.4	Nederland	58
2.3.4	De plicht gegevens in te brengen: conclusie	60
2.4	De plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging	61
2.4.1	Inleiding	61
2.4.2	De betekenis van art. 6 lid 1 EVRM voor de verhouding tussen partijen	62
2.4.3	Frankrijk	66
2.4.4	België	70
2.4.5	Duitsland	72
2.4.6	Nederland	74
2.4.7	De plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging: conclusie	76
2.5	Rechtsplichten tussen procespartijen: conclusie	77
3	MISBRUIK VAN PROCESSUELE BEVOEGDHEDEN	79
3.1	Algemeen	79
3.1.1	Inleiding	79
3.1.2	Wezen van het leerstuk	80
3.1.3	De misbruikfiguur binnen het procesrecht	82
3.1.4	De preventieve functie van misbruik van bevoegdheid	83
3.1.5	De repressieve functie van misbruik van bevoegdheid	85
3.1.6	De verhouding van misbruik van bevoegdheid met andere rechtsfiguren	88
3.2	Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden	88
3.2.1	De ontwikkeling van criteria voor misbruik van bevoegdheid	88
3.2.2	Typen bevoegdheden	90
3.2.3	Frankrijk	91
3.2.3.1	De controverse in de Franse doctrine	91
3.2.3.2	In de jurisprudentie ontwikkelde criteria	93
3.2.4	België	96
3.2.4.1	De ontwikkeling van de Belgische doctrine	96
3.2.4.2	De Belgische rechtspraak	100
3.2.5	Duitsland	103
3.2.6	Nederland	103
3.2.6.1	Misbruik van procesrecht in de Nederlandse literatuur	103
3.2.6.2	De wettelijke criteria van art. 3:13 lid 2 BW	108
3.2.6.3	Misbruik van processuele bevoegdheden in de Nederlandse jurisprudentie	110
3.2.7	Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden: waardering	113
3.2.7.1	De benadelingsbedoeling	113
3.2.7.2	Het doelcriterium	114
3.2.7.3	Gebrek aan redelijk belang	116
3.2.7.4	Het onevenredigheidscriterium	117
3.2.7.5	De subsidiariteitstoets als zelfstandige maatstaf voor misbruik van bevoegdheid?	119

3.2.7.6	Het onrechtmatigheidscriterium	120
3.2.8	Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden: conclusie	122
3.3	Gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden	122
3.3.1	Het instellen van een vordering	122
3.3.1.1	Afbakening en terminologie	122
3.3.1.2	De begrenzing van het recht een vordering in te stellen en art. 6 lid 1 EVRM	124
3.3.1.3	Degene die een vordering instelt handelt in beginsel bevoegd	125
3.3.1.4	De betekenis van de uitkomst van het geding	125
3.3.1.5	De beoordeling van het instellen van een vordering op misbruik	127
3.3.1.6	Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe	129
3.3.1.7	De kansloze vordering	133
3.3.1.8	Kansloosheid wegens strijd van het juridisch betoog met geldend recht	134
3.3.1.9	Kansloosheid wegens het ontbreken van daadwerkelijke feitelijke grondslag	136
3.3.1.10	De vordering die afstuit op formele gebreken	136
3.3.1.11	Prematuur ageren	138
3.3.1.12	Tardief ageren	139
3.3.1.13	Bis in idem I: de winnende eiser ageert opnieuw	140
3.3.1.14	Bis in idem II: de verliezende eiser ageert opnieuw	142
3.3.1.15	Bis in idem III: de vordering tot uitleg van een eerdere uitspraak	144
3.3.1.16	De laakbare (bij)bedoeling	144
3.3.1.17	Misbruik van de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken	145
3.3.1.18	Andere gevallen	150
3.3.1.19	Misbruik van het recht een vordering in te stellen: conclusie	151
3.3.2	Misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren	152
3.3.2.1	Uitgangspunten	152
3.3.2.2	Misbruik van exceptieve verweermiddelen	154
3.3.2.3	Het kansloze principale verweer	156
3.3.2.4	De laakbare (bij)bedoeling bij een principaal verweer	157
3.3.3	Misbruik van andere processuele bevoegdheden	158
3.3.3.1	Misbruik bij voorlopige bewijslevering	158
3.3.3.2	Misbruik van bevoegdheid bij bewijslevering	159
3.3.3.3	Misbruik bij andere incidenten	161
3.3.3.4	Andere gevallen van misbruik van processuele bevoegdheid	161
3.3.4	Misbruik van rechtsmiddelen	162
3.3.4.1	Misbruik van hoger beroep	162
3.3.4.2	Misbruik van cassatie	165
3.3.4.3	Misbruik van bevoegdheid bij andere rechtsmiddelen	166
3.3.5	Gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden: conclusie	167
3.4	Misbruik van processuele bevoegdheden: conclusie	167
4	PROCESSUELE LASTEN	169
4.1	Algemeen	169
4.1.1	Inleiding	169
4.1.2	Geschreven en ongeschreven procesrecht	169
4.2	De eisen van een goede procesorde: het leerstuk	170

4.2.1	Algemeen	170
4.2.1.1	Terminologie	170
4.2.1.2	Wezen van het leerstuk	171
4.2.1.3	De verschuivende grens tussen geschreven en ongeschreven burgerlijk procesrecht	172
4.2.1.4	Ongeschreven procesrecht in de ons omringende landen	172
4.2.2	Functies van het leerstuk	173
4.2.2.1	Inleiding	173
4.2.2.2	Functie bij uitleg	174
4.2.2.3	Aanvullende werking	176
4.2.2.4	Beperkende werking	177
4.2.2.5	Combinatie van aanvullende en beperkende werking	178
4.2.2.6	Rechtsgevolgen	179
4.2.2.7	De toepassing van de eisen van een goede procesorde	179
4.2.3	De verhouding met andere leerstukken	181
4.2.3.1	De verhouding met redelijkheid en billijkheid	181
4.2.3.2	Doorwerking van de buitenprocessuele redelijkheid en billijkheid	185
4.2.3.3	Procesovereenkomsten	187
4.2.3.4	De verhouding met misbruik van processuele bevoegdheid	189
4.2.3.5	De verhouding met onrechtmatige daad	193
4.3	De eisen van een goede procesorde: de inhoud	193
4.3.1	Inleiding	193
4.3.2	Algemeen erkende rechtsbeginselen	195
4.3.2.1	Inleiding	195
4.3.2.2	Hoor en wederhoor	195
4.3.2.3	Toegankelijkheid	198
4.3.2.4	Het decisiebeginsel	200
4.3.2.5	Het rechtszekerheidsbeginsel	202
4.3.2.6	Het rechtvaardigheidsbeginsel	203
4.3.3	De in Nederland levende rechtsovertuigingen	205
4.3.3.1	Inleiding	205
4.3.3.2	De in de maatschappij in het algemeen levende rechtsovertuigingen	206
4.3.3.3	De verkeersopvattingen van advocaten	207
4.3.3.4	De verkeersopvattingen van en over procespartijen met een bepaalde hoedanigheid	208
4.3.3.5	De in de doctrine verdedigde rechtsovertuigingen	208
4.3.3.6	Het (systeem van het) geldende recht en de in Nederland levende rechtsovertuigingen	209
4.3.4	Overige omstandigheden van het geval	210
4.3.4.1	Inleiding	210
4.3.4.2	Maatschappelijke belangen	211
4.3.4.3	Persoonlijke belangen: algemeen	211
4.3.4.4	Persoonlijke belangen: wijze van procederen	212
4.3.4.5	Persoonlijke belangen: het voorwerp van geschil	212
4.3.4.6	De hoedanigheid van procespartijen	213
4.3.4.7	Tijdsverloop	214
4.3.4.8	Vermijdbaarheid, verwijtbaarheid en vergbaarheid van gedrag	215

4.3.4.9	Andere omstandigheden van het geval	216
4.3.5	De eisen van een goede procesorde: conclusie	216
4.4	Gevallen van processuele lasten	218
4.4.1	Inleiding	218
4.4.2	Rechtsingang	218
4.4.2.1	Herhaalde vordering	218
4.4.2.2	De goede procesorde en art. 3:303 BW	219
4.4.3	De positie van eiser in eerste aanleg	220
4.4.3.1	Inleiding	220
4.4.3.2	Standpuntbepaling door eiser	220
4.4.3.3	Wijziging van eis	224
4.4.3.4	De positie van eiser in eerste aanleg: conclusie	232
4.4.4	De positie van verweerder in eerste aanleg	233
4.4.4.1	Inleiding	233
4.4.4.2	Verweer	233
4.4.4.3	Reconventionele vordering	250
4.4.4.4	De positie van verweerder in eerste aanleg: conclusie	252
4.4.5	De afwikkeling van de eerste aanleg	253
4.4.5.1	Het nemen van conclusies	253
4.4.5.2	Het inbrengen van stukken	257
4.4.5.3	Behandeling ter zitting en sluiting van het debat	258
4.4.6	De positie van partijen in hoger beroep	261
4.4.6.1	Inleiding	261
4.4.6.2	Rechtsingang	262
4.4.6.3	Rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken	263
4.4.6.4	Standpuntbepaling door appellant I: grieven	265
4.4.6.5	Standpuntbepaling door appellant II: andere middelen	267
4.4.6.6	Standpuntbepaling door appellant III: nieuwe feiten en producties	272
4.4.6.7	Standpuntbepaling door geïntimeerde	273
4.4.6.8	De positie van partijen in hoger beroep: conclusie	274
4.5	Processuele lasten: conclusie	278
5	RECHTSGEVOLGEN VAN NORMSCHENDING	281
5.1	Algemeen	281
5.1.1	Inleiding en plan van behandeling	281
5.2	Vordering tot nakoming	282
5.2.1	Inleiding	282
5.2.2	Mogelijkheden voor vorderingen tot nakoming ter zake van processuele rechtsplichten	283
5.2.3	Instellen en afwikkeling	285
5.2.4	De personele reikwijdte van een verbod of bevel jegens een procespartij	286
5.3	Vordering tot schadevergoeding	288
5.3.1	Inleiding	288
5.3.2	Toerekenbaarheid	289
5.3.2.1	Toerekening krachtens schuld	290
5.3.2.2	Toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen	293
5.3.3	Causaal verband en schade	298

5.3.4	Schadevergoeding	300
5.3.4.1	Vermogensschade	301
5.3.4.2	Ander nadeel: smartengeld	306
5.3.4.3	Schadevergoedingsverminderende factoren I: toerekening naar redelijkheid	309
5.3.4.4	Schadevergoedingsverminderende factoren II: voordeelstoerekening	310
5.3.4.5	Schadevergoedingsverminderende factoren III: 'eigen schuld'	311
5.3.5	Instellen en afwikkeling	312
5.3.5.1	Wijziging van eis	313
5.3.5.2	Vordering in reconventie	313
5.3.5.3	Verwijzing of voeging van een afzonderlijke zaak tegen dezelfde wederpartij	315
5.3.5.4	Instellen en afwikkeling van een eis tegen een andere wederpartij	316
5.4	Het onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen	318
5.4.1	Inleiding	318
5.4.2	Nietigheid van procesrechtshandelingen	318
5.4.3	Niet-ontvankelijkheid	320
5.4.4	Verval van recht	322
5.4.5	Onbenoemde gevallen van het onthouden van rechtsgevolgen	323
5.4.6	Tussenbalans	323
5.4.7	Nietigheid van onrechtmatige procesrechtshandelingen	326
5.5	Rechterlijke sancties	327
5.5.1	Inleiding	327
5.5.2	De proceskostenveroordeling	327
5.5.2.1	Inleiding	327
5.5.2.2	Omvang van de proceskostenveroordeling	328
5.5.2.3	De proceskostenveroordeling als sanctie I: afwijking van het liquidatietarief	328
5.5.2.4	De proceskostenveroordeling als sanctie II: nodeloos gemaakte kosten	330
5.5.2.5	De proceskostenveroordeling als sanctie III: beoordeling	331
5.5.3	Sancties in de sfeer van het bewijsrecht	333
5.5.3.1	De gevolgtrekking die de rechter geraden acht	333
5.5.3.2	Bewijslastomkering	333
5.5.3.3	Sanctiemogelijkheden bij de bewijswaardering	336
5.6	Herroeping	336
5.6.1	Inleiding	336
5.6.2	Gronden voor herroeping	337
5.6.3	Afwikkeling van een vordering tot herroeping	338
5.7	Samenloop van rechtsgevolgen	339
5.7.1	Inleiding	339
5.7.2	Samenloop met vordering tot nakoming	340
5.7.3	Samenloop met vordering tot schadevergoeding	340
5.7.4	Samenloop met het onthouden van rechtsgevolg	341
5.7.5	Samenloop met herroeping	342
5.7.5.1	Inleiding	342
5.7.5.2	Vordering tot schadevergoeding na herroeping	342

5.7.5.3 Vordering tot schadevergoeding na afwijzing vordering tot herroeping 342
5.7.5.4 Vordering tot schadevergoeding in plaats van vordering tot herroeping 343
5.8 Rechtsgevolgen van normschending: conclusie 343

6 De rechtsverhouding tussen procespartijen: conclusie 347

Summary 353
Aangehaalde literatuur 357
Rechtspraakregister 403
Regelgevingregister 419
Trefwoordenregister 431
Curriculum vitae 437

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Oostenrijk)
AcP	*Archiv der civilistische Praxis*
Adv.bl.	*Advocatenblad*
Adv.w.	Advocatenwet
AJCL	*American Journal of Comparative Law*
Ann. dr. Liège	*Annales de la faculte de droit de Liege*
Ann. dr. Louvain	*Annales de droit de Louvain*
Arbrb.	Arbeidsrechtbank
Arch. philo. dr.	*Archives de philosophie du droit*
art.	artikel
A&V	*Aansprakelijkheid & Verzekering*
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BB	*Betriebsberäter*
BCN	Broederschap der Candidaat-Notarissen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
BGH	Bundesgerichtshof (Duitsland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichthofes in Zivilsachen
BT-Drucks.	*Drucksache des deutschen Bundestages*
Bull.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Frankrijk)*
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Duitsland)
BW	Burgerlijk Wetboek (Nederland)
B.W.	Burgerlijk Wetboek (België)
CA	Cour d'appel (Frankrijk)
Cass.	Hof van Cassatie (België)
Cc	Code civil (Frankrijk)
Ccom	Code de commerce (Frankrijk)
Civ.	Cour de cassation, chambres civiles (Frankrijk)
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale et financière (Frankrijk)
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle (Frankrijk)
D	*Recueil Dalloz*
DC	*Dalloz: recueil critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile*
Décr.	Décret (Frankrijk)
DH	*Dalloz: recueil hebdomadaire de jurisprudence*
DP	*Dalloz: recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile*
diss.	dissertatie

D&R	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Einf	Einführung
ERPL	*European Review of Private Law*
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gem. Hof NA en Aruba	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlanse Antillen en Aruba
Ger.W.	Gerechtelijk Wetboek (België)
GP	*Gazette du Palais*
GrünhutsZ	*Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*
GvEA Aruba	Gerecht van Eerste Aanleg van Aruba
Hab.	Habilitationsschrift
Hand. NJV	*Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging*
Hand. VVWR	*Handelingen van de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht*
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvD	Hof van Discipline
IR	Informations Rapides
JBl.	*Juristische Blätter*
JBplus	*Jurisprudentie Bestuursrecht plus*
JBPr	*Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht*
JCP	*Semaine Juridique: Jurisclasseur Périodique*
JF	*Jura Falconis*
JLMB	*Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*
JOL	*Jurisprudentie Online (zie <www.juriforum.nl>)*
JOR	*Jurisprudentie Onderneming en Recht*
JT	*Journal des Tribuneaux*
JZ	*Juristenzeitung*
KG	*Kort Geding*
Kh.	Rechtbank van Koophandel (België)
Ktr.	Kantonrechter
Kw. NBW	*Kwartaalbericht Nieuw BW*
LIEI	*Legal Issues of European Integration*
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer (zie <www.rechtspraak.nl>)
LLR	*Louisiana Law Review*
LRR	Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken
MDR	*Monatschrift für deutsches Recht*
Med. NIVR	*Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvT-OS	Memorie van Toelichting bij het ontwerp van de staatscommissie
MvT-RO	Memorie van Toelichting bij het regeringsontwerp
MvT Inv	Memorie van Toelichting Invoeringswet
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile (Frankrijk)
NIPR	*Nederlands Internationaal Privaatrecht*
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*

NJkort	*Nederlandse Jurisprudentie kort*
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
NJW-RR	*Neue Juristische Wochenschrift: Rechtsprechungs-Report*
NJCM	*Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten*
NMvA	Nadere Memorie van Antwoord
nt.	noot
NTBR	*Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*
NV	Nader Verslag
NVIR	Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht
NVvP	Nederlandse Vereniging voor Procesrecht
NVVR	Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking
OGH	Oberste Gerichtshof (Oostenrijk)
OLG	Oberlandesgericht (Duitsland)
P&B	*Proces en Bewijs*
Pan.	Panorama de jurisprudence
Prg.	*De Praktijkgids*
Ranz	*Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger*
Rb.	Rechtbank
RCJB	*Revue Critique de Jurisprudence Belge*
Rép. pr. civ.	*Répertoire de procédure civile*
Rép. dr. civ.	*Répertoire de droit civil*
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
RGBl	*Reichsgesetzblatt*
RM	*Rechtsgeleerd Magazijn*
RMThemis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
Rn.	Randnummer
RO	Regeringsontwerp
RTDciv.	*Revue Trimestrielle de Droit Civil*
RTDF	*Revue Trimestrielle de Droit Familial*
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RW	*Rechtskundig Weekblad*
S	*Recueil Sirey*
s.l.	sine loco
s.n.	sine nomine
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale (Frankrijk)
Som.	Sommaire de jurisprudence
Sr.	Wetboek van Strafrecht
TBBR	*Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*
TCR	*Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*
TM	Toelichting-Meijers
TPR	*Tijdschrift voor Privaatrecht*
Trema	*Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*
TSR	*Tijdschrift voor Sociaal Recht*
TvR	*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*
VersR	*Versicherungsrecht*
VvB	Vereniging voor Bouwrecht

VVSRBN	Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland
VVWR	Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht
Vzngr.	Voorzieningenrechter
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
W	*Weekblad van het Recht*
WLR	*Weekly Law Reports*
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*
ZGB	Zivilgesetzbuch (Zwitserland)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Duitsland, tenzij anders aangegeven)
ZZP	*Zeitschrift für Zivilprozeß*

1 Inleiding

1.1 PROBLEEMSTELLING

1. In burgerlijke zaken bepalen partijen niet alleen of, tegen wie er waarover er wordt geprocedeerd,[1] maar ook hoe er wordt geprocedeerd.[2] De positie van partijen in het burgerlijk proces staat hiermee in de sleutel van de vrijheid. Partijen kunnen zich in beginsel gedragen zoals het hun goeddunkt. Buiten het burgerlijk proces geldt hetzelfde. Het burgerlijk procesrecht verschilt hierin niet van het burgerlijk recht.[3]

De vrijheid van rechtssubjecten kan in het burgerlijk recht noch in het burgerlijk procesrecht onbeperkt blijven. Beperking van de vrijheid van de één is nodig ter bescherming van de vrijheid van de ander.[4] In het burgerlijk recht vindt deze beperking van vrijheid haar uitdrukking onder meer in de normen waarnaar art. 3:296 lid 1, 6:2 lid 2, 6:162 lid 2 en 6:248 lid 2 BW verwijzen.

De vrijheid van partijen in het burgerlijk recht lijkt steeds verder te worden ingeperkt. Deze ontwikkeling geeft aanleiding voor de gedachte dat het beginsel van partij-autonomie in het burgerlijk recht is achterhaald.[5] Regelmatig klinkt ook de vraag of de ontwikkeling van de bescherming van partijen niet te ver is doorgeschoten.[6]

Ook in het burgerlijk procesrecht staat de vrijheid van partijen onder druk. De wijze waarop partijen van hun processuele rechten gebruik maken is een van de oorzaken van de 'eeuwige' problemen van de civiele procedure: het burgerlijk proces duurt te lang, is te kostbaar en leidt te vaak niet tot een bruikbaar resultaat.[7] Hieruit volgt dat het beperken van de vrijheid van partijen bij het procederen een bijdrage kan leveren aan het terugdringen van de lange duur, hoge kosten en ineffectiviteit van de civiele procedure. De beperking van de vrijheid van partijen kan op verschillende wijzen vorm krijgen.

---

1 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 5 sub 5; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 42.
2 Vranken 1999, nr. 82-83.
3 Chorus 1987, p. 4; Vranken 1999, nr. 82.
4 Zie bijv. Eggens 1941.
5 Zie bijv. Vranken 1989.
6 Zie voor het aansprakelijkheidsrecht Bolt & Spier 1996, p. 365-405 en voor het contractenrecht Hartlief 1999.
7 Zie bijv. Zuckerman 1999.

2. Traditioneel gelden formaliteiten zoals termijnen, vormvereisten en een numerus clausus van proceshandelingen als belangrijkste middelen om de vrijheid van partijen in te perken.[8] Het stellen van formele voorwaarden aan proceshandelingen schept rechtszekerheid maar lost de problemen van duur, complexiteit en kosten nauwelijks op. De manoeuvreerruimte voor partijen blijft ondanks de formele vereisten groot, waardoor een procedure gemakkelijk door één van partijen lang, complex en duur gemaakt kan worden zonder dat de wederpartij daar veel tegen kan doen.[9] Anderzijds zijn de formele grenzen soms te eng, waardoor partijen op onaanvaardbare wijze in hun processuele mogelijkheden worden beperkt, zodat het juist wenselijk wordt de grenzen te versoepelen.[10]

Een tweede wijze waarop procespartijen in hun mogelijkheden kunnen worden beperkt is het vergroten van de leidende rol van de rechter. De recente geschiedenis van het Nederlandse burgerlijk procesrecht laat een toenemende invloed van de rechter op het verloop van de procedure zien.[11] In de wetsherziening van 2002 is deze ontwikkeling voortgezet.[12] Deze methode om de vrijheid van partijen in te perken kent echter haar grenzen. Deze hangen samen met de aard van de civiele procedure. Het gaat bij burgerlijke gedingen om de belangen van partijen en daarom dienen ook partijen beslissende invloed te hebben op de wijze van afwikkeling ervan. Overigens gaat het bij de invloed van de rechter op het procesverloop vooralsnog in belangrijke mate om potentiële invloed: de rechter kan ingrijpen en sturen, maar is er meestal niet toe gehouden.[13]

In de derde plaats beperken tussen partijen geldende normen de vrijheid om naar eigen goeddunken te procederen. In feite vormen ook de eerdergenoemde formaliteiten al zulke normen. Zo hoeft een gedaagde een gebrekkige dagvaarding in beginsel niet tegen zich te laten gelden. De grenzen die de formaliteiten stellen, zijn als gezegd echter zeer ruim en vormen maar een bescheiden deel van de tussen partijen onderling geldende normen. Naast de formaliteiten staat een fijnmazig netwerk van normen waaraan partijen bij het procederen onderling zijn gehouden en waaraan partijen over en weer rechtsgevolgen kunnen ontlenen.

3. Het complex van deze tussen partijen geldende normen bepaalt de rechtsverhouding tussen procespartijen, het onderwerp van dit boek. De probleemstelling van het door mij gedane onderzoek is: wat houdt de rechtsverhouding tussen procespartijen naar geldend Nederlands recht in? In dit boek beschrijf

8 Zie Star Busmann/Rutten 1972, nr. 19.
9 Vranken 1999, nr. 83.
10 Asser 2000, p. 8-12.
11 Bosch-Boesjes 1991, p. 27-57.
12 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 6 (MvT).
13 Asser/Vranken 1995, nr. 37.

ik als resultaten van dit onderzoek de belangrijkste van de rechtsverhouding tussen procespartijen deel uitmakende normen, de rechtsgevolgen van schending van deze normen en de wijze waarop deze rechtsgevolgen zich laten effectueren. Ik beperk mij hierbij in beginsel tot de contentieuze dagvaardingsprocedure op tegenspraak naar geldend Nederlands recht.

Dit boek bevat met name een beschrijving van geldend Nederlands recht. Voegt een dergelijke beschrijving wel iets toe aan 'the body of knowledge'? Ik meen van wel. Geldend recht wil niet automatisch zeggen gekend recht. Een aanzienlijk deel van de in dit boek beschreven normen maakt deel uit van een vooralsnog nagenoeg onontgonnen deel van het ongeschreven recht. Voor een ander deel van de tussen procespartijen geldende normen geldt dat men wel van hun bestaan en (globale) betekenis op de hoogte is, maar er in de praktijk geen beroep op doet, bijvoorbeeld omdat men onbekend is met de aan deze normen verbonden rechtsgevolgen. Dit onderzoek hoopt een bijdrage te leveren aan de ontginning van het (ongeschreven) procesrecht en aan de bewustwording van het feit dat tussen procespartijen regels gelden waaraan zij zijn gehouden, waaraan zij elkaar kunnen houden en waaraan zij rechtsgevolgen kunnen ontlenen.

1.2 Enkele terminologische opmerkingen

4. Het begrip 'rechtsverhouding tussen procespartijen' behoeft in enkele opzichten verduidelijking. Met 'rechtsverhouding' bedoel ik een verhouding bezien vanuit juridisch oogpunt: een samenstel van tussen rechtssubjecten bestaande, onderling samenhangende rechten en verplichtingen.[14] In mijn optiek is er niet zoiets als een tegenstelling tussen feitelijke verhouding en rechtsverhouding en is iedere verhouding mede een rechtsverhouding.[15] Zo bezien is de vraag niet of er een rechtsverhouding bestaat, maar steeds wat de rechtsverhouding in kwestie inhoudt.[16]

Procespartijen staan tot elkaar in twee te onderscheiden rechtsverhoudingen: de verhouding die voorwerp van geschil vormt en de verhouding die regels over de afwikkeling van het geschil inhoudt.[17] De verhouding tussen deze twee rechtsverhoudingen is problematisch. Zij kunnen worden onderscheiden, maar niet gescheiden.[18] Zij kunnen immers niet zonder elkaar bestaan:

---

14 In soortgelijke zin Suijling I-1 1948, nr. 47. De begrippen rechtsverhouding en rechtsbetrekking beschouw ik, in tegenstelling tot Van Erp 1990, p. 284-285, als synoniem. Vgl. bijv. art. 112 lid 2 Gw, 3:15, 59, 79 en 302 BW; Larenz/Wolf 1997, § 13, Rn 1.

15 In vergelijkbare zin Du Perron 1999, nr. 99.

16 Vgl. in verschillende zin Pels Rijcken 1958, nr. 5; W.C.L. van der Grinten 1958, p. 107; Nieuwenhuis 1982, p. 15-16; Asser 1997a, p. 11; Asser 1997b, nr. 7.

17 Brenninkmeijer 1991, p. 633.

18 Vgl. Land/Eggens 1933, p. 5-7; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 1.

een proces zonder voorwerp van geschil is – althans voor juristen[19] – ondenkbaar en de wijze waarop partijen zich ten opzichte van hun processuele rechten en verplichtingen opstellen is bepalend voor de uitkomst van het geding.

De rechtsverhouding die voorwerp van geschil vormt, zal hieronder slechts zijdelings aan bod komen. De rechtsverhouding tussen procespartijen die het onderwerp van dit onderzoek vormt, is de verhouding die bepaald wordt door de normen van de gedingvoering zelf, het samenstel van rechten en verplichtingen dat bij het procederen tussen partijen onderling geldt.

Het onderscheid tussen de rechtsverhouding die voorwerp van geschil vormt en de rechtsverhouding die bepaald wordt door de regels die het proces beheersen brengt mij op het onderscheid tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Burgerlijk recht laat zich definiëren als het complex van normen dat de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling regelt.[20] Burgerlijk procesrecht is het geheel van normen dat de rechtsverhoudingen tussen de bij het burgerlijk proces betrokkenen regelt. Aangezien de verhouding tussen procespartijen ook voorzover het de regels van de gedingvoering betreft een rechtsverhouding tussen burgers is, geldt ook binnen deze verhouding, behoudens gronden voor afwijking, het burgerlijk recht.[21] Eggens noemt als voorbeeld "(…) dat men zich – ook in het proces – heeft te gedragen gelijk dit in het maatschappelijk verkeer betaamt."[22]

5. De vraag is of de bijzondere tussen partijen geldende regels van het burgerlijk procesrecht van fundamenteel andere aard zijn dan die van het burgerlijk recht. De gelijkstelling van het onderscheid tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht met dat tussen materieel en formeel recht zou een bevestigende beantwoording van deze vraag impliceren. Formeel recht wordt wel gedefinieerd als de vorm waarin men rechten en verplichtingen kan verwezenlijken.[23] Deze rechten en verplichtingen zelf vloeien voort uit het materieel recht, dat tegenover het formele recht wordt gesteld. Burgerlijk recht is aldus bezien materieel recht en burgerlijk procesrecht formeel recht.

Ik acht deze voorstelling van zaken misleidend.[24] Hetgeen doorgaans met formeel recht wordt aangeduid, het burgerlijk procesrecht, regelt ook rechten en verplichtingen, namelijk de rechten en verplichtingen van de bij een burgerlijk proces betrokkenen. Zo bezien is ook burgerlijk procesrecht materieel recht. Omgekeerd bevat ook het burgerlijk recht formele aspecten (zie bijvoorbeeld art. 3:89 lid 1 BW).[25] Het komt mij voor dat inhoudsloze vorm (puur formeel)

19 Vgl. Kafka 1925.
20 Nieuwenhuis 1982, p. 15.
21 H.J. Snijders 1992a, p. 18.
22 Land/Eggens 1933, p. 8. Aldus bijv. ook Jauernig 2002, § 26 II.
23 Bijv. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 2.
24 Evenzo Asser/Anema & Verdam 1953, p. 16; Heemskerk 1974, p. 24; Van der Kwaak 1990, p. 13.
25 Bijv. Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 2.

en vormloze inhoud (puur materieel) slechts denkbaar, maar niet bestaanbaar zijn. Formeel en materieel gaan in de realiteit steeds hand in hand. Soms treedt het ene, dan weer het andere aspect meer op de voorgrond. Vermoedelijk is het naar de voorgrond treden van het formele aspect bij het procederen er de reden voor, dat de term 'formeel recht' als synoniem van het burgerlijk procesrecht wordt gebruikt. Omgekeerd is het naar de voorgrond treden van het materiële aspect bij figuren als contract en onrechtmatige daad waarschijnlijk de reden van het gebruiken van de term materieel recht voor burgerlijk recht.[26] Hoe dan ook, het onderscheid tussen formeel recht en materieel recht valt niet samen met dat tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.

Burgerlijk recht regelt de rechtsverhoudingen tussen burgerlijke rechtssubjecten. Het tussen partijen geldende burgerlijk (proces)recht regelt een bijzondere burgerlijke rechtsverhouding: de rechtsverhouding tussen procespartijen. In zoverre is burgerlijk procesrecht bijzonder burgerlijk recht en in zoverre verschillen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht niet fundamenteel van aard.[27]

1.3 Methode van onderzoek

6. De in dit boek geformuleerde theorieën over de inhoud van de rechtsverhouding tussen procespartijen zijn gebaseerd op analyse en interpretatie van wetgeving, rechtspraak en literatuur over het Nederlandse recht.[28] Bij onderzoek dat is gericht op geldend recht is deze werkwijze onontkoombaar. Hiernaast ben ik om verschillende redenen ingegaan op buitenlands recht.

Ten eerste levert het recht van andere landen voeding voor het bekritiseren van en het formuleren van alternatieven voor het Nederlandse recht. Buitenlands recht kan laten zien op welke andere manieren een probleem kan worden aangepakt waarmee ook het Nederlandse recht worstelt. Ten tweede kan buitenlands recht steun bieden bij het bepalen van de inhoud van het geldende Nederlandse recht. Dit geldt met name bij vage normen en begrippen die binnen de verschillende stelsels systematisch een vergelijkbare plaats innemen, terwijl de invulling ervan binnen het Nederlandse recht verhoudingsgewijs onderontwikkeld is. Tevens ligt het voor de hand steun bij buitenlands recht te zoeken voor de inhoudsbepaling van het Nederlandse recht wanneer duidelijk is dat de betreffende norm door buitenlands recht is geïnspireerd of wanneer er sprake is van gemeenschappelijke wortels.[29] Ten derde geeft het naast elkaar beschrijven van verschillende rechtsstelsels inzicht in de bestaande overeenkomsten en verschillen. Dit inzicht kan behulpzaam zijn bij het naden-

26 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 16.
27 Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 41-43.
28 Het onderzoek is afgesloten op 1 juni 2003.
29 Vgl. Van Rhee 1999, p. 12-18.

ken over supranationale harmonisatie of unificatie van het recht op het onderzochte terrein.[30] Om deze redenen besteed ik in dit boek in ruime mate aandacht aan het recht van Frankrijk, België en Duitsland, terwijl ik sporadisch ook inga op andere stelsels.

1.4 Plan van behandeling

7. In hoofdstuk 2 komen, nadat ik op het onderscheid tussen rechtsplichten en lasten ben ingegaan, achtereenvolgens de waarheidsplicht, de plicht gegevens in te brengen en de plicht onredelijke vertraging te voorkomen aan bod. In hoofdstuk 3 behandel ik misbruik van processuele bevoegdheden. Hoofdstuk 4 gaat over processuele lasten. In hoofdstuk 5 komen de rechtsgevolgen van schending van de in de hoofdstukken 2, 3 en 4 behandelde processuele normen aan de orde, alsmede de wijze waarop deze rechtsgevolgen kunnen worden ingeroepen. In hoofdstuk 6 vat ik de gedane bevindingen samen, gevolgd door enige algemene beschouwingen en conclusies. Voor een meer gedetailleerd overzicht van het behandelde verwijs ik naar de inhoudsopgave en de openingsparagrafen van de verschillende hoofdstukken.

30 Vgl. Van Rhee 1999, p. 12-18.

2 Rechtsplichten tussen procespartijen

2.1 ALGEMEEN

2.1.1 Inleiding en plan van behandeling

8. De hoofdstukken 2-4 gaan over de normen die van de rechtsverhouding tussen procespartijen deel uitmaken. In het onderhavige hoofdstuk ga ik in op enkele normen waaruit voor partijen over en weer rechtsplichten volgen.

In dit hoofdstuk beperk ik mij tot de behandeling van normen waaruit bijzondere verplichtingen van partijen jegens elkaar voortvloeien. In de hoofdstukken 3 en 4 komen de figuur misbruik van processuele bevoegdheden en de op partijen rustende lasten aan de orde. Met deze indeling wil ik niet impliceren dat er fundamentele verschillen zijn tussen de in de verschillende hoofdstukken aan de orde komende normen. Zij is op praktische gronden gekozen: deze presentatie van de stof komt voor als het meest doelmatig en komt overeen met de in de gebruikelijke begrippenkaders.

De in dit boek te bespreken regels normeren het gedrag van partijen tegenover elkaar. Door de nadere bepaling van de rechtsverhouding tussen partijen die uit deze regels voortvloeit, wordt de vrijheid van partijen zich te gedragen zoals hun goeddunkt aan zekere grenzen onderworpen. Deze begrenzing krijgt echter niet steeds op dezelfde wijze gestalte. In sommige gevallen heeft de partij die aan de norm gebonden is te maken met een *rechtsplicht*, in andere gevallen met een *last*. Deze twee begrippen zal ik hieronder definiëren en nader toelichten (§ 2.1.2). In het vervolg van dit hoofdstuk wordt een aantal normen waaruit rechtsplichten tussen partijen voortvloeien, besproken. Achtereenvolgens zal ik aandacht besteden aan de waarheidsplicht (§ 2.2), verschillende verplichtingen om gegevens in te brengen (§ 2.3) en de plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging (§ 2.4). Ten slotte zal ik uit het besprokene enkele conclusies trekken (§ 2.5).

2.1.2 De begrippen rechtsplicht en last

2.1.2.1 Rechtsplicht

9. Een rechtsplicht is een uit het objectieve recht volgend bevel aan een rechtssubject, zich (niet) op een bepaalde wijze te gedragen.[1] Handelen in strijd met een rechtsplicht vormt een onrechtmatige daad.[2] Onrechtmatig "(…) wil (…) niets anders zeggen dan in strijd met het recht."[3] Onrechtmatigheid is een kwalificatie van gedrag.[4] J. Drion definieert onrechtmatigheid aldus: "Een onrechtmatige gedraging is een gedraging, die *rechtens verboden* is (…)."[5] Het verboden zijn van bepaald handelen of nalaten volgt uit een geschreven of ongeschreven imperatieve norm.[6] Art. 6:162 lid 2 BW verwijst naar het geheel van die normen.

Privaatrechtelijke rechtsplichten hebben een relatief karakter: schending ervan is niet jegens alle andere rechtssubjecten verboden en dus onrechtmatig, maar jegens een bepaald ander rechtssubject of bepaalde andere rechtssubjecten.[7] Slechts hij jegens wie schending onrechtmatig is, kan recht doen gelden op het achterwege blijven ervan.[8] Dit recht kan worden gekwalificeerd als een subjectief recht in de zin van een het rechtssubject toekomende aanspraak.[9] Aanspraak en rechtsplicht bepalen elkaar in wederkerigheid en maken onderdeel uit van de rechtsverhouding tussen de subjectief gerechtigde tot de

---

1 Meijers 1948, p. 38; G.J. Scholten 1983, nr. 13. Vgl. Asser/Scholten 1974, p. 12-13.
2 J. Drion 1947, p. 254; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 6.
3 Meijers 1919, p. 66.
4 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 613 (TM).
5 J. Drion 1947, p. 254. R.J. Polak 1959, p. 51 nt. 17a, verwijt Drion inhoud en rechtsgevolg niet uit elkaar te houden. Polaks eigen definitie (p. 113) is thans minder bruikbaar door de invoering van art. 6:168 BW (afwijzing gevorderd verbod op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen. Schut 1963, p. 134 wijst de kritiek van Polak op Drion af, stellende dat Polak het verschil tussen verboden en verbiedbaar veronachtzaamt. Vgl. Nieuwenhuis 1991, p. 192-193. Zie nader Asser/Hartkamp III 2002, nr. 119 met verdere verwijzingen. Als J. Drion ook HR 29 november 2002 (*Danikovic e.a./Staat*), *NJ* 2003, 35.
6 Schut 1963, p. 133.
7 HR 30 september 1994 (*Staat/Shell*), *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB; C.H.M. Jansen 1996, nr. 18; Van Maanen 1997.
8 In art. 3:296 lid 1 BW komt dit tot uitdrukking in de woorden "(…) jegens een ander (…)", welke terugkeren in art. 6:162 lid 1 BW. Zie over de relativiteitsleer Lankhorst 1992 en bijv. Asser/Hartkamp III 2002, nr. 95-108 met nadere verwijzingen.
9 Zie in vergelijkbare zin over het begrip subjectief recht Langemeijer 1941, p. 4; Asser/Scholten 1974, p. 15; Medicus 2002, § 10; Nieuwenhuis 1997, p. 20-21. Anders Meijers 1948, p. 83, die een beperkte opvatting van het begrip subjectief recht voorstaat. In laatstgenoemde zin ook Larenz/Wolf 1997, § 13 Rn. 42. Overigens is het hier door mij bedoelde begrip 'subjectief recht' een ruimer begrip dan het in art. 6:162 lid 2 BW in het onrechtmatigheidscriterium 'inbreuk op een recht' figurerende begrip 'recht'. Zie Hofmann/Drion 1959, p. 80; C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 2, aant. 7. Over dit laatste punt kritisch Nieuwenhuis 1997, p. 20-21.

aanspraak en het subject van de rechtsplicht.[10] Schut legt terecht de nadruk op dit verhoudingsaspect van de onrechtmatigheid: "[h]et onrechtmatigheidsoordeel kwalificeert primair een *verhouding* en pas secundair de *polen* van die verhouding."[11]

Rechtsplichten volgen uit normen van objectief recht. Uitgangpunt is "(…) dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden (…)."[12] Voor een geslaagd beroep op het ontbreken van relativiteit moet komen vast te staan dat de betrokken norm deze strekking niet heeft.[13]

Met de hierboven gegeven definitie van het begrip rechtsplicht neem ik afstand van de betekenis die dit begrip in de onrechtmatigheidsformule van het arrest *Lindenbaum/Cohen*[14] heeft, te weten 'wettelijke plicht'.[15] Aangezien in de huidige opvattingen – terecht – geen principieel onderscheid wordt aangenomen tussen geschreven en ongeschreven recht[16] kan laatstgenoemde betekenis van de term 'rechtsplicht' als verouderd worden beschouwd.[17]

Ook wijk ik af van de definitie van Brunner, die als rechtsplicht ziet "(…) een verplichting door het objectieve recht opgelegd, aan de nakoming of niet nakoming waarvan het recht rechtsgevolg verbindt (…)."[18] In deze definitie – het gaat hier om een louter begripsmatige kwestie[19] – vormt de hieronder nog te definiëren 'last' een species van een genus rechtsplicht, terwijl ik de last naast de rechtsplicht plaats. Het nadeel van de terminologie van Brunner is dat een speciale term voor wat ik rechtsplicht noem, ontbreekt. Als genusterm voor de species rechtsplicht en last zoals door mij onderscheiden lijkt de door Van Erp geïntroduceerde term 'gehoudenheid' bruikbaar.[20]

Meijers werkt het begrip 'rechtsplicht' verder uit aan de hand van de eraan verbonden rechtsgevolgen. Bij de schending van een normaaltypische[21] rechtsplicht zijn dit het in werking treden van een tot schadevergoeding strekkende 'subsidiaire norm' en de mogelijkheid van het afdwingen van nakoming door

---

10 Nieuwenhuis 1984, p. 73.
11 Schut, 1963, p. 129. Vgl. Nieuwenhuis 1982, p. 15; Nieuwenhuis 1984, p. 73.
12 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 638 (MvA II).
13 Zie Lankhorst 1992, p. 43-46.
14 HR 31 januari 1919 (*Lindenbaum/Cohen*), *NJ* 1919, 161, *W* 10 365 m.nt. Mff, *WPNR* 2546 (1919) m.nt. EMM.
15 Zie Asser/Rutten III 1983, p. 58-59.
16 Zie bijv. Bloembergen 2000a, nr. 4.
17 Kritisch over het gebruik van de term rechtsplicht in het arrest *Lindenbaum/Cohen* Meijers 1919, p. 66.
18 Brunner 1978, p. 161, impliciet herhaald in Brunner 1999, nr. 11. In deze zin ook Valk 1993, p. 13.
19 Tjittes 1992b, nr. 16.
20 Van Erp 1990, p. 292-294.
21 Zie over de classificatiewijze aan de hand van normale typen Meijers 1948, p. 30-31. Bij een dergelijke classificatie hebben niet alle tot een groep behorende gevallen één kenmerk gemeen, maar ze lijken alle sterk op het 'normale type'.

overheidstussenkomst.[22] Deze rechtsgevolgen komen in het Nederlandse positieve recht tot uitdrukking in bepalingen als art. 6:162 lid 1 en art. 3:296 lid 1 BW. Uit deze beide bepalingen blijkt, dat deze rechtsgevolgen niet steeds zonder meer kunnen worden ingeroepen: voor het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding moet aan nadere vereisten zijn voldaan en aan een veroordeling tot nakoming kunnen wet, aard van de verplichting of een rechtshandeling in de weg staan.

10. Vervolgens kom ik toe aan de vraag hoe het begrip rechtsplicht zich verhoudt tot het begrip verbintenis. Ook van verbintenissen is nakoming rechtens verplicht en afdwingbaar. Schending van verbintenissen geeft onder voorwaarden recht op schadevergoeding. Het belang van de vraag hoe de begrippen rechtsplicht en verbintenis zich verhouden, is gelegen in het feit dat de voorwaarden waaronder schending recht op schadevergoeding geeft, verschillen.

In de opvatting van de wetgever is de verbintenis een species van het genus rechtsplicht.[23] Het onderscheidende kenmerk van de verbintenis is dat deze binnen de rechtsverhouding waarvan zij deel uitmaakt, staat tegenover een subjectief *vermogensrecht* in de zin van art. 3:6 BW.[24] Het gaat bij deze subjectieve vermogensrechten steeds om goederen (art. 3:1 BW), meer in het bijzonder vorderingsrechten zoals bedoeld in art. 3:83 BW.[25] De subjectieve vermogensrechten vormen een species van het bovengenoemde genus subjectief recht.

In de literatuur worden verschillende min of meer van het bovenstaande afwijkende opvattingen over de inhoud van het begrip verbintenis verdedigd. Ik licht er een enkele uit.[26]

H. Drion ziet het vereiste van een "(…) concrete geïndividualiseerde rechtsverhouding (…)" als onderscheidend voor de verbintenis.[27] Hiertegen valt in te brengen dat daarvan ook gesproken kan worden bij de plicht van een bepaalde burger om zich jegens een bepaalde andere burger van een bepaalde onrechtmatige daad, bijvoorbeeld vernieling van de voorruit van diens huis, te onthouden. Eerstgenoemde burger heeft een concrete, geïndividualiseerde rechtsplicht, waartegenover bij de andere burger een concreet en geïndividualiseerd subjectief recht staat: gevrijwaard blijven van vernieling

22 Meijers 1948, p. 38. Afdwingbaarheid als karakteriserend element noemt bijv. ook Winkler von Mohrenfels 1986, p. 213.
23 *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 37 (TM); G.J. Scholten 1983, nr. 13.
24 *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 38 en 615 (TM); W. Snijders 1973, p. 466-467; Van Nispen 1978, nr. 6-7; G.J. Scholten 1983, nr. 9 en 14; Wessels 1988, nr. 108.
25 Zie nader Van der Steur 2003, p. 25-28.
26 Zie ook Van Opstall 1973; Van Opstall 1975; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 7.
27 H. Drion 1958, p. 9. In deze richting gaat ook Schut 1987, p. 97-102.

van de voorruit van zijn huis door eerstgenoemde.[28] Ook hier is er in mijn opvatting (zie § 1.2) sprake van een rechtsverhouding.[29] Toch zou ik hier niet van een verbintenis willen spreken, omdat naar mijn mening niet kan worden gezegd dat laatstgenoemde burger een subjectief *vermogensrecht* in de zin van art. 3:6 BW heeft op het achterwege blijven van de vernieling.[30]

Ik sluit mij aan bij de door de wetgever voorgestane opvatting dat een corresponderend subjectief vermogensrecht het onderscheidend kenmerk is van de verbintenis als bijzondere vorm van de rechtsplicht. Ik wil niet ontkennen dat zowel in individuele gevallen als meer in het algemeen dicussie mogelijk is over de vraag of c.q. wanneer er sprake is van een subjectief vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW en dus van een corresponderende verbintenis.[31] De afbakening van de species verbintenis ten opzichte van het genus rechtsplicht is niet scherp.[32] Dit is echter geen steekhoudend argument om het onderscheid geheel te verwerpen. Reeds het feit dat het ten grondslag ligt aan het systeem van het Nederlandse vermogensrecht is een goede grond om het onderscheid als gegeven te aanvaarden.[33] Het belang ervan het is met name gelegen in het feit dat voor de rechtsgevolgen van schending van verbintenissen (deels) bijzondere regels gelden.[34] Bij het duiden van de onderlinge verplichtingen van procespartijen zal ik ook uitgaan van het onderscheid tussen rechtsplichten in het algemeen en verbintenissen in het bijzonder zoals dat door de wetgever wordt gemaakt.

2.1.2.2 Last

11. Evenals rechtsplichten volgen lasten uit het objectieve recht en strekken zij ertoe aan bepaald gedrag van de belaste persoon (negatieve) gevolgen te verbinden. Handelen in strijd met een last is echter, in tegenstelling tot handelen in strijd met een rechtsplicht, in beginsel rechtens geoorloofd en vormt derhalve als zodanig geen onrechtmatige daad. Tegenover de last staat geen aanspraak op lastconform gedrag van de wederpartij in de rechtsverhouding waarvan de concrete last deel uitmaakt en dus geen subjectief recht. Het is

---

28 Zie in soortgelijke zin Nieuwenhuis 1997, p. 20-21. Anders Meijers 1948, p. 83, die een beperkte opvatting van het begrip subjectief recht voorstaat. In laatstgenoemde zin kennelijk ook Larenz/Wolf 1997, § 13 Rn. 42.

29 Anders Asser/Hartkamp I 2000, nr. 8.

30 Tot een andere conclusie komt Schoordijk 1964, p. 189-192, 1979, p. 3-6, zich baserend op Eggens 1950. In instemmende zin Boukema 1966, p. 114. Vgl. Maeijer 1962, p. 37-40; Wessels 1988, nr. 97.

31 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 89-90 (TM); Asser/Mijnssen & De Haan I 2001, nr. 1-3: Van der Steur 2003, p. 11.

32 Wessels 1988, nr. 108; Asser/Hartkamp I 2000, nr. 10.

33 Van Nispen 1978, nr. 6; Nieuwenhuis 1982, p. 27; G.J. Scholten 1983, nr. 43.

34 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 37 en 615 (TM); Asser/Hartkamp I 2000, nr. 11; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 8-9. Zie voor een overzicht G.J. Scholten 1983, nr. 28-34, waarover kritisch Vranken 1991. Relativerend en nuancerend over het onderscheid Valk 1995, p. 1086.

mogelijk dat een bepaalde gedraging zowel een last als een rechtplicht schendt. In dat geval is er eventueel samenloop van rechtsgevolgen (zie § 5.7).

Het onderscheidende kenmerk van de last is dat handelen in strijd met de last, hoewel rechtens geoorloofd, rechtsgevolgen heeft die voor de belaste als nadelig kunnen worden gekwalificeerd.[35] Deze rechtsgevolgen ontstaan binnen de rechtsverhouding waarin de last is gelegen en hebben een ermee corresponderende betekenis voor de rechtpositie van de wederpartij. Aangezien de betekenis van schending van een last beperkt is tot rechtsgevolgen voor de belaste en diens wederpartij(en), meen ik dat ook van de last kan worden gezegd dat deze relatief werkt.

In de Nederlandse literatuur wordt (een deel van) wat ik hierboven als last heb gedefinieerd wel aangeduid met de Duitse term 'Obliegenheit'.[36] Een dergelijk importeren van buitenlandse rechtstermen impliceert het binnenhalen van de in het recht van herkomst aan de term verbonden betekenis en (dogmatische) achtergrond, hetgeen niet zonder meer wenselijk is. Bij het Duitse begrip 'Obliegenheit' gaat het hierbij met name om het vereiste van *Verschulden* ('schuld') voor het intreden van het nadelige rechtsgevolg, de verbondenheid van de term aan het verzekeringsrecht en de tamelijk beperkte betekenis die in Duitsland veelal aan het begrip *Obliegenheit* wordt gegeven.[37] Dit alles zou ik voor het Nederlandse recht niet (zonder meer) willen aanvaarden. Naar mijn mening kan het gebruik van de term *Obliegenheit* voor het Nederlandse recht ter voorkoming van misverstanden daarom beter worden vermeden.

Gezien de hierboven gegeven definitie van het begrip 'rechtsplicht' zal het niet verbazen dat het mij beter lijkt termen waarin het woord of woorddeel 'plicht' voorkomt te vermijden in gevallen waar het om een last in de hierboven bedoelde zin gaat. Voor het gebruik van de term 'last' voor het hier omschreven rechtsfenomeen voelen ook M.E. Storme,[38] Tjittes[39] en Valk,[40] alsmede Snijders, Ynzonides en Meijer.[41] Angst voor verwarring met de term 'last' in de zin van plicht tot het verrichten van een rechtshandeling voor rekening van een ander (vgl. art. 7:414 BW) lijkt mij overdreven. Ook in Duits-

35 Vgl. Suijling II-1 1934, nr. 141 en 170; Meijers 1948, p. 16; Ph.A.N. Houwing 1968, p. 24-27.

36 H. Drion 1967, nr. 19; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 49; Schut 1984, p. 74; Schut 1987, p. 57; Wessels 1988, nr. 118; Vranken 1989, nr. 164; Hijma 1991, p. 663; Castermans 1992, p. 29-30; Brunner 1999, nr. 11; Asser/Hartkamp I 2000, nr. 11; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 309.

37 Esser/Schmidt 1995, § 6 VI; Fikentscher 1997, Rn. 56; Larenz/Wolf 1997, § 13 Rn. 48-53; Medicus 2002, Rn. 889.

38 M.E. Storme 1990, nr. 12.

39 Tjittes 1992b, nr. 16.

40 Valk 1993, p. 11-13.

41 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 203 en 208.

land[42] en Zwitserland[43] wordt de term *Last* in dergelijke zin gebruikt. In Frankrijk spreekt men doorgaans van *charge*,[44] soms van *fardeau*.

In wet, jurisprudentie en literatuur wordt bepaald geen eenduidige terminologie gebruikt voor de hierboven omschreven rechtsfiguren rechtsplicht en last. Met name het woord(deel) 'plicht' wordt regelmatig gebruikt zonder dat het om een rechtsplicht in de door mij bedoelde zin gaat. Zo gaat het bij de 'stelplicht' in mijn terminologie niet om een rechtsplicht maar om een last.[45] Wel in mijn opvatting past de term 'bewijslast'. De onduidelijkheid die de in de praktijk heersende terminologie kan veroorzaken, wil ik proberen te vermijden. In het navolgende zal ik uitgaan van de termen 'rechtsplicht' en 'last' zoals hiervoor gedefinieerd.[46]

12. Een belangrijk subtype van de normen, waarvan schending, hoewel niet verboden, een nadelig rechtsgevolg bij de schender oplevert, wordt gevormd door normen waarbij tijdsverloop de relevante factor is en kan leiden tot rechtsverlies. Voor het burgerlijk recht kan bijvoorbeeld worden gewezen op de extinctieve verjaring (art. 3:306 e.v. BW) en het vervallen van de mogelijkheid een aanbod te aanvaarden door tijdsverloop (vgl. art. 6:221 BW). In het burgerlijk procesrecht zijn de voor de instelling van rechtsmiddelen geldende termijnen (zie bijv. art. 81, 339 en 402 Rv.) hiervan een illustratie. Tijdsverloop speelt ook een belangrijke rol bij het leerstuk van de rechtsverwerking, een complex ongeschreven normen waaruit lasten voortvloeien.[47]

Van de processuele normen die een last inhouden, noem ik als voorbeeld nog de verplichting van gedaagde alle exceptieve verweren bij antwoord voor te dragen (art. 128 lid 3 Rv) en de regel omtrent gedekte weren (art. 348 Rv).

Schending van een last heeft logischerwijs ook voor de wederpartij in de rechtsverhouding waarvan de last deel uitmaakt, rechtsgevolg. Zo hoeft de wederpartij na schending van bedoelde termijnen geen rechtsmiddel meer tegen zich te laten gelden en na antwoord geen exceptieve verweren.

Het gaat dus bij schending van een last niet slechts om een nadelig rechtsgevolg voor een rechtssubject, maar om een ontwikkeling in de rechtsverhouding waarvan de geschonden last deel uitmaakt. Door de overtreding van de norm veranderen de rechtsposities van alle betrokkenen.

13. De genoemde voorbeelden kunnen ook een andere karakteristiek van de last illustreren: dikwijls fungeert deze als complement van een bijzondere door het recht aan de belaste toegekende bevoegdheid. Dit complement beperkt

---

42 Zie bijv. Hellwig 1912, p. 401; Stürner 1976, p. 71-84; Fischer 1979, p. 20; Winkler von Mohrenfels 1986, p. 211; Esser/Schmidt 1995, § 6 VI 3; Fikentscher 1997, Rn. 56.
43 Zie bijv. Guldener 1979, p. 188.
44 Zie bijv. art. 2, 6 en 9 NCPC.
45 Wach 1879, p. 516; M.E. Storme 1990, nr. 12.
46 Zie reeds Hellwig 1912, p. 401.
47 Zie bijv. Asser/Hartkamp II 2001, nr. 321.

de bevoegdheid en bepaalt haar inhoud daardoor nader. M.E. Storme spreekt van een recht dat met een last is bezwaard.[48] Met name in het burgerlijk procesrecht wemelt het van zulke combinaties van bevoegdheid en last. Zo is de bevoegdheid een rechtsmiddel in te stellen onder meer temporeel beperkt door een last en de bevoegdheid verweer te voeren zowel temporeel als inhoudelijk beperkt. In het Franse wetboek is dit principe erkend en geëxpliciteerd in art. 2 NCPC: "Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent."

Deze bijzondere bevoegdheden laten zich dikwijls als wilsrecht kwalificeren.[49] Een wilsrecht is een bijzondere – maar niet per se zelfstandige[50] – bevoegdheid tot het eenzijdig bewerkstelligen van een rechtsgevolg binnen een rechtsverhouding.[51] Het gebruik maken van een dergelijke bevoegdheid kan in de regel geschieden door een rechtshandeling.[52] Een wilsrecht is wel steeds een subjectief recht (in mijn ruime opvatting van dat begrip), maar lang niet altijd (zie bijvoorbeeld het recht een rechtsmiddel in te stellen) een subjectief vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW.[53]

Al naar gelang het rechtsgevolg dat de uitoefening van een wilsrecht heeft, is het tegenover zich hebben van een wilsrecht min of meer bezwarend voor de rechtspositie van de wederpartij. Deze bezwarendheid kan met het beperken van een wilsrecht door middel van een last worden gemitigeerd. Ook hier kunnen het (wils)recht op het instellen van een rechtsmiddel met de beperking door de last van een termijnstelling en het (wils)recht op het voeren van exceptief verweer met als beperking dat dat bij antwoord moet gebeuren, als voorbeelden dienen.

14. Het is soms niet eenvoudig om uit te maken of een norm een last of een rechtsplicht inhoudt. Met dit probleem wordt met name geworsteld in het kader van mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten.[54] In Duitsland hebben met name Goldschmidt[55] en Niese[56] – voortbouwend op een funda-

48 M.E. Storme 1990, nr. 15.
49 W. Snijders 1999a, p. 561-562.
50 Anders Timmermans 1963, p. 23 en 29.
51 Rupke 1914, p. 38; Meijers 1948, p. 266; Suijling I-1 1948, nr. 58; Rodenburg 1985, nr. 11; W. Snijders 1999a, p. 562. Aaftink 1974, p. 64-68 en Mellema-Kranenburg 1988, p. 4-14 willen het begrip beperkt(er) opvatten, waartegen W. Snijders 1976, p. 426-437 en 1999, p. 559. Vgl. voor een met de ruime opvatting overeenkomende definitie van het Duitse *Gestaltungsrecht* bijv. Larenz/Wolf 1997, § 15 Rn. 78.
52 W. Snijders 1999a, p. 562. Vgl. Suijling I-1 1948, nr. 58.
53 W. Snijders 1999a, p. 565; H.J. Snijders 2001, nr. 30. Anders Schoordijk 1986, p. 14; Asser/Mijnssen & De Haan I 2001, nr. 2; Van der Steur 2003, p. 9. Vgl. Larenz/Wolf 1997, § 15, Rn. 104.
54 Zie bijv. Vranken 1989, nr. 163-176; Castermans 1992, p. 29-39.
55 Goldschmidt 1925.
56 Niese 1950, p. 64.

menteel opstel van Bülow[57] – verdedigd dat het procesrecht geen plichten, maar alleen lasten kent. Een dergelijk axioma vormt mijns inziens een ontoelaatbare vereenvoudiging van de problematiek van de rechtsverhouding tussen partijen.[58] Het is mijns inziens onjuist om de vraag hoe een norm moet worden gekarakteriseerd af te laten hangen van de vraag of het een processuele norm is. Mijns inziens moet per regel worden bepaald of de ene partij recht kan doen gelden op een bepaald handelen of nalaten en afwijkend gedrag voor de andere partij verboden is.[59] Is dat het geval, dan is er sprake van een rechtsplicht. Is dat niet het geval, maar heeft normoverschrijding wel nadelige rechtsgevolgen aan de kant van de overschrijder ten gevolge, dan is er sprake van een last.

2.2 De waarheidsplicht

2.2.1 Inleiding

15. Art. 21 Rv bepaalt dat partijen verplicht zijn "(…) de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren." De huidige tekst van art. 21 Rv komt overeen met die van art. 1.3.3 van de wetsvoorstellen 24 651 en 26 855. In deze paragraaf bespreek ik de consequenties van deze bepaling voor partijen. Deze worden doorgaans samengevat onder de term 'waarheidsplicht'.

Bij veel civiele procedures staat een verschil van mening tussen partijen over 'wat er gebeurd is' centraal. Partijen nemen dan standpunten omtrent de feiten in die (deels) onderling tegenstrijdig zijn. De vraag rijst, of in een dergelijke situatie derhalve steeds geoordeeld moet worden dat één van partijen haar waarheidsplicht heeft geschonden.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.[60] Verschil van mening is een fundamentele karaktertrek van de verhouding tussen partijen in een civiele procedure, waarvan een van de belangrijkste functies is meningsverschillen te beslechten. De regels van de civiele procedure moeten een verschil van mening dus in beginsel juist toelaten. Bovendien laat een feitencomplex zich veelal op tal van manieren ervaren, uitleggen en omschrijven, zonder dat gezegd kan worden dat een van deze omschrijvingen onjuist is.

Uit het voorgaande volgt dat op partijen geen absolute verplichting kan rusten er zorg voor te dragen dat hun feitelijke stellingen overeenkomen met

57 Bülow 1879.
58 Aldus ook in de context van het burgerlijk procesrecht (zeer scherp) Hippel 1939, p. 321-333; Dölle 1964, p. 289 nt. 28; Zeiss 1967, p. 704.
59 Aldus ook Zeiss 1967, p. 704.
60 Zo ook Klaassen 2001, nr. 33.

wat werkelijk gebeurd is. In het navolgende zal ik onderzoeken wat de waarheidsplicht dan wel inhoudt.

Uit de toelichting op de ontwerpen blijkt dat de art. 21 Rv rechtsvergelijkend geïnspireerd is.[61] Deze bevat verwijzingen naar bepalingen uit de Franse, Duitse en Oostenrijkste codificaties van het burgerlijk procesrecht. Hieronder zal ik ingaan op de in enkele buitenlandse rechtstelsels geldende regels over de inhoudelijke merites van door partijen ingenomen stellingen, waarna ik mij zal richten op de interpretatie van art. 21 Rv.

2.2.2 Frankrijk

16. De toelichting op art. 21 Rv verwijst voor het Franse recht naar art. 6 en 11 NCPC.[62] Art. 6 NCPC luidt: "A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder." Deze bepaling ziet ten eerste op de werkverdeling tussen rechter en partijen: het is (slechts) aan laatstgenoemden de feiten in te brengen.[63] Deze regel komt in de Nederlandse wet terug in art. 24 en 149 lid 1 Rv en is voor de waarheidsplicht niet van belang.

Art. 6 NCPC zegt verder over inhoudelijke vereisten waaraan de feitelijke stellingen van partijen moeten voldoen niets anders dan dat zij, kort gezegd, de ingeroepen rechtsgevolgen moeten kunnen dragen[64] en in het bijzonder niet dat deze feitelijke stellingen 'waar' moeten zijn. Ik kom op deze bepaling nog terug in § 4.4.3.2.

Art. 11 NCPC, de tweede Franse bepaling waarnaar de toelichting verwijst, luidt:

> "Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui rejoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête d'un des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par les tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime."

De eerste volzin van dit artikel bepaalt dat partijen moeten meewerken aan de instructie van de zaak en dat de rechter uit een nalaten of weigering de gevolgtrekkingen kan maken die hij geraden acht, zoals de Nederlandse wetgever zich zou uitdrukken. De Nederlandse wet kent een soortgelijke algemene bepaling niet, hetgeen op zichzelf niet hoeft te betekenen dat het Nederlandse en Franse recht op dit punt van elkaar verschillen. De Nederlandse wet kent bepalingen die als een uitwerking van deze in art. 11 NCPC neer-

61 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 651, nr. 3, p. 81 (MvT); *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 146 (MvT).
62 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 651, nr. 3, p. 81 (MvT); *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 146 (MvT).
63 Solus & Perrot III 1991, nr. 93; Vincent & Guinchard 2001, nr. 548.
64 Bolard 2002, nr. 2332.

gelegde gedachte kunnen worden beschouwd, zoals art. 189 lid 4 Rv. Ook deze passage uit de Franse wet komt geen bijzondere relevantie toe voor het duiden van de 'waarheidsplicht'. Hetzelfde geldt voor het vervolg van art. 11 NCPC, dat grofweg ziet op materie die in de Nederlandse wet is geregeld in art. 843a Rv. Hierop zal ik in § 2.3.2 ingaan. Met de waarheidsplicht heeft het weinig van doen.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de twee artikelen uit de NCPC waarnaar de wetgever verwijst, geen bijzondere relevantie toekomt voor het nader bepalen van de betekenis van de waarheidsplicht. Dit betekent echter niet dat het Franse recht op dit punt in het geheel geen aanknopingspunten biedt.

Meer relevantie lijkt op het eerste gezicht toe te komen aan het in 1972 ingevoerde art. 10 Cc. Dit artikel bepaalt:

> "Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à pein d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts."

De literatuur ziet deze beginselbepaling echter hoofdzakelijk als de basis van de medewerkings- en exhibitieplichten van art. 11 NCPC[65] en betrekt haar niet expliciet op de inhoudelijke merites van de stellingen van partijen.

17. De inhoudelijke eisen die in Frankrijk voor de feitelijke stellingen van partijen gelden blijken veeleer uit de jurisprudentie over misbruik van procesbevoegdheid bij het innemen van feitelijke stellingen. Uit deze rechtspraak blijken enkele regels over het waarheidsgehalte van feitelijke stellingen.

Uitgangspunt is, dat indien de gestelde feiten strijdig zijn met hetgeen uiteindelijk komt vast te staan, dit op zichzelf niet tot de conclusie leidt dat het innemen van deze stellingen misbruik van bevoegdheid vormt en dus onrechtmatig is.[66] Deze regel strookt met het hierboven genoemde uitgangspunt, dat het binnen de civiele procedure principieel mogelijk moet zijn van mening te verschillen over de feiten.

Dit uitgangspunt lijdt echter onder omstandigheden uitzondering. Hiervan geef ik enkele voorbeelden. De eisers die "(…) avaient, pour besoin de leur cause, travesti la vérité (…)" handelen onrechtmatig.[67] De eiser van wie op grond van de waardering van de "(…) documents versés aux débats (…)" door de feitenrechter blijkt dat "(…) il connaissait parfaitement l'inanité de ses prétentions (…)" evenzeer.[68] De gedaagde die zijn hoedanigheid van borg

65 Solus & Perrot III 1991, nr. 643 en 754; Cadiet 1998, nr. 1174; Bolard 2002, nr. 2345.
66 Cadiet 1992, nr. 96 en 108.
67 Civ. II 5 februari 1969, *JCP* 1970 II 16359 m.nt. Jacques Dupichot.
68 Civ. II 18 juni 1969, *Bull.* II, 217.

ontkent, handelt daarmee onrechtmatig, wanneer hij "(…) ne pouvait se méprendre sur sa qualité de caution (…)."[69] Een ander voorbeeld vormen de eisers in een erfrechtelijk geschil, die onrechtmatig handelen door "(…) sans aucun fondement sérieux (…)" de afstamming van de wederpartij te betwisten.[70] Volgens de Franse cassatierechter mag de feitenrechter overigens uit het volstrekt achterwege blijven van bewijs afleiden, dat de betreffende partij niet mag menen dat haar stellingen juist zijn: een eiser die "(…) n'apportait aucun preuve à l'appui de sa demande (…)" handelde naar zijn oordeel onrechtmatig.[71]

Uit deze jurisprudentie volgt de algemene regel dat een procespartij zich niet mag bedienen van stellingen waarvan hij weet of moet weten dat ze onjuist zijn. Deze regel impliceert een zekere onderzoeksplicht. Dit alles zegt echter nog niets over de omvang van de door partijen in te nemen stellingen. Hiervoor keer ik terug naar art. 6 NCPC. Op partijen rust de last de feiten aan te voeren waarop de door hen ingeroepen rechtsgevolgen steunen. Als ze dit in onvoldoende mate doen, dreigt het negatieve rechtsgevolg van procesverlies. De partij-autonomie brengt mee dat partijen niet verplicht zijn feiten te stellen of te betwisten. Op partijen rust derhalve geen stelplicht maar een stellast ('charge d'alléguer'), waarover § 4.4.3.2. Partijen hebben in beginsel – er zijn uitzonderingen, die in § 2.3 aan de orde komen – niet de plicht feitelijke gegevens in te brengen.

2.2.3 België

18. De Belgische rechtspraak op het gebied van misbruik van processuele bevoegdheden bij het innemen van feitelijke stellingen vertoont sterke gelijkenis met de Franse. Als voorbeeld noem ik hier de overwegingen van de Rechtbank van Koophandel te Gent dat de verweerder die in strijd met de waarheid de omvang van een bepaalde schuld betwiste omdat eiser op dat moment de bewijzen niet kon leveren van het totale bedrag zijner vordering, gehouden is al de schade te vergoeden, die eiser door de houding van verweerder heeft geleden.[72]

M.E. Storme koppelt de waarheidsplicht aan het begrip leugen, dat hij als volgt definieert: "Leugen is er niet alleen wanneer men bewust onware feiten stelt, maar ook wanneer men bewust ware feiten, die door de wederpartij gesteld worden, ontkent."[73] Voorts meent hij dat misbruik sneller moet worden aangenomen wanneer de gestelde feiten onjuist zijn, dan wanneer het

69 Com. 9 maart 1976, *Bull.* IV, 84.
70 Civ. I 19 juli 1977, *Bull.* I, 342.
71 Civ. I 22 juni 1965, *Bull.* I, 413.
72 Kh. Gent 26 april 1954, *RW* 1954-55, k. 948.
73 M.E. Storme 1990, nr. 81.

gaat om een foutieve inschatting van het recht.[74] De term 'bewust' suggereert dat opzet is vereist om tot schending van de waarheidsplicht te concluderen. Uit de rechtspraak valt echter af te leiden dat ook – gekwalificeerde – onzorgvuldigheid tot deze conclusie kan leiden.[75] M. Storme neemt in dit verband een voorprocessuele onderzoeksplicht aan.[76]

Ook in België brengt de partij-autonomie mee dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroept, belast is met het stellen van de feiten die dat rechtsgevolg kunnen dragen (zie § 4.4.3.2). Partijen hebben in beginsel – er zijn uitzonderingen, waarover § 2.3 – niet de plicht feitelijke gegevens in te brengen. M.E. Storme meent dat er slechts een plicht bestaat tot het inbrengen van feiten en een verbod op verzwijging "(…) in die gevallen waarin daardoor het gesteld zijn van andere feiten tot een leugen (…)" zou worden.[77]

2.2.4 Duitsland

19. De in 1933 ingevoerde[78] § 138 I ZPO luidt: "Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben." Dit voorschrift wordt gezien als een uitvloeisel van de eisen van Treu und Glauben.[79] Met 'der Wahrheit gemäß' wordt gedoeld op een subjectieve waarheid, gegrond op de overtuigingen van de betrokken partij.[80] In de Duitse literatuur spreekt men dan ook wel van 'subjektive Wahrheit',[81] van 'Wahrhaftigkeit'[82] of zelfs 'subjektive Wahrhaftigkeit'.[83] Partijen mogen niet "(…) bewußt unwahre Tatsachen vorbringen (…)"[84] noch "(…) vom Gegner vorgetragene Tatsachen bewußt der Wahrheit zuwider bestreiten."[85] In het verlengde van het subjectieve karakter dat aan het waarheidsbegrip

74 M.E. Storme 1990, nr. 27.
75 Zie met name Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941 I, p. 192. Zie in deze zin M. Storme 1986, nr. 26; Taelman 1988, nr. 10 en 13.
76 M. Storme 1986, nr. 26.
77 M.E. Storme 1990, nr. 81.
78 Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933, *RGBl* 1933 I, p. 780. Zie voor het Duitse recht van voor 1933 Bernhardt 1963, p. 246; Olzen 1985, p. 413-415. De waarheidsplicht kende ook vele tegenstanders, zoals Wach 1914, p. 28-36.
79 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 2 IV; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 16.
80 Jauernig 2002, § 26 III; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 3 en 15.
81 Fischer 1979, p. 24; Olzen 1985, p. 415; Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 2.
82 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 65 VIII 4; Jauernig 2002, § 26 III; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 3 en 15.
83 Prange 1995, p. 27; Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 2.
84 Degenkolb 1877, p. 41-43; Baur/Grunsky 2000, Rn. 43. Evenzo Jauernig 2002, § 26 III; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 2.
85 Baur/Grunsky 2000, Rn. 43. Evenzo Von Hippel 1939, p. 111-113; Jauernig 2002, § 26 III; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 2.

van § 138 I ZPO wordt toegedicht, menen velen dat de bepaling beperkt moet worden opgevat. Zo stelt Arens: "§ 138 Abs. 1 verbietet nur die direkte Lüge."[86] Het gebruik van de term 'bewußt' lijkt erop te wijzen dat de geciteerde schrijvers van mening zijn dat opzet vereist is om tot schending van de waarheidsplicht te concluderen.

Titze en Hopt vinden dit een te enge uitleg van § 138 I ZPO. Zij zijn van opvatting dat ook "(…) fahrlässig erteile Auskünfte (…)"[87] respectievelijk "(…) leichtfertiges Vorbringen (…)"[88] schending van § 138 I ZPO meebrengt. Opzet is in hun ogen dus niet vereist.

De parlementaire geschiedenis lijkt steun te bieden aan deze laatste opvatting. In de preambule wordt de waarheidsplicht geplaatst in het kader van "(…) die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozessführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern."[89] In de *Begründung* heet het:

> "Die für das alte Verfahren nicht selten geäußerte Auffassung, daß die Parteien das Recht zur Lüge hätten und daß es jedesmal dem Gegner überlassen bleiben müsse, die Lüge zu bekämpfen, kann (…) nicht geduldet werden."[90]

Jauernig werkt de waarheidsplicht van § 138 I ZPO in een aantal meer concrete regels uit. Partijen mogen stellingen innemen waarvan de waarheid voor hen in het ongewisse is. Stellingen van de wederpartij mogen ook bestreden worden als de bestrijdende partij rekening houdt met de mogelijkheid dat de bestreden stelling juist is.[91] De grens ligt volgens Jauernig steeds daar, waar de overtuiging van onwaarheid begint. Het is dus ongeoorloofd door bestrijding de wederpartij te dwingen tot het bewijs van een stelling, waarvan men de waarheid kent.[92]

Volgens Konzen is van schending van § 138 I ZPO sprake, wanneer "(…) die Partei selbst nicht an die Richtigkeit ihres Vortrags glaubt (…)" en hij voegt daaraan toe dat ook van schending sprake is wanneer een partij "(…) willkürlich Vermutungen "ins Blaue hinein" " aufstellt."[93]

In de rechtspraak van het Bundesgerichtshof wordt de gedachte dat partijen hun stellingen niet op vermoedens mogen bouwen, afgewezen:

> "Das Gesetz verbietet es zwar den Parteien, Behauptungen aufzustellen, deren Unrichtigkeit ihnen bekannt ist (§ 138 Abs. 1 ZPO). Es besteht jedoch keine Gesetzes-

86 Arens 1983, p. 5. Evenzo Konzen 1976, p. 284; Schreiber 1982, p. 151; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 65 VIII 4; Hess 1999, p. 166; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 2.
87 Titze 1936, p. 180.
88 Hopt 1968, p. 273.
89 *RGBl* 1933 I, p. 780.
90 *Ranz* 1933, nr. 257, p. 2.
91 Jauernig 2002, § 26 III. Evenzo Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 2.
92 Jauernig 2002, § 26 III.
93 Konzen 1976, p. 284.

> vorschrift, durch die den Parteien vorgeschrieben würde, nur solche tatsächlichen Behauptungen aufzustellen, deren Richtigkeit ihnen mit Sicherheit (oder doch zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit) bekannt ist."[94]

Immers:

> "Häufig muß eine Partei Tatsachen behaupten, über die sie eine genaue Kenntnis gar nicht haben kann (z.B. weil es sich um die Wahrnehmung anderer Personen handelt), die sie aber nach Lage der Verhältnisse für Wahrscheinlich oder möglich hält."[95]

De door § 138 I ZPO gestelde grens wordt eerst overschreden met het innemen van een feitelijke stelling terwijl "(…) die Partei selbst nicht an ihre Richtigkeit glaubt (…)" of wanneer het gaat om een "(…) willkürliche, ohne greifbare Anhaltspunkte ausgesprochene Vermutung (…), die Behauptung also (…) "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist (…)."[96] Dit laatste mag echter niet spoedig worden aangenomen: "(…) in die Regel wird sie nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte rechtfertigen können (…)."[97]

Het in § 138 I ZPO bepaalde brengt volgens het Bundesgerichtshof niet mee dat het steeds ongeoorloofd is onderling onverenigbare stellingen in te nemen. Voorwaarde voor een dergelijke stellingname is wel, dat de verhouding tussen dergelijke stellingen duidelijk wordt gemaakt, bijvoorbeeld door de tweede feitelijke stelling te betrekken onder voorwaarde dat de eerste niet komt vast te staan.[98] Weliswaar moet de partij die aldus tegenstrijdige standpunten inneemt zich ervan bewust zijn dat één van tweeën onwaar moet zijn, maar dat laat onverlet dat hij mag menen dat één van tweeën waar is. Niet geoorloofd is een dergelijke constructie van tegenstrijdige stellingen wanneer de betrokken partij "(…) von der Unwahrheit der einen überzeugt ist (…)."[99]

20. De plicht 'vollständig abzugeben' wordt begrepen als onderdeel van de plicht 'der Wahrheit gemäß abzugeben' en laat de wederzijdse stellast onaangeroerd.[100] Waar het om gaat is dat geen feiten verzwegen worden op een wijze die het gestelde tot een leugen maakt.[101] Hiervan is volgens het Bundes-

94 BGH 13 februari 1985, *VersR* 1985, p. 545.
95 BGH 14 maart 1968, *NJW* 1968, p. 1234. In dezelfde zin bijv. ook BGH 4 maart 1991, *NJW-RR* 1991, p. 891.
96 BGH 14 maart 1968, *NJW* 1968, p. 1234. In dezelfde zin bijv. ook BGH 4 maart 1991, *NJW-RR* 1991, p. 891. Zie nader Peters 2000, § 138, Rn. 8.
97 BGH 25 februari 1992, *NJW* 1992, p. 1968; BGH 25 april 1995, *NJW* 1995, p. 2112.
98 BGH 25 januari 1956, *BGHZ* 19, p. 390-391.
99 BGH 19 juni 1985, *NJW* 1995, p. 2846.
100 Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 3; Lindenberg 2001, p. 85; Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 1.
101 Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 5-7; Lindenberg 2001, p. 82-84. Vgl. Fischer 1979, p. 21-23.

gerichtshof sprake, wanneer een stelling "(…) Wesentliches verschweigt, dessen Offenbarung die Bedeutung des Erklärten grundlegend beeinträgtigen würde (…)."[102] De Duitsers spreken hier wel van 'Halbwahrheit'.[103] In Duitsland bestaat geen algemene plicht gegevens in te brengen.[104] De waarheidsplicht laat het recht van gedaagde "(…) völlig passiv (…)"[105] te blijven onverlet:

> "Die Plicht zur Vollständigkeit bedeutet nur, daß die Parteien bei der Schilderung des von ihnen Darzulegenden redlich vorgehen und nicht bloß das ihnen Günstige herausuchen, alles andere dagegen verschweigen dürfen (…)."[106]

Duidelijk is dat naar Duits recht het stellen van feiten waarvan men weet dat ze onwaar zijn verboden is, evenals het ontkennen van feiten waarvan men weet dat ze waar zijn. Ook duidelijk is dat het verdedigen van feiten waarvan men niet zeker is, geoorloofd is. Onzeker is echter in hoeverre § 138 I ZPO van partijen vergt dat zij zelf onderzoek doen naar de feiten. Is er alleen sprake van schending van § 138 I ZPO indien men beter weet, of ook indien men beter behoort te weten? Dit laatste verdedigen onder meer Titze,[107] Von Hippel,[108] Hopt[109] en Lindenberg.[110] Ook de geschiedenis van § 138 I ZPO biedt steun voor deze opvatting. De meerderheid van de Duitse schrijvers lijkt echter uit te gaan van een enge opvatting, waarin bewustheid van de onjuistheid van het ingenomen standpunt voor schending van § 138 I ZPO vereist is.[111] De rechtspraak biedt op dit punt geen uitsluitsel.

2.2.5 Oostenrijk

21. De Oostenrijkse § 178 ZPO luidt, voorzover hier relevant:

> "Jede Partei hat in ihren Vorträgen alle im einzelnen Falle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben (…)."

Volgens Fasching verbiedt deze bepaling "(…) Parteien den Vortrag von Tatsachen deren Unwahrheit ihnen bekannt ist oder die sie bei verantwort-

---

102 BGH 13 maart 1959, *NJW* 1959, p. 1235 m.nt. Helmut Seydel.
103 Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 3.
104 BGH 11 juni 1990, *NJW* 1990, p. 3151, waarover kritisch Schlosser 1991 en Stürner 1991. Anders met name Stürner 1976. Zie ook Peters 1990.
105 Hellwig II 1907, p. 41.
106 BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826.
107 Titze 1936, p. 180.
108 Von Hippel 1939, p. 106.
109 Hopt 1968, p. 272.
110 Lindenberg 2001, p. 121-122 en 141-152.
111 Prange 1995 met nadere verwijzingen.

lichen Prozeßvorbereitung kennen mußten. Sie dürfen (…) auch keine der Behauptungen des Gegners bestreiten, deren Wahrheit ihnen bekannt ist."[112] Hiermee ziet Fasching niet de puur subjectieve kennis, maar de geobjectiveerd subjectieve kennis van de betrokken partij als beslissend voor de vraag of een partij zich bij haar uitlatingen conform § 178 ZPO heeft gedragen. Dit strookt met de opvatting van Bydlinski dat ook van procespartijen 'gehörige Aufmerksamkeit' (§ 1297 ABGB) wordt gevergd.[113]

Ook het Oberste Gerichtshof lijkt een tamelijk strenge lijn voor te staan. Het maakt in een zaak over door procederen veroorzaakte vertraging in de nakoming van een verbintenis onderscheid tussen standpunten over het recht en over de feiten:

> "Man wird (…) dem Schuldner bezüglich der Tolerierbarkeit seines Rechtsstandpunktes einen weiten Spielraum zubilligen müssen. (…) Führt dagegen der Schuldner unter der Aufstellung falscher Tatschenbehauptungen einen Prozeß, wird ihm dies in der Regel als schuldhaftes Verhalten anzulasten sein."[114]

In deze zaak is de litigieuze verplichting niet zozeer een autonome in de processuele verhouding liggende verplichting, als wel de verbintenis uit overeenkomst waarover wordt geprocedeerd. De vraag is dan of de vertraging in de nakoming door procederen gerechtvaardigd (overmacht) of ongerechtvaardigd (wanprestatie) is. Door deze contractuele context is niet geheel duidelijk welke betekenis deze uitspraak heeft voor de interpretatie van § 178 ZPO.

2.2.6 Zwitserland

22. In Zwitserland is het burgerlijk procesrecht in overwegende mate kantonaal geregeld. De in kantonale regelingen voorkomende bepaling dat partijen "Dem Gericht gegenüber (…) zur Wahrheit verpflichtet (…)"[115] zijn, moet niet in die zin worden opgevat, dat zij dat niet ook jegens elkaar zouden zijn. De meeste van deze regelingen kennen een bepaling, die "Alle am Prozess beteiligten (…)" verplicht "(…) nach Treu und Glauben zu handeln."[116] Deze verplichting geldt, mede in het licht van art. 2 I ZGB,[117] in het procesrecht ook wanneer een dergelijke expliciete bepaling ontbreekt en brengt onder meer mee, dat verboden zijn "Die bewußt unwahre Tatsachenbehauptung und das

112 Fasching 1990, Rn. 653.
113 Bydlinski 1986, p. 633.
114 OGH 9 juli 1992, *JBl.* 1993, p. 395.
115 Bijv. Zürich § 50 II ZPO; Schwyz §46 II ZPO.
116 Bijv. Zürich § 50 I ZPO; Schwyz §46 I ZPO. Zie voor een overzicht van de bepalingen Guldener 1979, p. 188 nt. 7.
117 Habscheid 1990, Rn. 549, Vogel & Spühler 2001, p. 179.

wissenliche Bestreiten wahrer Tatsachenbehauptungen (…).”[118] Volgens Habscheid moet deze plicht niet niet zo worden opgevat “(…) als seien die Parteien gehalten, die objektive Wahrheit zu kennen und zu offenbaren.”[119] Wat vereist wordt, is “(…) Subjektive Wahrhaftigkeit (…).”[120] Onduidelijk is in hoeverre dit een onderzoeksplicht impliceert.

2.2.7 Nederland

2.2.7.1 De waarheidsplicht in het oude recht

23. In de parlementaire geschiedenis van art. 21 Rv wordt niet met zoveel woorden aangenomen dat reeds onder het tot 1 januari 2002 geldende recht een ongeschreven waarheidsplicht bestond. Wel wordt de gedachte dat het artikel een wezenlijke breuk met het oude recht vormt, afgewezen. Art. 21 Rv vormt “(…) de wettelijke erkenning en vastlegging van een ontwikkeling, waarin van partijen verlangd wordt dat zij zich bij het aanvoeren van de feiten onthouden van onwaarheid en onvolledigheid.”[121]

Suijling is een van de weinigen[122] die de waarheidsplicht onder het oude recht afwijst:

> “Of een partij tot hare eigen schade met de waarheid voor den dag zal komen, laat ons recht aan haar geweten ter beslissing over. (…) Onze wet heeft oprechtheid niet tot een rechtsplicht voor gedingvoerenden gemaakt.”[123]

Hij baseert deze opvatting op de gedachte, dat anders “(…) de fatsoenlijke partij tegenover de onfatsoenlijke in een te ongunstige positie (…)”[124] zou komen te staan.

Gerbrandy houdt zich enigszins op de vlakte en beperkt zich tot de stelling dat een letterlijke waarheidsplicht onbestaanbaar is, waarmee hij kennelijk bedoelt dat ten processe verschil van mening mogelijk moet zijn.[125]

24. De meerderheid van de schrijvers neemt onder het oude recht een ongeschreven waarheidsplicht aan. Star Busmann betoogt dat het recht in het algemeen uitgaat van de gedachte dat onwaarheid geen vrucht mag dragen. Hij wijst daarbij onder meer op een aantal strafbepalingen en op het wilsgebrek

118 Guldener 1979, p. 189. Zo ook Vogel & Spühler 2001, p. 179.
119 Habscheid 1990, Rn. 549.
120 Habscheid 1990, Rn. 549.
121 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 152 (MvA I).
122 Zie ook Hamaker 1906, p. 40-41; Scheltema 1940, p. 20.
123 Suijling I 1928, nr. 387. Evenzo Scheltema 1940, p. 20.
124 Suijling I 1928, nr. 387.
125 Gerbrandy 1961, nr. 13. Vgl. Vigelius 1932, p. 103 nt. 1.

bedrog.[126] Met betrekking tot het burgerlijk procesrecht is hij van mening, dat uit de afwezigheid van een uitdrukkelijke bepaling geenszins a contrario mag worden afgeleid, "(…) dat partijen zich van de leugen mogen bedienen (…)."[127] Star Busmann meent dat met name uit de regeling van het rekest-civiel (thans herroeping), meer in het bijzonder uit de grond 'bedrog' valt af te leiden dat op partijen een ongeschreven waarheidsplicht rust.[128] Volgens Star Busmann houdt deze waarheidsplicht in dat partijen "(…) geen feiten mogen stellen van welker onwaarheid, noch feiten mogen betwisten van welker waarheid zij overtuigd zijn."[129]

In navolging van Star Busmann achten verschillende auteurs de reikwijdte van de grond 'bedrog' bij rekest-civiel van betekenis voor de inhoud van de waarheidsplicht. Ook Cleveringa legt dit verband[130] en stelt dat onder bedrog valt te brengen "(…) elke oneerlijke proceshouding (…), die tot strekking heeft de waarheid te verdoezelen en hierdoor het materiële recht in zijn tegendeel te verkeren; ook een zwijgen kan aldus bedrog opleveren."[131] De Hoge Raad definieert het begrip 'bedrog' in de zin van art. 382 Rv aldus:

> "Van bedrog in deze zin is reeds sprake wanneer een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden. Dit zal zich onder meer voordoen wanneer een partij feiten als hiervoor vermeld verzwijgt, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs behoorde te zijn."[132]

Deze definitie lijkt schatplichtig aan het hierboven gegeven citaat van Cleveringa.

Cleveringa leidt de waarheidsplicht mede af uit het voormalige art. 19a lid 2 Rv (thans art. 88 lid 2 Rv). Volgens hem is dit artikel "(…) een belangrijk bewijs daarvoor, dat de (…) procedure het beginsel van den waarheidsplicht voor de partijen kent. Het kan toch onmogelijk de bedoeling zijn, dat partijen, wanneer de rechter hun inlichtingen vraagt, hem anders dan naar waarheid inlichten (…)."[133]

Nolst Trenité meent dat de waarheidsplicht mede "(…) voortvloeit uit de bevoegdheid van de wederpartij om de waarheid van het gestelde te laten

---

126 Star Busmann 1915, p. 140.
127 Star Busmann 1915, p. 141. Evenzo Star Busmann 1955.
128 Star Busmann 1915, p. 142. Evenzo Star Busmann 1955, nr. 208.
129 Star Busmann 1955, nr. 208.
130 Cleveringa 1935, p. 184; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 258 nt. 16.
131 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 930. In dezelfde zin reeds Cleveringa 1935, p. 184. Instemmend Ten Kate 1962, p. 202. Zie ook Van Nispen 1997, p. 27. Overigens ook in omgekeerde richting in Van Nispen 2001a, p. 435.
132 HR 4 oktober 1996 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1998, 45 m.nt. HJS onder 46.
133 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 253. Zie reeds Vigelius 1932, p. 106.

beëedigen en de strafvervolging, waaraan hij die in een civiele geding valschelijk zweert, zich blootstelt."[134]

Vranken stelt enerzijds dat een advocaat de rechter niet bewust verkeerd mag voorlichten,[135] maar anderzijds dat partijen niet kunnen worden gedwongen de waarheid te spreken.[136] Kennelijk bedoelt Vranken dit laatste feitelijk, aangezien hij als sanctie op onwaarheid onder meer wijst op een vordering tot schadevergoeding.[137] Ik houd het er dan ook op dat ook Vranken meent dat het partijen niet geoorloofd is tegen beter weten in te stellen en te betwisten.

Van de anderen die reeds onder het oude recht een waarheidsplicht aannamen, noem ik nog Eggens, Grossmann, Lucas, Rutten, Haardt, Hammerstein en Princen.[138]

Opvallend is dat de verschillende schrijvers nauwelijks aandacht besteden aan de inhoud van de waarheidsplicht. Degenen die een waarheidsplicht aannemen beperken zich er in de regel toe aan te geven dat het natuurlijk niet om een absolute waarheidsplicht kan gaan, maar dat partijen niet bewust tegen de waarheid in mogen gaan. Hiermee blijft de vraag open in hoeverre partijen zich van het waarheidsgehalte van de voorgenomen stellingen hebben te vergewissen. De enige die zich hier over uitspreekt is R. Korthals Altes. Deze gaat uit van een waarheidsplicht die inhoudt "(…) dat men geen feiten mag stellen waarvan men de onwaarheid kent of behoort te kennen, dat men gerust gissingen mag opperen, mits niet opgedist als feiten, waarvan men zeker is."[139]

2.2.7.2 De geschiedenis van art. 21 Rv

25. De parlementaire geschiedenis van art. 21 Rv biedt slechts beperkte houvast voor de vraag hoe het artikel moet worden opgevat. Over de strekking van het artikel stelt de toelichting kortweg dat "(…) duidelijk wordt gemaakt, dat het ook in een civiele procedure niet aangaat dat partijen relevante feiten bewust achterhouden of onjuist weergeven. Het gaat er hier dus slechts om, de bewuste leugen uit te bannen, daar deze in een modern procesrecht niet aanvaardbaar is."[140] Wanneer er van een 'bewuste leugen' sprake is, wordt niet vermeld. Deze term is kennelijk illustratief bedoeld en op zichzelf ook

134 Nolst Trenité 1915, p. 192.
135 Vranken 1986, p. 55.
136 Vranken 1986, p. 56.
137 Vranken 1986, p. 56 nt. 113.
138 Land/Eggens 1933, p. 36 nt. 2; Grossmann 1935; Lucas 1939, p. 173-174; Eggens 1951, p. 22 nt. 1; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 208; Haardt 1984, nr. 9; Hammerstein 1989, p. 1599-1600; Princen 1990, p. 50.
139 R. Korthals Altes 1963, p. 259.
140 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 651, nr. 3, p. 81 (MvT); *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 146 (MvT).

niet van belang.[141] Bepalend voor wat art. 21 Rv van partijen vraagt is volgens de parlementaire geschiedenis het volgende:

> "Wanneer een partij feiten kent die voor de beslissing van belang zijn, dient zij deze volledig en naar waarheid te vermelden. Laat een partij dergelijke feiten weg, dan levert dat strijd op met artikel 21 (…)."[142]

Belangrijk is dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de partij-autonomie de grens vormt van wat art. 21 Rv van partijen eist. Partijen bepalen de omvang van het geschil. Slechts binnen dit door partijen afgebakende kader speelt art. 21 Rv een rol.[143] In deze zin moet ook het hierboven geciteerde en in de parlementaire geschiedenis van art. 21 Rv gereleveerde[144] arrest *Goosen/Goosen*[145] worden opgevat. Men is bijvoorbeeld bij een vordering tot nakoming niet op grond van art. 21 Rv verplicht de wederpartij te wijzen op een haar kennelijk ontgaand beroep op verjaring, nu dit punt buiten de omvang van het geschil staat.[146]

Art. 21 Rv sluit goed aan op de hierboven gebleken heersende opvatting onder het oude recht. De wetgever zelf is van opvatting dat het artikel geen breuk vormt met het oude burgerlijk procesrecht.[147] Op het punt van de inhoud van de waarheidsplicht schept art. 21 Rv en zijn wordingsgeschiedenis slechts in beperkte mate duidelijkheid. Met name de vraag in hoeverre op partijen een onderzoeksplicht rust, blijft onbeantwoord.

2.2.7.3 Art. 21 Rv in de literatuur

26. Art. 21 Rv heeft in Nederland niet op een warm onthaal mogen rekenen. Verhoudingsgewijs mild is de recensie van Klaassen: "Daargelaten of bewust liegen van oudsher in het civiele proces wel aanvaardbaar werd geacht, lijkt de (…) regel zo vanzelfsprekend dat deze in wezen overbodig is."[148] Hammerstein vindt het artikel "(…) voor de praktijk te weinig concreet." Zijns inziens had het "(…) een nadere uitwerking verdiend."[149] Vranken acht het artikel "(…) niet alleen onvolledig, maar zelfs overbodig."[150] Evenzeer kritisch is Van Nispen, die meent dat de bepaling "(…) getuigt van een zekere wereld-

141 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 149 (Nota).
142 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 149 (Nota).
143 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 147 (MvT) en 152 (MvA I).
144 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 152 (MvA I).
145 HR 4 oktober 1996 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1998, 45 m.nt. HJS onder 46.
146 Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10.
147 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 152 (MvA I). Vgl. Klaasen 2002, p. 1450.
148 Klaassen 2001, nr. 33. Zie ook Klaassen 2002, p. 1458.
149 Hammerstein 1997, p. 93.
150 Vranken 1999, nr. 86.

vreemdheid."[151] Zelfs de kwalificatie 'padvindersartikel' schijnt al gevallen te zijn.[152]

De onderbouwing van deze kritiek houdt geen gelijke tred met de scherpte ervan. De in dit verband ingenomen stelling dat men niet moet uitgaan van de goedheid van de mens[153] lijkt mij geenszins een diskwalificatie van art. 21 Rv. Het expliciteren van de waarheidsplicht getuigt mijns inziens juist van een gezond wantrouwen.[154] Dat het bestaan van een verplichting niet eo ipso betekent dat zij zal worden nagekomen, is gebruikelijk en doet niets aan het bestaan van de verplichting zelf af. Het schenden van verplichtingen levert in de regel voor de wederpartij de mogelijkheid op rechtsgevolgen in te roepen. Dat geldt, zoals nog zal blijken (zie § 5.2 en 5.3), ook hier. Bovendien kan in dit bijzondere geval de rechter ambtshalve rechtsgevolgen aan niet-nakoming verbinden. Deze mogelijkheden vormen een prikkel tot rechtmatig gedrag. Feitelijke onafdwingbaarheid van rechtmatig gedrag is in onze werkelijkheid geen uitzondering en zegt weinig over de juistheid van een rechtsnorm.

Evenmin sterk lijkt mij de overweging dat de bepaling ertoe leidt dat partijen hun advocaat minder zullen toevertrouwen, uit angst dat laatstgenoemde het aan de wederpartij en de rechter verklapt.[155] Art. 21 Rv bindt partijen. Als zij via hun procesvertegenwoordiger de waarheidsplicht schenden, lopen zij het risico geconfronteerd te worden met de negatieve rechtsgevolgen daarvan.[156] Bovendien houst art. 21 Rv geen spreekplicht in, maar normeert het de wijze waarop partijen spreken.

Wat nagenoeg ontbreekt in de literatuur is een nadere analyse van de inhoud van de waarheidsplicht. Aan hetgeen in de literatuur over de ongeschreven waarheidsplicht onder het oude recht is opgemerkt, is weinig toegevoegd. Hieronder zal ik deze leemte, mede op basis van de verzamelde rechtsvergelijkende gegevens, trachten te vullen.

2.2.7.4 Nadere bepaling van de inhoud van de waarheidsplicht

27. Uit het voorgaande blijkt dat in de verschillende besproken rechtsstelsels de betekenis van de term 'waarheidsplicht' ziet op uitlatingen van partijen over de feiten en steeds binnen twee vrijwel onomstreden grenzen ligt. Ten eerste moet de 'waarheidsplicht' niet zo worden opgevat, dat partijen verplicht zouden zijn de 'objectieve waarheid' te spreken. Ten tweede is onomstreden

151 Van Nispen 1997, p. 27; Van Nispen 2001b, p. 573-574.
152 H.W. Wiersma 2002, p. 14.
153 Van Nispen 2001b, p. 574.
154 Van een dergelijk geloof in de goedheid van de mens getuigt wel Diephuis IX 1855, nr. 419 door aan te nemen dat een partij desgevraagd "(…) niet wel anders kon verklaren dan overeenkomstig de waarheid." Hiertegen Henny 1857, p. 17 en kennelijk niet zonder uitwerking: zie Diephuis III 1874, p. 111.
155 Van Nispen 2001b, p. 574.
156 Zo ook Klaassen 2002, p. 1456. Vgl. *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 153 (MvA I).

dat de 'waarheidsplicht' partijen in ieder geval verbiedt stellingen te betrekken waarvan zij weten dat ze onjuist zijn of stellingen te bestrijden waarvan zij weten dat ze juist zijn. De vraag is waar tussen deze twee uitersten de grens tussen het rechtmatig poneren van feitelijke stellingen en schending van de waarheidsplicht ligt.

Naar mijn mening is deze grens aldus te trekken, dat partijen geen feitelijke stellingen mogen innemen waarvan ze weten of behoren te weten dat deze onwaar zijn.[157] Het is partijen niet alleen verboden stellingen in te nemen waarvan ze de onwaarheid kennen of stellingen te bestrijden waarvan ze de waarheid kennen, maar is het ze ook verboden stellingen in te nemen waarvan ze de onwaarheid hadden behoren te kennen. De subjectiviteit die doorklinkt in de term 'bewuste leugen' acht ik misleidend. Naar mijn mening vormt niet alleen de opzettelijke leugen, maar ook het enkele op laakbare wijze verdedigen van onwaarheden schending van art. 21 Rv. Aldus ga ik uit van een geobjectiveerd subjectieve waarheidplicht.

Objectivering is in ieder geval bewijsrechtelijk wenselijk. Dat iemand iets weet is vaak moeilijk te bewijzen, zodat moet worden teruggevallen op de objectivering 'behoorde te weten'.

Voorts past objectivering binnen het systeem van het privaatrecht. Ph.A.N. Houwing merkt reeds in 1948 op dat in de rechtspraak steeds gelijk wordt gesteld "(…) met de onwaarheid, met het weten, dat de mededeling onjuist is, het behoren te weten (…)."[158] Thans valt met name te wijzen op art. 3:11 BW.

Tevens lijkt objectivering, zoals Van Schilfgaarde betoogt, voor het functioneren als norm onvermijdelijk.[159] De hier gekozen objectivering voorkomt dat partijen zich kunnen verschuilen achter laakbare onwetendheid.[160] Met H.J. Snijders lijkt mij slecht verdedigbaar dat "(…) iets waarvan een persoon zich bewust behoort te zijn toch niet mag wegen alsof deze het zich werkelijk bewust is (…)."[161]

Ten slotte vindt objectivering van de waarheidsplicht steun in de hierboven besproken Franse en Belgische rechtspraak (zie § 2.2.2-3) en een niet onbelangrijke groep auteurs.[162]

28. Wat houdt dan een geobjectiveerd subjectieve waarheidplicht in? Ph.A.N. Houwing vraagt zich in het vervolg van zijn betoog af wat men behoort te weten. Zijn antwoord is even juist als voor de hand liggend: "Dat hangt

157 Van der Wiel 2001, p. 34.
158 Ph.A.N. Houwing 1948, p. 11.
159 Van Schilfgaarde 1999, p. 814.
160 Zie de voorbeelden die Van Schilfgaarde 1984, nr. 9 geeft.
161 H.J. Snijders 2002, nr. 4e.
162 Titze 1936, p. 180; Von Hippel 1939, p. 106; R. Korthals Altes 1963, p. 259; Hopt 1968, p. 272. Vgl. ook Taverne 1921, p. 130; Cleveringa 1935, p. 185.

volledig van de omstandigheden af."[163] Von Hippel spitst deze gedachte voor de processuele waarheidsplicht als volgt toe, waarbij de nadruk moet liggen op 'angemessen': "Die wahrheitspflichtigen Personen haben sich im Falle eines Vorbringens über dessen Gegenstand zuvor angemessen zu unterrichten."[164] In abstracto duidelijker worden dan dit lijkt een illusie.[165] Ook Klaassen oordeelt dat "(…) het antwoord op de vraag of een partij heeft gehandeld in strijd met de waarheidsplicht (…) sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval (…)."[166]

Bij de hantering van de aldus geobjectiveerd subjectieve waarheidsplicht kan aansluiting worden gezocht bij het geobjectiveerd subjectieve criterium[167] van de goede trouw (art. 3:11 BW), waarin kennen en behoren te kennen op één lijn worden gesteld. Volgens de parlementaire geschiedenis van deze bepaling zullen "(…) de eisen die aan een partij kunnen worden gesteld, wil zij zich op eigen onkunde kunnen beroepen, niet voor elke materie gelijk zijn. (…) Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen welk onderzoek (…) van hem kan worden gevergd."[168] In de verhouding tussen procespartijen zal bij onmogelijkheid van onderzoek door een partij niet snel mogen worden aangenomen dat zij de waarheidsplicht schendt. Dit zal dan slechts kunnen wanneer zij geen enkel aanknopingspunt voor haar stellingen kan geven. Omgekeerd geldt dat met betrekking tot feiten die in het eigen domein liggen – denk aan overheids- of bedrijfsadministratie – steeds een behoren te weten dient te worden aangenomen.[169]

De hier verdedigde geobjectiveerd subjectieve waarheidsplicht kan kortheidshalve aldus worden omschreven, dat partijen te goeder trouw dienen te zijn ten aanzien van hun feitelijke stellingen.

Opmerking verdient dat de waarheidsplicht niet vergt dat er ook in objectieve termen door partijen wordt gesproken. Bij het geformaliseerde verschil van mening dat een burgelijk proces vaak is, past dat partijen hetgeen voor waar gehouden wordt en mag worden, mogen presenteren gekleurd in het licht van hun eigen interpretatie en standpunt, zolang dit maar niet verwordt tot het misleiden van de andere procesdeelnemers.[170]

29. Bij het innemen en bestrijden van stellingen moeten de door de waarheidsplicht gestelde grenzen in acht worden genomen. Zij verplicht in beginsel tot nalaten en niet tot een doen: zwijgend kan de waarheidsplicht in beginsel niet

163 Ph.A.N. Houwing 1948, p. 11.
164 Von Hippel 1939, p. 106. Zie ook Prange 1995, p. 27.
165 Vgl. Klaassen 2002, p. 1452.
166 Klaassen 2002, p. 1457.
167 Hijma & Olthof 2002, nr. 24.
168 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (MvT Inv.). In deze zin ook Ph.A.N. Houwing 1948, p. 221.
169 Vgl. Hof Amsterdam 29 oktober 1920, *NJ* 1921, p. 130 waarover Taverne 1921. Zie over het aannemen van kennis nader Klaassen 1999; Tjittes 2001.
170 Klaassen 2001, nr. 33; Klaassen 2002, p. 1453; Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10.

worden geschonden.[171] In sommige bijzondere gevallen kan zij echter wel tot een doen verplichten. Een dergelijk doen is steeds secundair ten opzichte van een andere eigen gedraging, die tot dit doen verplicht.[172]

Ten eerste valt een plicht tot handelen aan te nemen wanneer een partij tot het inzicht komt dat een eerder te goeder trouw ingenomen stelling onwaar is. In dat geval schendt zij de waarheidsplicht niet alleen indien zij de stelling herhaalt, maar ook wanneer zij die stilzwijgend laat staan.[173] In deze situatie is corrigeren van de eerder ingenomen stelling geboden.[174] Stellingen van anderen waarvan men de onwaarheid kent, gebieden niet tot een dergelijk correctief handelen. Het gevaar dreigt echter dat men dergelijke stellingen, door er op voort te bouwen, (impliciet) tot de zijne maakt. Dit laatste houdt een schending van de waarheidsplicht in.[175]

Ten tweede is het verboden zodanig selectief feiten naar voren te brengen dat deze onvolledigheid in feite onwaarheid oplevert. Hier valt een secundaire volledigheidsplicht aan te nemen, die aldus kan worden geformuleerd: onlosmakelijk met het gestelde verbonden en binnen het terrein van het gestelde liggende feiten mogen niet worden achtergehouden als zij de stelling een dermate ander aanzien zouden geven, dat niet meer gezegd kan worden dat het om dezelfde stelling gaat.[176] Het geijkte voorbeeld: iemand die naar waarheid stelt dat er een schuld van een ander jegens hem is ontstaan, mag zijn wetenschap dat deze later is terugbetaald niet verzwijgen.[177] Dit alles komt overeen met hetgeen bij de bespreking van het Duitse recht sub § 2.2.4 is gebleken.

30. Hiermee ben ik teruggekomen bij de vraag naar betekenis van het begrip 'volledig' in art. 21 Rv. Naar hierboven bleek houdt dit begrip in ieder geval in dat onvolledigheid verboden is voorzover deze onwaarheid meebrengt. Onomstreden is ook dat geen feiten hoeven te worden aangedragen die geen betrekking hebben op het geschil zoals door partijen afgebakend. Binnen het geschil kan de eis van volledigheid nader worden ingevuld aan de hand van de wijze waarop het partijdebat verloopt in het kader van de stellastverdeling. Iemand die een eis instelt tot betaling van een koopsom, handelt in strijd met art. 21 Rv door een (gedeeltelijke) betaling te verzwijgen. Het is echter niet aan hem feiten aan te voeren in verband met een tekortkoming in de nakoming zijnerzijds of een mogelijke vernietigingsgrond. Pas als gedaagde zich op een

171 Bijv. Hellwig 1907 II, p. 41; Von Hippel 1939, p. 104.
172 Vgl. Ten Kate 1962, p. 208.
173 Von Hippel 1939, p. 106-107. Vgl. Bloembergen 1964, p. 341-343.
174 Von Hippel 1939, p. 110; Lindenberg 2001, p. 89.
175 Von Hippel 1939, p. 109-110.
176 Cleveringa 1935, p. 186; Grossmann 1935, p. 512-513 en 521; Von Hippel 1939, p. 95; Ten Kate 1962, p. 208.
177 Von Hippel 1939, p. 99; Lindenberg 2001, p. 83.

tekortkoming of een vernietigingsgrond beroept, is het vervolgens aan eiser op die stellingen met inachtneming van de waarheidsplicht te reageren.[178]

Dit alles leidt tot de conclusie dat de term 'volledig' in art. 21 Rv een beperkte betekenis heeft en moet worden opgevat als een uitwerking van 'naar waarheid'. Van een algemene inlichtingenplicht is, noch in Nederland, noch in een van de andere hierboven behandelde rechtsstelsels sprake. Niet of onvoldoende stellen of betwisten leidt slechts tot negatieve rechtsgevolgen in het kader van de uitkomst van het geschil. Wanneer hiervan sprake is, komt in § 4.4.3.2 en 4.4.4.2 aan de orde.

31. Ten slotte de vraag of er omstandigheden zijn waarin een partij zich niet aan de waarheidsplicht hoeft te houden. De parlementaire geschiedenis aanvaardt deze mogelijkheid door de waarheidsplicht te laten gelden "(…) voorzover er geen gewichtige redenen zijn om feiten niet aan te voeren (…)."[179] Hierbij moet met name gedacht worden aan de bescherming van "(…) vertrouwelijke gegevens, zoals, bijvoorbeeld, gegevens betreffende de sexuele geaardheid, de medische status of financiële positie. Ook kan het gaan om vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Een nadere invulling van dit criterium kan het beste worden overgelaten aan de rechtspraak."[180]

De 'gewichtige redenen'-uitzondering staat niet met zoveel woorden in art. 21, maar wel in art. 22 Rv. Ik geloof dat de in de parlementaire geschiedenis gepropageerde gedachte dat de uitzondering ook met betrekking tot art. 21 Rv moet worden aangenomen, juist is. Een andere vraag is wat de uitzondering inhoudt. Terughoudendheid lijkt, gezien het belang van de waarheidsvinding[181] en de mogelijke gevolgen van het aannemen van een uitzondering op de waarheidsplicht voor de uitkomst van het proces, op zijn plaats.[182] Als alternatief kan dikwijls een zitting met gesloten deuren (art. 27 Rv) fungeren, gezien de daaraan in art. 29 Rv verbonden gevolgen. Dit verdient de voorkeur boven tornen aan de waarheidsplicht. Voor de invulling van de 'gewichtige redenen' als uitzondering op de verplichtingen van art. 21 Rv zou ik zoveel mogelijk aansluiting willen zoeken bij het verschoningsrecht dat uit art. 165 Rv voor partijen zelf voortvloeit. In feite gaat het dan om de wettelijke bevoegdheid die als rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid aan het gedrag ontneemt.[183]

178 Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10.
179 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 147 (MvT).
180 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 157 (Nota).
181 Vgl. bijv. HR 11 september 1998 (*K. en J./Oost Nederland*), *NJ* 1999, 664 m.nt. MMM.
182 In soortgelijke zin Grossmann 1935, p. 526-527.
183 Zie bijv. Asser/Hartkamp III 2002, nr. 63.

2.2.7.5 Rechtskarakter van de waarheidsplicht

32. De waarheidsplicht is een rechtsplicht. Voor Frankrijk en België volgt het uit de hierboven besproken rechtspraak (zie § 2.2.2-3). In Duitsland,[184] Oostenrijk[185] en Zwitserland[186] is het met name de literatuur die dit standpunt vrijwel unaniem verdedigt. Onder het oude Nederlandse recht is het hier ingenomen standpunt met name verdedigd door Eggens,[187] Star Busmann[188] en Rutten.[189] De waarheidsplicht houdt geen verbintenis in: er staat geen subjectief vermogensrecht tegenover (zie § 2.1.2.1).

Schending van een rechtsplicht vormt een onrechtmatige daad (zie § 2.1.2.1). Dit betekent dat degene tot wiens bescherming de waarheidsplicht strekt onder de daarvoor geldende voorwaarden de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad kan inroepen.[190] Deze rechtsgevolgen en hun inroeping werk ik met betrekking tot de wederpartij nader uit in § 5.2 en 5.3.

In de parlementaire geschiedenis wordt twijfel gezaaid over het karakter van de waarheidsplicht. Het heet dat "(…) een uit artikel 21 (1.3.3) voortvloeiende verplichting (…) een verplichting van procesrechtelijke aard is, waartegenover niet zonder meer een vorderingsrecht van de wederpartij staat."[191] Deze opmerking kan op verschillende wijzen worden opgevat. Voorzover zij mocht betekenen dat de waarheidsplicht geen rechtsplicht zou zijn, acht ik haar onjuist.[192] De waarheidsplicht is, zoals in het voorafgaande is gebleken, wel degelijk een rechtsplicht. Ook voorzover zij mocht betekenen dat (schending van) de waarheidsplicht zich niet leent voor een vordering tot nakoming of schadevergoeding, kan ik haar niet volgen. Nadere redengeving in de parlementaire stukken ontbreekt op dit punt en ik kan ook zelf geen goede reden bedenken waarom aan schending van deze rechtsplicht de gebruikelijke rechtsgevolgen moeten worden onthouden. In § 5.2 en 5.3 zal ik laten zien hoe de vorderingen tot nakoming en tot schadevergoeding kunnen worden ingepast en ingeroepen.

33. Ik ben in het bovenstaande voorbijgegaan aan de vraag welk van de onrechtmatigheidscriteria van art. 6:162 lid 2 BW hier dragend is voor het

184 Bijv. Degenkolb 1877, p. 42; Konzen 1976, p. 284; Olzen 1985, p. 415; Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 1; Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 2; Baur/Grunsky 2000, Rn. 43; Jauernig 2002, § 26 III; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 3.

185 Bijv. Fasching 1990, Rn. 654.

186 Bijv. Guldener 1979, p. 188-189; Habscheid 1990, Rn. 549.

187 Land/Eggens 1933, p. 36 nt. 2.

188 Star Busmann 1955, nr. 208.

189 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 208.

190 Star Busmann 1955, nr. 208; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 208; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 30.

191 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 154 (MvT).

192 Anders kennelijk Klaassen 2002, p. 1453.

onrechtmatigheidsoordeel. Aangezien de waarheidsplicht een wettelijke rechtsplicht is, ligt in eerste instantie voor de hand dat het relevante onrechtmatigheidscriterium 'strijd met een wettelijke plicht' is. De wettelijke plicht van art. 21 Rv is echter dermate algemeen dat toetsing aan ongeschreven subnormen en waardering van de omstandigheden van het geval veelal onontbeerlijk zullen zijn bij het beantwoorden van de vraag of in concreto sprake is van schending van art. 21 Rv. Slechts wanneer schending van art. 21 Rv evident aanwezig is (bijvoorbeeld wanneer komt vast te staan dat er sprake was van positieve wetenschap van onjuistheid van de gedane bewering), is er sprake van een 'zuiver' geval van schending van een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Wanneer niet zonder meer duidelijk is of er sprake is van schending (ter discussie staat bijvoorbeeld of de wederpartij mocht menen dat de door hem gestelde feitelijke toedracht juist is), wordt onvermijdelijk toegekomen aan een toetsing in het kader van 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Beide onrechtmatigheidscategorieën lopen in elkaar over[193] en vallen ten dele samen.[194]

2.2.7.6 Relativiteit van de waarheidsplicht

34. Nu de inhoud van de waarheidsplicht is aangeduid en deze is gekarakteriseerd als rechtsplicht, kom ik toe aan de vraag naar de relativiteit van de waarheidsplicht. Bij de beantwoording van deze vraag richt ik mij naar het door Bloembergen[195] en Lankhorst[196] ontwikkelde paradigma. Dit paradigma voorziet in een voorvraag en een hoofdvraag, waarbij het steeds gaat om falsificatie van de hypothese dat er sprake is van relativiteit.[197]

De voorvraag: is de norm gericht op bescherming van privaatrechtelijke belangen, oftewel: kan de norm (mede) een Schutznorm zijn?[198] Dat de waarheidsplicht gericht is op de bescherming van privaatrechtelijke belangen, lijdt mijns inziens geen twijfel. De waarheidsplicht draagt bij aan een eerlijk proces bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. Dit laatste wordt zelfs gezien als een mensenrecht (art. 6 lid 1 EVRM).

De hoofdvraag waar het bij de relativiteit om gaat is tot de bescherming van welke belangen de betreffende norm strekt. Wat is de reikwijdte van de

193 C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 2, aant. 71; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 34.
194 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 635 (TM); C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 2, aant. 72; Sieburgh 2000, p. 78; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 52.
195 Bloembergen 1965, nr. 120.
196 Lankhorst 1992, p. 87-115.
197 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 634 (TM).
198 Lankhorst 1992, p. 101.

norm? Deze vraag – het betreft in feite de uitleg van de norm[199] – laat zich uitwerken in twee[200] deelvragen.

De eerste vraag: wie worden er door de norm beschermd? In het geval van de processuele waarheidsplicht in ieder geval andere procespartijen.[201] In Duitsland wordt tevens algemeen aangenomen dat de waarheidsplicht ook tegenover de rechter bestaat.[202] Deze laatste opvatting, die mij overigens juist voorkomt, valt buiten het bestek van het onderhavige onderzoek.

De tweede vraag: waartegen wordt beschermd? Lankhorst omschrijft het aldus:

> "De geleden schade dient een verwezenlijking te zijn van juist dát risico, dat de overtreden norm beoogde tegen te gaan. Dit kan de soort schade betreffen of de wijze waarop de schade is ontstaan (…)."[203]

Het risico dat de waarheidsplicht beoogt tegen te gaan, kan mijns inziens worden omschreven als schade ten gevolge van binnen een civiele procedure in strijd met de waarheidsplicht gedane beweringen.[204] Hierbij valt te denken aan een onjuiste uitspraak, proceskosten, schade ten gevolge van een onjuiste uitspraak en smartengeld. Maar waar ligt de grens en hoe wordt die bepaald? De vraag van de werkverdeling tussen relativiteit en toerekening (art. 6:98 BW, waarover § 5.3.4.3) dient zich hier aan.[205]

Een laatste punt: strekt de waarheidsplicht ertoe een procespartij tegen voor haar gunstige leugens te 'beschermen'? In Duitsland is de overheersende opvatting van niet.[206] In deze zin oordelen ook Eggens en M.E. Storme.[207] Jegens de rechter is echter elke schending van de waarheidsplicht onrechtmatig te achten.[208] Van beide punten is het praktische belang gering: doorgaans zal er geen condicio sine qua non-verband met enige schade zijn. Anders is

---

199 Bloembergen 1965, nr. 122; Lankhorst 1992, p. 117-143.

200 Of drie, dat is een kwestie van indelen. Zie Bloembergen 1965, nr. 120 (drie); Lankhorst 1992, p. 103 (twee).

201 Bijv. Von Hippel 1939, p. 139; Bernhardt 1963, p. 247; Konzen 1976, p. 285; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, §65 VIII sub 2; Prange 1995, p. 80; Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 1.

202 Bijv. Von Hippel 1939, p. 139; Bernhardt 1963, p. 247; Konzen 1976, p. 285; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, §65 VIII sub 2; Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 1.

203 Lankhorst 1992, p. 107.

204 Zo ook Hopt 1968, p. 270-272; Konzen 1976, p. 285; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 65 VIII 7c; Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 19; Prange 1995, p. 80-81; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 16. Anders Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 65.

205 Zie in verschillende zin Bloembergen 1965, nr. 122; Lankhorst 1992, p. 145-181; Bloembergen 1993, p. 144-145; Lankhorst 1995, p. 106; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 108.

206 Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 5. Anders Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 13.

207 Land/Eggens 1933, p. 36, nt. 2; M.E. Storme 1990, nr. 81.

208 Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 13.

dit bij eenstemmig onware stellingen van partijen: hierbij zal de Staat schade kunnen lijden.[209] Dit punt valt echter buiten het bestek van dit onderzoek.

2.2.8 De waarheidsplicht in relatie tot andere normen met betrekking tot uitingen

35. Art. 21 Rv normeert de wijze waarop procespartijen zich uitlaten. Deze normering is hierboven aldus uitgewerkt, dat partijen geen feitelijke stellingen mogen innemen waarvan ze weten of behoren te weten, dat deze onwaar zijn. Deze norm vormt een uitwerking van het algemene onrechtmatigheidsbegrip van art. 6:162 lid 2 BW. Op deze plaats stel ik de vraag aan de orde hoe deze norm zich verhoudt tot andere op uitlatingen betrekking hebbende normen waarnaar art. 6:162 lid 2 BW verwijst. Deze normen kunnen immers in principe ook betrekking hebben op ten processe gedane uitlatingen.[210]

Het doen van onware uitlatingen is op zichzelf niet verboden. In het algemeen kan worden gezegd dat dergelijke uitlatingen slechts verboden zijn, indien de auteur zich er met het oog op de erdoor bedreigde belangen van behoort te onthouden. Een voorbeeld hiervan vormt het leerstuk bedrog. Uitlatingen die voldoen aan de omschrijving van art. 3:44 lid 3 BW zijn onrechtmatig.[211] Ook onware mededelingen gedaan in het kader van de mededinging kunnen onrechtmatig zijn.[212] Voorts kan worden gewezen op de misdrijven van de art. 261-268 Sr en andere onrechtmatige schendingen van eer en goede naam.[213]

Voorzover deze en andere normen omtrent onware uitlatingen naast art. 21 Rv staan, vertoont hun inhoud daarmee geen schril contrast. Daarnaast kunnen deze normen soms samenlopen met art. 21 Rv. Een belangrijk voorbeeld is de mogelijkheid dat een ten processe gedane uitlating (zowel art. 21 Rv als) de eer en goede naam van de wederpartij schendt.[214] Het belang van deze constatering is gelegen in het feit dat in dergelijke gevallen de toekenning van smartengeld mogelijk is op de voet van art. 6:106 lid 1 sub b BW.

Overigens kan ook het doen van ware uitlatingen of het geven van waardeoordelen onrechtmatig zijn.[215] Dit kan het geval zijn indien de betreffende

---

209 Iets dergelijks valt te vermoeden in zaken als HR 27 juni 1986 (*De Pater/Tekstra*), *NJ* 1987, 354 m.nt. WLH. Vgl. Star Busmann 1915, p. 152-154; R. Korthals Altes 1963, p. 259.

210 Wichers Hoeth 1964, p. 18; Walter 1986; Michiels van Kessenich 1995, nr. 42; Van den Akker 2001, p. 114.

211 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 213 (VV II); Van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.3*), aant. 72 met nadere verwijzingen.

212 Van Nispen (*Onrechtmatige daad IV*), aant. 375-378.

213 Schuijt (*Onrechtmatige daad VII*), aant. 36-37; Verhulp 1996, p. 87-96; Bulk 1998, p. 148-152; Verheij 2002, nr. 235; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 236-237.

214 Vgl. OGH 26 november 1998, *JBl.* 1999, p. 313; Michiels van Kessenich 1995, nr. 42; Van den Akker 2001, p. 114.

215 Bulk 1998, p. 153-159; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 237.

mededeling in onnodig grievende vorm is gedaan. Ik zie geen redenen waarom deze normstelling binnen de processituatie fundamenteel anders zou liggen en meen dan ook, dat men zich ook ten processe heeft te onthouden van onnodig grievende uitlatingen.

36. In het algemeen kan worden gezegd dat het feit dat partijen in een proces verwikkeld zijn, niet in de weg staat aan het aannemen van een onrechtmatige schending van eer en goede naam.[216] Wel valt aan te nemen dat dit feit als een van de omstandigheden van het geval een rol speelt bij het onrechtmatigheidsoordeel.[217] Op deze lijn bevindt zich ook het Franse recht.[218] Verdergaand lijkt de heersende opvatting in Duitsland door aan te nemen dat *ehrkrankende Außerungen* in het kader van eis of verdediging in rechte in de regel moeten worden geaccepteerd.[219] Deze regel, die onder meer wordt gebaseerd op het recht op *richterliches Gehör*,[220] geldt zowel voor uitlatingen omtrent feiten als voor waardeoordelen.[221] Wel acht men bewust onware uitingen verboden,[222] hetgeen strookt met de heersende opvatting omtrent § 138 I ZPO (zie § 2.2.4). Mijn indruk is overigens dat genoemde regel niet zozeer ziet op de rechtmatigheid van uitlatingen als op het uitsluiten van een verbodsvordering tijdens het proces (zie § 5.2). In de rechtspraak gaat het eigenlijk steeds om zulke verbodsacties en afwijzing daarvan wordt niet op een (on)rechtmatigheidsoordeel gebaseerd.[223] In wel in algemene termen gestelde overwegingen heeft het Bundesverfassungsgericht geoordeeld dat de rechtzoekende er geen nadeel van mag ondervinden "(…) wenn er in unmittelbarer Verteidigung seiner Rechtsposition im Zivilprozeß nicht leichtfertig Behauptungen (…) aufstellt."[224] De woorden 'nicht leichtfertig' lijken minder vrijheid te suggereren dan het bovengenoemde standpunt in de literatuur.

De strafkamer van de Hoge Raad leidt uit het recht op rechterlijk gehoor af dat "(…) een partij in een civiele procedure de grootst mogelijke vrijheid moet hebben om haar stellingen en verweren te verwoorden (…)" maar stelt als grens (mede) dat een partij hierbij "(…) de strafwet niet mag overtreden."[225] Dit wijst er in ieder geval niet op dat partijen ten processe meer dan de gebruikelijke vrijheid hebben bij het doen van uitlatingen. Ik zou al met al willen vasthouden aan de gedachte dat de commune normen omtrent de

---

216 Wichers Hoeth 1964, p. 18; Michiels van Kessenich 1995, nr. 42; Van den Akker 2001, p. 114.
217 Hopt 1968, p. 234; Konzen 1976, p. 318.
218 Vgl. bijv. Civ. I 10 mei 1977, *Bull.* I, 215.
219 Mertens 1997 (*MK*), § 824, Rn. 59; Staudinger/Hager 1999, § 823, Rn. C 136.
220 Vgl. BVerfG 11 april 1991, *NJW* 1991, p. 2075.
221 Palandt/Thomas 2003, Einf vor § 823, Rn. 21.
222 Mertens 1997 (*MK*), § 824, Rn. 59; Staudinger/Hager 1999, § 823, Rn. C 140.
223 Zie bijv. BGH 24 november 1970, *NJW* 1971, p. 284; OLG Celle 2 april 1998, *NJW-RR* 1999, p. 385.
224 BVerfG 23 juni 1990, *NJW* 1991, p. 29.
225 HR (Strafkamer) 25 november 1997, *NJ* 1998, 261.

toelaatbaarheid van uitlatingen die eer en goede naam schenden ook binnen het proces van toepassing zijn. Hierbij verdient aantekening dat de processuele context als omstandigheid van het geval mee kan brengen dat er verhoudingsgewijs veel is toegestaan – het gaat immers om het verdedigen van de eigen rechtspositie.[226]

37. Vervolgens kom ik toe aan de vraag naar de betekenis die de meer algemene normen met betrekking tot vrijheid van meningsuiting in het onderhavige verband hebben. Art. 7 Gw, art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR erkennen dit recht als uitgangspunt maar voegen er in verschillende bewoordingen aan toe dat dit recht niet onbeperkt is. De wet kan in bepaalde beperkingen voorzien, met name ter bescherming van de rechten en goede naam van anderen. In het algemeen wordt erkend dat de normen waarnaar art. 6:162 lid 2 BW verwijst door art. 10 lid 2 EVRM toegestane beperkingen vormen.[227] Ik zou menen dat dit ook geldt voor art. 21 Rv. Vermelding verdient dat het EHRM in het arrest *Nikula/Finland* in een strafrechtelijke context heeft overwogen dat "(…) only in exceptional cases (…) restriction (…) of defence counsel's freedom of expression can be accepted as necessary (…)."[228] Het ging hier om belediging van een lid van het Finse Openbaar Ministerie door de advocaat van een verdachte. Het Hof geeft aan dat een dergelijke overheidsdienaar in functie relatief veel heeft te tolereren[229] maar dat ook in deze strafrechtelijke context de uitingsvrijheid van de advocaat niet onbegrensd is.[230] Ik zou menen dat de uitingsvrijheid in de context van het burgerlijk proces, waar partijen principieel gelijkwaardig zijn, minder verstrekkend is.

In art. 29 lid 1 Rv ten slotte is een verbod voor partijen neergelegd "(…) aan derden mededelingen te doen omtrent (…) het verhandelde op een terechtzitting met gesloten deuren of een terechtzitting waarbij slechts bepaalde personen zijn toegelaten" en omtrent "(…) andere gegevens uit een procedure, indien de rechter zulks heeft bepaald." Hier hebben we te maken met een concrete wettelijke plicht, waarvan overtreding op de voet van art. 272 Sr strafbaar is.[231] Schending van deze rechtsplicht vormt een onrechtmatige daad. Aangezien deze norm ziet op buitenprocessuele gedragingen, valt zij buiten het bestek van dit onderzoek. Ik zal haar dan ook verder onbesproken laten.

---

226 Vgl. bijv. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1998, *KG* 1998, 189.
227 Schuijt (*Onrechtmatige daad VII*), aant. 10; Verhulp 1996, p. 77; Bulk 1998, p. 282.
228 EHRM 21 maart 2002 (*Nikula/Finland*), *Mediaforum* 2002, p. 208, § 55.
229 EHRM 21 maart 2002 (*Nikula/Finland*), *Mediaforum* 2002, p. 208, § 48 en 51.
230 EHRM 21 maart 2002 (*Nikula/Finland*), *Mediaforum* 2002, p. 208, § 49.
231 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 172 (MvT).

2.2.9 De waarheidsplicht: conclusie

38. De waarheidsplicht van art. 21 Rv is een voor partijen tegenover elkaar en de rechter (§ 2.2.7.6) geldende rechtsplicht (§ 2.2.7.5) omtrent uitlatingen over feiten (§ 2.2.7.4). Deze rechtsplicht houdt niet in dat partijen geacht worden de 'objectieve' waarheid te spreken (§ 2.2.1; 2.2.7.4). Dit zou in strijd zijn met het wezen van het burgerlijk proces, dat (de mogelijkheid van) verschil van mening juist veronderstelt. Ook houdt de waarheidsplicht geen verplichting in spontaan gegevens in te brengen, alhoewel wetstermen als 'vollständig' en 'volledig' daar wel op lijken te wijzen (§ 2.2.7.4). De waarheidsplicht verbiedt niet alleen stellen en betwisten tegen beter weten in, maar staat er ook aan in de weg om stellingen in te nemen waarvan de partij behoort te weten dat zij onjuist zijn en om stellingen te betwisten waarvan zij behoort te weten dat ze juist zijn (§ 2.2.7.4). Samenvattend kan worden gezegd dat partijen te goeder trouw dienen te zijn ten aanzien van hun feitelijke stellingen. Schending van de waarheidsplicht vormt een onrechtmatige daad (§ 2.2.7.5). De eventuele rechtsgevolgen van schending komen aan de orde in § 5.2 en 5.3.

2.3 De plicht gegevens in te brengen

2.3.1 Inleiding

39. In § 2.2 ben ik de conclusie gekomen dat de waarheidsplicht een rechtsplicht is die inhoudt dat partijen, indien ze stellingen innemen, dit te goeder trouw moeten doen en hierbij niet zo onvolledig mogen zijn dat er in feite gelogen wordt. Van een inlichtingenplicht is echter geen sprake: partijen zijn niet verplicht stellingen in te nemen en hebben in beginsel het recht er het zwijgen toe te doen. Wel bestaan er voor partijen inlichtingenlasten op basis van de verdeling van stel- en betwistingslast (zie § 4.4.3.2 en 4.4.4.2). Aan de niet-voldoening daaraan – hetgeen op zich is toegestaan – zijn negatieve rechtsgevolgen verbonden.

Ook bestaat er geen bewijsplicht. Partijen komen pas naar aanleiding van een ingenomen stelling of een gevoerd verweer eventueel aan bewijzen toe (art. 149 lid 1 jo. 150 Rv). In dat geval is er geen sprake van een bewijsplicht, maar een bewijslast: het niet slagen van het bewijs levert een nadelig rechtsgevolg op, doordat het tot nadeel in de procedure leidt.[232]

Uit het bovenstaande kan het algemene uitgangspunt worden afgeleid, dat partijen niet verplicht zijn gegevens in te brengen: men hoeft niet te stellen, maar mag stellen; men hoeft niet te betwisten, maar mag betwisten; men hoeft niet te bewijzen, maar mag bewijzen. Op partijen rusten intussen wel lasten tot inbreng van gegevens. Niet stellen, betwisten of bewijzen leidt tot nadelige

232 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 79.

rechtsgevolgen. Bij het voldoen aan deze lasten zijn partijen gebonden aan de waarheidsplicht. Een algemene rechtsplicht tot het inbrengen van gegevens bestaat echter niet.

Op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen. In deze paragraaf zal ik ingaan op de twee belangrijkste daarvan. Het gaat om de plicht stukken te verschaffen (§ 2.3.2) en de plicht een verklaring af te leggen (§ 2.3.3). Ik zal onderzoeken in hoeverre deze verplichtingen in het recht van Frankrijk, België, Duitsland en Nederland bestaan.

2.3.2 De plicht stukken te verschaffen

2.3.2.1 Frankrijk

40. Art. 11 NCPC, tweede zin, bepaalt dat "Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte."

Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid[233] van de rechter, welke hem beslissingsvrijheid (zie § 4.2.2.7) geeft maar welke hij niet ambtshalve[234] kan uitoefenen. Het artikel heeft een subsidiair karakter: het kan slechts worden ingeroepen door een partij die geen andere mogelijkheid heeft zich van de betrokken informatie te voorzien.[235]

Voor de invoering van de *Nouveau Code de Procédure Civile* erkende de overheersende lijn in de rechtspraak geen (algemene) mogelijkheid een partij te dwingen een zich in haar macht bevindend stuk te produceren. Wel kunnen er enige dissidente beslissingen worden aangewezen die in bijzondere omstandigheden de mogelijkheid van gedwongen productie aannemen.[236]

De invoering van art. 11 NCPC is aanleiding geweest de bijzondere regeling met betrekking tot de openlegging van boeken uit de *Code Commercial* vrijwel geheel te schrappen. Overgebleven is slechts een bepaling die het in bepaalde gevallen mogelijk maakt de gehele boekhouding, en niet slechts bepaalde stukken, te doen openleggen (art. 17 al. 3 Ccom).[237]

Het verzoek om een bevel tot productie van stukken is vormvrij (art. 139 jo. 142 NCPC) en kan in beginsel in elke stand van de procedure voor elke civiele rechter in het kader van een lopende procedure worden gedaan.[238] De rechter kan desverzocht de wederpartij bevelen het betrokken stuk zelf

233 Solus & Perrot III 1991, nr. 658; Robert e.a. (*NCPC*), art. 142, p.1.
234 Viatte 1973, p. 407; Solus & Perrot III 1991, nr. 656; Vincent & Guinchard 2001, nr. 1008.
235 Daigre 1979, p. 162-170; Solus & Perrot III 1991, nr. 646, beide denkend vanuit een analogie van art. 146 NCPC.
236 Daigre 1979, p. 103-142; Solus & Perrot III 1991, nr. 643.
237 Solus & Perrot III 1991, nr. 642, alwaar ook een omschrijving van andere bijzondere regelingen op dit punt.
238 Solus & Perrot III 1991, nr. 645 en 655; Cadiet 1998, nr. 1174.

te produceren, hetzij een kopie of een uittreksel (art. 139 jo. 142 NCPC).[239] Aan het bevel kan een dwangsom worden verbonden (art. 11 en 139 jo. 142 NCPC).[240]

Voorwerp van het verzoek kunnen niet alleen een authentieke of onderhandse akte zijn, maar ook andere papieren en gegevensdragers.[241] Wel is vereist dat het voorwerp van het verzoek zodanig is omschreven dat het bepaald of bepaalbaar is,[242] dat het bestaan ervan 'vraisemblable' is[243] en dat is aangetoond dat het zich in de macht van de wederpartij bevindt.[244] Voorts moet uit het verzoek de relevantie van het voorwerp voor de procedure in het kader waarvan het verzoek wordt gedaan, volgen.[245] Als het te bewijzen feit niet ter zake dienend is, moet het verzoek worden afgewezen.

41. Het verzoek wordt in ieder geval afgewezen indien het gaat om een akte waarbij de verzoeker partij is geweest (art. 138 NCPC) of indien de wederpartij zich kan beroepen op een 'empêchement légitime', zoals een beroepsgeheim.[246] Gezien het genoemde subsidiaire karakter wordt het verzoek ook afgewezen indien de verzoeker aanwezige mogelijkheden om zelf de beschikking over de betrokken stukken te krijgen niet heeft benut. Deze regel wordt afgeleid uit het systeem van het procesrecht.[247] De eerstgenoemde afwijzingsgrond (verzoeker is partij bij het stuk) wordt wel als een toepassing van deze regel gezien.[248] Er is echter wel kritiek op het aldus formuleren en codificeren van deze toepassing.[249] Deze kritiek komt mij overtuigend voor, met name voorzover deze betoogt dat niet in alle gevallen waar de verzoeker partij bij het stuk is geweest, hij geacht kan worden de mogelijkheid te hebben (gehad) over het stuk te beschikken.

Omstreden is of het verzoek ook buiten een lopende procedure toewijsbaar is. Tekst en systeem van de wet lijken hiertegen te pleiten,[250] maar de praktijk is sterker dan de leer. Via een extensieve interpretatie van art. 145 NCPC over voorlopige instructiemaatregelen wordt het mogelijk geacht voorafgaand aan

239 Solus & Perrot III 1991, nr. 658.
240 Solus & Perrot III 1991, nr. 662.
241 Solus & Perrot III 1991, nr. 647.
242 Daigre 1979, p. 184-188; Solus & Perrot III 1991, nr. 648.
243 Civ. II 17 november 1993, *D* 1994, IR p. 6.
244 Daigre 1979, p. 188-191.
245 Daigre 1979, p. 170-175; Solus & Perrot III 1991, nr. 649.
246 Soc. 27 januari 1999, *Procédures* 1999, Comm. 124 m.nt. Sportouch. Vgl. reeds Solus & Perrot III 1991, nr. 652.
247 Solus & Perrot III 1991, nr. 646.
248 Solus & Perrot III 1991, nr. 646.
249 Marraud 1971, nr. 35-40.
250 Solus & Perrot III 1991, nr. 646.

de hoofdprocedure de voorzieningenrechter te adiëren met een verzoek om een bevel tot het openbaren van stukken.[251]

Het bovenstaande geldt overigens in grote lijnen, mutatis mutandis, ook voor de mogelijkheid om derden die bewijsmiddelen onder zich hebben, te dwingen deze te openbaren. Dit punt valt echter buiten het bestek van dit onderzoek.

De mogelijkheid om een partij te dwingen bewijs in te brengen kan worden gezien als een uitwerking van art. 10 Cc, dat eenieder de verplichting oplegt medewerking te verlenen aan het aan het licht komen van de waarheid.[252] Uit deze bepaling volgt dat de inhoud van het adagium *nemo tenetur edere contra se* geen deel (meer) uitmaakt van het geldende Franse recht.[253]

42. In art. 10 al. 2 Cc wordt buiten twijfel gesteld dat partijen kunnen worden gedwongen zich naar een rechterlijk bevel tot het inbrengen van stukken[254] te gedragen – de dwangsom wordt ook hier genoemd,[255] evenals in art. 11 en 139 NCPC – en dat afwijkend gedrag grond kan geven voor een verplichting tot schadevergoeding. Het niet voldoen aan een bevel tot het produceren van stukken vormt een *faute* (toerekenbare onrechtmatige daad), tenzij dit kan worden gerechtvaardigd door een *motif légitime* of overmacht.[256] De schade zal er met name uit kunnen bestaan dat de wederpartij niet in staat is zijn stellingen te bewijzen.[257] Als belangrijk probleem wordt hier het bewijs van het condicio sine qua non-verband gezien (vgl. § 5.3.3).[258]

Omstreden is of de rechter aan een weigering te voldoen aan een bevel stukken te verschaffen de gevolgen mag verbinden die hij geraden acht ('tirer toute conséquence'). Cadiet meent van niet, omdat deze bevoegdheid slechts expliciet wordt genoemd voor het geval dat partijen onvoldoende medewerking aan instructiemaatregelen geven (art. 11 al. 1 NCPC) en het hier niet gaat om een instructiemaatregel.[259] Solus en Perrot twijfelen en merken op dat ontkennende beantwoording van de vraag er niet aan in de weg staat dat een zodanige weigerachtige houding invloed heeft op de waardering van de wederzijdse inbreng van partijen door de rechter.[260] Daigre beantwoord deze vraag bevestigend.[261]

---

251 Com. 11 april 1995, *JCP* 1995, IV, 1484; Vincent & Guinchard 2001, nr. 1008. Zie reeds de lagere jurisprudentie besproken door Normand 1986, p. 798-800. Zo ook met betrekking tot stukken onder een derde Civ. II 16 juli 1992, *JCP* 1992 IV 2707.

252 Solus & Perrot III 1991, nr. 643; Cadiet 1998, nr. 1174.

253 Leborgne 1996, p. 541; Vincent & Guinchard 2001, nr. 532. Vgl. Viatte 1973, p. 407.

254 Viatte 1973, p. 407.

255 Zie ook Daigre 1979, p. 235.

256 Daigre 1979, p. 226-229; Solus & Perrot III 1991, nr. 663.

257 Daigre 1979, p. 242; Solus & Perrot III 1991, nr. 663.

258 Solus & Perrot III 1991, nr. 663.

259 Cadiet 1998, nr. 1175. Vgl. Vincent & Guinchard 2001, nr. 1008.

260 Solus & Perrot III 1991, nr. 664.

261 Daigre 1979, p. 246-250 en 265.

2.3.2.2 België

43. Art. 877 Ger.W. bepaalt dat "Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij (…) een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, kan de rechter bevelen dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd."

Evenals in het Franse recht gaat het hier om een discretionaire bevoegdheid van de rechter.[262] Anders dan in Frankrijk echter kan de rechter een bevel tot overlegging ook ambtshalve geven.[263] Fettweis meent dat partijen in geval van een ambtshalve gegeven bevel overeen kunnen komen dat het betreffende stuk niet hoeft te worden ingebracht, tenzij de openbare orde in het geding is.[264]

Uit de wettekst valt af te leiden dat is vereist dat het voorwerp van het verzoek bestaat,[265] dat er stevige vermoedens bestaan dat het zich in de macht van de wederpartij bevindt[266] en dat het erdoor te bewijzen feit relevant is voor het geschil in de procedure waarin het verzoek wordt gedaan.[267] Bovendien wordt aangenomen dat het verzoek voldoende specifiek moet zijn: een verzoek houdende overlegging van 'alle relevante documentatie' is dat niet.[268] Hoewel de wet spreekt van 'stuk', is men algemeen van opvatting dat hieronder ook andere gegevensdragers moeten worden begrepen.[269]

44. Dat partijen een rechtsplicht hebben aan het bevel van de rechter te voldoen volgt uit art. 882 Ger.W., dat bepaalt dat "Partijen (…) die zonder wettige reden nalaten het stuk zelf of het afschrift over te leggen volgens de beslissing van de rechter, kunnen worden veroordeeld tot zodanige schadevergoeding als behoort."[270] Reële executie wordt in de literatuur niet als een reële optie gezien,[271] maar een dwangsom wel.[272] Wellicht moet echter uit het feit dat het Hof van Cassatie een dwangsom ter zake van een bevel tot verhoor van partijen (zie § 2.3.2.2) ontoelaatbaar heeft geacht, worden afgeleid dat het

---

262 Cass. 2 juni 1977, *Pas.* 1977 I, p. 1012; Cass. 14 december 1995, *RW* 1996-97, p. 198-199.
263 Fettweis 1985, nr. 483.
264 Fettweis 1985, nr. 484.
265 Bruyneel 1979, p. 376.
266 Duquesne e.a. 1970, p. 205-206; Bruyneel 1979, p. 376; Stijns 1984, p. 210.
267 Duquesne e.a. 1970, p. 205; Gutt & Stranart-Thilly 1974, p. 160; Bruyneel 1979, p. 376; Van Compernolle 1981, p. 91; Stijns 1984, p. 208-209.
268 Dekkers 1959, nr. 20; Bruyneel 1979, p. 376; Stijns 1984, p. 209.
269 Duquesne e.a. 1970, p. 206; Van Compernolle 1981, p. 92; Stijns 1984, p. 209.
270 Zie bijv. Rb. Brussel 3 juni 1977, *JT* 1977, p. 627.
271 Van Reepinghen 1964, p. 361; Duquesne e.a. 1970, p. 218; Gutt & Stranart-Thilly 1974, p. 160-161; Stijns 1984, p. 218. Anders Dekkers 1959, nr. 22.
272 Stijns 1984, p. 220; Fetweis 1985, nr. 482; Van Ommeslaghe 1988, nr. 234 met verwijzingen naar lagere rechtspraak. Vgl. Van Compernolle 1981, p. 104-105.

opleggen van een dwangsom ook ter zake van het inbrengen van stukken niet toegelaten is.[273]

In art. 882 Ger.W. wordt tevens expliciet gemaakt, dat er wettige redenen tot weigering bestaan. Het Hof van Cassatie heeft beslist, dat een beroepsgeheim niet per se een wettige reden tot weigering vormt. Het is aan de rechter te beoordelen of het beroepsgeheim hier niet wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is gegeven.[274] In de Belgische literatuur wordt geleerd dat er een *principe de la collaboration loyale à la recherche de la verité* bestaat.[275] Men is het erover eens dat de regel *nemo tenetur edere contra se* geen deel (meer) uitmaakt van het geldende recht.[276] Een beroep op dit adagium vormt derhalve geen geldige reden tot weigering.

De vraag is of de rechter uit het zonder geldige reden weigeren een stuk over te leggen mag afleiden dat het door het stuk te bewijzen feit, bewezen is.[277] Zeker is dat de rechter er niet toe verplicht is.[278] Stijns meent dat de rechter uit een dergelijke weigering een bewijsvermoeden mag afleiden.[279]

2.3.2.3 Duitsland

45. De plicht van procespartijen stukken in te brengen is geregeld in § 421-427 ZPO. In twee gevallen kan een procespartij op verzoek van de wederpartij (§ 421 ZPO) door de rechter worden verplicht een zich in zijn handen[280] bevindende *Urkunde* – het moet om een geschrift gaan[281] – te overleggen: wanneer dat van hem naar "(…) Vorschriften des bürgerlichen Rechts (…)" kan worden

273 Cass. 18 februari 1988, *RW* 1989-90, p. 145, *Pas.* 1988 I, p. 722, *JT* 1989, 261. Zie ook de conclusie van A-G Piret bij dit arrest. Vgl. De lagere jurisprudentie geciteerd door Stijns 1984, p. 220.

274 Cass. 30 oktober 1978, *Pas.* 1979 I, p. 248-255, *JT* 1979, p. 369-378 m.nt. André Bruyneel; Cass. 20 maart 1989, *JT* 1990, p. 195-197 m.nt. Pierre Lambert; Cass. 29 oktober 1991, *Pas.* 1992 I, p. 162-164; Cass. 19 december 1994, *RW* 1995-96, p. 1207-1209 m.nt. Steven van Overbeke.

275 Duquesne e.a. 1970, p. 200; Bruyneel 1979, p. 375; Stijns 1990, p. 1016.

276 Van Reepinghen 1964, p. 273; Duquesne e.a. 1970, p. 210; Kohl 1971, p. 171-173; Bruyneel 1979, p. 375; Van Compernolle 1981, p. 89; Van Ommeslaghe 1988, nr. 234 met nadere verwijzingen.

277 Bevestigend Dekkers 1959, nr. 22; ontkennend Van Reepinghen 1964, p. 361.

278 Stijns 1990, p. 1017.

279 Stijns 1990, p. 1017. Anders Van Ommeslaghe 1988, nr. 234.

280 Terwijl § 421 spreekt van "(…) in den Händen (…)" rept § 424 I sub 4 van "(…) Besitz (…)". Vgl. over dit punt Schreiber 1982, p. 127-135; Schreiber 2000 (*MK*), § 420, Rn. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 421, Rn. 1; Zöller/Geimer 2002, § 421, Rn. 1.

281 Schreiber 1982, p. 32-42; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 121 I; Stein/Jonas/Leipold 1999, vor § 415, Rn. 1-1a; Schreiber 2000 (*MK*), § 415, Rn. 4-9; Zöller/Geimer 2002, Vor § 415, Rn. 2. § 423 ZPO is echter naar heersende opvatting ook van toepassing op *Augenscheinobjekte*. Zie Peters 1990, p. 402 met nadere verwijzigingen. Peters 1990 betoogt zelf (p. 405) dat ook § 422 ZPO voor zodanige analoge toepassing in aanmerking komt. Zie voor de toepassing van het leerstuk *venire contra factum proprium* in dit verband Gerhardt 1969.

verlangd (§ 422 ZPO) of wanneer hij er zelf ten processe naar verwezen heeft (§ 423 ZPO).

Voorschriften van burgerlijk recht die een recht op afgifte van of inzage in stukken geven zijn onder meer § 259 I (rekenplichtigheid), 371 (teruggave schuldbekentenis), 402 (afgifte stukken door cedent aan cessionaris), 444 (afgifte bewijsstukken bij koop) en 666-667 (inlichtingenplicht opdrachtnemer) BGB. Het belangrijkste is § 810 BGB, dat bepaalt:

> "Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen (…) gepflogen worden sind."

Van een 'rechtliches Interesse' kan slechts sprake zijn indien er "(…) bestehende besondere rechtliche Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten (…)" zijn.[282] Hiervan is geen sprake indien inzage louter wordt verlangd om daarmee proceskansen vast te stellen en materiaal voor een procedure te verzamelen.[283] De gevallen waarin inzagerecht bestaat zijn blijkens de totstandkomingsgeschiedenis door de wetgever niet als voorbeelden, maar in principe limitatief bedoeld.[284] Aan de andere kant wordt in de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling opgemerkt, dat "(…) die Praxis nicht gehindert sei, das in der Vorschrift erkennbare Prinzip analog anzuwenden."[285] Het gemeenschappelijke kenmerk van de in de bepaling genoemde gevallen is dat het stuk betrekking moet hebben op een rechtsverhouding waarbij degene die inzage verlangt, betrokken is.[286] In de rechtspraak is dit gemeenschappelijke kenmerk wel als basis gebruikt om het toepassingsbereik van § 810 op te rekken.[287]

46. Uit het feit dat slechts in bijzondere gevallen een plicht tot overlegging van stukken bestaat, wordt doorgaans afgeleid dat er in Duitsland geen algemene plicht tot het ten processe overleggen van relevante stukken bestaat.[288] De belangrijkste verdediger van een afwijkende opvatting is Stürner. Naar zijn inzicht valt uit het systeem van de wet een algemene *Aufklärungspflicht*

---

282 BGH 8 april 1981, *NJW* 1981, p. 1733. Zie reeds Stürner 1976, p. 145 met nadere verwijzingen.
283 Zie voor dit alles Staudinger/Marburger 1997, § 810, Rn. 10 met nadere verwijzingen.
284 Vgl. *Protokolle II*, p. 775; Stürner 1976, p. 343; Stürner 1979, p. 1227.
285 *Protokolle II*, p. 775.
286 Staudinger/Marburger 1997, § 810, Rn. 12.
287 Staudinger/Marburger 1997, § 810, Rn. 12 met nadere verwijzingen. Kritisch Stürner 1976, p. 342-343.
288 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 121 IV 2b; Schreiber 2000 (*MK*), § 422, Rn. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 422, Rn. 1.

af te leiden,[289] waarvan een algemene plicht stukken te overleggen onderdeel uitmaakt.[290] Stürner moet in ieder geval worden toegegeven dat de grenzen van de verplichtingen naar 'burgerlijk recht' (inzage van) documenten te verschaffen vaag zijn. Zo bepaalt § 259 BGB niet wanneer er rekenplicht bestaat en kan, naast de bijzondere wettelijke rekenplichten, op basis van § 242 BGB (*Treu und Glauben*) een rekenplicht worden aangenomen.[291] Tevens worden in de rechtspraak op basis van § 242 BGB[292] of via extensieve interpretatie – zie hierboven – ook buiten het eigenlijke toepassingsgebied van § 810 BGB inzage- en overleggingsplichten aangenomen.[293]

Het *Bundesgerichtshof* lijkt de leer van Stürner te verwerpen:

> "Eine allgemeine Auskunftspflicht kennt das materielle Recht (…) nicht, und es ist nicht Aufgabe des Prozeßrechts, sie einzuführen (…). Es bleibt vielmehr bei dem Grundsatz, daß keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozeßsieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt (…)."[294]

47. Een verzoek tot overlegging (§ 424 ZPO) moet het te overleggen geschrift, zijn inhoud en de feiten tot bewijs waarvan het dient, aanduiden, alsmede de geloofwaardig te maken grond waarop de wederpartij verplicht zou zijn de oorkonde te overleggen. Tevens moet worden aangegeven waarop de stelling gebaseerd is dat het geschrift zich in bezit van de wederpartij bevindt.

Wannneer de rechter de door het geschrift te bewijzen feiten relevant acht en het verzoek in het licht van de eisen van § 424 ZPO gegrond, dan bepaalt hij dat het stuk moet worden overgelegd (§ 425 ZPO). Aldus is hier geen sprake van een discretionaire bevoegdheid van de rechter.

De plicht tot overlegging wordt onder meer begrensd door analoge toepassing van het verschoningsrecht van § 383 I en 384 ZPO[295] en de beperkende werking van *Treu und Glauben*.[296] De eerstgenoemde begrenzing geldt echter alleen voor de overleggingsplichten afgeleid uit het burgerlijk recht (§ 422 ZPO), niet voor de overleggingsplicht ex § 423 ZPO (partij doet zelf beroep op stuk).[297]

---

289 Stürner 1976, p. 92-105. Peters 1990 en Schlosser 1991 sluiten zich hier in grote lijnen bij aan.

290 Stürner 1976, p. 144-146. Vgl. ook Stürner 1979, p. 1228.

291 Staudinger/Bittner 2001, § 259, Rn. 3. Omgekeerd kunnen *Treu und Glauben* hier ook beperkend werken; zie Rn. 28.

292 Zie bijv. Arens 1983, p. 21-22; Schlosser 1991, p. 606; Lorenz 1998, p. 57.

293 Staudinger/Marburger 1997, § 810, Rn. 2 en 12. Zie Stürner 1976, p. 342-343; Gottwald 1979a, p. 1783-1784; Schlosser 1991, p. 606.

294 BGH 11 juni 1990, *NJW* 1990, p. 3151, *ZZP* 104 (1991), p. 203 m.nt. Rolf Stürner. Over deze uitspraak ook Schlosser 1991.

295 Schreiber 2000 (*MK*), § 422, Rn. 5. Vgl. Staudinger/Marburger 1997, Vorbem zu § 809 ff, Rn. 5.

296 Staudinger/Marburger 1997, Vorbem zu § 809 ff, Rn. 5.

297 Schreiber 2000 (*MK*), § 423, Rn. 2.

48. Omstreden is of het hier slechts om een last[298] of om een echte rechtsplicht[299] gaat. Overlegging van stukken wordt in het kader van een lopende procedure voor niet afdwingbaar gehouden.[300] Slechts via een afzonderlijke procedure, eventueel bestaande in *einstweilige Verfügung* ('kort geding'), kan reële executie worden bereikt.[301]

Onomstreden is dat buitenprocessuele niet-nakoming van de verplichting van § 810 BGB grond kan geven voor een schadevergoedingsaanspraak.[302] De totstandkomingsgeschiedenis van § 810 BGB biedt steun voor het ook bij binnenprocessuele schending aannemen van een schadevergoedingsaanspraak.[303] Dit alles wijst erop dat het hier om een rechtsplicht, niet om een last gaat. Dat toepassing van de dadelijk te noemen sancties van § 427 ZPO het ontstaan van schade (deels) kan voorkomen, staat hieraan niet in de weg. De vroeger wel verdedigde opvatting dat de toepassing van deze sanctie zelf een vorm van schadevergoeding vormt,[304] lijkt verlaten.

In § 427 ZPO zijn expliciete bewijsrechtelijke sanctiemogelijkheden op nietnakoming van een bevel tot overlegging neergelegd: een door de verzoekende partij ingebracht afschrift kan als juist worden aangemerkt of, bij gebreke van een dergelijk afschrift, de door het geschrift te bewijzen feiten kunnen als bewezen worden beschouwd. Deze sanctiemogelijkheden zijn gebaseerd op de *Grundsatz des Verbots der Beweisvereitelung*.[305] Stürner meent dat de discretionaire bevoegdheid die de bepaling geeft de rechter slechts de mogelijkheid wil geven zijn overtuigingen met betrekking tot de waarheid voor te laten gaan (beoordelingsvrijheid/interpretatieruimte) en niet om de sanctie naar believen achterwege te laten (beslissingsvrijheid).[306]

2.3.2.4 Nederland

49. Het oude bewijsrecht kende in art. 1923 (oud) BW een bepaling op grond waarvan een partij "In elken stand van een regtsgeding kan (…) verzoeken, dat hare wederpartij bevolen worde om de stukken over te leggen, die aan beide partijen gemeen zijn, de zaak in geschil betreffen en zich onder hare berusting bevinden." De beperking tot 'gemene stukken' kwam niet in het Ontwerp 1824 of in het Wetboek van 1830 voor, maar de wetgever van 1838

298 In deze zin Stein/Jonas/Leipold 1999, § 422, Rn 1.
299 In deze zin Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 2 III 2.
300 Staudinger/Marburger 1997, Vorbem zu § 809 ff, Rn. 9; Stein/Jonas/Leipold 1999, § 422, Rn. 1 en § 427, Rn. 1; Zöller/Geimer 2002, § 427, Rn. 2.
301 Gottwald 1979b, p. 365; Staudinger/Marburger 1997, Vorbem zu § 809 ff, Rn. 8 en 10; Lorenz 1998, p. 57. Vgl. Palandt/Sprau 2003, § 810 Rn. 1 jo. § 809, Rn. 13.
302 Staudinger/Marburger 1997, Vorbem zu § 809 ff, Rn. 7. Vgl. Schlosser 1991, p. 607.
303 *Motive II*, p. 892.
304 Zie hierover bijv. Gerhardt 1969, p. 294-302.
305 Schreiber 2000 (*MK*), § 427, Rn. 1.
306 Stürner 1979, p. 1229; Stürner 1985, p. 253.

toonde zich gevoelig voor de bezwaren die er, redenerend vanuit het adagium *nemo tenetur edere contra se*, tegen de ruimhartigheid van de bepaling waren gerezen.[307] De term 'gemeen' heeft aanleiding gegeven tot de gedachte dat er alleen sprake is van een overleggingsplicht in geval van mede-eigendom van het stuk tussen partijen.[308] De Hoge Raad heeft van deze gedachte in 1921 afstand genomen door te overwegen dat "(…) de wetgever de bevoegdheid tot het vorderen der uitlevering (…) met uitsluiting van wie slechts belang bij die uitlevering hebben, wilde toekennen aan een ieder, die op den titel, als bewijsstuk, eenig recht kan doen gelden (…)."[309] Dit arrest riep intussen wel de vraag op hoe precies de kring van personen moet worden afgebakend, die uitlevering kunnen vorderen, nu 'eenig recht' voldoende is, maar 'slechts belang' niet. Suijling en Scheltema zijn van mening dat het moet gaan om een akte die is opgemaakt tot bewijs van een rechtsbetrekking, waarbij de verzoeker partij is of was.[310] Star Busmann, Pitlo en Rutten verdedigen de ruimere opvatting, dat het moet gaan om een stuk waaruit de wederzijdse rechten van partijen kunnen worden gekend.[311]

Bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht van 1988 is, onder schrapping van art. 1923 (oud) BW, een artikel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen, luidende (art. 843a (oud) Rv):

> "Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van een onderhandse akte aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze akte te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft."

Bij de jongste herziening van het burgerlijke procesrecht zijn enkele tekstuele wijzigingen in art. 843a Rv doorgevoerd. Thans luidt het:

> "Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Onder bescheiden worden mede verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens."

---

307 Van Boneval Faure 1896 IV-1, § 113; Asser/Anema & Verdam 1953, p. 235; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 300.

308 Diephuis II 1872, p. 444; Van Boneval Faure IV-1 1896, p. 192; Scheltema 1940, p. 402; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 300; Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 740, alle met nadere verwijzingen.

309 HR 20 mei 1921 (*Weisbard c.a./De Ridder*), *NJ* 1921, 788, *W* 10 776 m.nt. SB, over welk arrest Van Kuyk 1921. De overweging wordt herhaald in HR 31 januari 1947 (*Baus/De Koedoe*), *NJ* 1948, 115.

310 Suijling I-2 1928, nr. 388; Scheltema 1940, p. 403. Vgl. Asser/Anema & Verdam 1953, p. 237.

311 Star Busmann 1955, nr. 300; Pitlo 1968, p. 78; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 300. Instemmend Bregstein 1953.

Artikel 843a (oud) Rv was blijkens de parlementaire geschiedenis met name bedoeld om art. 1922 (oud) BW aangaande de exhibitieplicht buiten geding op te volgen.[312] Aan een bijzondere regel voor een exhibitieplicht binnen geding zou geen behoefte meer bestaan, omdat, aldus de memorie van toelichting, doorgaans op een sommatie van de wederpartij vrijwillige overlegging volgt uit angst voor nadelige gevolgtrekkingen door de rechter.[313] De vraag is of de algemene exhibitieplicht van art. 843a (oud) Rv ook ten processe kon worden ingeroepen. Uit de opmerking van de minister "(…) dat de regeling van de exhibitieplicht, waarop art. 1923 BW doelt, niet vervalt maar in het ontwerp-bewijsrecht is ondergebracht in de artikelen 843a en 843b Rechtsvordering (…)" zou kunnen worden afgeleid van wel.[314] Ook onder het regime van voor 1988 werd reeds betoogd dat art. 1922 BW over de 'algemene' exhibitieplicht binnen het geding inroepbaar is, zodat art. 1923 over de specifieke processuele exhibitieplicht overbodig is.[315] Met betrekking tot het huidige art. 843a Rv is onomstreden dat er zowel binnen als buiten een procedure een beroep op kan worden gedaan.[316] Ik beperk me, gezien het bestek van dit onderzoek, tot de toepassing binnen een procedure jegens de processuele wederpartij.

In de nieuwe tekst is ervoor gekozen de exhibitieplicht niet alleen op stukken te betrekken maar ook op gegevens die op andere gegevensdragers zijn aangebracht. Overigens werd met betrekking tot art. 843a (oud) Rv de opvatting van H.W. Wiersma en K. Wiersma dat deze bepaling, ondanks de gebruikte bewoordingen, ook betrekking heeft op andere stukken dan onderhandse akten, algemeen gevolgd.[317] De eis van bepaaldheid brengt mee dat een vordering tot inzage in 'alle relevante stukken' of 'de gehele administratie van gedaagde' niet toewijsbaar zijn.[318]

50. De reikwijdte van de eis dat het moet gaan om "(…) bescheiden aangaande een rechtsbetrekking (…)" waarbij eiser of zijn rechtsvoorgangers "(…) partij zijn (…)" is niet zonder meer duidelijk. In het Arrest *News International c.s./ABN AMRO* heeft de Hoge Raad hierover in het kader van art. 843a (oud) Rv een

312 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 415-416 (MvT-RO).
313 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 415 (MvT-RO). Deze passage lijkt overigens zwaar te leunen op Star Busmann 1955, nr. 300.
314 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 417. In deze zin ook Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering III*), art. 843a, aant. 2. Anders Wiersma & Wiersma 1988, nr. 52.
315 Van Boneval Faure 1896 IV-1, p. 195; Asser/Anema & Verdam 1953, p. 235; Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering III*), art. 843a, aant. 2.
316 Bosch-Boesjes 2002 (*T&C Rv*), art. 843a Rv, aant. 1.
317 Wiersma & Wiersma 1988, nr. 6 en 52; Hoyng 1991, p. 108; Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 743; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995, nr. 66; Van den Reek 1997, nr. 28. De Hoge Raad heeft dit punt uitdrukkelijk in het midden gelaten in het arrest HR 18 februari 2000 (*News International c.s./ABN AMRO*), *NJ* 2001, 259 m.nt. PV. Neutraal ook Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering III*), art. 843a, aant. 4.
318 Vgl. HR 31 mei 2002 (*K./Aegon*), *RvdW* 2002, 93.

standpunt ingenomen.[319] In deze zaak vordert News afgifte van bankafschriften van rekeninghouders van ABN AMRO. Deze bankafschriften zouden kunnen bijdragen tot het bewijs dat een derde, Clinger, jegens News aansprakelijk zou zijn wegens het op frauduleuze wijze doen vloeien van gelden van News International naar de bankrekeningen waarop de afschriften betrekking hebben. De Rechtbank wijst de vordering van News af, overwegende dat (rov. 10) "(…) News International c.s. niet kunnen worden aangemerkt als partij in de rechtsbetrekking tussen ABN AMRO en de (…) rekeninghouders (…)". De Hoge Raad vat het tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddel als volgt samen (rov. 4.2.1): "Het betoogt dat het hier gaat om bankafschriften die betrekking hebben op een rechtsbetrekking waarbij News International c.s. (…) partij zijn (…)." De in dit middel vervatte klacht faalt, aldus de de Hoge Raad. Het oordeel van de Rechtbank geeft zijns inziens niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

> "Immers, de omstandigheid dat Clinger en de zijnen (…) aanzienlijke geldbedragen van News International c.s. naar Clinger hebben doen vloeien en de omstandigheid dat er aanwijzingen zouden zijn dat een aantal van die betalingen is verricht op de rekeningen van evenvermelde rekeninghouders, brengen op zichzelf niet mee dat sprake is van een rechtsbetrekking tussen News International c.s. en de Bank. Voorts is niet gesteld dat anderszins sprake is van een rechtsbetrekking tussen News International c.s. en de Bank."

Mede gezien de wijze waarop de Hoge Raad de tegen het oordeel van de Rechtbank geformuleerde klacht herformuleert, komt het mij voor dat de Hoge Raad in dit arrest omtrent art. 843a (oud) Rv de (enge) opvatting heeft aanvaard, dat eiser partij moet zijn bij de rechtsbetrekking waarvan de gevorderde bescheiden de neerslag vormen.[320]

51. Een ruimere opvatting op dit punt is mijns inziens, in ieder geval voor het huidige art. 843a Rv, denkbaar en wenselijk. Voor een dergelijke ruime opvatting zijn aanknopingspunten te vinden in de parlementaire geschiedenis en de literatuur.

In de parlementaire geschiedenis van art. 843a (nieuw) Rv wordt opgemerkt dat "(…) in de lijn van de met dit wetsvoorstel beoogde verruiming van artikel 843a Rv (…) in elk geval voor het komende recht ook een verbintenis uit onrechtmatige daad aan te merken als een rechtsbetrekking als bedoeld in die bepaling."[321] Met verbintenis uit onrechtmatige daad wordt hier kennelijk bedoeld een ten gevolge van een onrechtmatige daad ontstane verbintenis tot

---

319 HR 18 februari 2000 (*News International c.s./ABN AMRO*), *NJ* 2001, 259 m.nt. PV.

320 Ook in Asser/Vranken 1995, nr. 24 wordt deze betekenis aan art. 843a (oud) Rv toegekend. Dat de Hoge Raad deze opvatting aanhangt, laat zich in feite ook reeds afleiden uit HR 30 januari 1998 (*Interforce/Rosier*), *NJ* 1998, 459 m.nt. JBMV.

321 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 554 (Nota).

schadevergoeding. Tegen de achtergrond van deze opmerking wil ik twee punten aan de orde stellen.

Ten eerste, dat de bescheiden er juist mede toe kunnen dienen uit te maken of er wel onrechtmatig is gehandeld. Ook indien nog niet vaststaat of er onrechtmatig is gehandeld moet er mijns inziens een 'rechtsbetrekking waarbij eiser partij is' kunnen worden aangenomen. Ik moge verwijzen naar hetgeen ik in § 1.2 over het begrip rechtsbetrekking heb betoogd.

Het tweede punt raakt aan de opvatting van de Hoge Raad zoals deze naar voren komt in het arrest *News International c.s./ABN AMRO*. Tegen de opvatting van de Hoge Raad pleit het feit dat ook bescheiden die niet de neerslag vormen van de litigieuze rechtsbetrekking, van betekenis kunnen zijn voor de inhoud van die rechtsbetrekking. Wanneer A zich afvraagt of B onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door met C een bepaalde overeenkomst te sluiten, is de schriftelijke neerslag van de relatie B-C van belang voor het bepalen van de inhoud van de relatie A-B. De vraag is of tussen A en B een 'rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad' is ontstaan. Verdedigbaar is dat de bescheiden die de neerslag vormen van de relatie B-C op deze vraag betrekking hebben en derhalve bescheiden zijn "(…) aangaande een rechtsbetrekking (…)" waarbij eiser of zijn rechtsvoorgangers "(…) partij zijn (…)." Dit betekent dat in het voorbeeld A van B inzage in het contract B-C kan vorderen. De rechtsbetrekking waar het geschil om gaat is A-B, het stuk heeft primair betrekking op de relatie B-C maar tevens betekenis voor de inhoud van A-B.

Naar mijn mening moeten de woorden "(…) aangaande een rechtsbetrekking (…)" zo worden opgevat, dat deze zien op alle stukken, die voor het bepalen van de inhoud van een rechtsbetrekking van betekenis zijn.

Deze opvatting vindt steun in een andere passage uit de parlementaire geschiedenis. In de memorie van toelichting bij art. 843a Rv wordt opgemerkt dat in een zaak als *Interforce/Rosier*,[322] waarin Interforce de rechter tevergeefs verzocht Rosier te bevelen een afschrift van de koopovereenkomst tussen Rosier en een derde te overleggen, de rechter onder het nieuwe art. 843a Rv wel tot een toewijzing zou moeten komen.[323]

Mijn uitleg van de woorden "(…)aangaande een rechtsbetrekking (…)" uit art. 843a Rv vindt medestanders in de literatuur. Barendrecht en Van den Reek spreken op dit punt van een 'relevantie-vereiste'.[324] Hun invulling daarvan, die zij mede ontlenen aan de regeling van het getuigenbewijs, komt met mijn opvatting overeen. Vranken staat qua resultaat hetzelfde voor. Hij meent echter dat voor het bereiken van deze rechtstoestand ingrijpen van de wetgever noodzakelijk is.[325] Freudenthal[326] en Von Schmidt auf Altenstadt geloven

322 HR 30 januari 1998 (*Interforce/Rosier*), *NJ* 1998, 459 m.nt. JBMV.
323 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 553-554 (MvT).
324 Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 739.
325 Vranken 1992b, nr. 5; Asser/Vranken 1995, nr. 24.

wel dat de tekst van art. 843a Rv ruimte laat voor het bereiken van de ook door hen voorgestane ruime opvatting. Laatstgenoemde wijst op hetzelfde rechtssystematische argument als Barendrecht en Van den Reek: het heeft geen goede zin de exhibitieplicht met betrekking tot stukken aan grotere beperkingen onderhevig te doen zijn dan aan de getuigplicht.[327]

Deze opvatting vindt ook steun in het recht van Frankrijk en België, waarin wordt uitgegaan van een relevantie-vereiste. Het Duitse recht, dat op dit punt terughoudend en ingewikkeld is, zou ik als inspiratiebron in deze willen ontraden.[328]

52. In het licht van het bovenstaande vormt de belangrijkste drempel voor toewijzing van een vordering ex art. 843a Rv het vereiste van rechtmatig belang, waarop ik nu inga.

Het criterium 'rechtmatig belang' is volgens de parlementaire geschiedenis van art. 843a (oud) Rv ruimer bedoeld dan het 'enig recht kan doen gelden', waarmee de Hoge Raad in zijn arresten van 1921 en 1947 het begrip 'gemene titel' uitlegt. Waar het om gaat is dat de houder van de akte niet nodeloos wordt lastiggevallen.[329] Barendrecht en Van den Reek willen 'rechtmatig belang' uitleggen als bewijsbelang.[330] Zij beroepen zich hierbij op het arrest van 1921, waarbij de Hoge Raad overweegt dat de verzoeker "(…) op den titel, als bewijsstuk, eenig recht kan doen gelden (…)."[331]

De door Barendrecht en Van den Reek verdedigde visie op dit punt, waarbij ik mij aansluit, heeft binnen de hierboven geschetste A-B-C-casus de volgende consequenties. Rechtmatig belang is afwezig indien de door A gestelde contractsinhoud ten processe niet door B wordt weersproken. De stellingen van A komen in dat geval op de voet van art. 149 lid 1 Rv vast te staan. Rechtmatig belang is tevens afwezig indien de inhoud van het document zoals gesteld door A niet geschikt is om bij te dragen aan het bewijs van door A ingenomen stellingen of tot toewijzing van de door A ingestelde vordering. De dadelijk te bespreken subsidiariteitsgedachte kan als uitwerking van deze eis van noodzakelijkheid[332] worden beschouwd.

Voor toewijzing van een vordering op grond van art. 843a Rv is voorts vereist dat de betreffende bescheiden bestaan en ter beschikking of onder

---

326 Freudenthal 2002, p. 113.

327 Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 12-13.

328 Opvallend is dat het door de Hoge Raad kennelijk in het arrest *News International c.s./ABN AMRO* ingenomen standpunt goed in het Duitse recht zou passen.

329 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 416 (MvT-RO). Zo ook Wiersma & Wiersma 1988, nr. 52; Hoyng 1991, p. 108.

330 Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 741. Vgl. Hoyng 1991, p. 108; Van den Reek 1997, nr. 27.

331 HR 20 mei 1921 (*Weisbard c.a./De Ridder*), *NJ* 1921, 788, *W* 10 776 m.nt. SB, herhaald in HR 31 januari 1947 (*Baus/De Koedoe*), *NJ* 1948, 115. Vgl. Rb. Groningen 22 november 2002, *NJ* 2003, 102.

332 Zie voor deze term Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 741.

berusting zijn van degene jegens wie het bevel wordt gevorderd. Dit en de voorwaarde van rechtmatig belang stellen samen aanzienlijke eisen aan de stellast van eiser, min of meer zoals men die ook in het Franse, Belgische en Duitse recht kent. Deze stellast vindt zijn grens waar het gaat om de precieze inhoud van de bescheiden, daar eiser hieromtrent dikwijls weinig informatie zal hebben.[333] Omgekeerd bieden de genoemde aspecten van de stellast aanknopingpunten voor (gemotiveerde) betwisting door gedaagde.

53. Gedaagde kan zich ter afwering van een vordering ex art. 843a lid 1 Rv beroepen op een eventuele geheimhoudingsplicht uit hoofde van ambt, beroep of betrekking, indien de bescheiden uitsluitend uit dien hoofde te zijner beschikking staan of onder zijn berusting zijn (art. 843a lid 3 Rv). Hiermee komt het Nederlandse recht grofweg overeen met de Franse, Belgische en Duitse regeling op dit punt. Tevens kan gedaagde zich (art. 843a lid 4 Rv) beroepen op "(…) gewichtige redenen (…)" of het feit dat "(…) redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd." Bij gewichtige redenen kan worden gedacht aan bescherming van de privacy (sexuele geaardheid, medische status, financiële positie) of bedrijfsgeheimen (zie nader § 2.2.7.4).[334] De inhoud van het adagium *nemo tenetur edere contra se* vormt niet een dergelijke reden en maakt geen deel (meer) uit van het geldende recht.[335]

Met de mogelijkheid zich te beroepen op de omstandigheid dat "(…) redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd (..)" lijkt een subsidiariteitselement te zijn ingebracht: de memorie van toelichting noemt met name de mogelijkheid dat voldoende andere bewijsmiddelen voorhanden zijn.[336] Een dergelijke subsidiariteit wordt ook in het Franse recht aangenomen (zie § 2.3.2.1). Aan te nemen valt dat de beperkingen die in art. 843a Rv met betrekking tot de exhibitieplicht zijn neergelegd, voldoende waarborgen bieden tegen misbruik (de zogenaamde 'fishing exeditions').[337]

De Nederlandse rechter ontbeert, evenals in het Duitse recht maar anders dan in het Franse en Belgische recht, beslissingsvrijheid ten aanzien van een vordering tot overlegging van stukken. Indien de vordering in het licht van de vereisten van art. 843a Rv voor toewijzing in aanmerking komt, dient hij tot toewijzing over te gaan. Wel kan hij de wijze bepalen waarop inzage,

---

333 Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 742; Van den Reek 1997, nr. 26.

334 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 157 (Nota); Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 13.

335 HR 12 juni 1953 (*K.H./P.v.d.Z.*), *NJ* 1954, 61 m.nt. DJV; HR 28 september 2001 (*Rowa c.s./ Hooters Inc. c.s.*), *NJ* 2002, 104 m.nt. DWFV; Ten Kate 1962, p. 207 nt. 34; Heemskerk 1985a; *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 236 (NMvA II); Klaassen 2001, nr. 34; Klaassen 2002, p. 1452; Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 11. Anders nog De Pinto II-1 1857, p. 269; Oudeman I 1874, p. 191; Suijling I-2 1928, nr. 388.

336 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 553 (MvT).

337 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 154 en 553 (MvT).; Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 13.

afschrift of uittreksel moet worden verschaft (art. 843a lid 2 Rv). Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat met een op grond van art. 843a Rv gegeven bevel een rechtsplicht ontstaat van degene jegens wie het bevel zich richt.[338] Een op de vordering uitgesproken rechterlijk bevel kan worden versterkt met een dwangsom.[339] Uit een weigering aan een dergelijk bevel te voldoen kan de rechter – een punt dat in Frankrijk en België omstreden is – de gevolgtrekkingen maken, die hij geraden acht (zie 5.5.3.1).[340] Reële executie van het bevel door middel van een 'bewijsbeslag' lijkt mogelijk,[341] evenals een schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad bij niet-nakoming van het bevel. Hierboven bleek dat in de onderzochte buitenlandse stelsels de mogelijkheid van reële executie omstreden is, maar een vordering tot schadevergoeding toewijsbaar wordt geacht (zie met name art. 10 al. 2 Cc).

2.3.3 De plicht een verklaring af te leggen

2.3.3.1 Frankrijk

54. Het Franse recht kent als uitgangspunt dat partijen niet als getuige (*témoin*) kunnen optreden.[342] Dit volgt al uit de naam van het hoofdstuk van de Nouveau Code de Procédure Civile over bewijs door verklaringen van personen: "Les déclarations des tiers". Wel kan de rechter (een van) partijen in persoon doen verschijnen ter ondervraging (art. 184-198 NCPC), eventueel op initiatief van de wederpartij.[343] Hij kan daarbij ook vragen stellen die hem daartoe door de wederpartij zijn voorgelegd (art. 193 NCPC). Bij dit alles heeft de rechter beslissingsvrijheid.[344] De rechter (art. 198 NCPC) "(…) peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalant à un commencement de preuve par écrit." Partijen zijn echter niet tot verschijnen of tot antwoorden verplicht. Op partijen, zo valt uit het bovenstaande af te leiden, rust geen rechtsplicht maar een last om een verklaring af te leggen. Partijen kunnen niet gedwongen worden zich uit te spreken, maar zwijgen kan negatieve gevolgen hebben. Zo kan de rechter er een feitelijk vermoeden aan ontlenen[345] en zelfs een erkenning (*aveu*) van litigieuze feiten.[346] Indien partijen zich

338 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 154 (MvT).
339 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 154 (MvT); Klaassen 2001, nr. 16.
340 Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering III*), art. 843a, aant. 2.
341 Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 743-745. Zie Robert e.a. (*NCPC*), art. 145, aant. c1. Vgl. CA Paris 5 februari 1986, *RTDciv.* 1986, p. 798 m.nt. Jacques Normand.
342 Solus & Perrot III 1991, nr. 834; Vincent & Guinchard 2001, nr. 1093.
343 Vincent & Guinchard 2001, nr. 1071. Vgl. art. 143 NCPC.
344 Lacroix-Andrivet 2002, nr. 3871-3873.
345 Solus & Perrot III 1991, nr. 826.
346 Solus & Perrot III 1991, nr. 828.

uitspreken zullen ze zich hierbij moeten onthouden van het innemen van stellingen waarvan ze de onjuistheid kennen of behoren te kennen. Dit volgt uit de algemene norm omtrent partijuitlatingen die in § 2.2.2 aan de orde is gekomen.

55. De vertegenwoordiger van een rechtspersoon kan wel op eigen naam als getuige fungeren.[347] Aldus wordt de figuur van de partij-verklaring dicht genaderd. Bovendien is in de Franse literatuur naar aanleiding van het EHRM-arrest *Dombo Beheer/Nederland*[348] de vraag gerezen of art. 6 lid 1 EVRM meebrengt dat ook partijen als getuige moeten kunnen worden toegelaten.[349] Dit alles rechtvaardigt de bespreking van de verklaring van de derde in het kader van dit onderzoek.

Naast het getuigenverhoor (*enquête*, art. 204-231 NCPC) staat de schriftelijke verklaring (*attestation*, art. 200-203 NCPC) als wijze waarop derden verklaringen tot bewijs af kunnen leggen (art. 199 NCPC). De *attestation*, die een eenvoudig alternatief voor het verhoor vormt, zal in het navolgende buiten beschouwing blijven.

Opgeroepen getuigen (*témoins*) zijn verplicht op te komen en een verklaring af te leggen (art. 206 NCPC). De verplichting om te getuigen laat zich baseren op het in § 2.2.2 besproken art. 10 Cc.[350] De getuige die niet verschijnt of weigert (beëdigd) te verklaren riskeert een *amende civile* (boete, art. 207 NCPC). De mogelijkheid van een dwangsom wordt niet in de wet genoemd. Solus en Perrot menen dat degene die genoemde verplichtingen schendt, hiervoor op grond van burgerlijk recht aansprakelijk is.[351] Getuigen zijn verplicht de waarheid te spreken,[352] hetgeen zich (zie § 2.2.2) weer zo laat uitleggen dat zij zich moeten onthouden van verklaringen waarvan ze weten of moeten weten dat ze onjuist zijn. Schending van deze verplichting leidt tot civielrechtelijke[353] en soms zelfs strafrechtelijke[354] aansprakelijkheid.

Het initiatief tot het oproepen van bepaalde getuigen ligt mede bij partijen.[355] In combinatie met de opkomstplicht, de antwoordplicht en de plicht de waarheid te spreken betekent dit dat partijen, wanneer de rechter getuigenbewijs toestaat, getuigen kunnen dwingen gegevens in te brengen. Door het uitsluiten van partijen van de getuigplicht is het echter slechts op indirecte

347 Req. 12 februari 1862, *D.* 1862, 1, 187; Solus & Perrot III 1991, nr. 834.
348 EHRM 27 oktober 1993 (*Dombo Beheer/Nederland*), *NJ* 1994, 534 m.nt. HJS en EJD.
349 Vincent & Guinchard 2001, nr. 1093. De Nederlandse Hoge Raad heeft in het kader van het burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Antillen geoordeeld dat het Dombo-arrest niet tot zulke algemene conclusies dwingt. Zie HR 10 augustus 2001 (*Domaro/Pennings c.s.*), *NJ* 2001, 526. In dezelfde zin H.J. Snijders 1994b, nr. 6.
350 Solus & Perrot III 1991, nr. 843; Lacroix-Andrivet 2002, nr. 3880.
351 Solus & Perrot III 1991, nr. 843.
352 Solus & Perrot III 1991, nr. 847.
353 Solus & Perrot III 1991, nr. 849.
354 Solus & Perrot III 1991, nr. 848.
355 Solus & Perrot III 1991, nr. 860; Vincent & Guinchard 2001, nr. 1086.

wijze – bijvoorbeeld door het in privé oproepen van de vertegenwoordiger van een rechtspersoon – mogelijk partijen via een getuigenis te dwingen gegevens in te brengen.

2.3.3.2 België

56. Het Gerechtelijk Wetboek maakt onderscheid tussen het verhoor van getuigen tot bewijs (art. 915-961 Ger.W.) en het verhoor van partijen (art. 992-1004 Ger.W.). Partijen kunnen, zo volgt uit dit wettelijk onderscheid, niet als getuige worden gehoord.[356] Het verhoor van (een van) partijen conform de regeling van art. 992-1004 Ger.W. vindt plaats op (eventueel ambtshalve gegeven) bevel van de rechter (art. 992 Ger.W.). Van Reepinghen en Rouard menen dat de partij die wegblijft, aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade. Daaruit kan worden afgeleid dat zij menen dat op partijen een rechtsplicht rust op hun verhoor te verschijnen.[357] Het Hof van Cassatie heeft echter de mogelijkheid van versterking van een bevel tot verschijning met een dwangsom afgewezen.[358] Zijn oordeel dat het hier niet om een 'veroordeling' gaat, pleit tegen het aannemen van een rechtsplicht tot verschijning.

Partijen kunnen elkaar via een verzoek aan de rechter vragen stellen (art. 1000 jo. 938 Ger.W.). De vraag is of partijen tot antwoorden verplicht zijn. Duidelijk is wel, dat voorzover ze zich uitlaten, ze zich moeten onthouden van 'leugens' (zie § 2.2.3). Stijns is van mening dat de rechter op weigerachtigheid van een partij kan reageren door aan te nemen dat de betreffende feiten vast zijn komen te staan.[359] Ten slotte wordt ook in België wel de vraag gesteld, of de verschillende behandeling van verklaringen van getuigen en derden in het licht van het arrest *Dombo Beheer/Nederland*[360] de toets van art. 6 lid 1 EVRM wel kan doorstaan.[361]

2.3.3.3 Duitsland

57. Het Duitse burgerlijk procesrecht kent het *Zeugenbeweis* (§ 373-401 ZPO) en de *Parteivernehmung* (§ 445-455 ZPO) als naast elkaar staande wijzen van bewijsvoering.[362] Ze sluiten elkaar uit: wie als partij gehoord kan worden,

356 De Baets 2000, nr. 6.
357 Van Reepinghen 1964, p. 390; Rouard 1980, nr. 259.
358 Cass. 18 februari 1988, *RW* 1989-90, p. 145, *Pas.* 1988 I, p. 722, *JT* 1989, 261. Zie ook de conclusie van A-G Piret bij dit arrest.
359 Stijns 1990, p. 1017. Vgl. Storme 1962, nr. 210.
360 EHRM 27 oktober 1993 (*Dombo Beheer/Nederland*), *NJ* 1994, 534 m.nt. HJS en EJD.
361 De Baets 2000, nr. 9. De Nederlandse Hoge Raad heeft in het kader van het burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Antillen geoordeeld dat het Dombo-arrest niet tot zulke algemene conclusies dwingt. Zie HR 10 augustus 2001 (*Domaro/Pennings c.s.*), *NJ* 2001, 526. In dezelfde zin H.J. Snijders 1994b, nr. 6.
362 Jauernig 2002, § 54 I.

kan geen getuige zijn en wie niet als partij gehoord kan worden, kan getuige zijn.[363] In het kader van dit onderzoek kan ik mij beperken tot de *Parteivernehmung*.

De *Parteivernehmung* vormt een wijze van bewijsvoering en moet als zodanig worden onderscheiden van de *Anhörung der Parteien* (§ 141 ZPO). Deze laatste figuur speelt geen rol bij de bewijsvoering door partijen maar is een rechterlijke maatregel tot, onder meer, het oplossen van onduidelijkheden met betrekking tot aard en omvang van het geschil.[364]

In een procedure kan het op twee manieren tot een *Parteivernehmung* komen. Ten eerste kan de partij, die er niet in slaagt haar stellingen met andere middelen (volledig) te bewijzen of geen andere bewijsmiddelen naar voren heeft gebracht, bewijs door verhoor van de wederpartij aanbieden (§ 445 ZPO). Ten tweede kan de rechter, indien de bewijsvoering niet voldoet, een verhoor van (een van) partijen bevelen om tot een overtuiging van (on)waarheid omtrent het te bewijzen feit te verkrijgen (§ 448 ZPO). Hieruit blijkt dat de *Parteivernehmung* als bewijsmiddel een subsidiair karakter heeft.[365]

Bij het verhoor van een partij kan de wederpartij haar vragen (doen) stellen (§ 451 jo. 397 ZPO). Anders dan bij het verhoor van getuigen kan van partijen het verschijnen noch het beantwoorden van vragen worden afgedwongen.[366] Als de ondervraagde partij er echter voor kiest een vraag te beantwoorden, is hij verplicht zich daarbij te houden aan de waarheidsplicht van § 138 I ZPO (zie § 2.2.3.3).[367] De rechter kan uit de weigerachtigheid van de te verhoren partij wel voor laatstgenoemde nadelige gevolgtrekkingen maken.[368] Men name kan de rechter het te bewijzen feit als bewezen beschouwen (§ 446 I ZPO).

De conclusie van dit alles moet zijn dat, aangezien partijen niet tot verschijnen en antwoorden verplicht zijn, zij elkaar niet via de *Parteivernehmung* kunnen dwingen gegevens in te brengen.[369] Op partijen rust in dit kader geen andere plicht dan de waarheidsplicht van § 138 I ZPO.[370] Wel rust op

---

363 BGH 16 oktober 1991, *NJW-RR* 1992, p. 314; BGH 11 juli 1994, *NJW-RR* 1994, p. 1143; Stein/Jonas/Leipold 1999, vor § 445, Rn. 11; Baur/Grunsky 2000, Rn. 185; Jauernig 2002, § 53 I.

364 BGH 16 oktober 1987, *NJW-RR* 1988, p. 395; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 124 I 2; Stein/Jonas/Leipold 1999, vor § 445, Rn. 4; Baur/Grunsky 2000, Rn. 193; Jauernig 2002, § 56 III 3; Schreiber 2000 (*MK*), § 445, Rn. 2; Zöller/Greger 2002, vor § 445, Rn. 1.

365 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 124 II 1; Stein/Jonas/Leipold 1999, § 445, Rn. 12-16; Baur/Grunsky 2000, Rn. 192 sub 1; Jauernig 2002, § 56 III 1; Schreiber 2000 (*MK*), § 445, Rn. 6; Zöller/Greger 2002, Vor § 445, Rn. 5. Kritisch over deze subsidiariteit Nagel 1989.

366 Stein/Jonas/Leipold 1999, § 446, Rn. 1 en § 454, Rn. 1; Baur/Grunsky 2000, Rn. 185; Jauernig 2002, § 56 IV; Zöller/Greger 2002, § 446, Rn. 4.

367 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 124 I 3; Prange 1995, p. 28; Jauernig 2002, § 56 III 3.

368 Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 124 I 4; Baur/Grunsky 2000, Rn. 185; Schreiber 2000 (*MK*), § 445, Rn. 3.

369 Stein/Jonas/Leipold 1999, § 446, Rn. 1.

370 Zöller/Greger 2002, Vor § 445, Rn. 6.

partijen hier in zoverre een medewerkingslast dat weigerachtigheid tot nadelige gevolgen kan leiden.[371]

2.3.3.4 Nederland

58. Steeds wanneer getuigenbewijs is toegelaten en wordt aangeboden met betrekking tot gestelde relevante en betwiste feiten, beveelt de rechter een getuigenverhoor (art. 166 lid 1 Rv). In zoverre hebben partijen recht op getuigenbewijs.[372] In de Nederlandse civiele procedure kunnen ook partijen als getuige optreden (art. 164 lid 1 Rv). Hiermee wijkt het Nederlandse recht af van het recht van Frankrijk, België en Duitsland.

De door de belanghebbende partij opgegeven getuigen worden in eerste instantie door haarzelf bij exploot of aangetekende brief opgeroepen (art. 170-171 Rv). De rechter kan bevelen dat een bij exploot opgeroepen, maar niet verschenen getuige, ook als het een partij-getuige betreft,[373] onder dwang voor hem wordt gebracht om aan zijn verplichtingen te voldoen (art. 172 Rv).

Getuigen zijn in beginsel verplicht een verklaring af te leggen (art. 165 lid 1 Rv). Dit geldt ook voor de partij-getuige.[374] De mogelijkheid een weigerachtige getuige in gijzeling te stellen tot hij aan zijn verplichtingen zal hebben voldaan, bestaat niet bij de partij-getuige (art. 173 lid 1 Rv). De rechter op kan op verzoek van de belanghebbende de getuige een dwangsom opleggen.[375] De vraag is of dit ook geldt voor de partij-getuige.[376] In de parlementaire overwegingen rond het afzien van toepasselijkheid van de mogelijkheid tot gijzeling op de partij-getuige wordt in het algemeen gesproken van het buiten toepassing laten van dwangmiddelen. Dit biedt steun aan de gedachte dat met betrekking tot een partij-getuigenis geen dwangsom kan worden opgelegd.[377] Of de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom[378] hiertoe ruimte biedt, lijkt mij echter twijfelachtig.[379]

371 Stürner 1991, p. 213; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 124 I 4; Stein/Jonas/Leipold 1999, § 446, Rn. 1; Zöller/Greger 2002, Vor § 445, Rn. 6.

372 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 221.

373 Veegens/Flach (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Inleiding bewijsrecht, aant. 9; Haardt & Gerretsen (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 198, aant. 1; Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering I*), art. 172, aant. 1.

374 HR 19 februari 1993 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1994, 344 m.nt. HJS; *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 259 (MvA II); Haardt & Gerretsen (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 190, aant. 3; Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering* I), art. 164, aant. 3; Van den Reek 1997, nr. 18; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 86; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 223.

375 HR 18 mei 1979 (*Hulskorte/Van der Lek*), *NJ* 1980, 213 m.nt. WHH.

376 Veegens/Flach (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Inleiding bewijsrecht, aant. 9.

377 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 259 (MvA II).

378 *Trb.* 1974, 6.

379 Zie met name art. 2 van de Overeenkomst, dat geen ruimte lijkt te laten voor enige beperking van het toepassingsbereik van de Overeenkomst.

Gezien de discretionaire bevoegdheid van de rechter bij het opleggen van dwangsommen zal de praktische betekenis van deze vraag beperkt zijn.

59. De weigerachtige getuige kan worden veroordeeld tot vergoeding van vergeefs gemaakte kosten (art. 178 Rv). Daarnaast noemt art. 178 Rv de mogelijkheid van "(…) aansprakelijkheid tot schadevergoeding indien daartoe gronden zijn." Er is geen reden te veronderstellen dat art. 178 Rv niet van toepassing is op de partij-getuige.[380] Bovendien kan de rechter uit weigerachtigheid de conclusies trekken die hij geraden zal achten (art. 179 lid 4 Rv).

Uit art. 165 lid 1 jo. 178 Rv kan worden afgeleid dat het afleggen van een getuigenis, ook voor de partij-getuige, een rechtsplicht vormt, waaraan zij zich slechts kan onttrekken indien zij zich daartoe kan beroepen op het verschoningsrecht van art. 165 lid 3 Rv.[381] Bij het nakomen van deze rechtsplicht zal de partij-getuige zich moeten houden aan de waarheidsplicht van art. 21 Rv, inhoudende dat zij zich moet onthouden van uitlatingen waarvan zij weet of behoort te weten dat zij onwaar zijn (zie § 2.2.6). Dit valt met betrekking tot de onder ede afgelegde partij-getuigenverklaring (art. 177 lid 2 Rv) ook af te leiden uit art. 207 lid 1 Sr. Dit alles leidt tot de conclusie dat partijen elkaar via het getuigenverhoor kunnen verplichten gegevens in te brengen.

60. De getuigplicht strekt, aldus de Hoge Raad in het arrest *Hulskorte/Van der Lek*, "(…) rechtstreeks ter bescherming van de belangen van de (…) partij (…)" die belang heeft bij de getuigenis.[382] Heemskerk heeft in zijn noot bij dit arrest daarentegen de opvatting verdedigd dat de getuigplicht dan wel een rechtsplicht is en schending ervan dus onrechtmatig, maar dat de regel waaruit deze plicht voortvloeit geen Schutznorm voor de belanghebbende partij is. Zij is "(…) niet een norm die de strekking heeft de partij in zijn vermogensrechtelijke belangen te beschermen. Het belang dat een burgerlijke partij erbij heeft dat een medeburger zijn getuigplicht naleeft, behoort niet tot de belangen die vallen onder de bescherming die art. 1401 BW bedoelt te bieden."[383] De getuigplicht is, aldus kennelijk Heemskerk, een rechtsplicht en de belanghebbende partij heeft belang bij naleving ervan, maar "(…) een procesrechtelijk en geen vermogensrechtelijk belang."[384]

---

380 Veegens/Flach (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Inleiding bewijsrecht, aant. 9.

381 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 86; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 223. Dit kan niet worden ontleend aan art. 165 lid 2 sub a Rv: zie HR 19 februari 1993 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1994, 344 m.nt. HJS. Partijen hebben geen algemeen verschoningsrecht gekregen. Zie *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 236-238 (NMvA II); De Tombe-Grootenhuis 1993, p. 44; Haardt & Gerretsen (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 190, aant. 3; Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering I*), art. 164, aant. 3. Ook aan Europees mededingingsrecht kan een dergelijk verschoningsrecht in civiele zaken niet worden ontleend. Zie HvJ EG 10 november 1993 (*Otto/Postbank*), zaak C-60/92, *Jur.* 1993, p. I-5683, *NJ* 1994, 256.

382 HR 18 mei 1979 (*Hulskorte/Van der Lek*), *NJ* 1980, 213 m.nt. WHH.

383 Heemskerk 1980b.

384 Heemskerk 1980b.

Tegen de opvatting van Heemskerk zou ik het volgende willen inbrengen. Naar mijn mening laten 'procesrechtelijke belangen' zich niet zonder meer scheiden van 'vermogensrechtelijke belangen': een belangrijke, zo niet de belangrijkste, functie van het burgerlijk proces is toch de rechtzoekende de mogelijkheid te bieden zijn vermogensbelangen te behartigen, hetgeen onder meer geschiedt via waarheidsvinding. Ook overigens zie ik geen reden waarom de getuigplicht niet mede zou strekken tot het beschermen van de belanghebbende partij tegen de schade die kan ontstaan ten gevolge van niet of leugenachtig getuigen. In beginsel strekt iedere privaatrechtelijke verplichting, dus ook de getuigplicht, mede tot bescherming van eenieder tegen schade die door schending van de verplichting kan ontstaan. Ik ben dan ook van mening dat schending van de getuigplicht door een procespartij onrechtmatig is jegens de wederpartij.

2.3.4 De plicht gegevens in te brengen: conclusie

61. In de onderzochte rechtsstelsels kunnen partijen elkaar in zekere mate verplichten gegevensdragers in te brengen. De beperkingen die de stelsels kennen, verschillen, evenals de opvattingen over de mogelijkheden het inbrengen van de gegevensdragers daadwerkelijk af te dwingen. In dit laatste lijkt het Nederlandse recht het verst te gaan door de mogelijkheid van een dwangsom en wellicht zelfs reële executie. De belangrijkste beperkingen zijn, grof gezegd, de eis dat de gegevensdrager (bewijsrechtelijke) relevantie moet hebben voor het geschil ten behoeve waarvan afgifte wordt gevorderd en de weigeringsgronden in verband met het beroepsgeheim. De regel *nemo tenetur edere contra se* maakt in geen van de onderzochte landen deel (meer) uit van het geldende recht en is dus geen weigeringsgrond.

Van de onderzochte rechtsstelsels kent alleen Nederland een voor partijen geldende getuigplicht. Zowel het Franse, Belgische als Duitse procesrecht leggen de partij geen plicht, maar een last om een verklaring af te leggen: de plicht te antwoorden ontbreekt, maar zwijgen kan negatieve consequenties hebben. De onderzochte rechtsstelsels hebben met betrekking tot de partijverklaring gemeen dat voorzover partijen zich uitlaten, ze dit, kort gezegd, te goeder trouw moeten doen. Dit volgt uit de in § 2.2 gedane bevindingen aangaande de waarheidsplicht. De onderzochte rechtsstelsels hebben evenzeer gemeen, dat partijen niet kunnen worden gedwongen te verklaren. Voor het Franse, Belgische en Duitse recht volgt dit reeds uit het feit dat op partijen geen rechtsplicht tot verklaren rust. In het Nederlandse recht is voor de partijgetuige een uitzondering gemaakt op het beginsel dat aan de nakoming van een rechtsplicht indirecte executiemiddelen kunnen worden verbonden.[385]

385 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 240.

Reële executie van de getuigplicht is, anders dan bij de plicht gegevens in te brengen, niet goed denkbaar.
Partij-verplichtingen om gegevens in te brengen ontstaan pas door een rechterlijk bevel. Aldus hebben partijen niet de plicht spontaan gegevens in te brengen: steeds gaat het initiatief van de wederpartij of de rechter uit. De genoemde verplichtingen zijn, naar Nederlands recht, rechtsplichten die mede strekken tot bescherming van de wederpartij. Geen van beide plichten houdt een verbintenis in: er staat geen subjectief vermogensrecht tegenover (zie § 2.1.2.1). Niet-nakoming vormt een onrechtmatige daad jegens de wederpartij en kan tot een verplichting tot schadevergoeding leiden.

2.4 De plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging

2.4.1 Inleiding

62. De potentieel lange duur van het burgerlijk proces wordt reeds lang[386] als een van de grootste problemen van de civiele procedure ervaren. Het levert de maatschappij hoge directe en indirecte kosten op, tast het vertrouwen in de rechtspraak aan en brengt de effectieve toegang tot de rechter in gevaar.[387] Het belang dat in Nederland wordt gehecht aan een aanvaardbare procesduur kan worden geïllustreerd door een door Eshuis samengestelde lijst van gedurende bijna anderhalve eeuw gedane voorstellen tot versnelling van de civiele bodemprocedure.[388] In Europees verband valt te wijzen op de in art. 6 lid 1 EVRM neergelegde eis van een behandeling van een civiele zaak binnen een redelijke termijn en de daaraan verbonden staatsaansprakelijkheid.[389]

Een (te) lange duur van een civiele procedure kan verschillende oorzaken hebben. Met betrekking tot de rol van de gerechten in deze kan worden gewezen op de combinatie capaciteit-instroom-werkvoorraad. Zolang de capaciteit de instroom nauwelijks aankan zal de werkvoorraad eerder stijgen dan dalen, waardoor de door een bestaande werkvoorraad veroorzaakte vertraagde afhandeling niet zal afnemen.[390]

De mogelijkheden tot vertragend partijgedrag tegen de wil van de wederpartij lijken, onder de huidige regelgeving in Nederland, op het eerste gezicht beperkt. Partijen zijn gehouden aan de voor de verschillende proceshandelingen staande termijnen, onder de last van verlies van het recht de proceshandeling te verrichten. Het probleem is gelegen in de hoeveelheid mogelijke proces-

386 Bijv. Meijers 1918; Zonderland 1977, p. 248-254; Eshuis 1998, p. 10-12, alle met nadere verwijzingen.
387 Eshuis 1998, p. 11.
388 Eshuis 1998, p. 12.
389 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 41.
390 Eshuis 1998, p. 3.

handelingen, met name de groep proceshandelingen die in Nederland bekend staat onder de naam 'incidenten'.

63. Vertragend partijgedrag is niet zonder meer ongeoorloofd jegens de wederpartij. Vrijwel elke processuele gedraging van partijen heeft een vertragend effect op het verloop van de procedure. Dit gedrag heeft doorgaans de vorm van de uitoefening van wettelijke bevoegdheden, zodat uitgangspunt moet zijn dat het gedrag geoorloofd is. Ergens loopt echter een grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd vertragend procesgedrag. In deze paragraaf probeer ik deze grens aan te duiden en te laten zien hoe zij in het concrete geval moet worden bepaald. Het uitgangspunt dat er een grens is, meen ik te mogen afleiden uit een van de uitgangspunten van het procesrecht, te weten de noodzakelijke eindigheid van het proces: *lites finiri oportet*. Civiele procedures zijn bedoeld om burgerlijke rechten te kunnen realiseren en om die functie te kunnen vervullen moeten ze eindig zijn (zie § 4.3.2.4). Dit brengt mee dat het niet binnen de macht van een partij mag liggen een procedure tot in het oneindige te rekken. Bovendien blijken er voor het aannemen van een dergelijke grens tussen partijen in het EVRM en de verschillende nationale rechtsstelsels stevige aanknopingspunten te vinden.

In deze paragraaf gaat het om rechtsplichten tot het voorkomen van vertraging. Naast deze rechtsplichten staan tal van temporeel getinte partijlasten waarvan veronachtzaming negatieve rechtsgevolgen oplevert. De veronachtzaming van lasten is echter op zichzelf toegestaan (zie § 2.1.2.2). Op de figuur van de last zal ik in hoofdstuk 4 ingaan.

2.4.2 De betekenis van art. 6 lid 1 EVRM voor de verhouding tussen partijen

64. "Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (…) heeft een ieder recht op een (…) behandeling van zijn zaak (…) binnen een redelijke termijn (…)" (art. 6 lid 1 EVRM).[391] De vraag is in hoeverre burgers jegens elkaar een beroep kunnen doen op schending van de in art. 6 lid 1 EVRM neergelegde norm. Met deze vraag betreed ik het terrein van de horizontale werking van internationaalrechtelijke normen.

Uitgangspunt is dat internationaalrechtelijke normen primair tot staten zijn gericht.[392] Ook de normen van het EVRM richten zich in eerste instantie tot de verdragsstaten. Particulieren kunnen bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens slechts klagen over rechtsschending door staten (art.

391 "In the determination of his civil rights and obligations (…) everyone is entitled to a (…) hearing within a reasonable time (…)"; "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (…) dans un délai raisonnable (…)"; "Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache (…) innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird (…)."

392 Alkema 1995, p. 115.

34 EVRM). Dit hoeft echter op zichzelf niet te betekenen dat de in het EVRM neergelegde rechten geen verplichtingen voor individuen met zich mee kunnen brengen.[393] Uit art. 34 EVRM volgt echter, dat eventuele dergelijke verplichtingen bij het Hof slechts op indirecte wijze, via een klacht tegen een verdragsstaat, aan de orde kunnen komen.[394] Dit laat de mogelijkheid van inroeping van het EVRM jegens particulieren voor de nationale rechter (art. 13 EVRM) onverlet.[395] Het bestaan van deze mogelijkheid dwingt echter op zichzelf ook weer niet tot de conclusie, dat er sprake is van horizontale werking van de in het EVRM neergelegde rechten.[396]

Horizontale werking vormt een aanvulling op het uitgangspunt dat internationaalrechtelijke normen zich tot staten richten.[397] Noch de verdragstekst noch de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM bieden expliciete aanwijzingen aangaande horizontale werking.[398] Sommigen betogen dat uit enkele van de bepalingen van het verdrag kan worden afgeleid dat het verdrag als geheel horizontale werking beoogt te verlenen aan de erin vervatte rechten.[399] Maar zelfs de minder vergaande opvatting dat per bepaling moet worden bezien in hoeverre horizontale werking kan worden aangenomen, levert geen eenduidige resultaten op.[400]

Wel duidelijk is dat verschillende van de in het EVRM neergelegde rechten zich naar aard en inhoud uitstekend lenen voor toepassing in horizontale relaties.[401] Het aannemen van horizontale werking lijkt in ieder geval geïndiceerd "(…) wanneer uit het mensenrecht voor de staat een verplichting kan worden afgeleid om door wettelijke of andere maatregelen te voorkomen dat het recht door derden wordt geschonden."[402] Het Hof neemt in zijn jurisprudentie wel dergelijke 'positieve verplichtingen' aan teneinde verdragsrechten op effectieve wijze te realiseren.[403]

65. Over de eventuele horizontale werking van art. 6 lid 1 EVRM heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens nog geen uitspraak gedaan. Wel

393 Eissen 1961, p. 172; Vasak 1964, p. 79; Van Emde Boas 1965, p. 13; Eissen 1971, p. 151-152; Verhey 1990, p. 19-20; Verhey 1992, p. 48; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 23-24.
394 Alkema 1978, p. 33.
395 Tammes 1960, p. 33; Meuwissen 1968, p. 208; Eissen 1971, p. 155-156; Verhey 1990, p. 20; Verhey 1992, p. 48-49; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 24.
396 Meuwissen 1968, p. 208; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 24. Vgl. Vasak 1964, p. 78.
397 Van den Brink 2002, p. 40.
398 Drzemczewski 1977, p. 65; Verhey 1990, p. 19; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 24.
399 Verhey 1990, p. 20.
400 Verhey 1990, p. 20-21; Verhey 1992, p. 49; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 25.
401 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 24-25.
402 Alkema 1995, p. 116. In deze zin ook Alkema 1988, p. 44. Vgl. Cohen Jehoram 1960, p. 123 nt. 1; Veegens 1960, p. 45; Eide 1984, p. 158.
403 Zie voor voorbeelden Alkema 1988, p. 42-45; Verhey 1990, p. 23-30; Vande Lanotte e.a. 1997, nr. 366-367; Spielmann 1998, p. 136.

neemt het Hof aan dat uit art. 6 lid 1 EVRM positieve verplichtingen voor de staat voortvloeien:

> "The Court reiterates that it is for the Contracting States to organise their judicial system in such a way that their courts are able to guarantee everyone the right to obtain a final decision on disputes concerning civil rights and obligations within a reasonable time."[404]

Effectuering van deze verplichtingen is niet denkbaar zonder repercussies voor de verhouding tussen partijen. Hierbij kan worden gesproken van indirecte horizontale werking.

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft een aantal aanbevelingen gedaan over de inrichting van het burgerlijk proces. Zijn *Recommendation* uit 1984 stelt in het licht van "(…) the right to justice guaranteed by Article 6 (…)" dat "When a party (…) clearly misuses procedure for the manifest purpose of delaying the proceedings, the court should be empowered to (…) impose sanctions such as (…) damages (…)."[405] Het *Explanatory Memorandum* noemt als veelvoorkomende vormen van misbruik van procesrecht onder meer "(…) the raising of preliminary points (…) with a view to holding up the proceedings, the raising of (…) objections without good cause, the ill-timed production of documents and unreasonable requests for adjournment."[406] Dit alles ziet niet op gedrag van de staat jegens partijen, maar op het gedrag van partijen jegens elkaar en vormt een aanwijzing dat het Comité van Ministers ervan uitgaat dat art. 6 lid 1 EVRM indirecte horizontale werking heeft.

66. In de Nederlandse rechtspraak is verschillende malen horizontale werking van bepaalde in het EVRM neergelegde rechten aangenomen.[407] Met betrekking tot art. 6 lid 1 EVRM is de situatie echter onduidelijk.[408] In de lagere rechtspraak kunnen zowel uitspraken worden aangewezen die uitgaan van horizontale werking van art. 6 lid 1 EVRM[409] als uitspraken die een dergelijke werking afwijzen[410] of in het midden laten.[411] De voorvraag of art. 6 lid 1 EVRM een een ieder verbindende bepaling is (art. 93 Gw), laat zich mijns inziens bevesti-

404 EHRM 6 april 2000 (*Comingersoll/Portugal*), *NJ* 2000, 612, r.o. 24.
405 Recommendation No. (84) 5 on the Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice, Principle 2 sub 2.
406 Recommendation No. (84) 5 on the Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice, Explanatory Memorandum, nr. 11.
407 Zie voor voorbeelden Verhey 1990, p. 30-37.
408 Zo ook *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 133 (MvT).
409 Rb. Maastricht 14 december 1972, *NJ* 1973, 145; Rb. Alkmaar 27 februari 1975, rolnr. 213/60, genoemd door Alkema 1978, p. 105 nt. 31; Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, *NJ* 1993, 253.
410 De door Alkema 1978, p. 34 besproken ongepubliceerde uitspraak Hof Amsterdam 24 december 1975, rolnr. 312/75.
411 Hof Arnhem 26 september 1995, *NJ* 1996, 702.

gend beantwoorden: de bepaling is van dien aard dat zij in de nationale rechtsorde als objectief recht kan functioneren.[412]

De Hoge Raad heeft zich in het arrest *Trakzel/Gem. Amsterdam* als volgt uitgelaten over horizontale werking van art. 6 EVRM:

> "Art. 6 eerste lid legt een verplichting op de verdragsstaten. Deze verplichting geldt wel tegenover elk van degenen wier burgerlijke rechten en verplichtingen inzet zijn van een burgerlijk geding of een daarmede op een lijn te stellen procedure als de onderhavige maar laat hun onderlinge rechtsverhouding onberoerd."[413]

De vraag is hoe deze overwegingen moeten worden begrepen. Annotator Alkema vermoedt dat de Hoge Raad horizontale werking van art. 6 lid 1 EVRM met deze uitspraak heeft willen afwijzen, zelfs voorzover de overheid of een van haar organen als burgerlijke procespartij optreedt.[414] Een andere uitleg is echter mogelijk. Wellicht heeft de Hoge Raad met de overweging dat art. 6 lid 1 EVRM de onderlinge rechtsverhouding tussen partijen onberoerd laat, slechts willen zeggen dat partijgedrag dat schending van de eis van een redelijke termijn ten gevolge heeft geen repercussies heeft voor de uitkomst van het geding.[415] Aldus begrepen slaat 'rechtsverhouding' in de geciteerde overwegingen van de Hoge Raad alleen op de verhouding die voorwerp van geschil vormt, hetgeen de mogelijkheid van horizontale werking ten aanzien van het procesgedrag onverlet laat. Voor deze interpretatie pleit dat de geciteerde overwegingen van de Hoge Raad in sterke mate aansluiten bij hetgeen A-G Franx in zijn conclusie bij het arrest *Inspecteurs van de volksgezondheid/X* schrijft over horizontale werking:

> "Wat mij (…) uitgesloten lijkt is dat een procespartij B in een gewone civiele procedure voor onredelijke vertraging zou kunnen worden "afgestraft" hetzij met een toewijzing van de vordering van de wederpartij A hetzij met een afwijzing o.i.d. van de eigen vordering. (…) Een en ander zo zijnde zie ik geen directe invloed op de uitkomst van een gewone civiele procedure uitgaan van een beroep op aan procespartij B toe te rekenen onredelijke vertraging van de behandeling van de zaak, gedaan door de wederpartij A."[416]

412 Vgl. HR 30 mei 1986 (*NS/Bonden*), *NJ* 1986, 688 m.nt. PAS.
413 HR 29 juni 1990 (*Trakzel/Gem. Amsterdam*), *NJ* 1991, 337 m.nt. EAA, rov. 3.2. In deze zin ook Rb. Zutphen 3 oktober 1993, *NJ* 1995, 111.
414 Alkema 1990, nr. 2.
415 Zo kennelijk ook Brenninkmeijer 1991, p. 639.
416 A-G Franx in zijn conclusie sub 20 bij bij HR 7 februari 1986 (*Inspecteurs van de volksgezondheid/X*), *NJ* 1986, 791 m.nt. EAA.

67. In de Nederlandse literatuur wordt veelal aangenomen dat aan art. 6 lid 1 EVRM geen horizontale werking toekomt.[417] De redelijke termijn van art. 6 lid 1 EVRM lijkt echter een recht waarvan effectieve realisatie wel gevolgen in de horizontale verhouding tussen procespartijen moet hebben.[418] Als de staat de civiele procedure inricht met inachtneming van het vereiste van een redelijke termijn, lijkt onvermijdelijk dat daarbij de mogelijkheden van partijen om langzaam te procederen worden beperkt, en daarmee de mogelijkheden om de procedure tegen de wil van de wederpartij te vertragen.[419] Een andere wijze waarop art. 6 lid 1 EVRM horizontale werking kan hebben, is door de invloed die de bepaling kan hebben op de invulling van de relatie tussen procespartijen beheersende vage normen.[420] Dit zijn indirecte, maar reële vormen van horizontale werking.[421] Deze indirecte horizontale werking van art. 6 lid 1 EVRM komt aan de orde bij de nu volgende bespreking van de onderlinge plicht van partijen procedurele vertraging te voorkomen in de verschillende nationale rechtsstelsels.

2.4.3 Frankrijk

68. Art. 32-1 NCPC bepaalt dat "Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile (…) sans préjudice des dommages-interêts qui seraient réclamés." Uit deze bepaling, ingevoerd in 1978,[422] valt het standpunt van de Franse wetgever af te leiden dat vertragend procesgedrag aansprakelijkheid kan opleveren. Meer in het bijzonder bepalen art. 118 en 123 NCPC reeds langer,[423] dat zij die "(…) dans une intention dilatoire (…)" onnodig laat een beroep doen op *nullité pour irrégularité de fond* (art. 118 NCPC) of een *fin de non-recevoir* (art. 123 NCPC), daarvoor aansprakelijk kunnen worden gehouden.

In de jurisprudentie was in het algemene kader van misbruik van processuele bevoegdheden al eerder aanvaard dat vertragend procesgedrag grond voor aansprakelijkheid kan zijn. Op het leerstuk misbruik van processuele bevoegdheden zal ik in hoofdstuk 3 ingaan. Op deze plaats stel ik slechts de op basis van deze figuur in de Franse rechtspraak ontwikkelde normstelling met betrekking tot vertragend procesgedrag aan de orde.

---

417 Vranken 1987, nr. 1; Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.4.2; Van der Helm & Wesseling-van Gent 1996, p. 125; Smits 1996, p. 11-12; A.M.L. Jansen 2000, p. 175. Twijfelend Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 41.

418 Eissen 1971, p. 157; Alkema 1988, p. 37. Vgl. ook Verheij 2002, p. 374.

419 Verhey 1992, p. 127. Vgl. Dommering 1983, p. 194.

420 Van Emde Boas 1965, p. 13; Maris 1969, p. 24-25, 45-47, 49-53; Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.4.2; Alkema 1995, p. 120-121.

421 Drzemczewski 1977, p. 68.

422 Décr. nr. 78-62 van 20 januari 1978.

423 Décr. nr. 75-1123 van 5 december 1975.

Het Cour de cassation krijgt geregeld een cassatieberoep tegen een oordeel van de feitenrechter dat er sprake was van onrechtmatig vertragingsgedrag te beoordelen. Ik geef vier voorbeelden.[424]

In de eerste zaak ging het om een werkgeefster die – naar bleek ten onrechte – een arbeidsovereenkomst met de werknemer Pruvost had verbroken. In eerste aanleg verscheen ze niet op de comparitie van partijen. In hoger beroep maakte ze vervolgens geen gebruik van de deskundige om wiens benoeming ze had verzocht, waarna ze vervolgens opnieuw om benoeming van een deskundige verzocht. Het Cour d'appel van Bastia oordeelde, in de woorden van het Cour de cassation, dat zij hiermee "(…) avait eu un comportement dilatoire, qui avait causé à Pruvost un préjudice certain (…)." Volgens het Cour de cassation kan dit alles de toewijzing van de reconventionele vordering tot schadevergoeding van Pruvost in appel dragen.[425]

In de tweede zaak oordeelde het Cour d'appel van Poitiers op basis van de moeilijkheden die een schuldeiser wiens recht onbetwistbaar was, ontmoette bij het innen van zijn schuld, dat het recht van gedaagde de stellingen van eiser te betwisten was komen te verkeren in misbruik. De vertragingsschade die dit heeft veroorzaakt wordt volgens het Cour d'appel niet geheel gecompenseerd door het toekennen van rente en komt op basis van delictuele aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking. Het Cour de cassation verwerpt het tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep.[426]

In de derde zaak gaat het om een gedaagde die zonder serieuze reden eiser, zijn buurman, overpad heeft geweigerd dat deze wenst om noodzakelijke werkzaamheden aan zijn muur te verrichten. Gedaagde volhardt in twee instanties in haar standpunt. Het Cour d'appel van Riom oordeelt dat dit gedrag als misbruik van het recht zich in rechte te verdedigen aansprakelijkheid meebrengt. In cassatie blijft dit oordeel in stand.[427]

In de vierde zaak gaat het om een gedaagde die bij zijn persoonlijke verschijning in hoger beroep een verklaring omtrent de feiten heeft afgelegd "(...) en contradiction avec ses écritures de première instance (…)." Het Cour d'appel van Fort-de-France kent een reconventionele vordering in hoger beroep toe op grond van misbruik van de bevoegdheid zich in rechte te verdedigen. In cassatie beroept oorspronkelijk gedaagde zich tevergeefs op de door hem gepretendeerde regel dat van misbruik geen sprake kan zijn indien de betreffende partij in eerste aanleg gelijk heeft gekregen.[428]

Het ligt voor de hand dat het doorgaans gedaagde is die van vertragend gedrag wordt beticht. Degene die binnen een rechtsverhouding obstructief gedrag vertoont en aldus zijn wederpartij dwingt een vordering in te stellen,

---

424 Zie Voor meer voorbeelden bijv. Courtieu 1997, nr. 22.
425 Soc. 17 maart 1977, *Bull.* V, 207.
426 Com. 18 maart 1980, *Bull.* II, 128, *D.* 1980, IR, p. 461 m.nt. Pierre Julien.
427 Civ. III 15 april 1982, *JCP* 1982, IV, p. 220.
428 Civ. III 8 juni 1988, *Bul.* III, 102.

kan in rechte dit obstructieve gedrag voortzetten en aldus proberen zijn verplichtingen zo lang mogelijk te ontlopen.[429] Maar het kan ook eiser zijn die vertragend gedrag vertoont. Dit zal met name het geval kunnen zijn indien het gaat om een procedure die is ingesteld met het doel de nakoming van verplichtingen uit te stellen.

69. In de rechtspraak wordt de aansprakelijkheid voor vertragend procesgedrag geplaatst in het meer algemene kader van misbruik van processuele bevoegdheden. Blary-Clément betoogt echter dat de *manoeuvres dilatoires* geen species van de *manoeuvres abusives*, maar een autonome categorie vormen.[430] Blary-Clément moet worden toegegeven dat de tekst van de art. 32-1, 559 en 581 NCPC voor de door haar verdedigde opvatting pleit. Deze spreekt immers van "(…) dilatoire ou abusive (…)."[431] Le Tourneau en Cadiet sluiten zich bij het standpunt van Blary-Clément aan.[432] In de Franse rechtspraak vindt haar opvatting echter geen steun.[433] Het is mijns inziens moeilijk in te zien waarom het algemene kader van misbruik van processuele bevoegdheden, dat in het algemeen voldoet als kader voor toetsing van procesgedrag, ongeschikt zou zijn om geoorloofde van ongeoorloofde vertragende gedragingen te scheiden. De Franse rechtspraak lijkt in ieder geval ook op het punt van vertragend procesgedrag uitstekend met de figuur van *abus* uit de voeten te kunnen. Ook in de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat het misbruik-paradigma ook voldoet voor vertragend procesgedrag.[434] Solus meent bijvoorbeeld dat met betrekking tot het instellen van hoger beroep *abusif et dilatoire* zich als één concept laat begrijpen: "Les deux qualificatifs se complètent et s'éclairent l'un l'autre (…)."[435]

70. Uit de Franse cassatierechtspraak laten zich twee groepen factoren afleiden die van belang zijn bij het oordeel of vertragend procesgedrag al dan niet als misbruik van recht onrechtmatig kan worden geoordeeld.

De eerste groep factoren wordt gevormd door de standpunten van partijen en het oordeel van de rechter in het geschil waarover de procedure ging. Degene die een verdedigbaar standpunt heeft ingenomen, zal niet snel van abusief vertragingsgedrag beticht kunnen worden. Dit geldt temeer voor de partij die gelijk heeft gekregen. Dit laatste ligt natuurlijk anders wanneer het oordeel van de (eerste) rechter in belangrijke mate gebaseerd is op laakbaar, in het bijzonder leugenachtig, procesgedrag. Het rekken van de verdediging

429 Desdevises 1979, p. 21; Blary-Clément 1991, nr. 11.
430 Blary-Clément 1991.
431 Blary-Clément 1991, nr. 2.
432 Le Tourneau & Cadiet 1998, nr. 3206.
433 Een helder voorbeeld is Com. 24 november 1970, *Bull.* IV, 317, waarin de Cour de cassation beslist dat het oordeel dat er sprake is van *inaction dilatoire* de kwalificatie *abus* kan dragen.
434 Expliciet bijv. Desdevises 1979, p. 22.
435 Solus 1964, p. 524.

van een kansloos standpunt levert een aanwijzing op voor misbruik van processuele bevoegdheden.[436] Een extra indicatie vormt het innemen van onderling niet verenigbare standpunten.[437]

De tweede groep factoren kan worden gegroepeerd rond de verschillende processuele bevoegdheden en stadia. Het ongebruikt laten van zelf ingeroepen middelen die de procedure biedt om het eigen standpunt te verdedigen is een aanwijzing voor laakbaar vertragingsgedrag.[438] Dit wijst temeer in de richting van misbruik, indien de ongebruikte mogelijkheden worden gevolgd door het creëren van nog meer tijdrovende complicaties,[439] zoals excepties, verzoeken om instructiemaatregelen, incidenten, uitstellen, reconventionele vorderingen en rechtsmiddelen.[440] Binnen deze groep passen ook de zonder redelijk belang ingeroepen middelen, bijvoorbeeld het verhoor van een getuige waarvan van tevoren duidelijk is dat hij niets relevants te melden heeft of andere kans- of zinloze complicaties. Eveneens in de richting van misbruik wijst het onnodig *goutte à goutte* ('druppelsgewijs') inroepen van processuele bevoegdheden.[441]

Geen van de genoemde factoren is op zichzelf beslissend. Een afweging van alle relevante omstandigheden is beslissend voor de vraag of in het concrete geval sprake is van misbruik. Benadrukt zij dat de zorgvuldigheid die van procespartijen wordt gevergd ook niet te hoog moet worden ingeschat. Zo kan het enkele feit dat een bepaald verweer in een eerder stadium had kunnen worden gevoerd het oordeel dat sprake is van abusieve vertraging niet zonder meer dragen.[442]

Opvallend is dat art. 6 lid 1 EVRM in dit kader geen (expliciete) rol heeft. Dit lijkt te verklaren uit het feit dat de jurisprudentiële uitwerking van vertraging veroorzakend procesrechtsmisbruik al tot volle wasdom was gekomen

---

436 Civ. III 11 december 1969, *D* 1970, p. 65 (niet willen betalen voor correct uitgevoerde werkzaamheden); Com. 18 maart 1980, *Bull.* IV, 128, *D* 1980, IR, p. 461 m.nt. Pierre Julien (tegenwerking bij innen onbetwistbare schuld); Civ. III 15 april 1982, *JCP* 1982, IV, p. 220 (zonder reden overpad weigeren voor muurreparatie buurman); Com. 20 februari 1985, *Bull.* IV, 73 (geen enkel bewijs voor standpunt); Com. 29 februari 1984, *Bull.* IV, 82 (partij stelt hoger beroep in "(…) en dépit du caractère manifestement infondé de ses prétentions (…)").

437 Civ. III 8 juni 1988, *Bull.* III, 102 (bij persoonlijke verschijning in hoger beroep standpunt innemen die onverenigbaar zijn met de stukken in eerste aanleg). Zie Woog 1972, nr. 20 voor meer voorbeelden.

438 Soc. 17 maart 1977, *Bull.* V, 207 (geen gebruik maken van deskundige waarom partij zelf heeft verzocht); Civ. II 26 januari 1983, *GP* 1983, Pan., p. 133 m.nt. Gerge Guinchard resp. Civ. II 13 februari 1985, *JCP* 1985, IV, p. 156 (hoger beroep instellen maar niet concluderen).

439 Civ. III 11 december 1969, *D* 1970, p. 65 (uitstel op uitstel stapelen); Soc. 17 maart 1977, *Bull.* V, 207 (geen gebruik maken van deskundige waarom partij zelf heeft verzocht en vervolgens weer om deskundige verzoeken); Com. 2 mei 1989, *JCP* 1989, IV, p. 250, *GP* 1989, p. 139 (gedaagde in kort geding verschijnt in eerste aanleg niet maar stelt wel appel in).

440 Woog 1972, nr. 6-17 geeft een overzicht van de mogelijkheden tot vertraging.

441 Solus 1964, p. 520.

442 Com. 15 november 1982, *GP* 1983, Pan., p. 97 m.nt. Serge Guinchard.

op het moment dat de invloed van art. 6 EVRM voelbaar begon te worden. Bij gebreke van noodzaak – er was al een effectief instrument voorhanden in de vorm van het leerstuk van *abus* – hoefde aan de vraag naar (indirecte) horizontale werking van 6 EVRM niet te worden toegekomen.[443]

2.4.4 België

71. Ook in België is aanvaard dat vertragend procesgedrag onrechtmatig kan zijn. De grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd vertragend procesgedrag wordt bepaald via het leerstuk van misbruik van bevoegdheid.[444] Eind jaren '60 van de 20e eeuw heeft de Rechtbank te Brussel wel enkele uitspraken gedaan waarin horizontale werking van art. 6 lid 1 EVRM werd aangenomen, maar deze jurisprudentie heeft geen navolging gevonden.[445]

Enkele voorbeelden uit de Belgische rechtspraak omtrent ongeoorloofd vertragingsgedrag kunnen een beeld geven van de factoren die in België bepalend worden geacht voor de geoorloofdheid van bepaald procesgedrag.

De verzekeraar van de dader van een auto-ongeluk weigert categorisch uit te keren aan het slachtoffer bij diens *action directe*, zich baserend op de stelling dat de verzekerde dader de maatschappij nog niet op de hoogte heeft gesteld van het ongeluk. Hij meent dat het slachtoffer zich maar met behulp van het strafvonnis op de dader zelf moet verhalen. In feitelijke instanties wordt echter vastgesteld dat de verzekeraar moest weten dat het in strijd met de wet is een dergelijk verweer aan het slachtoffer tegen te werpen. De verzekeraar wordt veroordeeld tot vergoeding van de door het proces ontstane schade aan het slachtoffer, omdat hij "(…) a refusé obstinément de remplir ses obligations légales (…)."[446] Dit oordeel houdt in cassatie stand.

Een gedaagde dwingt eiser tot een proces, baseert zich daarbij op "(…) des affirmations qu'il savait inexactes, et surtout au moyen d'un écrit dont les vices et la fragilité n'ont pu lui échapper, en usant même de subterfuges (…)" en rekt het proces "(…) obstinément durant plus de six ans (…)." De Rechtbank Charleroi acht deze gedaagde aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad.[447]

In een ander geschil stond de vraag centraal in hoeverre het Vlaamse Gewest rechtsopvolger van de Belgische Staat is. Tijdens de procedure blijkt uit een arrest van het Hof van Cassatie het antwoord op deze vraag. Het niet aanpassen van de processuele gedragslijn op deze ontwikkeling en het daardoor vertragen van het procesverloop is laakbaar:

---

443 Vgl. Vincent & Guinchard 2001, nr. 531; Fricero 2002, nr. 2201-2214.
444 Dalcq 1967, nr. 618.
445 Zie bijv. Rb. Brussel 23 november 1967, *JT* 1967, p. 741. Hierover Velu 1970, p. 266-267.
446 Cass. 30 januari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 458.
447 Rb. Charleroi 14 juli 1949, *JT* 1950, p. 139.

> "Dat het Vlaamse Gewest thans in conclusie en pleidooien de rechtsopvolging blijft betwisten en aldus de afhandeling van de procedures onnodig vertraagt en complex maakt (…), getuigt van misbruik van procesrecht."[448]

Het verweer van de schuldenaar die zijn schuld niet betwist maar uitsluitend de nietigheid van de schuldbekentenis inroept, omdat daarop het verschuldigde bedrag niet geheel in letters is uitgeschreven, geeft grond voor een veroordeling tot schadevergoeding van de gedaagde schuldenaar wegens onrechtmatig procesgedrag.[449]

Hoger beroep zonder grieven, ingesteld "(…) dans l' intention d'en retarder le jugement (…)" vormt misbruik van procesrecht en geeft aldus grond tot schadevergoeding.[450]

In een echtscheidingszaak overweegt het Hof Brussel dat

> "(…) l'appelante a, durant près de quatre années, usé d'artifices de procédure pour retarder le plus possible l'échéance de l'action en divorce intentée par l'intimé; qu'elle reste en défaut de fournir aucune justification valable à ces manoeuvres manifestement dilatoires; qu'au contraire, tous les éléments de la cause font apparaître que ces manoeuvres n'ont eu d'autre but que de la faire bénéficier le plus longtemps possible de la provision alimentaire qui lui a été allouée et que l'intimé lui a payée avec une parfaite régularité (…)".[451]

In een soortgelijke zaak overweegt datzelfde Hof dat "(…) les procédés dilatoires auxquels l'intimée a recouru forment un faisceau don't la densité rélève qu'ils ont été utilisés sans égard à leurs fins légales et dans un esprit malicieux qui constitue une faute dans le chef de l'intimée (…)."[452] En in een derde echtscheidingszaak oordeelt het dat de echtgenote die zich, na talloze uitstellen, in verzet refereert aan het oordeel van de Rechtbank, vervolgens in hoger beroep dezelfde houding inneemt en eerst dan gegevens inbrengt die het mogelijk maken een beslissing over de alimentatie te nemen, "(…) tente manifestement de retarder inutilement la procédure (…)" en wijst het op die grond de reconventionele vordering tot schadevergoeding toe.[453]

Rechtbank Luik oordeelt in een uitspraak uit 2000 dat het instellen van hoger beroep na berusting misbruik van procesrecht vormt en aldus grond geeft voor schadevergoeding.[454]

---

448 Rb. Antwerpen 7 mei 1997, *RW* 1998-99, p. 309.
449 Rb. Brussel 24 februari 1976, *Pas.* 1976 III, p. 61.
450 Rb. Brussel 25 juni 1974, *JT* 1974, 609. In deze zin ook Arbrb. Mons 18 december 1991, *TSR* 1993, p. 47, *JLMB* 1992, p. 896.
451 Hof Brussel 20 oktober 1962, *Pas.* 1963 II, p. 123.
452 Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1965 II, p. 86.
453 Hof Brussel 22 maart 1988, *RTDF* 1989, p. 46.
454 Rb. Luik 17 november 2000, *JT* 2001, p. 519.

De Rechtbank Brussel oordeelt dat de appellant die de nakoming van een overeenkomst door zijn wederpartij niet betwist en slechts probeert nakoming van zijn eigen verplichtingen uit te stellen "(…) en invoquant des circonstances qui (…) sont dépourvues de tout élément de nature à les étayer ou à les rendre simplement vraisemables (…)" zijn rechtsmiddel op onrechtmatige wijze uitoefent.[455]

72. Uit deze rechtspraak lijkt als belangrijk gezichtpunt de verdedigbaarheid van het ingenomen standpunt in het geschil naar voren te komen: "(…) les résistances motivées par la volonté de retarder l'exécution d'obligations certaines (…)"[456] moeten worden afgestraft. Dit kan zowel betrekking hebben op standpunten omtrent het recht[457] als omtrent de feiten.[458]

Een typisch aspect van vertragingsgedrag is het opwerpen van allerlei niet-inhoudelijke weren, bijvoorbeeld omtrent bevoegdheid of ontvankelijkheid. Taelman meent dat de gerechten bepaald terughoudend zijn met het afstraffen van dergelijk gedrag.[459] Kansloosheid en talrijkheid[460] van dergelijke weren vormen aanwijzingen voor misbruik. Hetzelfde geldt voor het ongebruikt laten of kansloos dan wel irrelevant zijn van zelf geschapen extra complicaties, hetgeen met name voorkomt in de sfeer van de bewijslevering[461] of rechtsmiddelen.[462] Ook de lengte van de procedure in relatie tot het over en weer vertoonde procesgedrag[463] wordt bij de beoordeling van de geoorloofdheid van het procesgedrag betrokken.

Geen van de genoemde factoren is op zichzelf beslissend. Een afweging van alle relevante omstandigheden is beslissend voor de vraag of in het concrete geval sprake is van misbruik.

2.4.5 Duitsland

73. Verschillende Duitse auteurs nemen een *allgemeine Prozeßförderungspflicht* (te vertalen als 'algemene plicht het proces vooruit te helpen') aan.[464] Reeds in preambule bij de Novelle van 1933 wordt als ratio van de nieuwe regels onder meer genoemd: "(…) Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht

455 Rb. Brussel 9 mei 1990, *JT* 1990, 519.
456 Fettweis 1985, nr. 19.
457 Zie bijv. Cass. 30 januari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 458.
458 Zie bijv. Rb. Brussel 9 mei 1990, *JT* 1990, 519.
459 Taelman 1999, nr. 28.
460 Zie bijv. Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1965 II, p. 86.
461 Taelman 1999, nr. 29.
462 Ballon & Van den Eynden 1966, p. 41; Dalcq 1967, nr. 631; Broeckx 1995, nr. 794. Zie bijv. Rb. Brussel 25 juni 1974, *JT* 1974, 609.
463 Zie bijv. Rb. Charleroi 14 juli 1949, *JT* 1950, p. 139.
464 Bijv. Leipold 1980; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 84 III 1; Baur/Grunsky 2000, Rn. 51; Jauernig 2002, § 26 II. Anders Konzen 1976, p. 239.

durch (…) böswillige oder nachlässige Prozeßverschleppung zu mißbrauchen."[465] De *Begründung* bij deze Novelle noemt als "(…) leitende Gesichtspunkte des Erkenntisverfahrens (…) mit einer größtmöglichen Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung die größtmögliche Beschleunigung des Verfahrens zu Verbinden."[466] Thans spreken zowel § 277 I als § 282 I ZPO over handelen als het "(…) nach der Prozeßlage einer Sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht."

Leipold benadrukt dat de *Prozeßförderungspflicht* louter op het temporele aspect van het procederen ziet en niet als grondslag voor andere partijverplichtingen wil dienen.[467] Het gaat niet om een verplichting tot een doen, maar tot een nalaten, te weten het niet veroorzaken van vertraging:

> "In ihrem Inhalt erweist sich (…) die Prozeßförderungspflicht nicht als Pflicht zu prozeßförderndem Tun, sondern als ein Verbot der Verzögerung des Prozesses."[468]

Leipold is voorts van opvatting dat het hier om "(…) eine echte Parteipflicht (…)"gaat en niet slechts om een last.[469] Deze opvatting hangt sterk samen met de definitie die Leipold kiest voor 'Pflicht', namelijk "(…) daß ihre Verletzung ein rechtlich mißbilligtes Verhalten darstellt (…)."[470] Zij die slechts van een 'Pflicht' willen spreken, wanneer er "(…) ein unmittelbarer Erfüllungszwang stattfindet (…)" zullen in de *Prozeßförderungspflicht* geen echte 'Pflicht' zien.[471] Wanneer ik het bovenstaande confronteer met de antithese plicht-last zoals die hierboven is gedefinieerd, neig ik ernaar te oordelen dat de *Prozeßförderungspflicht* voor partijen lasten en geen plichten meebrengt.[472] Schending van de *Prozeßförderungspflicht* is niet *rechtswidrig* en kan aldus geen aansprakelijkheid opleveren.[473] Met de *Prozeßförderungspflicht* strijdig gedrag is niet verboden, maar levert negatieve rechtsgevolgen op, in het bijzonder het buiten beschouwing laten van te laat ingenomen standpunten.

---

465 Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933, *RGBl* 1933 I, p. 780.

466 *RAnz* 1933, nr. 257, p. 1. Vgl. Jauernig 2002, § 28 I.

467 Leipold 1980, p. 239-240.

468 Leipold 1980, p. 240.

469 Leipold 1980, p. 241. Evenzo Konzen 1976, p. 287; Stürner 1976, p. 74-82; Lüke 2000 (*MK*), Einleitung, Rn. 31 en 217; Zöller/Vollkommer 2002, Einleitung, Rn. 54. Vgl. Dölle 1964, p. 291-293.

470 Leipold 1980, p. 240-241. Evenzo Stürner 1976, p. 74-82 en kennelijk Zöller/Vollkommer 2002, Einleitung, Rn. 54.

471 Leipold 1980, p. 240. In deze richting bijv. Peters 1990, p. 399.

472 Aldus bijv. Niese 1950, p. 72.

473 Niese 1950, p. 72; Henckel 1970, p. 290-292; Konzen 1976, p. 287-288. Vgl. Dölle 1964, p. 291-293.

2.4.6 Nederland

74. Art. 20 lid 2 Rv bepaalt: "Partijen zijn tegenover elkaar verplicht onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen." Een soortgelijke bepaling ontbrak in het oude wetboek. In de parlementaire geschiedenis wordt echter aangenomen dat het Nederlandse recht ook voor de hercodificatie van 2002 een dergelijke norm kende: "Deze samenwerkingsplicht vloeide reeds voort uit ongeschreven beginselen van goede procesorde, of wellicht ook rechtstreeks uit artikel 6 EVRM."[474] Steun voor deze opvatting is te vinden bij A-G Franx in zijn conclusie bij het arrest *Inspecteurs van de volksgezondheid/X*:

> "Voorzover de overschrijding van de redelijke termijn is te wijten aan B, zal A daar mogelijkerwijze een schadevergoedingsvordering tegen B op kunnen baseren."[475]

Naar mijn mening is de plicht om onredelijke vertraging te voorkomen een rechtsplicht tussen partijen en vormt niet-nakoming ervan een onrechtmatige daad. Aldus oordelen ook Franx,[476] Sterk,[477] Beijer,[478] Spier[479] en Snijders, Ynzonides en Meijer.[480] Het bezwaar dat Tjittes tegen art. 20 Rv en andere 'versnellingsbepalingen' heeft ingebracht, namelijk dat er geen sancties aan schending verbonden zijn, komt mij dan ook ongefundeerd voor.[481] Schending van art. 20 lid 2 Rv vormt een onrechtmatige daad[482] en de wederpartij kan derhalve, onder de daarvoor algemeen geldende nadere voorwaarden, de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad inroepen (zie § 5.2 en 5.3).

Ook een van de andere commentaren op dit artikel is kritisch: "(…) doordat de bepaling niet is geconcretiseerd, zwemt ze in vrijblijvendheid."[483] Het hier geopperde bezwaar lijkt mij evenmin steekhoudend. De norm waarvan art. 20 lid 2 Rv een species vormt, namelijk "(…) hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (…)" (art. 6:162 lid 2 BW) is nog minder concreet, maar vervult, dankzij de uitwerking die er bij de toepassing ervan aan wordt gegeven, toch een functie van eminent belang. Door de jurisprudentiële ontwikkeling van gezichtpunten en subregels kan ook art. 20 lid 2 Rv de handen en voeten krijgen, waarmee het zich een bruikbare

474 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 133 (MvT).
475 A-G Franx in zijn conclusie sub 20 voor HR 7 februari 1986 (*Inspecteurs van de volksgezondheid/X*), *NJ* 1986, 791.
476 A-G Franx in zijn conclusie sub 20 voor HR 7 februari 1986 (*Inspecteurs van de volksgezondheid/X*), *NJ* 1986, 791.
477 Sterk 1993, p. 4.
478 Beijer 2002 (*T&C Rv*), art. 20, aant. 5 sub b.
479 A-G Spier in zijn conslusie sub 11.27 voor HR 20 september 2002 (*Erven Beentjes/Lokhorst*), *RvdW* 2002, 142.
480 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 41.
481 Tjittes 2000.
482 Iets voorzichtiger Gras 2003, p. 59.
483 Vranken e.a 1999, p. 1964.

hulppersoon bij de bestrijding van onrechtmatig procesgedrag kan betonen. In de parlementaire geschiedenis worden bij wijze van voorbeeld als gezichtspunten genoemd "(…) de al verstreken duur van de procedure, de aard en de complexiteit van de zaak, de belangen van partijen en de processuele houding van partijen."[484] Bij de invulling van de norm van art. 20 lid 2 Rv kan voorts gebruik worden gemaakt van de gezichtpunten en vuistregels uit de Belgische en Franse rechtspraak over onrechtmatig vertragingsgedrag. Ik werk dit als volgt uit.

75. Hoe zwakker het standpunt dat wordt ingenomen, hoe sterker het bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van onrechtmatig vertragingsgedrag. Dit geldt niet alleen voor het voorwerp van geschil in relatie tot de procedure als geheel, maar ook voor standpunten in processuele kwesties, zoals kansloze wrakings- of bevoegdheidsincidenten. In de regel zal het winnen van een procedure in de weg staan aan het oordeel dat sprake is van ongeoorloofd vertragingsgedrag, maar er zijn uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld winnen door bedrog of ostentatief onnodige traagheid in de procesvoering.

Hoe meer onnodige processuele stappen een partij zet, des te eerder er sprake zal zijn van ongeoorloofd vertragingsgedrag. Hierbij valt te denken aan het spreiden over meerdere pasjes van wat in een stap had kunnen gebeuren, zoals het druppelsgewijs aanvoeren van feiten en bewijsmateriaal en het één voor één instellen van incidentele vorderingen (art. 208 lid 3 Rv). Een andere variant is het openen van extra paden maar ze niet bewandelen, zoals appelleren en niet van grieven dienen, een bewijsopdracht vragen en krijgen en vervolgens geen poging tot bewijslevering doen, uitstel vragen maar niet concluderen. Uitgangspunt blijft wel dat het zetten van de verschillende mogelijke processuele stappen in beginsel geoorloofd is.

Inconsequent procesgedrag is ook een aanwijzing voor ongeoorloofd vertragingsgedrag. Zo zal het in verschillende fasen innemen van onderling onverenigbare standpunten kunnen bijdragen tot het oordeel dat sprake is van onrechtmatige vertraging.

Van belang voor de vraag of sprake is van ongeoorloofd vertragingsgedrag is ook de mate van vertraging die is opgetreden. De feitelijke procesduur moet dan worden vergeleken met een hypothetische procesduur: hoelang een procedure van deze complexiteit, gegeven de wijze waarop de rechter en de wederpartij heeft bijgedragen aan het procesverloop, normaal gesproken zou duren.

Het procesgedrag van de partij tot wier bescherming art. 20 lid 2 Rv strekt, kan ook van belang zijn voor de onrechtmatigheidsvraag. Hoe trager een partij procedeert, hoe minder snel het vertragende gedrag van de wederpartij onrechtmatig zal zijn. In het verlengde hiervan zou zelfs kunnen worden betoogd dat de partij die zelf onrechtmatig vertragingsgedrag vertoont, zich niet op

484 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 143 (MvA I).

dergelijk gedrag van haar wederpartij kan beroepen. Door zich zelf niet aan art. 20 lid 2 Rv te houden, onttrekken partijen zich wellicht "(…) aan de privaatrechtelijke bescherming welke zij, voorzover zij zich daar wel aan plachten te houden, aan dat voorschrift (…) tegenover de overtreder hadden kunnen ontlenen (…)."[485] De vraag is of deze toepassing van de relativiteitsleer,[486] die wel wordt aangeduid met het adagium 'in pari delicto' in dit casustype werking moet vinden, of dat een situatie waarin partijen over en weer aanspraken aan elkaars gedrag kunnen ontlenen de voorkeur verdient. Ik neig ernaar in laatstgenoemde zin te oordelen, daar de totale vertraging doorgaans te ontleden zal zijn in exclusief aan de verschillende actoren toe te rekenen gedrag.[487] Denkbaar is voorts dat het gedrag van de wederpartij een rol speelt in het kader van de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW (zie § 5.3.4.5).

Bepalend voor het oordeel over het concrete procesgedrag is het samenstel van de omstandigheden van het geval.[488] Geen van de genoemde gezichtpunten is op zichzelf beslissend. Hierin is de toets van art. 20 lid 2 Rv analoog aan de redelijke termijn-toetsing zoals het Europese Hof die in het kader van art. 6 lid 1 EVRM heeft uitgewerkt voor de verhouding tussen rechter en partijen: ook daarbij zijn de omstandigheden van het geval beslissend.[489]

2.4.7 De plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging: conclusie

76. De plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging (art. 20 lid 2 Rv) is een tussen partijen geldende rechtsplicht. Deze plicht houdt geen verbintenis in: er staat geen subjectief vermogensrecht tegenover (zie § 2.1.2.1).

Een geschreven norm als art. 20 lid 2 Rv ontbreekt in Frankrijk en België. In het Franse en Belgische recht geldt echter min of meer hetzelfde op basis van de uitwerking van het leerstuk van misbruik van processuele bevoegdheden (§ 2.4.3 en 2.4.4). Hierdoor is het Franse en Belgische recht op dit punt, ondanks het ontbreken van een geschreven norm, verder ontwikkeld dan het Nederlandse. Het Duitse recht kent wel een geschreven norm op dit vlak in de vorm van § 282 ZPO, maar deze houdt geen rechtsplicht maar een last in (§ 2.4.5).

De invulling van de plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval. De parlementaire geschiedenis en de Franse en Belgische jurisprudentie bieden

485 HR 16 februari 1973 (*Maas/Willems*), *NJ* 1973, 463 m.nt. HB.

486 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 637 (MvA II); G.J. Scholten 1964, nr. 2; Hijmans van den Bergh 1973, nr. 6;Van Nispen 1978, nr. 149; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 101. Anders Van Maanen 2000, nr. 29.

487 Vgl. Van Nispen 1978, nr. 150.

488 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 143 (MvA I).

489 Smits 1996, p. 204-205; A.M.L. Jansen 2000, p. 129-131.

hiertoe aanknopingspunten (§ 2.4.6). Schending van de plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging vormt een onrechtmatige daad en kan grond geven voor een vordering tot schadevergoeding (§ 2.4.6).

2.5 RECHTSPLICHTEN TUSSEN PROCESPARTIJEN: CONCLUSIE

77. Binnen de tussen procespartijn geldende normen laten zich twee soorten onderscheiden: normen die een rechtsplicht inhouden en normen die een last inhouden. Schending van een rechtsplicht is door het objectieve recht verboden en aldus een onrechtmatige daad. Schending van een last is niet door het objectieve recht verboden maar levert degene op wie de last rust een (negatief) rechtsgevolg op (§ 2.1).

Op partijen rust een geobjectiveerd subjectieve waarheidsplicht (art. 21 Rv) die inhoudt dat partijen te goeder trouw dienen te zijn ten aanzien van hun feitelijke stellingen. Partijen mogen geen stellingen innemen waarvan zij de onjuistheid kennen of behoren te kennen. De waarheidsplicht laat het recht van partijen er het zwijgen toe te doen in beginsel onverlet. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden noopt de waarheidsplicht tot spreken (§ 2.2).

Partijen kunnen elkaar in zekere mate verplichten gegevensdragers in te brengen (art. 843a Rv). De belangrijkste beperkingen zijn de eis dat de gegevensdrager (bewijsrechtelijke) relevantie moet hebben voor het geschil ten behoeve waarvan afgifte wordt gevorderd en de weigeringsgronden in verband met het beroepsgeheim. Het Nederlandse recht kent een voor partijen geldende getuigplicht. Partij-verplichtingen om gegevens in te brengen ontstaan pas door een rechterlijk bevel. Aldus hebben partijen niet de plicht spontaan gegevens in te brengen: steeds gaat het initiatief van de wederpartij of de rechter uit. De genoemde verplichtingen zijn rechtsplichten die mede strekken tot bescherming van de wederpartij (§ 2.3).

Tussen partijen geldt ook een plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging (art. 20 lid 2 Rv). De invulling van de plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval. De parlementaire geschiedenis en de Franse en Belgische jurisprudentie bieden hiertoe aanknopingspunten (§ 2.4).

Schending van een van bovengenoemde rechtsplichten jegens de wederpartij vormt een onrechtmatige daad en kan, uitzonderingen daargelaten, grond geven voor een vordering tot nakoming of tot schadevergoeding (zie § 5.2 en 5.2).

Schending van verplichtingen gegevens in te brengen vormt handelen in strijd met de wet in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Schending van de waarheidsplicht en van de plicht onredelijke vertraging te voorkomen kan in duidelijke gevallen ook rechtstreeks onder dat onrechtmatigheidscriterium

kunnen worden gebracht. Meestal zal er echter onderzocht moeten worden of

> "(…) is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Of van zodanig handelen sprake is, hangt – in abstracto – daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien (…)."[490]

490 HR 30 september 1994 (*Staat/Shell*), *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB. Vgl. Bydlinski 1986, p. 633.

3 Misbruik van processuele bevoegdheden

3.1 ALGEMEEN

3.1.1 Inleiding

78. "Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voorzover hij haar misbruikt", aldus art. 3:13 lid 1 BW. Geen bevoegdheid zonder grenzen. Deze aan art. 3:13 BW ten grondslag liggende gedachte is in tal van rechtsstelsels een – al dan niet gecodificeerd – uitgangspunt. In het burgerlijk proces handelen partijen met name in het kader van aan hen door de wet toegekende bijzondere bevoegdheden. Daarom verdient het leerstuk van misbruik van bevoegdheid een prominente plaats in een onderzoek naar de normering van partijgedrag in het burgerlijk proces.

De Hoge Raad heeft de misbruikleer in 1927 in ons recht geïntroduceerd door te overwegen dat "(…) van elk recht (…) een onnodig en onredelijk gebruik kan worden gemaakt (…)".[1] Hiermee heeft de Hoge Raad aansluiting gevonden bij de ontwikkelingen in buitenlandse rechtsstelsels en de denkbeelden die in de binnen- en buitenlandse literatuur naar voren waren gebracht.

79. Frankrijk is de bakermat van de moderne theorie over het rechtsmisbruik. Een arrest van het Hof te Colmar uit 1855[2] wordt veel genoemd als het startpunt van de ontwikkelingen in het moderne West-Europese recht op dit terrein. Nog diepere wortels kunnen worden aangewezen: al in een arrest uit 1817 maakt het Cour de cassation gewag van de problematiek van het uitoefenen van rechten met het doel te schaden of zonder belang.[3]

In het begin van de vorige eeuw heeft met name Josserand met zijn boeken *De l'abus de droit*[4] en *De l'esprit des droits et de leur relativité*[5] veel invloed uitgeoefend. Vervolgens heeft zich in de literatuur een uitgebreid debat over het

---

1 HR 17 februari 1927 (*De Wild/Utrechtsche Hypotheekbank*), *NJ* 1927, 391 m.nt. PS, *W* 11 642 m.nt. BADF. Vgl. Meijers 1928. Zie voor een oudere hapax reeds HR 14 januari 1881 (*Van Oppen & de Beaumont/Uitborck*), *W* 4661.

2 CA Colmar 2 mei 1855, *DP* 1856 II, 9.

3 Crim. 19 december 1817, *S* 1818 I, p. 170.

4 Josserand 1905.

5 Josserand 1939.

leerstuk ontwikkeld, mede gevoed door een constante stroom van jurisprudentie.

Ook in België is, in het voetspoor van de Franse ontwikkelingen, een uitgebreide jurisprudentie over misbruik van recht ontstaan. In Nederland is, na verdere ontwikkeling in de rechtspraak en literatuur, in 1992 codificatie van de misbruikfiguur gevolgd met art. 3:13 BW. De wetgever heeft bij de codificatie de term misbruik van bevoegdheid geprefereerd boven misbruik van recht. De reden hiervoor is dat laatstgenoemde term aanleiding zou kunnen vormen voor de gedachte dat de misbruikfiguur alleen toepasselijk is op een limitatief aantal subjectieve rechten, terwijl in beginsel elke bevoegdheid voor misbruik in aanmerking komt.[6] Uit mijn ruime opvatting over het begrip 'subjectief recht' (zie § 2.1.2.1) volgt dat de inhoud van dat begrip in mijn ogen niet verschilt van dat van 'bevoegdheid'. In het navolgende zal ik 'misbruik van recht' en 'misbruik van bevoegdheid' dan ook zonder onderscheid gebruiken.

3.1.2 Wezen van het leerstuk

80. Bij misbruik van bevoegdheid gaat het om het in concreto bepalen van de grenzen van een bevoegdheid. Centraal hierbij staat de verhouding tot de betrokken ander. "[H]et stellen en aanvaarden van het misbruik van recht als algemeen geldende rechtseis (…)" betekent volgens Eggens "(…) een ontwikkeling van het besef (…) dat de ware vrijheid niet onbegrensd is, maar dat de vrijheid van de een (…) haar grens vindt in de vrijheid van de ander."[7]

Een zekere spanning is inherent aan de misbruikfiguur. Gemakkelijk komt het gevoel naar boven dat we te maken hebben met een logische onmogelijkheid, een contradictio in terminis.[8] Men handelt of bevoegd (met recht), of onbevoegd (zonder recht). Hangt het oordeel in een concreet geval niet slechts af van uitleg van het recht met het oog op dat concrete geval, waarbij de misbruikgedachte overbodig is?[9] Aldus het betoog van de tegenstanders van de figuur. De kern van deze opvatting is door de Franse schrijver Planiol samengebald in het adagium "Le droit cesse où l'abus commence."[10]

---

6 Rodenburg 1985, nr. 8. Merk op dat in België een andere terminologie wordt gehanteerd, waarbij bevoegdheid een species van het genus recht is. Zie Van Gerven 1973, p. 168; Van Gerven 1980, p. 64; M. Storme 1986, nr. 7.

7 Eggens 1947, p. 223. Vgl. Eggens, 1941, p. 78; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039-1040 (TM); Vranken 1996, p. 87-95.

8 Vgl. Scheltema 1935.

9 Van Dunné 1971, p. 217-219; Van Dunné 2001, p. 86-89. Vgl. Zonderland 1975, p. 105-125; Schoordijk 1986, p. 24.

10 Planiol 1923, nr. 871.

Dat deze redenering vanuit de concrete casus gedacht juist is,[11] wordt door de meeste voorstanders van het misbruikleerstuk op zichzelf niet bestreden.[12] De zin van het leerstuk bestaat er juist uit, zo betogen laatstgenoemden, objectieve aanknopingspunten te bieden met behulp waarvan de grenzen van een in abstracto toegekende bevoegdheid in concreto nader kunnen worden bepaald.[13] De kloof tussen een algemene, bevoegdheidsverlenende regel (bijv. "Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken (…)" (aanhef art. 5:1 lid 2 BW)) en het concrete geval (de buurman wiens garage de grens van zijn perceel net overschrijdt), kan juist op verantwoorde wijze worden overbrugd door te werken met geobjectiveerde grensbepalingen, waarvan de misbruikleer een voorbeeld vormt.

81. De Nederlandse wetgever heeft met art. 3:13 BW expliciet voor de misbruikfiguur gekozen. Hiermee heeft de wetgever zich aangesloten bij de bestaande denkbeelden en ontwikkelingslijnen in binnen- en buitenlandse literatuur en jurisprudentie. Aanvaarding van de figuur misbruik van bevoegdheid past bovendien goed in een gecodificeerd stelsel waarin ook de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid is aanvaard[14] en nodigt de rechter uit om bij het motiveren van een beslissing over de grenzen van een concrete bevoegdheid aan te sluiten bij een bestaand systeem van uitzonderings- en afgrenzingsregels, hetgeen vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid waardevol is.[15] Dat met het louter uitleggen van de bevoegdheid in het concrete geval dezelfde resultaten kunnen worden bereikt, doet hieraan niets af.

Het leerstuk 'misbruik van bevoegdheid' functioneert bij ons in gecodificeerde vorm niet fundamenteel anders dan in landen waarin op dit terrein geen wetgeving is. Codificatie betekent expliciete aanvaarding van de figuur door de wetgever, maar neemt niet weg dat het in essentie nog steeds gaat om een verwijzing naar ongeschreven recht, net zoals dit het geval is bij redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid. Deze begrippen zijn in hun algemeenheid wel gecodificeerd, maar zijn daarmee inhoudelijk nog geen geschreven recht geworden. Het zijn wettelijke poorten naar het ongeschreven recht.[16]

---

11 Vgl. over het standpunt dat misbruik van recht geen rechtsoverschrijding maar foutieve rechtsuitoefening is Scheltema 1935; Brunner 1977, p. 729-730.

12 Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM). Anders kennelijk Mazeaud & Tunc 1965, nr. 550.

13 Zie o.a. Eggens 1941, p. 70-81; Eggens 1947, p. 221-239; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038-1039 (TM), Van Maanen 1988, p. 103; Valk 1992a, p. 49-51; Asser/Van Dam, Mijnssen & Van Velten 2002, nr. 44; H.J. Snijders 2001, nr. 95. Vgl. Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 765.

14 Vgl. Brunner 1977, p. 732. Zie over het verband tussen misbruik van bevoegdheid en de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid hieronder § 3.1.6.

15 Vgl. bijv. J.W.M. van der Grinten 1984, p. 388.

16 Vgl. Brunner 1988a, p. 454-460.

3.1.3 De misbruikfiguur binnen het procesrecht

82. Het toepassingsgebied van het leerstuk misbruik van bevoegdheid wordt in eerste instantie bepaald door het bereik van het begrip 'bevoegdheid'. Van bevoegdheid in deze context kan worden gezegd dat er sprake moet zijn van een zekere bepaaldheid, zoals met name het geval is bij in de wet en verdrag genoemde rechten als eigendom of het recht op toegang tot de rechter. Mijn inziens wijkt de inhoud van het begrip 'bevoegdheid' niet af van dat van 'subjectief recht' (zie § 2.1.2.1). De definitie die Meijers heeft gegeven voor het subjectieve recht kan mijns inziens evenzeer dienen ter aanduiding van het begrip 'bevoegdheid': "een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen."[17] Een scherpe lijn tussen bevoegdheid en vrijheid is overigens niet makkelijk te trekken. Brunner wijst er terecht op dat het afsnijden van de keel van een buurman met een broodmes op zichzelf evenzeer als een overschrijden van de handelingsvrijheid als een misbruik van eigendomsrecht op het mes kan worden gezien.[18] Het handelen is echter zo ostentatief onrechtmatig dat de misbruikvraag buiten beeld blijft.[19]

In het (contentieuze) civiele proces staan de bevoegdheden van partijen centraal. Partijen mogen een geding aanhangig maken, een verdediging voeren, stellen, bewijzen, rechtsmiddelen instellen etc. De vrijheid van de procespartij is uitgangspunt: partij-autonomie is een van de fundamentele beginselen van ons procesrecht. Maar zoals overal in het burgerlijk recht vindt de vrijheid van de één uiteindelijk zijn grens in de bescherming van de ander. Waar vrijheid is geconcretiseerd in bijzondere bevoegdheden met bijzondere rechtsgevolgen, is figuur van misbruik van bevoegdheid het beschermingsmechanisme bij uitstek. Het procesrecht, waar de bevoegdheden van partijen voorop staan, is naar zijn aard een vruchtbaar toepassingsgebied voor het misbruikleerstuk: ook in het procesrecht bestaat behoefte aan correctiemechanismen.[20] De misbruikleer heeft dan ook in binnen- en buitenland ingang gevonden in het procesrecht.

83. Zowel in het Franse[21] als het Belgische[22] recht wordt de figuur van het misbruik van recht in de jurisprudentie op ruime schaal toegepast bij het toetsen van de uitoefening van processuele bevoegdheden. Bovendien verbinden bijzondere wetsbepalingen als het Franse art. 32-1 NCPC en het Belgische art. 1072bis Ger.W. speciale rechtsgevolgen aan (vormen van) misbruik van

17 Meijers 1948, p. 86.
18 Brunner 1977, p. 733. Zie over deze problematiek tevens Cadiet 1992, nr. 8-9: Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 769.
19 Brunner 1977, p. 730.
20 Vgl. Blary-Clément 1991, nr. 1.
21 Zie voor een overzicht bijv. Cadiet 1992, nr. 87-156.
22 Zie bijv. Taelman 1988, nr. 5-6 met nadere verwijzingen.

procesrecht. In Duitsland wordt § 226 BGB mede toepasselijk geacht binnen het procesrecht.[23]

Uit de plaatsing van art. 13 in titel 1 (Algemene bepalingen) van Boek 3 BW (Vermogensrecht in het algemeen) volgt dat de Nederlandse bepaling over misbruik van bevoegdheid in ieder geval alle vermogensrechtelijke bevoegdheden beheerst. Art. 3:15 BW verklaart het misbruikartikel ook "(…) buiten het vermogensrecht van toepassing, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet." De rol van het misbruikleerstuk in het procesrecht heeft aldus met de invoering van het huidige BW wettelijke grondslag gekregen. Van discontinuïteit tussen het oude en het nieuwe recht is op dit punt overigens geen sprake. Ook voor 1992 werd het leerstuk van misbruik van bevoegdheid als ongeschreven recht in het burgerlijk procesrecht toegepast. Hiervan vormt reeds het arrest *De Wild/Utrechtse Hypotheekbank*[24] uit 1927 een voorbeeld.

Uit het bovenstaande blijkt dat men in binnen- en buitenland geen fundamentele bezwaren ziet om het misbruikleerstuk toe te passen op processuele bevoegdheden. Misbruik van bevoegdheid is een algemene burgerrechtelijke figuur, die relevant kan zijn voor het in concreto begrenzen van elk type bevoegdheden, ook processuele.[25] Juist in processuele verhoudingen, waarin de over en weer bestaande bevoegdheden van betrokkenen op de voorgrond staan, is behoefte aan een dergelijke figuur, die in concrete situaties kan worden ingezet om onredelijke (gevolgen van) bevoegdheidsuitoefening te keren.

3.1.4 De preventieve functie van misbruik van bevoegdheid

84. Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid vervult twee te onderscheiden functies, die beide voortvloeien uit het centrale wezenskenmerk van het leerstuk: het in concreto afgrenzen van in abstracto toegekende bevoegdheden. Deze functies duid ik in navolging van Boll, Wijnstroom en Meijers aan als de preventieve en de repressieve.[26]

Eerst aandacht voor de preventieve functie. De drager van een bevoegdheid die deze wil gaan uitoefenen zal zich niet jegens een ander op die bevoegdheid kunnen beroepen indien de gewenste uitoefening zou neerkomen op misbruik. Zijn beroep op de bevoegdheid – de gewenste uitoefening – gaat dan immers de uit het misbruikleerstuk voortvloeiende grenzen van de bevoegdheid te

23 Zie bijv. Palandt/Heinrichs 2003, § 226, Rn. 2.

24 HR 17 februari 1927 (*De Wild/Utrechtse Hypotheekbank*), *NJ* 1927, 391 m.nt. PS, *W* 11 642 m.nt. BADF.

25 Mazeaud/Chabas 1998, nr. 459.

26 Boll 1913, p. 101; Wijnstroom 1921, p. 126; Meijers 1937, p. 78.

buiten. Een dergelijke bevoegdheidsuitoefening kan niet worden afgedwongen.[27] Twee gevallen ter verduidelijking.

Kan de eigenaar van een perceel zijn buurman, die bij het bouwen van een garage een minimale grensoverschrijding heeft gepleegd, op grond van zijn eigendomsrecht in rechte tot afbraak van het gebouwde (amotie) dwingen? Dat hangt er vanaf, aldus de Hoge Raad, of dit misbruik van recht oplevert.[28] Zo ja, dan wordt de vordering tot afbraak afgewezen.

Een procesrechtelijke klassieker: een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wordt afgewezen, indien het uitoefenen van deze bevoegdheid in casu misbruik vormt (zie § 3.3.3.1).

De rechtsgevolgen van misbruik van bevoegdheid zijn niet expliciet in de wet geregeld. Art. 3:13 lid 1 BW stelt slechts dat een bevoegdheid in geval van misbruik niet kan worden ingeroepen. Bij de preventieve functie impliceert de niet-inroepbaarheid van de bevoegdheid in kwestie dat aan de beoogde bevoegdheidsuitoefening niet wordt toegekomen omdat deze in feite overschrijding van de grenzen van de bevoegdheid zou betekenen. Indien inroeping van de bevoegdheid geschiedt door het verrichten van een rechtshandeling zal deze, voorzover gericht op bevoegdheidsuitoefening die misbruik zou vormen, geen of een aantastbaar rechtsgevolg toekomen. In de kern is hier het rechtsgevolg van misbruik niet-intreding van de normale rechtsgevolgen van de bevoegdheid.[29] Indien het inroepen van de bevoegdheid geschiedt door het verrichten van een rechtshandeling, zal er bij misbruik in zoverre sprake zijn van nietigheid of vernietigbaarheid daarvan (zie § 5.4).

Komt bij een vordering tot amotie vast te staan dat er sprake is van misbruik van eigendomsrecht, dan moet deze worden afgewezen. Eiser kan in casu de rechtsgevolgen van zijn eigendomsrecht niet inroepen, omdat zijn beroep de grenzen van het eigendomsrecht overschrijdt. De in het eigendomsrecht besloten liggende vordering tot amotie (art. 5:1 lid 2 jo. 3:296 lid 1 BW) mist rechtsgevolg.

Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dat misbruik van bevoegdheid oplevert, dient te worden afgewezen. Het normale rechtsgevolg, dat een voorlopig getuigenverhoor wordt bevolen en plaatsvindt, treedt niet in. In zoverre mist het verzoek rechtsgevolg.

Is bij het instellen van een vordering in rechte het normale rechtsgevolg ontvankelijkheid, dan volgt bij misbruik niet-ontvankelijkheid.[30] In zoverre mist de dagvaarding het beoogde rechtsgevolg.

Hoewel in Frankrijk de misbruikfiguur in de jurisprudentie met name tot ontwikkeling is gebracht als een bijzondere vorm van buitencontractuele

27 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048 (TM).

28 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *NJ* 1971, 89 m.nt PhANH, *AA* 19 (1970), p. 542-550 m.nt. H.K.Köster.

29 Vgl. Hofmann/Drion 1959, p. 92.

30 Meijers 1937, p. 79-80; Rodenburg 1985, nr. 35 sub 6.

aansprakelijkheid, is ook daar oog voor de preventieve functie.[31] Een voorbeeld vormt het wegens misbruik van recht afwijzen van een vordering tot nakoming, omdat de eiser zonder enig redelijk belang een vervangende prestatie had geweigerd.[32] In de doctrine wordt erkend dat de misbruikfiguur "(…) non la simple application d'une règle de la responsabilité, mais un principe général du droit"[33] inhoudt.

Ook in België wordt het leerstuk voornamelijk binnen het kader van de delictuele aansprakelijkheid geplaatst. De preventieve functie is daar echter niet onbekend. Illustratief is hier de wijze waarop de Belgische rechter met casus over grensoverschrijdend bouwen omgaat, waarbij hij tot vergelijkbare resultaten komt als de Nederlandse rechter.[34]

In de spaarzame Duitse rechtspraak en literatuur over § 226 BGB is eveneens aandacht voor de preventieve functie van het misbruikleerstuk.[35]

In § 2.1.2.2 heb ik laten zien hoe lasten fungeren als beperkend complement van een bijzondere bevoegdheid. Bij schending van een last is er geen sprake van onrechtmatig gedrag maar van de belaste treffende negatieve rechtsgevolgen. De preventieve kant van misbruik van recht stelt grenzen aan bijzondere bevoegdheden en bepaalt deze daardoor nader. Schending van een norm in het kader van de preventieve functie van misbruik is als zodanig niet onrechtmatig, maar levert de normschender, zo bleek in het overstaande, wel negatieve rechtsgevolgen op. Naar mijn mening kan hieruit de conclusie worden getrokken dat normen in het kader van de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid lasten inhouden.

3.1.5 De repressieve functie van misbruik van bevoegdheid

85. Bij de repressieve functie van de misbruikfiguur gaat het om beoordeling van reeds vertoond gedrag. In het algemeen wordt de vrijheid zich te gedragen naar eigen goeddunken begrensd door de regels van de onrechtmatige daad. Onrechtmatig gedrag is verboden (zie § 2.1.2.1). De grenzen die met behulp van het misbruikleerstuk aan de geoorloofdheid van gedrag in het kader van een bevoegdheid kunnen worden gesteld zijn in wezen van gelijke aard. Steeds is de vraag: is in casu een rechtsplicht (zie § 2.1.2.1) geschonden?

Deze vraag kan op twee manieren worden benaderd. Ten eerste kan worden gedacht vanuit de bevoegdheid als rechtvaardigingsgrond. Een beroep op deze rechtvaardigingsgrond gaat niet op indien er sprake is van misbruik

---

31 Zie Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989, nr. 45.
32 CA Pau 15 februari 1973, *JCP* 1973 II, 17584 m.nt. JB, *RTDciv*. 1973, p. 397 m.nt. Durry, waarover Hesselink 1999, p. 309-310.
33 Ripert 1927, nr. 89.
34 Cass. 10 september 1971, *Pas*. 1972 I, p. 28.
35 Zie Palandt/Heinrichs 2003, § 226; Larenz/Wolf 1997, § 16, Rn. 20-21.

van bevoegdheid.[36] De typische dialoog tussen eiser en gedaagde verloopt dan als volgt. Eiser: "U hebt onrechtmatig jegens mij gehandeld." Gedaagde: "Maar ik had de bevoegdheid aldus te handelen." Eiser: "U kunt zich ter rechtvaardiging van uw gedrag niet op deze bevoegdheid beroepen, omdat u haar heeft misbruikt." Indien deze twee stellingen van eiser juist worden bevonden, komt daarmee de onrechtmatigheid van het handelen van gedaagde vast te staan.

In de tweede benaderingswijze die ik hier mogelijk acht, gaan de twee bovengenoemde stellingen van eiser in elkaar op. Bij toetsing van een gedraging, die moet worden geplaatst in de sleutel van een aan de actor rechtens toekomende bijzondere bevoegdheid, dienen de misbruikcriteria in deze benadering als invulling van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW.[37] Hiermee wordt een afzonderlijke discussie over de bevoegdheid als rechtvaardigingsgrond geëcarteerd. De eiser zal dan stellen en zo nodig moeten bewijzen: "Gedaagde, u heeft onrechtmatig jegens mij gehandeld door misbruik van uw bevoegdheid te maken."

De tweede benadering is de meest praktische, terwijl ze niet tot inhoudelijk andere resultaten zal leiden dan de eerste.[38] De zodanige toetsing van op een bevoegdheid gebaseerd gedrag aan het misbruikleerstuk vormt een toepassing van de algemene regels van de onrechtmatige daad.[39] Gedrag dat misbruik van bevoegdheid vormt, is onrechtmatig en dus verboden. De misbruikcriteria vormen in dit kader species van dat van de maatschappelijke betamelijkheid: onbetamelijkheid en misbruik vallen samen.

86. Is eenmaal gedrag vertoond dat wegens misbruik van bevoegdheid onrechtmatig moet worden geoordeeld, dan kunnen (onder de daarvoor geldende nadere voorwaarden) ook de overige rechtsgevolgen van onrechtmatige daad worden ingeroepen. De belangrijkste daarvan is de verplichting tot schadevergoeding, waarop nader wordt ingegaan in § 5.3.

Naast de algemene rechtsgevolgen van onrechtmatige daad kunnen bijzondere bepalingen rechtsgevolgen verbinden aan gedragingen die misbruik van bevoegdheid vormen. In Frankrijk en België is de rechter bijvoorbeeld wettelijk bevoegd om in bepaalde gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden

---

36 In deze zin bijv. Okma 1945, p. 24; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048 (MvT Inv); Rodenburg 1985, nr. 34; Van Maanen, 1988, p. 102; Den Tonkelaar (*Vermogensrecht*), art. 13, aant. 31; C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 2, aant. 121.1 en 160.1; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 63; Van der Kwaak 2002, p. 580. Vgl. Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989, nr. 45.

37 Scheltema 1935, p. 318; Meijers 1937, p. 75; Hofmann/Drion 1959, p. 92; *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 20 (TM); J.W.M. van der Grinten 1984, p. 390; Rodenburg 1985, nr. 34; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 56; Stein/Rueb 2002, p. 8. Vgl. Ripert 1927, nr. 90; Bydlinski 1986, p. 630.

38 Het verbaast dan ook niet dat verschillende auteurs beide benaderingswijzen naast elkaar hanteren. Vgl. bijv. Asser/Hartkamp III 2002, nr. 56 met nr. 63.

39 Van der Wiel 2001, p. 29.

een boete op te leggen ten gunste van de staat (zie art. 32-1, 559, 581 en 628 NCPC; art. 1072bis Ger.W.).

Bij de repressieve functie van misbruikfiguur gaat het om de beoordeling van vertoond gedrag. Bij de preventieve functie gaat het niet om de toetsing van een gedraging, maar om de vóór de bevoegdheidsuitoefening te beantwoorden vraag of in een concreet geval de bevoegdheid de beoogde rechtsgevolgen ervan kan legitimeren. Daarmee gaat de betekenis van het leerstuk in de ogen van de meeste schrijvers uit boven die van een bijzondere vorm van onrechtmatig gedrag.[40]

Meijers heeft zich tegen deze opvatting verzet. Zijns inziens berust de verwarring rond de verhouding tussen misbruik van recht en onrechtmatige daad op het feit dat de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad slechts zeer onvolledig in de wet staan.[41] Ook de rechtsgevolgen van de preventieve functie acht Meijers herleidbaar op de onrechtmatige daad.[42] Ik ben van mening dat deze visie nog steeds verdedigbaar is.[43] Gezegd kan worden dat het bij de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid gaat het om het voorkomen van onrechtmatigheid. Het onderscheid tussen de twee opvattingen is overigens niet van groot praktisch belang.

Met het onderscheiden van twee functies van de misbruikfiguur wil ik overigens niet beweren, dat deze twee functies steeds strikt kunnen worden gescheiden. In de praktijk zal het juist dikwijls voorkomen, dat in één geval zowel de preventieve als de repressieve functie tot toepassing kunnen komen. Indien bijvoorbeeld in een bepaald geval zonder behandeling van de inhoudelijke kant van de zaak reeds kan worden geoordeeld dat een ingesteld hoger beroep misbruik van bevoegdheid vormt, dan is aan de ene kant niet-ontvankelijkheid het gevolg (preventieve functie), maar daarnaast kan er sprake zijn van delictuele aansprakelijkheid (repressieve functie): het instellen zelf van hoger beroep vormt immers een gedraging.

---

40 In deze zin Boll 1913, p. 100-101; Wijnstroom 1921, p. 137; Scheltema 1935, p. 330; Okma 1945, p. 24; Wolfsbergen 1946, p. 74; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1045 (MvA II); Hofmann/Drion 1959, p. 92; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 625 (Rapport aan de Koningin); Brunner 1977, p. 729-730; Zonderland 1977, p. 59; Rodenburg 1985, nr. 6 en 34; Van Maanen 1988, p. 102; Van der Kwaak 1990, p. 149-150; Den Tonkelaar (*Vermogensrecht*), art. 13, aant. 31; H.J. Snijders 2001, nr. 94.

41 Meijers 1937, p. 78.

42 Meijers 1937, p. 78. Vgl. ook Eggens 1941, p. 74; Eggens 1947, p. 222; Helmich 1945, p. 235-238. In de *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048 (MvT Inv) wordt de beantwoording van de vraag of misbruik van bevoegdheid steeds een onrechtmatige daad is, overgelaten aan rechter en doctrine.

43 Van der Wiel 2001, p. 30.

3.1.6 De verhouding van misbruik van bevoegdheid met andere rechtsfiguren

87. Gedrag dat misbruik van recht vormt, wordt in de Franse,[44] Belgische,[45] Duitse[46] en Nederlandse[47] rechtspraak en literatuur als onrechtmatig beschouwd. Voorzover het gaat om het beoordelen van gedrag kan het leerstuk, zoals we hierboven hebben gezien, worden beschouwd als een bijzondere toepassing van de zorgvuldigheidsnorm. Bevoegdheidsoverschrijdend gedrag kan worden beantwoord met een onrechtmatige daadsactie (de hierboven beschreven repressieve functie).

De betekenis van de misbruikfiguur reikt verder. Het leerstuk heeft de algemene strekking de concrete grenzen te geven van in abstracto geformuleerde bevoegdheden. Bij een grensoverschrijdend beroep op een bevoegdheid (preventieve functie), zonder dat reeds tot het beoogde handelen worden overgegaan, treden de rechtsgevolgen van de betrokken bevoegdheid niet in c.q. kunnen deze niet worden ingeroepen. Dit mechanisme heeft het misbruikleerstuk gemeen met andere rechtsfiguren, waarvan de belangrijkste in Nederland bekend staat als de derogerende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. In Nederland heeft de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen de door deze normen beheerste rechtsverhoudingen een werking die overeenkomt met die van de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid. Binnen het procesrecht vervullen de beginselen van een goede procesorde een vergelijkbare functie. In hoofdstuk 4 zal ik nader op deze figuren en hun betekenis voor de normering van partijgedrag in het civiele proces ingaan.

3.2 Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden

3.2.1 De ontwikkeling van criteria voor misbruik van bevoegdheid

88. Het leerstuk van misbruik van recht geeft uitdrukking aan "(...) het besef, dat bij het uitoefenen van bevoegdheden voor iedereen de plicht bestaat om de belangen van zijn medemensen en van de maatschappij niet geheel te verwaarlozen (...)".[48] Bij toepassing van de figuur op processuele bevoegdheden gaat het om het vinden van een evenwicht tussen het uitgangspunt dat een ieder het recht heeft zich tot de rechter te wenden en te procederen zoals hem dat goeddunkt en de bescherming van de belangen van de wederpartij

44 Zie bijv. Soc. 11 juni 1953, *Bull.* IV, 436; Cadiet 1992, nr. 1, 30-31; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 806.
45 Van Gerven 1980, p. 64; Taelman 1988, p. 95, beide met nadere verwijzingen.
46 Palandt/Heinrichs 2003, § 226, Rn. 5 en 13.
47 Asser/Rutten III 1983, p. 74; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 56.
48 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM).

en de staat. Vrijheid versus bescherming: we hebben hier te maken met een van de verschijningsvormen van een centraal dilemma van het privaatrecht.[49]

Door de oneindige variatie van gevallen die de realiteit op het terrein van de bevoegdheidsuitoefening biedt en de flexibiliteit die dit van het recht eist, kunnen doctrine, wetgever en rechter op het algemene, abstracte niveau van het leerstuk als geheel slechts algemene regels en uitgangspunten met betrekking tot misbruik geven die per casustype nader kunnen worden ingevuld en toegespitst. De ontwikkeling van de figuur misbruik van bevoegdheid tot een bruikbaar instrument op het concrete niveau van de (soort) casus is in de kern dan ook een kwestie van jurisprudentievorming.

In Frankrijk en België is de ontwikkeling van criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheid een door de literatuur ondersteunde en gestimuleerde rechterlijke aangelegenheid. Bij gebreke aan een wettelijk richtsnoer – afgezien van de bepalingen over onrechtmatige daad – is daartoe in deze landen zowel ruimte als noodzaak. De Duitse § 226 BGB daarentegen geeft een eng en limitatief wettelijk criterium, dat de mogelijkheden van de rechter in sterke mate beperkt. Het gevolg daarvan is dat over het Duitse recht in dit hoofdstuk vrijwel niets van betekenis kan worden gemeld.

89. In Nederland is de ontwikkeling tweeledig geweest. Vóór de invoering van het huidige BW heeft de Hoge Raad in een reeks van arresten inhoud aan het leerstuk misbruik van bevoegdheid gegeven door het ontwikkelen van criteria op basis waarvan getoetst kan worden of in concreto van misbruik sprake is. Daarnaast is in de ontwerpen voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek steeds sprake geweest van een bepaling over misbruik van bevoegdheid, eerst als art. 8 van de Inleidende Titel, later als onderdeel van afdeling 3.1.1. De rechtspraak van de Hoge Raad sluit zich sinds de werkzaamheden aan het nieuwe wetboek in sterke mate aan bij de in de ontwerpen neergelegde criteria.

Ook na de invoering van het huidige wetboek blijft er ruimte voor het ontwikkelen van maatstaven voor misbruik van recht in de jurisprudentie. De drie criteria die uiteindelijk in art. 3:13 lid 2 BW zijn gecodificeerd, moeten namelijk enuntiatief worden opgevat, zoals blijkt uit de woorden "onder meer" die in de wettekst aan de criteria voorafgaan. Hiermee wordt recht gedaan aan het algemene en open karakter van de figuur en ruimte gelaten voor rechtsontwikkeling. Bij deze keuze is tevens gedacht aan het eventueel tot ontwikkeling komen van een afwijkende maatstaf voor misbruik van processuele bevoegdheden.[50] Uit het navolgende zal blijken dat de Nederlandse rechtspraak, evenals de Franse en Belgische, in het kader van misbruik van procesrecht aansluiting zoekt bij de algemene misbruikcriteria, zoals die in de jurisprudentie of door de wetgever zijn ontwikkeld.

---

49 Zie bijv. Sieburgh 2000, p. 5-33.

50 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv).

3.2.2 Typen bevoegdheden

90. Voorafgaand aan de bespreking van de in de verschillende landen ontwikkelde en toegepaste criteria voor misbruik van processuele bevoegdheden dient enige aandacht te worden besteed aan het onderscheid dat wel wordt gemaakt tussen verschillende typen bevoegdheden.

Ten eerste is er de kwestie van de bevoegdheden die naar hun aard niet kunnen worden misbruikt. Terwijl in de Franse literatuur omstreden is of een dergelijke bevoegdheid zich laat denken,[51] heeft de Nederlandse wetgever deze categorie bevoegdheden van voldoende belang geacht om haar wettelijk te erkennen in art. 3:13 lid 3 BW. Men spreekt hier wel van discretionaire bevoegdheden.[52] Is eenmaal aangenomen dat een bepaalde bevoegdheid discretionair is, dan kan uitoefening van een dergelijke bevoegdheid nimmer als misbruik worden gekwalificeerd.

Naar mijn mening is erkenning van een dergelijke categorie 'discretionaire bevoegdheden' onnodig. Voldoende terughoudendheid bij toetsing aan de misbruikcriteria leidt tot hetzelfde resultaat. Bovendien kan een generieke erkenning als 'niet te misbruiken bevoegdheid' riskant zijn: het is altijd mogelijk dat zich in het kader van een dergelijke bevoegdheid een onvoorzien geval voordoet, waarbij de mogelijkheid van toetsing aan de misbruikcriteria wenselijk is. In ieder geval lijkt het erop dat deze categorie bevoegdheden in de praktijk een marginale rol zal spelen.[53] Dit geldt a fortiori op het terrein van de processuele bevoegdheden,[54] omdat deze veelal doelgebonden zijn. Hiermee zijn we bij een tweede type bevoegdheden aangeland.

91. Van doelgebonden bevoegdheden, de term zegt het al, wordt geleerd dat deze aan rechtssubjecten worden gegeven om bepaalde doelen mee te dienen. In Frankrijk werd en wordt wel verdedigd dat elke bevoegdheid doelgebonden is. Deze opvatting is in Nederland niet aanvaard.[55] In de in Nederland heersende opvatting, die ook ten grondslag ligt aan art. 3:13 lid 2 BW, moet per bevoegdheid worden bepaald of zij doelgebonden is. Aangenomen wordt bijvoorbeeld dat goederen (de 'eigenlijke subjectieve rechten'[56]) niet doelgebonden zijn.[57]

---

51 Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 773-775. Ripert 1927, nr. 100 neemt wel discretionaire bevoegdheden aan.

52 Rodenburg 1985, nr. 10. Vgl. Van Gerven 1973, p. 170.

53 Vgl. Rodenburg 1985, nr. 10. Reeds in de Toelichting-Meijers wordt opgemerkt dat dit type bevoegdheid in het licht van de rechtsontwikkeling zeldzamer wordt. Zie *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM).

54 Zie voor een uitzondering HR 8 mei 1998 (*B./P.C. en E.C.C.*), *NJ* 1998, 606: het recht zich van de getuigplicht te verschonen op grond van verwantschap (art. 165 lid 2 sub a Rv) kan naar zijn aard niet worden misbruikt.

55 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM); Rodenburg 1985, nr. 13.

56 Rodenburg 1985, nr. 14.

57 Rodenburg 1985, nr. 13.

Processuele bevoegdheden worden in het algemeen beschouwd als doelgebonden.[58] Het doel zou hier kunnen worden omschreven als het vaststellen, tot stand brengen, wijzigen, beëindigen en effectueren van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen van rechtssubjecten door tussenkomst van de rechter.[59]

In het verband van de categorisering van bevoegdheden verdient ook het begrip wilsrecht opnieuw (zie reeds § 2.1.2.2) aandacht. Meijers definieert het wilsrecht als "(…) de bevoegdheid om door een wilsverklaring veranderingen in (…) rechtsbetrekkingen tot stand te brengen."[60] Onder deze ruime omschrijving valt zeer veel te brengen,[61] waaronder ook de processuele bevoegdheden. Het instellen van een vordering kan als de uitoefening van een wilsrecht worden gezien. De bepaling van de omvang van het geschil, het ondersteunen van de eis en het voeren van verweer geschieden doordat partijen jegens elkaar en de rechter eenzijdige uitingen doen, die de onderlinge processuele verhouding nader bepalen. In zoverre komt het verrichten van proceshandelingen neer op de uitoefening van wilsrechten.[62]

Een ruime opvatting van het begrip wilsrecht, waarvan ik zou willen uitgaan,[63] brengt mee dat vele onderling zeer verschillende bevoegdheden tevens als wilsrechten kunnen worden gekwalificeerd. Daarom heeft deze kwalificatie mijns inziens op zichzelf weinig betekenis voor de toetsing van de uitoefening van wilsrechten in het kader van de misbruikleer. Wel van belang is dat een wilsrecht niet qualitate qua een discretionaire bevoegdheid vormt.[64] Dit blijkt reeds uit het feit dat processuele bevoegheden veelal én als doelgebonden, én als wilsrecht kunnen worden beschouwd.

3.2.3 Frankrijk

3.2.3.1 De controverse in de Franse doctrine

92. Uitspraken van het Cour de cassation[65] uit 1817 en het gerecht te Colmar[66] uit 1855 vormen als gezegd het beginpunt van de jurisprudentiële

58 Zie bijv. Meijers 1937, p. 72; Van Neste 1967, p. 357; Van Gerven 1973, nr. 67; Rodenburg 1985, nr. 13; Taelman 1988, nr. 3; Blary-Clément 1991, nr. 17. Anders M.E. Storme, 1990, nr. 9.

59 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 1.

60 Meijers 1948, p. 266. Vgl. Larenz/Wolf 1997, § 14, Rn. 17, § 15, Rn. 78-104.

61 Zie voor een overzicht W. Snijders 1999a, p. 558-565.

62 W. Snijders 1999a, p. 562.

63 In navolging van W. Snijders 1999a, p. 558-565. Anders bijv. Mellema-Kranenburg 1988, p. 5.

64 Zie *Parl gesch. Inv. Boek 3*, p. 1046 (MvA II). Juist is wel dat discretionaire bevoegdheden veelal tevens wilsrechten zijn. Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM).

65 Crim. 19 december 1817, *S* 1818 I, p. 170.

66 CA Colmar 2 mei 1855, *DP* 1856 II, p. 9.

ontwikkeling van het leerstuk van misbruik van recht in West-Europa. Ook de Franse doctrine is op dit punt richtinggevend geweest. Hierboven werd al gerefereerd aan de stelling van Planiol: "le droit cesse où l'abus commence."[67] Deze these, die misbruik van recht tot logische onmogelijkheid degradeert (zie § 3.1.2), heeft de ontwikkeling van het leerstuk niet in de kiem kunnen smoren. De discussie in de literatuur spitste zich juist toe op de vraag aan de hand van welk criterium moet worden beoordeeld of er sprake is van misbruik van recht.

Ripert neemt, vanuit een sterk individualistische opvatting van het subjectieve recht, de handelingsvrijheid die een specifieke bevoegdheid met zich meebrengt tot uitgangspunt en stelt dat er in beginsel slechts sprake is van misbruik van (proces)recht, indien de drager van het recht een *intention de nuire* heeft.[68] In de Franse literatuur wordt deze opvatting, wegens de engheid van het criterium, algemeen als te beperkt beschouwd om als enige maatstaf te fungeren.[69] Ook Ripert zelf brengt tal van nuances op zijn uitgangspunt aan.[70] Zowel hij als Planiol wijst er op dat in tal van situaties het benadelen van anderen geoorloofd is, bijvoorbeeld bij concurrentie.[71]

Josserand denkt vanuit het doel van het subjectieve recht. Zijns inziens heeft elk recht een doel en is dat doel bepalend voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van misbruik van recht. In zijn visie is misbruik van bevoegdheid "(…) l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité."[72] Voor hem is *détournement de pouvoir* het alomvattende criterium voor misbruik, ook op het gebied van het procesrecht.[73] Door verschillende Franse schrijvers wordt de theorie van Josserand ook tegenwoordig als de vanuit theoretisch oogpunt meest bevredigende maatstaf voor misbruik van recht beschouwd.[74] Er is echter ook kritiek, met name vanwege de onzekerheid die dit criterium bij toepassing in de praktijk met zich meebrengt.[75] Opvallend is dat Ripert en Josserand elkaar met hun schijnbaar onverzoenlijke uitgangspunten dicht naderen, waar beiden ervan uitgaan dat aan hun criterium in ieder geval is voldaan bij afwezigheid van voordeel respectievelijk belang aan de kant van de actor.[76]

67 Planiol 1923, nr. 871.
68 Ripert 1927, nr. 97; Ripert 1948, nr. 118.
69 Zie bijv. Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 784.
70 Bijv. Ripert 1927, nr. 103.
71 Planiol 1923, nr. 871; Ripert 1927, nr. 102.
72 Josserand 1939, nr. 292.
73 Zie Josserand 1939, nr. 39-62.
74 Zie Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 789, Cadiet 1992, nr. 24.
75 Waarover Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 787-788. Zie reeds Ripert 1927, nr. 103.
76 Zie Ripert 1927, nr. 97; Josserand 1939, nr. 300. Zie ook Cadiet 1992, nr. 23 met nadere verwijzingen. Vgl. Brethe de la Gressaye 1925.

Een derde veel verdedigde opvatting[77] is dat het criterium voor misbruik van bevoegdheid moet worden gezocht in het algemene criterium voor ongeoorloofde handelingen, *faute*. Als voornaamste punt van kritiek op deze opvatting kan worden genoemd dat dit criterium eigenlijk geen antwoord biedt op de vraag wanneer er dan sprake is van een *faute* bij het uitoefenen van een bevoegdheid.[78]

De controverse over de criteria van misbruik van bevoegdheid in de Franse literatuur is langzamerhand doodgebloed,[79] met name omdat, zoals hieronder nog zal blijken, de rechtspraak een geheel eigen spoor heeft getrokken.[80]

3.2.3.2 In de jurisprudentie ontwikkelde criteria

93. Frankrijk kent een zeer uitgebreide jurisprudentie op het gebied van misbruik van processuele bevoegdheden. Analyse van deze rechtspraak met het oog op de voor toetsing van misbruik gehanteerde criteria levert op het eerste gezicht een wat verbrokkeld beeld op. Verschillende criteria fungeren naast elkaar en de door de rechter in verschillende uitspraken gebruikte bewoordingen kenmerken zich door subtiele verschillen, ook wanneer het kennelijk om hetzelfde criterium gaat.

Tot in de jaren '70 van de vorige eeuw was de dominante lijn in de rechtspraak van het Cour de cassation dat er sprake is van misbruik van een processuele bevoegdheid wanneer "(…) s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou s'il agit d'une erreur grave équipollente au dol."[81]

In dit criterium komt tot uitdrukking dat niet elke misstap of vergissing bij het procederen een fout oplevert.[82] Het recht en de feiten zijn vaak onduidelijk en de uitkomst van een geding onzeker. Het enkele verliezen van een geding mag dan ook geen voldoende voorwaarde zijn om te kunnen spreken van misbruik van procesrecht ter zake van het instellen van de eis of het voeren van de verdediging.[83] Het instellen van een eis in rechte en het voeren van verdediging daartegen vormen fundamentele bevoegdheden van iedere burger, neergelegd in art. 6 lid 1 EVRM en art. 30 NCPC. Deze bevoegdheid van de burger, die los staat van de overige burgerlijke rechten van partijen, maakt het uitoefenen van processuele bevoegdheden in beginsel rechtmatig, ook in

77 Zie onder andere Mazeaud & Tunc 1965, nr. 576 en 591; Mazeaud/Chabas 1998, nr. 458; Ghestin & Goubeaux 1994 nr. 779 met nadere verwijzingen.
78 Zie bijv. Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 781.
79 Cadiet 1992, nr. 24.
80 Zie in het algemeen Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 790-804; Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989, nr. 45.
81 Van de ruim 100 arresten waarin dit criterium in licht variërende bewoordingen wordt toegepast noem ik hier als voorbeelden Civ. 7 december 1885, *DP* 1886 I, 207; Civ. 7 mei 1924, *S* 1925, 1, 217 m.nt. Jean Brèthe de la Gressaye; Civ. II 13 november 1959, *GP* 1960 I, p. 98; Civ. II, 11 januari 1973, *GP* 1973 II, p. 710.
82 Cadiet 1992, nr. 92.
83 Cadiet 1992, nr. 96 en 108 met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

geval van verlies van het geding. Het bovengenoemde door het Cour de cassation ontwikkelde criterium benadrukt dat dit slechts onder uitzonderlijke omstandigheden anders is.

94. Naast het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol* heeft in de rechtspraak het *faute*-begrip als zodanig op dit terrein in de loop der jaren steeds meer ruimte gewonnen.[84] De algemene maatstaf voor de *faute* – "un comportement anormal, que n'aurait pas un homme raisonnable et prudent"[85] – lijkt op het eerste gezicht zwaardere eisen aan gedrag te stellen dan de genoemde specifieke maatstaf van misbruik van procesrecht. Deze paradox heeft in de literatuur tot discussie geleid, met name rond de vraag of de verschillende kamers van het Cour de cassation op dit terrein wellicht een afwijkend beleid voeren.[86]

De laatste decennia is het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol* vrijwel geheel verdrongen door het *faute*-criterium.[87] Het feit dat deze beide criteria eerder naast elkaar als maatstaf voor misbruik van procesrecht werden gebruikt leverde in de praktijk geen inconsistenties van betekenis op.[88] Het kwam de Franse cassatierechter wel op kritiek te staan, omdat het vanuit systematisch oogpunt weinig fraai is en bovendien aanleiding kan geven tot verwarring.[89]

Bij het hanteren van het algemene *faute*-criterium eiste en eist de Franse cassatierechter in dit verband steeds een vrij nauwkeurige karakterisering van het verweten gedrag.[90] Bij beide criteria is voor misbruik steeds vereist dat de dader een stevig verwijt kan worden gemaakt. Er wordt een ruime marge opengelaten waarbinnen men vrij is procedures te entameren, een verdediging te voeren en een processuele koers te bepalen. Dit is in het licht van de aard van het civiele proces ook noodzakelijk: de feiten en het recht zijn vaak onzeker en onduidelijk en de rechtssubjecten hebben in beginsel het recht een en ander in een geding ter discussie te stellen.

84 Cadiet 1992, nr. 91; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 803.

85 Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 779. Vgl. bijv. Mazeaud/Chabas 1998, nr. 453.

86 Zie met name Jack-Mayer 1967. Vgl. Cadiet 1992, nr. 90; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 780 en 803; Mazeaud/Chabas 1998, nr. 458.

87 Zie bijv. Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 m.nt. Y. Chantier; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140; Civ. II 1 maart 1989, *GP* 1989, Pan. p. 108; Civ. II 24 februari 1993, *JCP* 1993 IV, 1095; Civ. II 18 december 1996, *GP* 1997, Pan. p. 215.

88 Cadiet 1992, nr. 90.

89 Zie bijv. Mazeaud & Tunc 1965, nr. 591.

90 Zie onder meer Civ. I 11 februari 1964, *D* 1964, Som. p. 97; Civ. I 20 juni 1966, *JCP* 1966 II, 14890; Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972 II, 17202 m.nt. Emile-Jean Guillot; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140; Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, p. 609 m.nt. Marie-Anne Frison-Roche; Civ. II 29 mei 1996, *JCP* 1996 IV, 1630. Vgl. Cadiet 1992, nr. 104-106.

Reeds in 1961 is over het verschil tussen beide criteria opgemerkt: "l'opposition est plus beaucoup verbale que réelle."[91] Ik sluit mij hierbij aan. Mijns inziens kan het specifieke criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol* worden opgevat als een bijzondere, op de processituatie toegespitste uitwerking van het algemene *faute*-criterium voor buitencontractuele aansprakelijkheid van art. 1382 en 1383 Cc.[92] Het gegeven dat de Franse cassatierechter gaandeweg afstand heeft genomen van het specifieke criterium en nu voornamelijk het algemene *faute*-criterium hanteert, houdt geen scherpe inhoudelijke koerswijziging in. Vereist wordt thans steeds een *faute caractérisée*: het gaat er om dat de omstandigheden van het geval het oordeel dat er sprake is van misbruik van procesrecht rechtvaardigen. De eisen die hierbij worden gesteld met betrekking tot de feiten komen grosso modo overeen met die van het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol*. Dat de omstandigheden van het geval centraal staan, blijkt te meer uit het feit dat de hoogste Franse rechter ermee akkoord gaat dat de feitenrechter zijn oordeel omtrent misbruik van procesrecht rechtstreeks op de vastgestelde feiten grondt, zonder tussenkomst van een algemeen criterium.[93] Wat dit alles in het concrete geval inhoudt, zal blijken bij de bespreking van de verschillende casustypen in § 3.3.

95. In Frankrijk gebruikt men soms nog andere criteria bij de beoordeling van het gebruik van processuele bevoegdheden. In de rechtspraak hierover wordt ook het criterium *intention de nuire* toegepast.[94] De bewijsproblematiek die dit criterium met zich meebrengt wordt opgelost door als uitgangspunt te nemen dat aan het criterium is voldaan bij *absence d'un intérêt sérieux et légitime*.[95] Ten slotte komt het bij uitzondering voor dat het misbruik van een processuele bevoegdheid wordt aangetoond door te laten zien dat deze wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven.[96]

Concluderend meen ik te kunnen stellen dat in de Franse jurisprudentie niet zozeer het gehanteerde criterium als wel een waardering van de omstandigheden van het geval beslissend zijn voor het oordeel of van een processuele bevoegdheid misbruik is gemaakt. De verschillende criteria staan niet zozeer tegenover elkaar als wel dat zij verschillende inhoudelijke nadruk kennen.

---

91 Solus & Perrot I 1961, nr. 119. Vgl. ook Mazeaud & Tunc 1965, nr. 591: "(…) la question est toujours de savoir s'il y a faute, et la question est seulement de savoir s'il y a faute."

92 Vgl. Cadiet 1992, nr. 90-91.

93 Bijv. Civ. I 22 april 1986, *JCP* 1986 IV, 183; Civ. III 16 januari 1991, *D* 1991, Som. p. 323; Civ. II 22 mei 1995, *JCP* 1995 IV, 1711.

94 Bijv. Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6; Com. 4 juli 1995, *GP* 1995, Pan. p. 231.

95 Bijv. Civ. III 30 september 1998, *JCP* 1998 IV, 3195.

96 Bijv. Civ. II 29 april 1976, *JCP* 1977 II, 18738 m.nt. P. Gerbay.

3.2.4 België

3.2.4.1 De ontwikkeling van de Belgische doctrine

96. De sterke invloed die het Franse recht traditioneel op het Belgische heeft, is ook op het gebied van misbruik van recht onmiskenbaar aanwezig. In het voetspoor van de ontwikkelingen bij hun zuiderburen is ook in de Belgische doctrine een uitgebreide discussie op gang gekomen. In eerste instantie is de voornaamste strijdvraag aan de hand van welk criterium moet worden beoordeeld of er in een bepaald geval sprake is van rechtsmisbruik. Later verschuift het debat naar de grondslag en positie van het leerstuk. Vanaf het begin zijn bij deze discussies de processuele bevoegdheden gezien als een belangrijk toepassingsgebied van het misbruikleerstuk. Het verloop ervan geef ik hieronder chronologisch weer.

Campion bespreekt in zijn monografie uit 1925 de ontwikkelingen tot dan toe. Zelf herleidt hij de verschillende tot dan toe in de literatuur verdedigde criteria (de benadelingsbedoeling, gebrek aan belang en de afwijking van het doel van het recht) tot één "(…) critérium véritable: la rupture de l'equilibre des intérêts en présence."[97] Als wettelijke grondslag voor toepassing van de misbruikleer (buiten het contractenrecht) noemt hij art. 1382 B.W. aangaande de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.[98]

Ruim 25 jaar later verdedigt De Bersaques een soortgelijk criterium. Zijns inziens is er van rechtsmisbruik sprake wanneer "(…) on exerce un droit de telle manière que le profit qu'on en retire est hors de toute proportion avec le dommage qui en résulte pour autrui."[99] Het criterium van de benadelingsbedoeling acht hij te eng,[100] terwijl hij het criterium *détournement de pouvoir* kwalificeert als "(…) dangereusement equivoque et imprécis."[101]

Dalcq neemt in 1967 als uitgangspunt dat "(…) l'abus de droit n'est qu'un aspect particulier de la faute aquilienne et ne déroge nullement aux règles qui s'appliquent à celle-ci."[102] De verschillende in de literatuur ontwikkelde criteria voor misbruik van recht beschouwt hij dan ook als "(…) des critères de la faute aquilienne."[103]

Van Neste stelt in datzelfde jaar dat de toepassing van de verschillende misbruikcriteria in de rechtspraak uitdrukking geven aan de objectieve goede trouw. Hij acht misbruik van recht aanwezig wanneer "(…) een recht wordt uitgeoefend *met bedoelingen* of *op een wijze* die niet stroken met de *eisen van*

97 Campion 1925, nr. 415-429.
98 Campion 1925, nr. 431-434.
99 De Bersaques 1953, p. 287.
100 De Bersaques 1953, p. 276.
101 De Bersaques 1953, p. 286.
102 Dalcq 1967, nr. 604.
103 Dalcq 1967, nr. 603.

de goede trouw."[104] Daarmee beoogt de auteur niet de misbruikfiguur geheel buiten het kader van de onrechtmatige daad te plaatsen, maar neemt hij het standpunt in dat de betekenis van de figuur die van een vorm van fout-aansprakelijkheid overstijgt.[105]

In zijn Algemeen Deel stelt Van Gerven dat in België vrijwel algemeen wordt aangenomen dat de grondslag van misbruik van recht is gelegen in de wetsbepalingen over de onrechtmatige daad.[106] Hij vraagt zich echter in navolging van Van Neste af of de ontwikkeling van het leerstuk zich niet buiten de grenzen van de onrechtmatige daad aan het begeven is. Van de verschillende voorgestelde criteria meent hij, dat deze "(…) elkaar niet verdringen maar naast elkaar kunnen worden aangewend: een echte keuze tussen bedoelde criteria dringt zich dus niet op."[107] Ze vormen een "(…) concretisering van de algemene zorgvuldigheidsnorm."[108]

Met betrekking tot misbruik van processuele bevoegdheden stellen beide laatstgenoemde auteurs voorop dat het hierbij gaat om doelgebonden bevoegdheden.[109] Toepassing van het criterium *détournement de pouvoir* ligt op dit terrein dus voor de hand. Van Neste leidt uit de rechtspraak af dat dit ook veel gebeurt. Hij meent dat dit neerkomt op een beoordeling van gedrag met een tamelijk subjectieve inslag.[110] Van Gerven is juist van mening dat er in de rechtspraak nog te weinig aandacht is voor de doelgebondenheid van bevoegdheden, terwijl dit zijns inziens "(…) een gewenste verfijning [zou] betekenen waardoor de eigen aard van bepaalde gevallen van misbruik (...) beter tot zijn recht zou komen."[111]

97. M. Storme heeft gepleit voor een autonome benadering van misbruik van procesrecht. Storme stelt dat "(…) het procesrechtsmisbruik een eigen aanpak postuleert en niet kan worden beheerst door de 'beginselen' van het rechtsmisbruik."[112] Deze stelling onderbouwt hij onder meer door erop te wijzen dat het procesrecht een van het burgerlijk recht autonome, maar tegelijk dit recht dienende positie heeft en het karakter van geciviliseerd geweld in zich draagt. Ook het feit dat bij het proces naast partijbelangen tevens overheidsbelangen zijn betrokken, acht hij grond voor een eigen aanpak van misbruik van proces-

104 Van Neste 1967, p. 375.
105 Van Neste 1967, p. 376.
106 Van Gerven 1973, nr. 63.
107 Van Gerven 1973, nr. 73.
108 Van Gerven, 1980, p. 64.
109 Van Neste 1967, p. 357; Van Gerven 1973, nr. 67.
110 Van Neste 1967, p. 374. Limpens & Kruithof 1973, p. 672 vinden zelfs dat met dit criterium "(…) aan de rechter een (…) gevaarlijk wapen (…) in (…) handen wordt gegeven."
111 Van Gerven 1973, nr. 67.
112 M. Storme 1986, nr. 15. Zie ook M. Storme 1993, p. 176.

recht.[113] Evenals eerder genoemde Belgische auteurs beschouwt Storme processuele bevoegdheden overigens als doelgebonden.[114]

Storme definieert misbruik van procesrecht als "(…) het gebruik zonder enig redelijk belang van de regels van het procesrecht voor een ander doel dan datgene waarvoor het bestemd werd en/of het gebruik van deze regelen op een wijze die naar omstandigheden niet strookt met de proceseconomie."[115] De vraag dringt zich op in hoeverre Storme hiermee daadwerkelijk afstand neemt van de algemene theorie van het rechtsmisbruik.

Ten eerste verwijst zijn definitie van misbruik van procesrecht naar de uit de algemene misbruikleer afkomstige criteria 'gebrek aan belang' en *détournement de pouvoir*. Hij typeert verschillende groepen gevallen van misbruik van procesrecht met behulp van termen als onevenredigheid, gebrek aan belang, foutieve gedraging en oogmerk om te schaden.[116] Storme geeft overigens zelf aan zich bewust te zijn "(…) van het feit dat men in deze materie uiteindelijk terugkeert naar art. 1382 B.W. en meer bepaald naar wat men in casu zou kunnen omschrijven als betamelijkheid in het procesrechtelijk verkeer, alsook naar bepaalde typologieën die reeds in het kader van het rechtsmisbruik worden gehanteerd."[117]

Ten tweede kent Storme met zijn definitie van misbruik van procesrecht betekenis toe aan de proceseconomie, die volgens hem inhoudt "(…) dat elk gerechtelijk geding op een zoveel als mogelijk snelle, goedkope en eenvoudige wijze naar zijn einddoel wordt gebracht, d.w.z. met een minimum aan tijd, geld en arbeidsinzet voor rechter en partijen."[118] Ik betwijfel of de notie van de proceseconomie, die door de rechter met name wordt gebruikt bij het motiveren van de wijze waarop hij de behandeling van een zaak inricht,[119] in dit verband inhoudelijk toegevoegde waarde heeft naast de bekende misbruikcriteria. De factoren tijd, geld en arbeidsinzet kunnen voldoende tot hun recht komen in het kader van deze criteria, bijvoorbeeld bij het waarderen van de betrokken belangen bij toepassing van het onevenredigheidscriterium.

Storme maakt in zijn bijdrage vervolgens nog onderscheid tussen misbruik van een processuele bevoegdheid en misbruik van processuele regels.[120] Processuele regels scheppen veelal (geclausuleerde) bevoegdheden voor de actoren in het proces. Zo bezien zal misbruik van een processuele regel in de regel neerkomen op misbruik van een processuele bevoegdheid. Het concept 'misbruik van processuele regels' komt mijns inziens dan ook geen zelfstandige betekenis toe ten opzichte van misbruik van processuele bevoegdheden.

113 M. Storme 1986, nr. 11-15.
114 M. Storme 1986, nr. 7.
115 M. Storme 1986, nr. 20.
116 M. Storme 1986, nr. 30-33.
117 M. Storme 1986, nr. 10.
118 M. Storme 1986, nr. 22.
119 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38 voor voorbeelden.
120 M. Storme 1986, nr. 7.

98. Taelman sluit zich bij zijn beschouwingen over misbruik van procesrecht aan bij de gedachte van Van Neste dat niet elke toepassing van de misbruikfiguur is terug te voeren op de art. 1382-1383 B.W., aan welke artikelen Taelman de taak toedicht "(…) een sanctie en een juridische oplossing te brengen, en niet zozeer een verklaring."[121] Hij onderbouwt deze stellingname door te wijzen op de toepassing van typisch procesrechtelijke sancties, die niet terug te voeren is op art. 1382-1383 B.W., welke hiermee zijns inziens "(…) als (uitsluitende) grondslag voor procesrechtsmisbruik voorbijgestreefd zijn."[122] Volgens hem moet de beoordelingsnorm[123] en grondslag[124] bij misbruik van procesrecht gezocht worden in de objectieve goede trouw.

M.E. Storme bouwt voort op deze gedachte. Hij denkt echter, in tegenstelling tot eerdergenoemde auteurs, niet vanuit de autonome procespartij en haar bevoegdheden, die ophouden waar het misbruik begint. Storme stelt de onderlinge verhouding tussen partijen centraal.[125] Deze verhouding wordt zijns inziens mede beheerst door de goede trouw, wat betekent dat

> "(...) in het geding partijen in een rechtsverhouding staan waarin zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden."[126]

Storme ruilt de (doelgebonden[127]) bevoegdheid als uitgangspunt in voor de verhouding tussen partijen en stelt de goede trouw centraal als bron van ongeschreven procesrecht. Daarmee verwerpt hij echter niet de hele dogmatiek rond het misbruikleerstuk:

> "Wél zijn de in het raam van die leer tot nu toe uitgewerkte maatstaven nuttig (…). Doch de overgeleverde maatstaven voor rechtsmisbruik zijn ook in het procesrecht niet alleenzaligmakend."[128]

Bovendien legt hij, in navolging van bovengenoemde auteurs, de link met de onrechtmatige daad: een gedraging in strijd met de processuele goede trouw kan delictuele aansprakelijkheid opleveren.[129] In feite zet Storme zich niet zozeer af tegen de heersende leer op het gebied van misbruik van procesrecht, maar beschouwt hij dit leerstuk als onderdeel van het zijns inziens ook in het proces fundamentele beginsel van de goede trouw.

---

121 Taelman 1988, nr. 19.
122 Taelman 1988, nr. 25.
123 Taelman 1988, nr. 25.
124 Taelman 1988, p. 93.
125 M.E. Storme 1990, nr. 9 en passim.
126 M.E. Storme 1990, nr. 2.
127 Kennelijk meent M.E. Storme overigens dat processuele bevoegdheden *niet* doelgebonden zijn. Zie M.E. Storme 1990, nr. 9.
128 M.E. Storme 1990, nr. 10.
129 M.E. Storme 1990, nr. 11 en 19.

Samenvattend kan de stand van de Belgische doctrine op het onderhavige terrein als volgt worden weergegeven. De discussie omtrent de criteria van misbruik van recht is min of meer verlaten. Men lijkt het er over eens te zijn dat verschillende criteria naast elkaar kunnen fungeren. Wat betreft de betekenis van het misbruikleerstuk heeft de opvatting dat deze breder is dan louter een vorm van onrechtmatige daad terrein gewonnen. De grondslag ervan moet worden gezocht in de objectieve goede trouw. Dit laat onverlet dat het leerstuk van de onrechtmatige daad in belangrijke mate bepalend is voor de rechtsgevolgen van misbruik van recht.

3.2.4.2 De Belgische rechtspraak

99. De rechtspraak van de hoogste Belgische rechter over misbruik van procesrecht is op het eerste gezicht niet eenduidig. Twee hoofdlijnen beheersen het beeld. In de eerste daarvan staat een arrest uit 1942 centraal, waarin het Hof van Cassatie overweegt "(…) dat het instellen van een vordering die een lichtvaardigheid laat blijken waarvoor elk voorzichtig en bedachtzaam mens zich zou gehoed hebben, het karakter van een onrechtmatige daad aanneemt welke, overeenkomstig het gemeen recht, voor hem die ze verricht de verplichting met zich brengt de schadebrengende gevolgen ervan te vergoeden (…)" en beslist dat degene die aldus handelt "(…) de grenzen overschrijdt van het aan eenieder toekomende recht om op te treden in rechte (…)."[130] Dit criterium voor misbruik van procesrecht komt overeen met de zorgvuldigheidsnorm bij de commune onrechtmatige daad[131] en wordt ook toegepast bij andere vormen van rechtsmisbruik.[132] Een aantal latere arresten over misbruik van procesrecht lijkt, ondanks de wat wisselende bewoordingen, bij deze lijn aan te sluiten.[133]

De tweede lijn die kan worden onderscheiden lijkt op het eerste gezicht strenger. Om te oordelen dat er sprake is van misbruik van procesrecht is volgens een aantal arresten "(…) mauvaise foi ou (…) erreur inexcusable (…)"[134] dan wel "(…) roekeloosheid, boosaardigheid of kwade trouw (…)"[135] vereist.

Een dergelijke compositie met twee lijnen is hierboven ook gesignaleerd in de Franse rechtspraak. De met betrekking tot de Franse jurisprudentie getrokken conclusie (zie § 3.2.3.2) dat de twee criteria niet tot wezenlijk ver-

130 Cass., 15 mei 1941, *Pas*. 1941 I, p. 192.
131 Zie Van Dam 2000, nr. 302 met nadere verwijzingen.
132 Zie met name Cass. 10 september 1971, *Pas*. 1972 I, p. 28, *RW* 1971-72, k. 321.
133 Zie bijv. Cass. 22 maart 1956, *Pas*. 1956 I, p. 777 ("faute grave et dommageable"); Cass. 13 april 1967, *Pas*. 1967 I, p. 954 ("faute"); Cass. 2 februari 1970, *Pas*. 1970 I, p. 461 (toegespitst op de omstandigheden van het geval).
134 Cass. 13 november 1953, *Pas*. 1954 I, p. 189.
135 Cass. 29 november 1962, *Pas*. 1963 I, p. 406, *RW* 1962-63, k. 1529.

schillende resultaten leiden, geldt mijns inziens ook hier.[136] Het tweede criterium kan worden beschouwd als een bijzondere invulling van het foutbegrip, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat niet reeds het feit dat de in rechte verdedigde stellingen onjuist worden geoordeeld, tot de conclusie leidt dat er sprake is van een fout. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.[137]

100. Voor de beoordeling van misbruik van recht in het algemeen past de Belgische cassatierechter nog verschillende andere criteria toe. Regelmatig wordt ook een combinatie van verschillende criteria gebruikt. Illustratief is een arrest uit 1992 waarin wordt overwogen

> "(…) dat er sprake kan zijn van misbruik van recht, onder meer als een recht zonder redelijk en voldoende belang wordt uitgeoefend; dat zulks inzonderheid het geval is wanneer het berokkende nadeel buiten verhouding is met het door de houder van het recht beoogde of gekregen voordeel; dat de rechter, bij de beoordeling van de in het geding zijnde belangen, met alle omstandigheden van de zaken rekening moet houden (...)".[138]

Hier worden het evenredigheidscriterium en het gebrek aan redelijk belang in elkaars verlengde geplaatst, waarbij benadrukt wordt dat de omstandigheden van het geval in hun totaliteit beslissend zijn voor het resultaat.

Opvallend zijn voorts nog twee arresten waarin wordt overwogen dat wanneer de drager van een recht kan kiezen "(…) tussen verschillende wijzen van uitoefening van zijn recht met hetzelfde nut, het niet toegelaten is die te kiezen welke voor een ander schadelijk is ofwel het algemeen belang miskent (...)."[139] Deze maatstaf behelst een subsidiariteitstoets, die de handelingsvrijheid van de drager van een recht sterk lijkt in te perken. In de praktijk maakt de interpretatieruimte die het element 'hetzelfde nut' biedt het mogelijk dit criterium toe te passen op een wijze die in de pas loopt met de overige rechtspraak rond misbruik van recht.

101. In de overvloedige lagere Belgische jurisprudentie omtrent misbruik van procesrecht worden vele criteria naast elkaar gebruikt. Ter illustratie een kleine greep uit het gebodene.[140]

---

136 Vgl. Taelman 1988, p. 98.
137 Vgl. Taelman 1988, p. 101.
138 Cass. 30 januari 1992, *RW* 1993-94, p. 1023.
139 Cass. 12 juli 1917, *Pas*. 1918 I, p. 65; Cass. 16 november 1961, *Pas*. 1962 I, p. 332, *RW* 1962-63, k. 1157.
140 Zie voor overzichten van (oudere) rechtspraak Campion 1925, nr. 93-97; Pollet 1950, p. 569-571; Dabin & Lagasse 1955, p. 226; Pollet 1955, p. 597-600; Dabin & Lagasse 1959, p. 190; Pollet 1961, p. 21-23; Dabin & Lagasse 1963, p. 275; Dalcq 1967, nr. 617-623; Van Neste 1967, p. 339-376.

> "Handelen zoals de geïntimeerde deed is in de concrete omstandigheden van deze zaak (…) het afwenden van het recht van zijn doel; in die omstandigheden heeft de geïntimeerde geen rechtmatig belang (…)."[141]
>
> "(…) [A]ppelante (…) moest of kon weten dat zulk een verweer in een zaak van echtscheiding niet toegelaten is; dat het onderhavig rechtsmiddel blijkt aangewend te zijn louter met het oog om bij misbruik van recht langer het genot te hebben van het alimentatiegeld (…)."[142]

Het Hof te Brussel oordeelt in een zaak waarin een van de partijen talrijke vertragingsmanoeuvres toepast dat "(…) ces manoeuvres doivent être considérées dans leur ensemble, depuis l'intentement de l'action jusqu'à la décision définitive (…)" en dat deze "(…) forment un faisceau dont la densité rélève qu'ils ont été utilisés sans égard à leurs fins légales et dans un esprit malicieux qui constitue une faute (…)."[143]

> "Dat het Vlaamse Gewest thans in conclusie en pleidooien de rechtsopvolging blijft betwisten en aldus de afhandeling van procedures onnodig vertraagt en complex maakt (…), getuigt van misbruik van procesrecht."[144]

De Antwerpse Rechtbank beslist in een zaak over een schuld waarover partijen een afbetalingsregeling hadden getroffen, op basis van een uitvoerig onderzoek van de feiten, dat het feit "(…) dat gedaagde niettemin bleef doorprocederen (…) tergend is, kortom een fout (…) in de zin van artikel 1382 B.W. (…)."[145]

In een uitspraak van de Rechtbank te Mons worden ter beoordeling van misbruik van procesrecht tegelijkertijd *détournement de pouvoir*, het evenredigheidscriterium en het subsidiariteitscriterium gehanteerd om op basis van de omstandigheden van het geval tot een *faute* te concluderen.[146]

De Rechtbank te Brussel acht in een uitspraak uit 1986 beslissend voor de vraag of er misbruik van procesrecht is of er sprake is van "(…) une faute caractérisée répondant à une intention malicieuse ou démontrant la mauvaise foi (…)", refererend aan bovengenoemd cassatiearrest uit 1962.

De Rechtbank te Namen oordeelt in 1990 dat „Celui qui forme une demande qui n'a raisonnablement aucune chance d'aboutir engage sa responsabilité, même s'il n'est pas de mauvaise foi. La légèreté est une faute."

102. De Belgische rechtspraak inzake misbruik van procesrecht overziend kom ik met betrekking tot de toetsingsmaatstaven tot de volgende conclusies. De criteria die worden gebruikt komen overeen met de criteria die gebruikt

141 Hof Gent 21 april 1995, *RW* 1995-96, p. 927.
142 Hof Antwerpen 1 december 1980, *RW* 1980-81, k. 1836.
143 Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1965 II, p. 86.
144 Rb. Antwerpen 7 mei 1997, *RW* 1998-99, p. 309.
145 Rb. Antwerpen 26 november 1987, *RW* 1989-90, p. 26.
146 Rb. Mons 3 juni 1964, *JT* 1965, p. 23.

worden bij misbruik van recht in het algemeen. Niet alleen worden nogal wat criteria naast elkaar toegepast, ook worden regelmatig verschillende criteria tezamen gebruikt. Grote betekenis komt toe aan de omstandigheden van het geval. Deze worden uitgebreid onderzocht en in onderlinge samenhang gewaardeerd. In sommige gevallen, zoals het hierboven geciteerde vonnis van de Rechtbank Antwerpen uit 1997, wordt op basis van waardering van de feiten rechtstreeks beoordeeld of er sprake is van misbruik van procesrecht, zonder (expliciete) toepassing van een van de gebruikelijke criteria.

3.2.5 Duitsland

103. In Duitsland kent de misbruikbepaling van § 226 BGB de *animus nocendi* als enige criterium. Aan de bewijslast die de Duitse variant op dit criterium meebrengt, is nauwelijks te voldoen. Vereist wordt namelijk dat het litigieuze handelen "(…) nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen." Het gevolg hiervan is dat deze bepaling nauwelijks toepassing vindt.[147] De behoefte aan correctie en grensbepaling, die aldus blijft bestaan, wordt onder meer bevredigd door toepassing van § 242 BGB inzake *Treu und Glauben*.[148]

3.2.6 Nederland

3.2.6.1 Misbruik van procesrecht in de Nederlandse literatuur

104. In tegenstelling tot met name Frankrijk is de strijd der criteria in Nederland nooit echt losgebarsten. De schrijvers hebben zich beperkt tot enkele schermutselingen, om daarna tamelijk eensgezind verschillende criteria naast elkaar te aanvaarden. De belangrijkste meningsverschillen bevinden zich op het niveau van de onderlinge verhouding tussen de verschillende criteria en hun toepassingsgebieden.

Het eerste werk van betekenis op het terrein van misbruik van recht is in Nederland gedaan door Boll. In zijn Utrechtse dissertatie uit 1913 stelt hij, kennelijk beïnvloed door Josserand, ter toetsing van misbruik van recht de regel voor "(…) dat de aanwending van een recht alleen dan geoorloofd is, wanneer er een belang wordt nagestreefd, dat overeenkomstig het doel van het recht is."[149] Boll benadrukt dat zijns inziens de wetgever niet verder kan

147 Rodenburg 1985, nr. 39; Medicus 2002, § 15, Rn. 130; Larenz/Wolf 1997 , § 16, Rn. 20-21; Palandt/Heinrichs 2003, § 226. Zie voor een zeldzaam geval OLG Frankfurt, *NJW* 1979, p. 1613.

148 Hess 1999, p. 153.

149 Boll 1913, p. 103.

gaan dan een dergelijke algemene regel, omdat het bij de vraag naar misbruik van recht steeds zal gaan om de waardering van de omstandigheden van het geval.

Acht jaar later verschijnt de Amsterdamse dissertatie van Wijnstroom. Zijn uitgangspunt is, dat "(…) misbruik van recht bestaat, waar een recht wordt uitgeoefend onder afkeurenswaardige bedoelingen."[150] Hij onderscheidt daarbij de rechtsuitoefening met het doel een ander te benadelen, de rechtsuitoefening zonder belang, de onevenredigheid tussen de betrokken belangen en de uitoefening van een recht in dienst van een ander doel, dan waartoe het is gegeven.

Scheltema toont zich in 1935 een voorstander van het criterium gemis aan redelijk belang, dat zijns inziens de benadelingsbedoeling mede omvat. Hij verwerpt het doelcriterium: "Het (...) schijnt ons ongewenst en onduidelijk; het leidt ook tot cirkelredeneringen."[151]

Meijers noemt in 1937 drie criteria naast elkaar, die uiteindelijk ook hun weg naar het wetsontwerp zouden vinden: het doelcriterium, de bedoeling te benadelen en de te grote onevenredigheid tussen het gediende en het geschade belang.[152] Meijers, die als eerste wat uitgebreider op misbruik van procesrecht ingaat, merkt op dat processuele bevoegdheden doelgebonden zijn en misbruik ervan kan worden vastgesteld aan de hand van het doelcriterium.[153]

105. R.J. Polak onderscheidt in zijn bijdrage over misbruik van procesrecht tussen het recht te procederen (het instellen van een eis of het voeren van verweer) en het tijdens een procedure gebruik maken van de door het procesrecht aan partijen toegekende bevoegdheden. Het gebruik van het recht te procederen moet zijns inziens getoetst worden aan de hand van de vraag of de handelende een redelijk belang heeft. Dit ontbreekt bijvoorbeeld bij evidente ongegrondheid van eis of verweer, bij nodeloosheid van de actie of in geval van kwade trouw.[154] Het gebruik tijdens het proces van door het procesrecht toegekende bevoegdheden wil R.J. Polak getoetst zien aan een strenge betamelijkheidsnorm:

> "binnen deze geheiligde sfeer dienen (…) strenger normen van betamelijkheid te gelden dan die, welke in het maatschappelijke verkeer gesteld moeten worden."[155]

150 Wijnstroom 1921, p. 152.
151 Scheltema 1935, p. 331.
152 Meijers 1937, p. 72 en 74.
153 Meijers 1937, p. 72.
154 In zijn proefschrift stelt R.J. Polak dat gebrek aan belang en het doel te schaden in elkaar liggen besloten. R.J. Polak 1949, p. 126.
155 R.J. Polak 1941, p. 790-792.

Het bevrijdingsjaar 1945 was een rijk jaar voor de Nederlandse dogmatiek op het gebied van misbruik van bevoegdheid. Twee proefschriften zagen het daglicht. Helmich noemt op basis van jurisprudentie-onderzoek als criteria voor misbruik van procesrecht "(…) 1. het gemis aan eenig persoonlijk, actueel belang; 2. de ongeoorloofde strekking ofwel de aanwezigheid van een onrechtmatig belang." Hij voegt daaraan toe dat de subjectieve bedoeling van de handelende een rol speelt binnen de toepassing van de genoemde criteria.[156]

Okma stelt de vraag naar misbruik van procesrecht op een lijn met "(…) wat een behoorlijk gedingvoerende onder bepaalde omstandigheden heeft te doen of na te laten, ongeacht de quaestie, of hij in principe "gelijk" heeft of niet." Vervolgens onderscheidt hij in dit kader twee typen rechtsmisbruik. Ten eerste noemt hij het proces dat geen ander doel heeft dan de wederpartij onaangenaam te zijn. Dit type misbruik van procesrecht sluit aan bij het criterium van de benadelingsbedoeling. Als tweede en zijns inziens belangrijkste onderscheidt Okma het procederen zonder redelijk belang. Bij de uitwerking van deze tweede categorie stelt hij voorop dat het procederen een middel is tot een doel: het verkrijgen van een gunstige uitspraak en het executeren daarvan. Een proces dat niet tot dit doel kan leiden, dient geen redelijk belang en het voeren daarvan vormt misbruik van procesrecht. Het belangcriterium acht hij ook geschikt om het gebruik van bevoegdheden tijdens het proces te toetsen.[157]

Haardt plaatst in zijn inaugurele rede het misbruik van procesrecht in de sleutel van de onrechtmatige daad. Hij stelt zich de retorische vraag, waarom de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders personen of goed, ook niet bij het voeren van proces vereist zou zijn.[158] Haardt is overigens van mening dat deze norm als maatstaf voor procesgedrag in een aantal gevallen buiten de misbruikfiguur om toegepast kan worden.[159]

In 1959 verschijnen twee preadviezen voor de Nederlandse Orde van Advocaten onder de titel: "Gebruik en misbruik van procesrecht." Gerbrandy maakt in zijn preadvies een onderscheid tussen het instellen van een vordering of het voeren van verweer enerzijds en het aanwenden van rechtsmiddelen anderzijds. Bij het instellen van een vordering of het voeren van verweer is zijns inziens sprake van misbruik van procesrecht, indien dit geschiedt "(…) zonder dat eiser resp. gedaagde daarbij enig redelijk belang heeft en uitsluitend om de wederpartij nadeel te berokkenen."[160] Van misbruik van een rechtsmiddel is volgens Gerbrandy sprake wanneer het wordt aangewend "(…) tot

156 Helmich 1945, p. 169-171.
157 Okma 1945, p. 124-133.
158 Haardt 1958, p. 12.
159 Haardt 1958, p. 14.
160 Gerbrandy 1959, p. 377.

een doel waartoe het niet gegeven is."[161] De Cocq voert in zijn preadvies misbruik van procesrecht terug op het "(…) gebruik van het processuele recht tot een ander doel dan waarvoor het is gegeven (…)."[162] Criteria als het ontbreken van redelijk belang acht hij in het verband van het burgerlijk proces minder juist.[163]

Ten Kate is met betrekking tot procesgedrag van mening dat "(…) het enige vereiste, dat men kan stellen, is, dat de procespartij op behoorlijke wijze van de toelaatbare middelen gebruik maakt."[164]

106. Abas gaat in zijn proefschrift over de beperkende werking van (wat nu wordt genoemd) de redelijkheid en billijkheid ook in op de vraagstukken van misbruik van bevoegdheid en misbruik van procesrecht. Van misbruik van recht is zijns inziens sprake "(…) telkens wanneer de wederpartij van de drager van het recht, in geval het recht zou worden uitgeoefend zoals het verleend is, een gegronde reden kan aanvoeren om in rechte op te komen tegen zulk een uitoefening."[165] Wanneer dit het geval is, moet beoordeeld worden aan de hand van de concrete omstandigheden met behulp van het evenredigheidscriterium.

Met betrekking tot misbruik van procesrecht gaat Abas uit van de stelling, "(…) dat de verhouding tussen (aanstaande) procespartijen wordt beheerst door de *billijkheid*."[166] Hij acht het leerstuk van misbruik van recht in het procesrecht onbruikbaar, omdat zijns inziens aan een belangenafweging bij het uitoefenen van processuele rechten niet kan worden toegekomen.[167] Hij poneert echter als algemene maatstaf dat processuele rechten kunnen worden beperkt, "(…) telkens wanneer de wederpartij in het geval het recht zou worden uitgeoefend zoals het verleend is, een gegronde reden kan aanvoeren om zich tegen een bepaald soort uitoefening te verzetten."[168] Deze algemene maatstaf lijkt, in weerwil van Abas' stelling dat zijn opvatting van misbruik van recht in het procesrecht onbruikbaar is, als twee druppels water op zijn hierboven geciteerde maatstaf voor misbruik van recht.

Abas werkt zijn maatstaf voor misbruik van procesrecht nog nader uit, waarbij hij in navolging van R.J. Polak onderscheid maakt tussen twee groepen gevallen.

Het aanspannen van een geding of het voeren van verweer acht Abas in strijd met de billijkheid wanneer dit geschiedt "(…) zonder de bedoeling te

161 Gerbrandy 1959, p. 377.
162 De Cocq 1959, p. 390.
163 De Cocq 1959, p. 394.
164 Ten Kate 1962, p. 205.
165 Abas 1972, p. 61.
166 Abas 1972, p. 331.
167 Abas 1972, p. 332.
168 Abas 1972, p. 333.

hebben de rechter over het geschil te laten beslissen."[169] Hij stelt in dit verband de laakbaarheid van het handelen van de actor tegenover het nadeel van diens wederpartij. Hiermee past Abas mijns inziens in feite de door hem in het procesrecht onbruikbaar geachte belangenafweging als criterium toe.

Het gebruik van bevoegdheden gedurende het proces wil Abas getoetst zien aan de beginselen van een goede procesorde en de vraag of het middel "(…) wordt aangewend voor een ander doel dan waarvoor het is gegeven ofwel zonder doel."[170] Voorzover dit criterium uitgaat van het doel van de betrokken bevoegdheid sluit het naadloos aan bij de conventionele opvattingen over misbruik van bevoegdheid. Op de verhouding tussen misbruik van procesrecht en de beginselen van een goede procesorde zal ik ingaan in § 4.2.3.4. Naar mijn mening geeft reeds het bovenstaande aanleiding voor de gedachte dat Abas ondanks zijn bewering van het tegendeel met de door hem aangelegde criteria voor misbruik van procesrecht in feite weinig afstand neemt van de algemene leer omtrent misbruik van bevoegdheid.

107. Zonderland is zeer kritisch over het concept misbruik van procesrecht. In gevallen waarin doorgaans van misbruik van procesrecht wordt gesproken, acht hij deze denkwijze onjuist en overbodig en is hij van mening dat het in feite gaat om de afwezigheid van een recht.[171] Dit alles valt te verklaren vanuit Zonderlands afwijzende opvattingen over misbruik van recht.[172]

Rodenburg geeft in navolging van de parlementaire geschiedenis aan dat de bijzondere aard van processuele bevoegdheden tot gevolg kan hebben dat voor misbruik daarvan afwijkende maatstaven worden gebruikt. Dit hangt samen met het feit dat bij de uitoefening van deze bevoegdheden bijzondere belangen zijn betrokken, zoals het belang van een behoorlijke rechtspleging.[173] Zijns inziens hebben de eigen waarborgen van de processuele regels en de toepassing van de beginselen van een goede procesorde ten gevolge dat het leerstuk misbruik van bevoegdheid in het procesrecht een klein toepassingsgebied heeft. Hij laat zien dat in de rechtspraak de conventionele criteria voor misbruik van recht ook op processuele bevoegdheden worden toegepast.[174]

Heemskerk zit op ongeveer dezelfde lijn als Rodenburg met betrekking tot de betekenis van misbruik van procesrecht. Hij noemt de functie van de figuur "(…) een uiterst marginale (…), omdat het procesrecht zelf reeds waarborgen bevat tegen een ongerechtvaardigd gebruik van processuele bevoegdheden."[175] Wat betreft de criteria sluit Heemskerk aan bij art. 3:13 BW: "Alle

169 Abas 1972, p. 333.
170 Abas 1972, p. 334.
171 Zonderland 1977, p. 57-61.
172 Zie Zonderland 1975, p. 105-125.
173 Rodenburg 1985, nr. 25. Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv).
174 Rodenburg 1985, nr. 26.
175 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7.

daar gegeven criteria kunnen ook dienen ter vaststelling van misbruik van processuele bevoegdheden (zie de schakelbepaling art. 3:15 BW)."[176]

Ook Snijders, Ynzonides en Meijer zoeken wat betreft de criteria voor misbruik van processuele bevoegdheden aansluiting bij art. 3:13 BW.[177] Wat betreft de betekenis van de figuur zitten zij echter op een geheel andere lijn dan Rodenburg en Heemskerk. Zij menen dat in de leemte die bestaat door het ontbreken van specifieke gedragsnormen voor procespartijen door de rechtspraak is voorzien "(…) door op een belangwekkende wijze toepassing te geven aan het algemene leerstuk van misbruik van recht (…)."[178]

Samenvattend kan worden gezegd dat men er in de literatuur de laatste jaren toe neigt de criteria voor misbruik van procesrecht te ontlenen aan de algemene misbruikcriteria van art. 3:13 lid 2 BW, welke ook reeds in de oudere literatuur een hoofdrol spelen. De inschatting van de betekenis van de misbruikfiguur voor het procesrecht loopt sterk uiteen.

3.2.6.2 De wettelijke criteria van art. 3:13 lid 2 BW

108. In het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek is steeds sprake geweest van een bepaling over misbruik van bevoegdheid. In eerste instantie zou deze als art. 8 een plaats vinden in de Inleidende Titel. Nadat van de Inleidende Titel was afgezien, werd de bepaling overgebracht naar titel 3.1 en uiteindelijk ingevoerd als art. 3:13 BW.

In het tweede lid van het artikel worden drie criteria genoemd aan de hand waarvan kan worden getoetst of er in een bepaald geval sprake is van misbruik van bevoegdheid. De woorden "onder meer" die aan de genoemde criteria voorafgaan, expliciteren dat de opsomming van criteria enuntiatief is bedoeld. In het oorspronkelijke onderwerp ontbraken deze woorden en ging het om een limitatieve opsomming.[179] Met deze wijziging is beoogd de mogelijkheid van de toepassing van andere criteria en verdere ontwikkelingen open te laten. Met name wordt de mogelijkheid genoemd van het ontwikkelen van een afwijkende maatstaf voor misbruik van processuele bevoegdheden, "(…) waarbij eveneens publieke belangen, (het belang van een goede procesorde of van een behoorlijke rechtspleging) betrokken plegen te zijn."[180] De toepasbaarheid van art. 3:13 BW binnen het procesrecht volgt uit art. 3:15 BW (zie § 3.1.3).

De in art. 3:13 lid 2 BW gecodificeerde criteria sluiten aan bij de heersende opvattingen in de literatuur (zie § 3.2.6.1) en bij de toepassing die het leerstuk

176 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7.
177 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 59.
178 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 30.
179 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048-1049 (MvT Inv). Vgl. het OM met de uiteindelijk ingevoerde Tekst 1980 op p. 1037.
180 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv).

in de jurisprudentie reeds heeft gekregen (zie § 3.2.6.3). Andersom hebben literatuur en jurisprudentie zich na publicatie van het ontwerp in de loop van de tijd meer en meer bij criteria uit de ontwerp-bepaling aangesloten.

109. Het eerste in art. 3:13 lid 2 BW genoemde criterium ("[e]en bevoegdheid kan (…) worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden (…)") is het meest klassieke[181] maar ook het meest enge. Voorop staat de afkeurenswaardigheid van de bedoelingen van de actor (*animus nocendi*).

Het tweede criterium van art. 3:13 lid 2 BW bepaalt dat een bevoegdheid kan worden misbruikt door haar uit te oefenen "(…) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend (…)." De opvatting van Josserand, dat elke bevoegdheid doelgebonden is, is in Nederland niet aanvaard.[182] Art. 3:13 BW gaat uit van de gedachte dat "(…) in het burgerlijk recht niet iedere bevoegdheid voor een bepaald doel is gegeven."[183] Aldus wordt onderscheiden tussen doelgebonden en niet-doelgebonden bevoegdheden. Hierboven (zie § 3.2.2) werd reeds geconstateerd dat processuele bevoegdheden in de regel doelgebonden zijn. Bovendien "(…) kan wel de wetgever bij het geven van een bevoegdheid een bepaald doel hebben voor ogen gestaan, zonder dat nochtans behoeft aangenomen te worden, dat de wet de bevoegdheid uitsluitend voor dat doel heeft verleend."[184]

Het derde door art. 3:13 lid 2 BW genoemde misbruikcriterium bepaalt dat een bevoegdheid kan worden misbruikt door haar uit te oefenen

> "(…) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen."

In het onevenredigheidscriterium wordt de relativiteit van bevoegheden in de verhouding tot de ander ten volle erkend. "Het ontwerp (…) wil", aldus de Toelichting-Meijers, "daarmede uitdrukking geven aan het besef, dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen."[185] Bij het onevenredigheidscriterium ligt de nadruk op "Het mede laten wegen van de ernst der schade, die men aan belangen van anderen

---

181 Vgl. Gambaro 1995, p. 561-570; Eggens 1941, p. 71-75; Meijers 1937, p. 68-69 en 71.

182 Zie P. Scholten 1936; Meijers 1937, p. 73; Rodenburg 1985, nr. 13. Ook in Frankrijk is zij, naast bijval, op kritiek gestuit. Zie voor een overzicht Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 786-789 met nadere verwijzigen. Voor België geldt min of meer hetzelfde. Zie Van Gerven 1980, p. 64.

183 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM).

184 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM).

185 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).

toebrengt bij het dienen van een overigens gerechtvaardigd eigenbelang (…)."[186]

Onvoldoende voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid op grond van dit laatste criterium is dat het belang van de handelende bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid kleiner is dan dat van zijn wederpartij bij het achterwege blijven daarvan. De betrokken belangen kunnen niet 'mechanisch' worden afgewogen.[187] Voor een geslaagd beroep op misbruik is een onevenredige verhouding tussen de betrokken belangen vereist. Omgekeerd is het logischerwijs wel zo dat het zwaarder zijn van het belang van de drager van de bevoegdheid bij uitoefening ervan dan het belang van de wederpartij bij het achterwege blijven daarvan, voldoende is om een beroep op misbruik af te wijzen.[188]

3.2.6.3 Misbruik van processuele bevoegdheden in de Nederlandse jurisprudentie

110. In deze paragraaf zal ik een overzicht geven van de in de rechtspraak van de Hoge Raad gehanteerde criteria met betrekking tot misbruik van processuele bevoegdheden. Om een helder beeld te kunnen schetsen zal ik enkele van de belangrijkste arresten over misbruik van bevoegdheid in het algemeen bij de behandeling betrekken. De lagere rechtspraak wijkt op het punt van de criteria niet wezenlijk af van de Hoge Raad. Daarom komt deze pas aan de orde bij de bespreking van de verschillende groepen gevallen in § 3.3.

In de Nederlandse rechtspraak wordt het criterium van de benadelingsbedoeling zelden gebruikt bij het bepalen van de concrete grenzen van een processuele bevoegdheid. Het belangrijkste voorbeeld wordt gevormd door een uitspraak van de Hoge Raad uit 1959, waarin wordt overwogen

> "(…) dat dit gebruik van het rechtsmiddel van hoger beroep, dat opzettelijk eerst in de laatste ogenblikken van den beroepstermijn is ingesteld met geen ander doel dan om zonder enig in redelijkheid te respecteren belang van den man de niet-ontvankelijkheid van de vrouw in haar eis in conventie te bewerken, terecht door het Hof als een ongeoorloofde wijze van procederen is gewraakt (…)".[189]

De benadelingsbedoeling wordt hier gecombineerd met het ontbreken van redelijk belang. Op deze wijze ecarteert de rechter de bewijsproblematiek die met het criterium van de benadelingsbedoeling is verbonden. Deze werkwijze is bekend uit het arrest over de Berg-en-Dalse watertoren.[190]

---

186 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).
187 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).
188 Zie bijv. HR 12 maart 1999 (*W./M.*), *NJ* 1999, 400.
189 HR 26 juni 1959 (*X./Y.*), *NJ* 1961, 553 m.nt. DJV. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 20 november 1958, *NJ* 1959, 408.
190 HR 2 april 1937 (*Van Stolk/Van der Goes*), *NJ* 1937, 639 m.nt. PS.

111. In het arrest *Carp/Filature* uit 1928, dat mede aan de basis van de ontwikkeling van het misbruikleerstuk in de Nederlandse rechtspraak staat, overweegt de Hoge Raad dat "(…) wil er sprake zijn van (…) misbruik van recht (…), feitelijk zal moeten vaststaan, dat de betrokkene, zonder eenig redelijk belang van het bij de wet toegekende recht, gebruik maakt."[191] Hieruit volgt dat de aanwezigheid van een redelijk belang aan de kant van de handelende in de weg staat aan het aannemen van misbruik van bevoegdheid. Meermalen is op deze grond een beroep op misbruik van procesrecht afgewezen.[192] Omgekeerd zal een beroep op misbruik van processuele bevoegdheid slagen bij ontstentenis van redelijk belang aan de kant van de handelende.[193]

Sterk verwant hieraan is toetsing aan de hand van de vraag of er, mede gelet op de door rechtsuitoefening te schaden belangen, een in redelijkheid te respecteren belang is bij rechtsuitoefening. Dit criterium is neergelegd in een arrest over misbruik van executiebevoegdheid uit 1984.[194] Populair is het niet geworden, wat wellicht samenhangt met het feit dat het niet direct aansluit op de criteria van art. 3:13 lid 2 BW.

112. Het onevenredigheidscriterium wordt veel gebruikt. Door de Hoge Raad in 1970 omarmd met betrekking tot het eigendomsrecht,[195] is het sindsdien in een aanzienlijk aantal uitspraken toegepast op processuele bevoegdheden, zoals het verzoeken van een voorlopig getuigenverhoor,[196] het gebruik maken van rechtsmiddelen[197] en het treffen van executiemaatregelen.[198] De onevenredigheidsgedachte is ook terug te vinden in rechterlijke formuleringen die minder nauw aansluiten bij de wettekst. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat door de executie van een ontruimingsvonnis "(...) mede gelet op de wederzijdse belangen van partijen (...) in zodanige mate onredelijk (…) te achten dat die (...) als misbruik van bevoegdheid moet worden aangemerkt (...)" geen blijk wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.[199] Bij het beoordelen van een beroep op het onevenredigheidscriterium moet overigens in het oog

191 HR 15 juni 1928 (*Carp/Filature*), *NJ* 1928, p. 1604 m.nt. EMM.
192 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 14 mei 1981, *NJ* 1982, 414; Hof 's-Gravenhage 21 november 1985, *NJ* 1986, 580; HR 10 mei 1996 (*B./W.*), *NJ* 1997, 356 m.nt. HJS; HR 25 juni 1999 (*Credit Suisse/Slijper q.q.*), *NJ* 1999, 667 m.nt. PvS.
193 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 20 oktober 1977, *NJ* 1978, 93; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 1990, *NJ* 1991, 500.
194 HR 22 april 1983 (*Ritzen en Vandeberg/Hoekstra*), *NJ* 1984, 145 m.nt. WHH.
195 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *NJ* 1971, 89 m.nt. PhANH.
196 HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), *NJ* 1988, 1 m.nt. WHH; HR 24 juni 1988 (*Van Ewijk/Staat*), *NJ* 1989, 121 m.nt. JBMV; HR 3 februari 1989 (*Wouters/gemeente Amsterdam*), *NJ* 1989, 376; HR 19 februari 1993 (*Automobielbedrijf/Pierik*), *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS.
197 HR 7 oktober 1994 (*Ontvanger/Wingen*), *NJ* 1995, 411 m.nt. HJS; HR 15 maart 1996 (*N./R.*), *NJ* 1996, 408.
198 HR 21 mei 1999 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*), *NJ* 1999, 507.
199 HR 3 oktober 1990 (*Van der Maas/Wouter*), *NJ* 1991, 5.

worden gehouden, dat voor het slagen ervan vereist is dat de handelende de onevenredigheid in casu kende of behoorde te kennen.[200]

In het arrest *Pita/De Windt* heeft de Hoge Raad als criterium voor misbruik van recht geformuleerd de vraag of de drager van de een bevoegdheid "(...) gezien de wederzijdse belangen naar redelijkheid (...) tot uitoefening van die bevoegdheid had kunnen komen."[201] Annotatoren Kleijn en Van Maanen[202] zijn van mening dat de Hoge Raad hiermee een 'ruimere' toetsing voorstaat dan volgt uit het onevenredigheidscriterium. Met deze opvatting kan ik mij niet verenigen. De geciteerde overweging van de Hoge Raad wijkt slechts af van de wettekst door het niet vermelden van de term 'onevenredigheid'. Mijns inziens impliceert het oordeel dat er in redelijkheid niet aan bevoegdheidsuitoefening kan worden toegekomen in het licht van de wederzijdse belangen, dat deze belangen zich onevenredig verhouden.[203]

113. Hierboven (zie § 3.2.2) is aan de orde gekomen dat de meeste processuele bevoegdheden doelgebonden zijn. Dit geeft ruimte voor de toepassing van het doelcriterium ('wordt de bevoegdheid gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend?') bij het beantwoorden van de vraag of een processuele bevoegdheid in een bepaald geval wordt misbruikt. Van deze mogelijkheid is in de jurisprudentie gebruik gemaakt, te beginnen bij twee arresten uit 1942, waarin wordt overwogen "(…) dat (…) de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken (…) den schuldeischer slechts is gegeven om daarmede zijn rechtmatige belangen te beschermen (…)."[204] Ook bij bijvoorbeeld de bevoegdheid om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken[205] en om hoger beroep in te stellen[206] wordt de vraag of er sprake is van misbruik wel beantwoord aan de hand van het doelcriterium.

In de praktijk worden naast de hierboven behandelde criteria nog allerlei andere maatstaven gehanteerd, die wat betreft hun bewoordingen in meerdere of mindere mate aansluiten bij de wet en de hoofdlijnen in de jurisprudentie. Deze maatstaven zijn doorgaans toegesneden op een bepaald type geval. Als voorbeeld noem ik het in een herhaald kort geding naar voren brengen van stellingen die reeds in een eerder kort geding naar voren hadden kunnen worden gebracht. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat hierbij sprake is van

---

200 HR 21 mei 1999 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*), *NJ* 1999, 507.

201 HR 10 augustus 1984 (*Pita/De Windt*), *NJ* 1985, 229 m.nt. WMK. Vgl. voor toepassing op een processuele bevoegdheid HR 20 april 1990 (*Paktank/Parisbas*), *NJ* 1991, 37.

202 Van Maanen 1988, p. 101-102.

203 In vergelijkbare zin Rodenburg 1985, nr. 21; zie ook H.J. Snijders 1994a, nr. 3; H.J. Snijders 2001, nr. 97.

204 HR 26 juni 1942 (*Weegewijs/Hollandsche Electrische Spoorwegmaatschappij*), *NJ* 1942, 585; HR 4 september 1942 (*Twentsche Bank/Britsch Continentale Handel Maatschappij*), *NJ* 1942, 617. Zie ook HR 31 augustus 1976 (*AML/X.*), *NJ* 1977, 130.

205 HR 1 februari 1963 (*De Roos/Escomptobank*), *NJ* 1964, 157 m.nt. DJV; HR 4 oktober 1985 (*Withaar/Euroboek*), *NJ* 1986, 52.

206 HR 29 oktober 1971 (*X./Y.*), *NJ* 1972, 24.

misbruik "(…) wanneer deze stellingen, in weerwil van een redelijk belang van de tegenpartij dat ook daarop reeds destijds terstond zou worden beslist, in het eerste kort geding zonder redelijke grond zijn achtergehouden."[207]

Interessant is dat in een aantal uitspraken in feite wordt voorbijgegaan aan de vraag naar een criterium aan de hand waarvan kan worden getoetst of sprake is van misbruik van bevoegdheid. De Hoge Raad geeft dan bijvoorbeeld aan dat de feitenrechter op grond van de door hem vastgestelde feiten en omstandigheden tot het oordeel heeft kunnen komen dat er (geen) sprake is van misbruik van bevoegdheid.[208] Ook komt het voor dat de Hoge Raad voor een bepaald type geval bij wijze van voorbeeld aangeeft onder welke feiten en omstandigheden van misbruik van bevoegdheid sprake is.[209]

3.2.7 Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden: waardering

3.2.7.1 De benadelingsbedoeling

114. Het criterium 'bedoeling te benadelen' is de klassieke maatstaf voor misbruik van recht. Het maakt ook nu nog deel uit van het geldende recht van Frankrijk, België en Nederland. Men is het er in deze landen over eens dat de bedoeling te benadelen een voldoende, maar geen noodzakelijke voorwaarde is voor misbruik van recht. Andere criteria met een ruimer bereik voeren de boventoon in de jurisprudentie. Bovendien is het bewijs van de bedoeling te benadelen problematisch. Dit probleem wordt in de regel opgelost door de uitsluitende bedoeling te benadelen af te leiden uit het ontbreken van redelijk belang. Met het voortschrijden van de jaren lijkt deze werkwijze meer en meer te zijn verdrongen door rechtstreekse toepassing van de maatstaf 'ontbreken van redelijk belang' en andere misbruikcriteria, waardoor het criterium van de benadelingsbedoeling in de praktijk een marginale rol heeft gekregen.

Een andere moeilijkheid met dit criterium is het normatieve element, dat er in deze context in het begrip 'benadelen' zit. Nadeel veroorzaken voor een ander kan onder allerlei omstandigheden geoorloofd zijn. Hierop is reeds gewezen door Planiol en Ripert.[210] Concurrentie vormt een goed voorbeeld van in beginsel geoorloofd opzettelijk benadelen. Maar ook in het procederen

---

207 HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508 m.nt. HJS.

208 Zie bijv. HR 30 september 1983 (*Kuiper/Douma en Van den Berg*), *NJ* 1984, 183 m.nt. G; HR 30 oktober 1992 (*Zegwaard/De Baat*), *NJ* 1993, 4; HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), *NJ* 1996, 485 m.nt. WMK. Vgl. HR 19 december 1997 (*M. en X./Y.*), *NJ* 1998, 286; HR 11 februari 2000 (*J.D./S.*), *NJ* 2000, 259.

209 Zie bijv. HR 14 januari 1983 (*Schuring/Sweelinck*), *NJ* 1983, 267 m.nt. WHH; HR 29 november 1985 (*Kayaalp/Klomp*), *NJ* 1986, 276 m.nt. PAS; HR 5 november 1993 (*De Wit/Van den Berg*), *NJ* 1994, 154 m.nt. PAS; HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), *NJ* 1995, 213.

210 Planiol 1923, nr. 871; Ripert 1927, nr. 102.

zit de geoorloofdheid van het doel een ander te benadelen in zekere zin ingebakken. Waar het om gaat is te bepalen wanneer en in hoeverre het benadelen legitiem is c.q. op legitieme wijze geschiedt. Bij het beoordelen hiervan is de aanwezigheid van een rechtmatig en voldoende belang aan de kant van de actor cruciaal. Dit aspect heeft bij de toepassing van dit criterium dus een functie welke die van bewijs (zie de vorige alinea) overstijgt. Aan de bewijsfunctie gaat immers een normatief moment vooraf: is het belang 'rechtmatig' of 'voldoende'?

Voor de toetsing van een beroep op een processuele bevoegdheid wordt in de jurisprudentie, zoals hierboven reeds is gebleken, niet vaak gebruik gemaakt van de maatstaf 'bedoeling te benadelen'. Helemaal zonder betekenis is het criterium in dit verband echter niet: in gevallen van evidente kwaadwilligheid blijft het een handzaam middel om misbruik te bestrijden.

3.2.7.2 Het doelcriterium

115. Van een doelgebonden bevoegdheid is sprake wanneer een bevoegdheid is gegeven met het oog op de behartiging van een specifiek belang.[211] Niet steeds zonder meer duidelijk is of een bepaalde bevoegdheid doelgebonden is. Met name de wetsgeschiedenis en teleologische interpretatie kunnen hier de weg wijzen. Ik wees al (zie § 3.2.6.2) op de complicatie dat een door de wetgever expliciet vermeld doel niet het enige geoorloofde doel van bevoegdheidsuitoefening hoeft te zijn.

In Frankrijk, België en Nederland wordt thans bij doelgebonden bevoegdheden, ondanks eerdere kritiek op dit criterium,[212] de vraag of er sprake is van misbruik tevens beantwoord aan de hand van de maatstaf of er gehandeld wordt met een ander doel dan waartoe de bevoegdheid is gegeven. Deze maatstaf is in beginsel objectief van aard: van misbruik is sprake als het concrete handelen het belang, ter behartiging waarvan de betrokken bevoegdheid is gegeven, niet kan dienen. Van opzet om het ongeoorloofde doel te dienen hoeft geen sprake te zijn. De actor kan zelfs volkomen te goeder trouw handelen. Bij het beoordelen met welk doel is gehandeld, kan overigens wel betekenis toekomen aan de subjectieve bedoelingen van de actor.[213] Het doelcriterium fungeert niet exclusief bij het toetsen van de uitoefening van doelgebonden bevoegdheden. De overige misbruikcriteria kunnen ook bij dit type bevoegdheid worden toegepast.

211 Meijers 1937, p. 72.
212 Zie bijv. Scheltema 1935, p. 331; De Bersaques 1953, p. 286.
213 Rodenburg 1985, nr. 18.

Processuele bevoegdheden zijn in het algemeen doelgebonden (zie § 3.2.2).[214] Volgens Meijers

> "(…) zijn de rechtsmiddelen als het instellen van een rechtsvordering, het gaan in hoger beroep, enz., door het recht gegeven om de rechtmatige belangen van de burgers te beschermen. Een zoodanige voor dit doel gegeven bevoegdheid kan niet willekeurig uitgeoefend worden: het doel begrenst haar gebruik."[215]

Partijen hebben processuele bevoegdheden om hun rechten te doen vaststellen, te beïnvloeden of af te dwingen.[216] Voor andere doelen mogen deze bevoegdheden niet worden gebruikt. Ongeoorloofde doelen zijn met name het louter toebrengen van schade en het louter vertragen van het proces. Eggens noemt als voorbeeld van een ongeoorloofd doel het vragen van een declaratoir "(…) ter uitsluitende bevrediging van het genoegen gelijk te krijgen van de rechter."[217] Op dit punt zal ik nader ingaan in § 3.3.1.6.

116. Opvallend is dat ondanks de populariteit van het doelcriterium bij de auteurs, met name in relatie tot processuele bevoegdheden, deze maatstaf in de jurisprudentie op het terrein van misbruik van procesrecht in Frankrijk, België en Nederland een weinig prominente om niet te zeggen marginale rol speelt. Dit valt wellicht te verklaren uit het feit dat het doelcriterium in vergelijking met de andere criteria die in de rechtspraak worden gehanteerd, minder gemakkelijk toepasbaar is.

Problematisch bij het beoordelen van een beroep op een processuele bevoegdheid aan de hand van het doelcriterium is met name dat bevoegdheidsuitoefening in concreto meerdere doelen tegelijk kan dienen. Nog afgezien van de vraag of meteen duidelijk is of de verschillende doelen op zichzelf al dan niet geoorloofd zijn, kan zich gemakkelijk een conflict voordoen tussen een geoorloofd en een ongeoorloofd doel.[218] Zo kan het opwerpen van een bevoegdheidsincident zowel het doel hebben waartoe de bevoegdheid dit te doen is gegeven, (terecht komen bij de rechter die de wet toekent) als schade en vertraging opleveren. In dit soort gevallen kunnen we met het doelcriterium niet goed uit de voeten.[219] Uitwijken naar andere criteria voor misbruik van bevoegdheid lijkt dan noodzakelijk.

---

214 Zie bijv. Meijers 1937, p. 72; Van Neste 1967, p. 357; Van Gerven 1973, nr. 67; Rodenburg 1985, nr. 13; Taelman 1988, nr. 3; Blary-Clément 1991, nr. 17. Anders M.E. Storme, 1990, nr. 9. Zie voor een uitzondering HR 8 mei 1998 (*B./P.C.*), *NJ* 1998, 606.

215 Meijers 1937, p. 72.

216 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 10.

217 A-G Eggens in zijn conclusie bij HR 30 maart 1951 (*De V./Van de H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH.

218 Vgl. de Veegens 1971.

219 Vgl. HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), *NJ* 1996, 485 m.nt. WMK.

3.2.7.3 Gebrek aan redelijk belang

117. De kwalificatie 'redelijk' normeert het begrip belang in twee relevante opzichten. Ten eerste opent het de mogelijkheid om bij een zeer gering belang van het ontbreken van belang te spreken. Ten tweede kan ook de aard van het belang maken dat het, hoewel wellicht groot, geen 'redelijk belang' is. Bij het nastreven van wellicht grote, maar nochtans ongeoorloofde of niet rechtens relevante belangen, moet een redelijk belang geacht worden te ontbreken. In dit verband worden de termen *interêt sérieux et légitime* en 'rechtens te respecteren belang' gebruikt. Er valt een overlap aan te nemen tussen deze normatieve term 'belang' en het begrip 'doel' uit het doelcriterium. Aan te nemen valt dat een doel waarvoor de bevoegdheid niet is gegeven nimmer een redelijk belang vormt.

In de kwalificatie 'redelijk' zit ook een relatief element. Voor de redelijkheid van het belang bij de uitoefening van een bevoegdheid is de verhouding van dit belang met betrokken belangen van anderen bepalend. Wanneer uitoefening van een bevoegdheid anderen geen nadeel berokkent, wordt aan het oordeel dat sprake is van misbruik niet toegekomen.[220] We ontmoeten hier de vraag naar de verhouding tussen het belangcriterium en het onevenredigheidscriterium.

Meijers plaatst het criterium 'gebrek aan redelijk belang' geheel binnen het kader van het hierna te bespreken onevenredigheidscriterium.[221] Vanuit systematisch oogpunt lijkt mij dit juist: bij beide criteria gaat het in wezen om een belangenafweging.[222] Mijn inziens heeft het criterium 'gebrek aan redelijk belang' niettemin zelfstandige praktische betekenis vanwege de invalshoek van deze maatstaf. Bij het onevenredigheidscriterium staat de afweging van belangen tussen de betrokkenen centraal, met de onevenredigheid als maatstaf. Alle relevante belangen moeten worden gewaardeerd. Bij het criterium 'gebrek aan belang' staat daarentegen de positie van de actor centraal. Als vast is komen te staan dat deze geen redelijk belang heeft, hoeven de merites van het belang van de betrokkene niet meer ten volle in de toetsing te worden betrokken omdat er gezien het gebrek aan belang van de actor hoe dan ook sprake zal zijn van onevenredigheid.

118. Het criterium 'gebrek aan redelijk belang' kan mijns inziens als een toepassing van het onevenredigheidscriterium met een andere invalshoek worden beschouwd: gezegd kan worden dat er *eo ipso* onevenredigheid is wanneer de drager van een bevoegdheid geen redelijk belang bij uitoefening heeft. De zelfstandige betekenis van het criterium is gelegen in die andere invalshoek. De waarde hiervan blijkt uit de regelmatige toepassing van dit

220 Vgl. Rodenburg 1985, nr. 19.
221 Meijers 1937, p. 74. Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).
222 Vgl. ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 916 (MvA II).

criterium in de rechtspraak. Het belang van dit criterium wordt in de parlementaire geschiedenis als een van de redenen genoemd om in art. 3:13 lid 2 BW uit te gaan van een enuntiatieve opsomming.[223] Overigens volgt uit het bovenstaande dat mijns inziens toepassing van beide criteria niet tot verschillende resultaten leidt.[224]

Eerder kwam al aan de orde dat het criterium 'bedoeling te benadelen' veelal wordt gebruikt in combinatie met de afwezigheid van redelijk belang. Gebrek aan redelijk belang is een objectiverend criterium, waarvan de vervulling kan worden beschouwd als het bewijs van de subjectieve bedoeling te schaden. Aan de andere kant kunnen de subjectieve bedoelingen van de rechthebbende van betekenis zijn voor het oordeel omtrent de redelijkheid van het belang.[225]

3.2.7.4 Het onevenredigheidscriterium

119. Het onevenredigheidscriterium is opgebouwd uit een samenstel van twee 'open' maatstaven. Ten eerste de onevenredigheid van de betrokken belangen. Hiermee komt tot uitdrukking dat niet voldoende is dat het geschonden belang zwaarder weegt dan het gediende. Het criterium vereist in ieder geval disproportionaliteit: een onevenredige verhouding tussen de betrokken belangen. De vraag wanneer hiervan sprake is, moet worden beantwoord aan de hand van waardering van de omstandigheden van het geval.

De tweede maatstaf – er is sprake van misbruik indien men naar redelijkheid niet tot deze bevoegdheidsuitoefening had kunnen komen – komt strikt genomen pas aan de orde als er voldaan is aan de eis van onevenredigheid tussen de betrokken belangen. Bij deze redelijkheidstoets gaat het wederom om de waardering van de omstandigheden van het geval. De eis dat men tot de uitoefening niet "had kunnen komen" maakt duidelijk dat het niet gaat om de subjectieve waardering van de betrokken belangen, maar de wijze waarop een redelijk persoon ze zou waarderen.[226]

De twee in de wettekst opgenomen maatstaven kunnen dan wel op de bovenstaande wijze worden onderscheiden, toetsing aan en toepassing van het criterium zal veelal integraal geschieden.[227] Waar geoordeeld wordt dat sprake is van onevenredigheid, zal op basis van hetzelfde feitencomplex het oordeel dat de actor naar redelijkheid niet tot dit handelen had kunnen komen als vanzelf volgen. In het arrest *Kuipers/De Jongh* overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de beoordeling van misbruik van bevoegdheid aan de hand

223 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv).
224 Anders Rodenburg 1985, nr. 21.
225 Vgl. Van Nispen 1978, nr. 161; Rodenburg 1985, nr. 19.
226 Vgl. *Parl Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM); Van Nispen 1978, nr. 168.
227 Zie bijv. HR 10 augustus 1984 (*Pita/De Windt*), *NJ* 1985, 229 m.nt. WMK.

van het onevenredigheidscriterium dan ook dat daarbij "(…) alle verdere omstandigheden (…)" in aanmerking zijn te nemen.[228]

120. Deze overweging lijkt terug te gaan op P. Scholten, die reeds in 1918 over misbruik van recht in het algemeen schreef:

> "het is de concrete billijkheid die zich handhaaft tegenover den algemeenen rechtsregel. En waar de billijkheid altijd betreft het bepaalde geval, zal bij de beoordeling met alle bijzonderheden van het geval rekening moeten worden gehouden (…)."[229]

Scholten noemt als voorbeelden het (niet) handelen van de betrokkene en (ontbreken van) zijn goede trouw.[230] Van Nispen voegt daaraan toe de bereidheid van degene die zich op misbruik beroept tot het verlenen van financiële compensatie aan de actor.[231]

Laatstgenoemde stelt meer in het algemeen over het onevenredigheidscriterium:

> "Men kiest dunkt me ook niet de juiste methode wanneer men tracht de afzonderlijke elementen van dat criterium uitputtend te omschrijven; die elementen krijgen in de casuïstiek een steeds wisselende inhoud en nadere precisering is nog slechts in relatieve zin te bereiken, namelijk met behulp van de methode van combinatie en gradatie, bijvoorbeeld: naarmate de wanverhouding groter wordt mag gedaagde iets onachtzamer zijn geweest."[232]

Bij het onevenredigheidscriterium gaat het in feite om een verwijzing naar ongeschreven recht, met dezelfde algemene gedachte als de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW: "(…) men [dient] met gerechtvaardigde belangen van anderen rekening te houden."[233] Hiermee is ruimte geschapen voor het formuleren van subregels en gezichtspunten voor bijzondere groepen gevallen.[234]

Opvallend is dat het criterium in Frankrijk vrijwel onbekend is en in België slechts mondjesmaat wordt toegepast, terwijl het in Nederland een hoge vlucht heeft genomen. Dit lijkt te verklaren met de populariteit van het foutcriterium bij onze zuiderburen. Ook dit criterium laat alle ruimte voor de omstandigheden van het geval en het formuleren van subregels.

---

228 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *NJ* 1971, 89 m.nt. PhANH, *AA* 19 (1970), p. 542-550 m.nt. H.K. Köster.

229 P. Scholten 1918, p. 515.

230 Van Nispen 1978, nr. 169 acht de term goede trouw hier minder gelukkig en wil in plaats daarvan de schuldgraad toetsen.

231 Van Nispen 1978, nr. 169.

232 Van Nispen 1978, nr. 169.

233 Meijers 1937, p. 74.

234 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 58 (TM); *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv); Van Nispen 1978, nr. 169; Rodenburg 1985, nr. 6 en 21.

3.2.7.5 De subsidiariteitstoets als zelfstandige maatstaf voor misbruik van bevoegdheid?

121. Rodenburg meent uit het onevenredigheidscriterium van art. 3:13 lid 2 BW een subsidiariteitstoets als criterium voor misbruik van bevoegdheid te kunnen afleiden, inhoudende dat

> "(…) de rechthebbende die bij een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening een redelijk belang heeft, niettemin misbruik van bevoegdheid maakt als hij – met hetzelfde nut voor zichzelf – bij een andere wijze van bevoegdheidsuitoefening minder schade of nadeel zou toebrengen aan de ander."[235]

De mogelijkheid van een andere wijze van bevoegdheidsuitoefening kan bij toetsing aan verschillende van de hierboven besproken criteria een rol spelen. Bij het criterium onevenredigheid tussen de betrokken belangen bijvoorbeeld kan het voorhanden zijn van een ander middel dat hetzelfde voordeel oplevert en minder nadeel veroorzaakt als omstandigheid van het geval de conclusie ondersteunen dat de drager van een bevoegdheid in redelijkheid niet tot uitoefening kan komen. Overigens ben ik, anders dan Rodenburg, van mening dat in dat geval niet meer kan worden gesproken van een redelijk belang (zie § 3.2.7.3).

122. De vraag is of aan het subsidiariteitscriterium naast de genoemde functie binnen andere criteria ook een zelfstandige, verdergaande betekenis als criterium voor misbruik van bevoegdheid moet worden toegedacht. Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Een subsidiariteitsmaatsstaf waarbij alle mogelijke vormen van bevoegdheidsuitoefening tegen elkaar worden afgewogen op basis van de hoeveelheid nadeel voor anderen, vraagt in het algemeen teveel van het rechtssubject en maakt de vrije ruimte waarbinnen hij zijn bevoegdheid naar believen kan uitoefenen te eng. Aanvaarding van een dergelijk criterium zou op het rechtssubject de plicht leggen om bij al zijn handelen steeds alle betrokken belangen en mogelijke handelswijzen geheel te overzien, ze juist te waarderen en ze op de juiste wijze tegen elkaar af te wegen. Dit zou van het rechtssubject meer vragen dan van hem kan worden gevergd.

Een meer terughoudende subsidiariteitstoets, waarbij bijvoorbeeld een wanverhouding is vereist met betrekking tot de hoeveelheid schade die de verschillende voorhanden zijnde middelen zouden veroorzaken, past binnen het kader van de overige misbruikcriteria en heeft systematisch gezien geen surpluswaarde ten opzichte van de verschillende andere criteria. Wel heeft een dergelijke toets betekenis als een voor bepaalde gevallen makkelijk te hanteren subregel. Aan de parlementaire geschiedenis van art. 3:303 BW ontleen

235 Rodenburg 1985, nr. 21.

ik het voorbeeld dat iemand in plaats van het aannemen van een aangeboden betaling een vordering in rechte instelt.[236] Bij de bespreking van de Belgische jurisprudentie (zie § 3.2.4.2) hierboven zijn enkele andere voorbeelden aan de orde gekomen en heb ik aangegeven hoe de door mij voorgestane terughoudendheid bij het subsidiariteitscriterium kan worden gerealiseerd.[237]

3.2.7.6 Het onrechtmatigheidscriterium

123. Het foutcriterium als maatstaf voor misbruik van (processuele) bevoegdheden wordt zowel in Frankrijk als in België veel gebruikt. In het hierboven gegeven overzicht van de rechtspraak (zie § 3.2.3.2 en 3.2.4.2) is voor beide landen naar voren gekomen dat er op het eerste gezicht twee lijnen in de rechtspraak zijn te ontdekken, die zich bij een nadere analyse laten verenigen. De conclusie was, kort gezegd, dat er niet zomaar aan het foutcriterium is voldaan, maar dat er hoge eisen worden gesteld aan het onderzoeken en waarderen van de omstandigheden van het geval.

In Nederland is het onrechtmatigheidscriterium (voor het Nederlandse recht een betere term dan foutcriterium) niet op zichzelf als maatstaf voor misbruik van bevoegdheid geaccepteerd. Dit zou kunnen samenhangen met de wel gehuldigde opvatting dat misbruik van bevoegdheid meer is dan een bijzondere vorm van onrechtmatige daad, alsmede met het voorhanden zijn van wettelijke criteria.

In Nederland lijkt Sieburgh – kennelijk mede geïnspireerd door het Belgische recht[238] – een lans te breken voor het onrechtmatigheidscriterium. Zij is van mening dat misbruik van bevoegdheid "(…) kan worden aangewend ter relativering van bevoegdheden (…)." Het leerstuk "(…) wordt dan verstaan als verkeerd gebruik van de bevoegdheid."[239] Het lijkt erop dat Sieburgh van mening is dat dit criterium verder gaat dan

> "(…) de in art. 3:13 BW beschreven krasse gevallen. (…) Het belang van de benadeelde verdient aandacht, ook buiten een afweging met het belang van de rechthebbende. Indien de dader een rechtmatig belang dient dat zich niet leent voor een afweging tegen het geschade belang van een derde, kunnen er gezichtspunten zijn op grond waarvan de belangen van de derde zelfstandig bescherming verdienen."[240]

In de gedachte dat misbruik in het algemeen 'verkeerd gebruik' is, kan ik mij vinden: het woord misbruik betekent immers niet meer of minder dan 'verkeerd gebruik'. Of het onrechtmatigheidscriterium verder gaat dan het even-

236 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 915 (TM).
237 Vgl. nog Rb. Almelo 28 november 1979, *NJ* 1980, 421.
238 Sieburgh 2002, p. 97-98, nt. 13, 15 en 16.
239 Sieburgh 2002, p. 97.
240 Sieburgh 2002, p. 97-98.

redigheidscriterium betwijfel ik. Naar mijn mening zouden de criteria in gevallen waarin beide voor toepassing in aanmerking komen tot dezelfde resultaten moeten leiden. Het door Sieburgh voorgestelde criterium lijkt mij eerder een overkoepelende maatstaf dan een verruiming ten opzichte van hetgeen uit art. 3:13 lid 2 BW voortvloeit. Zo opgevat heeft het criterium een functie die vergelijkbaar met die van het foutcriterium in het Franse en Belgische recht. Met name met het evenredigheidscriterium kunnen vrijwel steeds dezelfde resultaten worden bereikt, maar de wijze waarop dit geschiedt zal soms dermate gedrongen aandoen, dat het onrechtmatigheidscriterium de voorkeur verdient.

124. Waar het bij misbruik van bevoegdheid steeds om gaat is de begrenzing van de vrijheid van een bevoegdheid gebruik te maken. De door de bevoegdheid geschapen 'vrije ruimte' is het uitgangspunt. Hoe men zich binnen die ruimte gedraagt is aan het rechtssubject zelf. Slechts bij (dreigende) overschrijding van de grenzen van die vrijheid is met succes verzet tegen het (voorgenomen) gedrag van de actor mogelijk. Deze grenzen verschillen niet van karakter met de grenzen aan de vrijheid die voortvloeien uit hetgeen (art. 6:162 lid 2 BW) "(…) volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (…)." Ook daar is het uitgangspunt handelingsvrijheid. Ook daar gaat het bij de toetsing van gedrag om het bepalen van de uit het ongeschreven recht voortvloeiende grenzen van de vrijheid. Zo bezien vormt het begrippenpaar gebruik en misbruik van bevoegdheid een bijzondere toepassing van het begrippenpaar daad en misdaad (in de zin van onrechtmatige daad).

Ik presenteer deze gelijkheid van karakter met enige nadruk, omdat soms de indruk wordt gewekt dat toetsing in het kader van misbruik van bevoegdheid anders van karakter is dan die in het kader van de maatschappelijke betamelijkheid of redelijkheid en billijkheid.[241] In dit verband gebruikt men wel de oppositie marginale toetsing-volle toetsing.[242] Deze oppositie is mijns inziens voor de privaatrechtelijke toetsing aan vage normen onjuist en verwarrend. Het gaat bij deze toetsing namelijk steeds om grensbepaling om vervolgens te beoordelen of een bepaald handelen dan wel een beroep op een bevoegdheid al dan niet geoorloofd is. In die zin is deze toetsing altijd marginaal: *margo* betekent grens. Iets anders is dat de vrije ruimte van de (aspirant-)handelende al naar gelang de situatie soms ruim, soms eng voorkomt. Dit hangt niet samen met het karakter van de toetsing, maar met hoe de grenzen aan de vrijheid in een bepaald geval zijn getrokken.[243]

241 Bijv. Köster 1970, p. 546; Van Gerven 1983; Kleijn 1985, nr. 3; Davids 1999, nr. 5.

242 Zo bijv. W.C.L. van der Grinten 1969, p. 109. Vgl. Ronse 1977, p. 207-222; M. Storme 1986, nr. 34. Vgl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 93-106.

243 In deze zin ook Schoordijk 1986, p. 25-34. Vgl. Ph.A.N. Houwing 1971.

3.2.8 Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden: conclusie

125. Het wordt tijd om enige conclusies te trekken over de toetsing van de toelaatbaarheid van bevoegdheidsuitoefening aan de hand van het misbruikleerstuk.

In Frankrijk, België en Nederland worden, zo is gebleken, verschillende criteria naast elkaar gebruikt. De keuze lijkt te worden gemaakt op basis van de invalshoek die voor de voorliggende casus het meest bruikbaar lijkt. De algemene criteria laten zich naar keuze voor bepaalde typen gevallen inzetten. Deze keuzemogelijkheid met betrekking tot de misbruikcriteria laat zich vergelijken met de alternatieve onrechtmatigheidscriteria van art. 6:162 lid 2 BW, met dien verstande dat de wettelijke opsomming van laatstgenoemd artikel wel limitatief is. Zowel bij misbruik van bevoegdheid als onrechtmatige daad staan de criteria niet zozeer tegenover elkaar als dat ze een andere invalshoek en nadruk kennen. Doordat de criteria alle een of meerdere normatieve elementen bevatten ('voldoende', 'redelijk', 'onevenredig', 'doel', 'bedoeling', 'onzorgvuldig'), zijn ze elastisch en zullen de door de verschillende criteria gestelde grenzen de neiging hebben te convergeren.

Ook komt het in de rechtspraak van Frankrijk, België en Nederland regelmatig voor dat zonder gebruik te maken van een van de criteria rechtstreeks op basis van de feiten wordt beoordeeld of er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Aan de omstandigheden van het geval komt steeds beslissende betekenis toe. Aan de explicitering ervan wordt in dit kader dan ook hoge eisen gesteld. Regelmatig oordelen de respectieve cassatierechters dat onvoldoende is gesteld of gebleken om te kunnen oordelen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid.[244]

Het algemene beeld bij de toetsing in het kader van misbruik van bevoegdheid is dat de omstandigheden van het geval, meer dan de keuze tussen de criteria, centraal staan. Per soort geval zijn de typische omstandigheden van centrale betekenis en deze zijn in de praktijk richtinggevend voor de keuze van het toe te passen criterium. Dit hangt samen met het open karakter van de verschillende criteria, dat alle ruimte laat voor deze werkwijze.

3.3 Gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden

3.3.1 Het instellen van een vordering

3.3.1.1 Afbakening en terminologie

126. Van de bevoegdheid een vordering of eis in rechte in te stellen moet worden onderscheiden de bevoegdheid een bestaand burgerlijk recht in rechte

244 Zie bijv. Civ. II 29 januari 1986, *JCP* 1986 IV, 94; Civ. I 22 april 1986, *JCP* 1986 IV, 183; Cass. 10 maart 1983, *RW* 1983-84, k. 1234; HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 259.

af te dwingen. Door dit onderscheid, ontwikkeld in de Franse en Duitse dogmatiek,[245] maakt men zich los van de gedachte dat het recht te procederen afhankelijk is van het bestaan van burgerlijke rechten, terwijl ten processe juist de pretentie van dit bestaan centraal staat en vaak nog valt te bezien in hoeverre deze kan worden waargemaakt.

Verwarrend genoeg duidt het Burgerlijk Wetboek de hierboven onderscheiden bevoegdheden beide aan met de term 'rechtsvordering' (zie art. 3:303 respectievelijk 304 BW), terwijl in de literatuur de term vorderingsrecht ook wel voor beide wordt gebruikt. De verwarring wordt nog groter doordat de term rechtsvordering ook wordt gebruikt voor de uitoefening van het recht een eis in te stellen.[246]

Bij de bevoegdheid een recht in rechte af te dwingen gaat het in feite om een kenmerk van een bestaand burgerlijk recht, namelijk de afdwingbaarheid ervan.[247] Het uitgangspunt van de wet is dat elk burgerlijk recht dit kenmerk heeft (art. 3:296 lid 1 BW). Het ontbreekt bij natuurlijke verbintenissen en na bevrijdende verjaring. Een vorderingsrecht in deze zin kan niet bestaan los van een burgerlijk recht (art. 3:304 BW).

Vorderingsrecht in de zin van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen bestaat slechts afhankelijk van de erin vervatte pretentie: het doel ervan is juist uitsluitsel te kunnen krijgen over, kort gezegd, de vraag of een burgerlijk recht bestaat.[248] Zijn uitoefening geschiedt door het instellen van een eis.[249] Motulsky definieert het vorderingsrecht (l'action) in deze zin aldus: "*la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise.*"[250] Deze definitie heeft haar uitwerking op de Franse wetgever niet gemist, getuige art. 30 NCPC: "L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celli-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée." In deze bepaling wordt ook expliciet gemaakt dat het vorderingsrecht een recht is, waarmee zijn onafhankelijkheid van de juistheid van de erin vervatte pretentie wordt benadrukt. Ook op dit punt doet zich de invloed van Motulsky, die meent dat het recht een vordering in te stellen een *droit subjectif*[251] is, gevoelen.[252]

---

245 Zie bijv. Degenkolb 1877, p. 11-14, 32 en 79-80; Wach 1879, p. 541-542; Motulsky 1964, p. 220-227.

246 Over deze terminologie en de verwarring daarover in verschillende zin Star Busmann 1955, nr. 141-147; Rutten 1956, p. 500-502; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 141-147; Heemskerk 1974; H.J. Snijders 1992b, p. 17-30; M.E. Storme 1992a, p. 253-271; W. Snijders 1994, nr. 4.

247 Wach 1879, p. 542; Star Busmann 1955, nr. 144; W. Snijders 1994, nr. 5.

248 Zie over dit onderscheid bijv. R.J. Polak 1941, p. 791; Okma 1945, nr. 82; Beekhuis 1964; Van Nispen 1978, nr. 160; W. Snijders 1994, nr. 5. Vgl. Civ. I 22 oktober 1958, *GP* 1959 II, p. 6, waarover Mazeaud & Mazeaud 1959, p. 95 en Hébraud & Raynaud 1959, p. 143-144.

249 Motulsky 1964, p. 223.

250 Motulsky 1964, p. 223.

251 Motulsky 1964, p. 226.

252 Wiederkehr 1981, p. 949.

Zowel de bevoegdheid een bestaand recht af te dwingen als de bevoegdheid een eis in te stellen kan worden misbruikt. Het klassieke voorbeeld van misbruik van de bevoegdheid een burgerlijk recht af te dwingen vormt het instellen van een vordering tot amotie van een in zeer geringe mate grensoverschrijdend bouwwerk.[253] Het afwijzen van een dergelijke vordering op grond van misbruik van (vorderings)recht impliceert nog geen misbruik van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen.[254] Samenloop is overigens denkbaar.[255]

3.3.1.2 De begrenzing van het recht een vordering in te stellen en art. 6 lid 1 EVRM

127. Onder de vigeur van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden vormt het recht op toegang tot de rechter een zelfstandig recht dat in beginsel toekomt aan een ieder.[256] Dit betekent echter niet dat dit recht niet aan beperkingen kan worden onderworpen.[257] Het nationale recht mag in zekere mate een regulering en beperking van het recht op toegang tot de rechter inhouden. De verdragssluitende staten hebben wat dit betreft een zekere beoordelingsvrijheid ('margin of appreciation').[258] De essentie van het recht op toegang moet echter onaangetast blijven: de uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen moeten een legitiem doel dienen en in een proportionele verhouding staan tot dat doel.[259]

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft meerdere malen overwogen dat de 'proper administration of justice' in dit verband een legitiem doel is.[260] Uit diverse beslissingen van dit college blijkt ook dat zij een proportionele preventie en repressie van misbruik van het recht op toegang van overheidswege door middel van bijvoorbeeld administratiefrechtelijke boetes niet in strijd acht met art. 6 lid 1 EVRM.[261] Naar mijn mening mag hieruit worden afgeleid dat beperking van het recht op toegang op grond van werking van het misbruikleerstuk in de verhouding tussen partijen niet in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM.

---

253 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *NJ* 1971, 89 m.nt. PhANH; Cass. 10 september 1971, *RW* 1971-72, k. 321.

254 Zie bijv. R.J. Polak 1941, p. 791.

255 Vgl. R.J. Polak 1941, p. 791; Okma 1945, nr. 88; Rb. Zutphen 20 januari 1955, *NJ* 1956, 475.

256 EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA, § 36. Vgl. bijv. Taelman 1988, p. 90.

257 EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA, § 38.

258 EHRM 28 mei 1985 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 1991, 623 m.nt. EAA, § 57.

259 EHRM 28 mei 1985 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 1991, 623 m.nt. EAA, § 57. Zie Knigge 1998, p. 15; Heringa (*EVRM T&C*), § 3.6.1.3-7.

260 Zie bijv. ECRM 8 oktober 1976, zaak 6916/75 (*X, Y en Z/Zwitserland*), *D&R* 6, p. 112. Zie ook Smits 1996, p. 34 en Knigge 1998, p. 15.

261 Zie bijv. ECRM 2 december 1985, zaak 11559/85 (*H./Verenigd Koninkrijk*) met betrekking tot preventeive maatregelen en de uitspraken aangehaald door Peukert 1996, Artikel 6, Rn. 63, nt. 306 met betrekking tot administratiefrechtelijke boetes.

3.3.1.3 Degene die een vordering instelt handelt in beginsel bevoegd

128. Uit art. 6 lid 1 EVRM volgt het beginsel dat degene die een rechtsvordering instelt in beginsel bevoegd handelt,[262] onafhankelijk van de vraag of het gepretendeerde recht eiser daadwerkelijk toekomt (zie ook art. 30 NCPC).[263] Van misbruik van de bevoegdheid een vordering in te stellen is slechts in bijzondere gevallen sprake.[264] Bij het oordeel hieromtrent staat de spanning tussen de vrijheid om naar de rechter te gaan en de bescherming tegen onnodig procederen centraal.[265]

De vrijheid te ageren is uitgangspunt, de overschrijding van de grenzen van dit recht uitzondering.[266] De bescherming van (de vrijheid van) degene aan wie het ageren schade berokkent, vormt de legitimatie van het bestaan van deze grenzen en het preventief dan wel repressief optreden tegen overschrijding ervan.[267] Het enkele feit dat het ageren een ander nadeel berokkent, is echter bij lange na geen voldoende voorwaarde voor het begrenzen van het recht een vordering in te stellen.[268] Ageren is niet denkbaar zonder nadeel voor anderen. Ook hier geldt het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt.[269]

3.3.1.4 De betekenis van de uitkomst van het geding

129. De zelfstandigheid van de bevoegdheid om een vordering in rechte in te stellen (art. 6 lid 1 EVRM) brengt mee dat beantwoording van de vraag of van deze bevoegdheid misbruik wordt gemaakt in principe onafhankelijk is van de uitkomst van de procedure. Uit de onafhankelijkheid van het bestaan van een recht en de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen volgt dat het enkele feit dat een eis wordt afgewezen, onvoldoende is om te kunnen concluderen dat het instellen ervan onrechtmatig was wegens misbruik van bevoegdheid.[270] De civiele procedure dient er juist toe de vraag te beantwoor-

---

262 Aldus reeds Rb. Breda 21 juli 1885, *W* 5283. Vgl. Rb. Kortrijk 20 mei 1954, *RW* 1954-55, k.. 428; 3 juni 1956, *RW* 1955-56, k. 807.

263 Zie bijv. R.J. Polak 1941, p. 789-790; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 142; Heemskerk 1985b, nr. 9; M.E. Storme 1991; M.E. Storme 1992a, p. 253-271; W. Snijders 1994, p. 7-8.

264 Zie bijv. Vgl. HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), *NJ* 1933, 1038; Rb. Amsterdam 11 oktober 1995, *NJ* 1996, 551; Hof Leeuwarden 17 maart 1999, *NJ* 2000, 27.

265 Cadiet 1992, nr. 87.

266 Courtieu 1997, nr. 1-3.

267 Vgl. Sieburgh 2000, p. 9-12.

268 Vgl. Civ. I 11 februari 1964, *D* 1964, Som. p. 97; Civ. I 13 mei 1964, *GP* 1964 II, p. 129; Civ. II 8 oktober 1970, *D* 1971, Som. p. 31; Cadiet 1992, nr. 103.

269 Zie hierover bijv. Mataja 1888, p. 19-32; Wertheim 1930, p. 14-19; Hartlief 1997; Nieuwenhuis 1997, p. 8-9; Sieburgh 2000, p. 5-6.

270 Okma 1945, p. 124; Solus & Perrot I 1961, nr. 114; Mazeaud & Tunc 1965, nr. 591; Meijers/Vermeulen 1967, p. 237; Cadiet 1992, nr. 96; Courtieu 1997, nr. 7. Vgl. bijv. HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), *NJ* 1933, 1038; Rb. Ieper 20 november 1957, *RW* 1957-58, k. 1251; Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 1991, *NJ* 1992, 115.

den òf een eis moet worden toe- dan wel afgewezen. Het antwoord op deze vraag hangt af van het debat en het oordeel over de feiten en het recht. Doorgaans staan in een burgerlijke procedure met name de feiten maar ook het recht op goede gronden ter discussie.[271] Beslechting van deze discussie ten gunste van de één wil niet zeggen dat de ander door het aangaan of het voeren van de discussie onrechtmatig heeft gehandeld.[272] Een andere opvatting hieromtrent zou het recht op toegang tot de rechter op onaanvaardbare wijze beperken.[273]

Het bovenstaande betekent echter niet dat de uitkomst steeds geheel irrelevant is voor beantwoording van de vraag of misbruik is gemaakt van het recht om een eis in rechte in te stellen. In Frankrijk en België wordt wel aangenomen dat de partij die de procedure wint geen misbruik van zijn bevoegdheid een vordering in te stellen kan hebben gemaakt, zelfs als zij slechts ten dele in het gelijk wordt gesteld.[274] Omgekeerd is afwijzing van de eis in beginsel een noodzakelijke voorwaarde voor het oordeel dat het instellen ervan misbruik van bevoegdheid vormt.[275] Aangezien het recht te ageren principieel onafhankelijk is van de uitkomst van het geding, moeten uitzonderingen op deze vuistregel mogelijk worden geacht, hetgeen ook in de meer recente rechtspraak en literatuur wordt aanvaard.[276]

De hierboven beschreven beginselen van het Franse en Belgische recht passen in het systeem van het Nederlandse recht. Ik zou deze ook voor het Nederlandse recht als uitgangspunt willen aanvaarden.

---

271 Vgl. bijv. Rb. Brussel 23 mei 1956, *JT* 1956, 475; Rb. Brussel 5 juni 1963, *RW* 1963-64, k. 923; Civ. II 18 juni 1969, *Bull.* II, 217; Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, 126; Solus & Perrot 1961 I, nr. 114; M. Storme 1986, nr. 31.

272 Hartogh 1875, p. 117-119 en 127; Haardt 1945, p. 16 en 114; Cadiet 1992, nr. 96. Haardt 1945, p. 14-16 laat zien dat hier vroeger veelal anders over werd gedacht. Zie bijv. De Pinto II-1 1857, p. 144. In laatstgenoemde zin ook Stein/Rueb 2002, p. 177. Vgl. Spier 1995, p. 59-60.

273 Zie Solus & Perrot I 1961, nr. 114.

274 Mestre 1985, nr. 27; Cadiet 1992, nr. 95; Courtieu 1997, nr. 7. In deze zin Hof Brussel 17 april 1964, *Pas.* 1966 II, p. 273; Civ. II 18 november 1971, *D* 1972, Som. p. 39; Civ. I 26 januari 1972, *D* 1972, Som. p. 67; Civ. III 15 maart 1972, *Bull.* III, 181; Civ. II 16 mei 1974, *Bull.* II, 173; Civ. III 5 mei 1976, *D* 1976, IR p. 221; Civ. III 22 maart 1977, *Bull.* III, 142; Cass. 23 februari 1978, *Pas.* 1978 I, p. 729; Com. 20 maart 1984, *GP* 1984 II, Pan. p. 210 m.nt. S. Guinchard; Civ. II 11 maart 1987, *JCP* 1987 IV, 174; Com. 1 februari 1992, *JCP* 1992 II, 21817 m.nt. André Perdriau; Civ. I 10 maart 1998, *Bull.* I, 100.

275 Cadiet 1992, nr. 95.

276 Cass. 24 april 1978, *RW* 1978-79, k. 2669 m.nt. JL; Civ. I 10 maart 1998, *Bull.* I, 100; Fagnart & Denève 1986, p. 306; M. Storme 1986, nr. 24; Taelman 1988, nr. 14-18; M.E. Storme 1991; Perrot 1999, p. 199-200; Rb. Brussel 25 april 1986, *RW* 1986-87, k. 885 m.nt. G.L. Ballon; Arbrb Bergen 10 november 1998, *JLMB* 2000, p. 124. Vgl. Desdevises 1979, p. 21-22 en Fisselier 1979, nr. 442.

3.3.1.5 De beoordeling van het instellen van een vordering op misbruik

130. De rechter gebruikt bij de toetsing van het gebruik van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen verschillende criteria. Lag in Frankrijk in de oudere rechtspraak de nadruk op het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol*,[277] dat ook wel impliciet werd toegepast via de kwalificatie van het te beoordelen gedrag,[278] in de laatste decennia is het *faute*-criterium overheersend, eventueel in combinatie met de kwalificatie *légèreté (blâmable)*.[279] Ook het *faute*-criterium wordt wel impliciet toegepast doordat de rechter zich rechtstreeks op de feiten baseert.[280] De Belgische jurisprudentie vertoont een vergelijkbaar beeld (zie § 3.2.4.2). De schaarse Nederlandse rechtspraak kent hoofdzakelijk een benadering op basis van de omstandigheden van het geval.[281] Slechts in een ouder arrest van de Hoge Raad wordt zijdelings verwezen naar "(…) kwade trouw of ernstig verzuim (…)."[282]

De verschillende criteria voor misbruik van bevoegdheid kunnen, ook bij dit casustype, naast elkaar worden gebruikt en de keuze zal veelal afhangen van doelmatigheidsoverwegingen: in een concrete casus ligt toepassing van het ene criterium nu eenmaal meer voor de hand dan het andere. In de praktijk wordt misbruik zelfs wel zonder tussenkomst van een van de criteria uit de feiten afgeleid.[283] In het navolgende zal de nadruk dan ook niet liggen op de criteria, maar op het onderscheiden van groepen gevallen en het formuleren van de vuistregels. Centraal staat in mijn visie steeds de vraag of de omstandigheden van het geval van dien aard zijn dat kan worden geoordeeld dat van misbruik sprake is.

Het fundamentele karakter van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen vereist dat een rechterlijk oordeel dat er in casu misbruik van is gemaakt, gegrond wordt op een stevige motivering. De rechter moet bij zijn

277 Zie bijv. Civ. 7 december 1885, *DP* 1886 I, 207; Req. 7 mei 1924, *S* 1925 I, 207 m.nt. Jean Brethe de la Gressaye; Soc. 1 december 1950, *Bull.* III, 910; Com. 14 mei 1952, *Bull.* III, 190; Civ. II 6 februari 1957, *D* 1957, p. 211; Civ. II 23 maart 1966, *Bull.* II, 388; Civ. III 26 september 1984, *JCP* 1984 IV, 327.

278 Zie bijv. Civ. I 9 februari 1965, *Bull.* I, 107 en de jurisprudentie geciteerd door Cadiet 1992, nr. 98.

279 Zie bijv. Com. 15 juli 1964, *Bull.* III, 371; Soc. 19 oktober 1966, *Bull.* IV, 787; Civ. II 31 mei 1967, *Bull.* II, 199; Com. 30 oktober 1968, *JCP* 1969 II, 15964; Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 m.nt. Yves Chartier; Com. 19 maart 1980, *Bull.* IV, 134; Civ. I 25 februari 1986, *GP* 1987, Som. p. 41 m.nt. H. Croze en Ch. Morel.

280 Zie bijv. Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184; Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984 IV, 211; Civ. I 14 februari 1989, *Bull.* I, 82.

281 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 1991, *NJ* 1992, 115; HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508 m.nt. HJS; Rb. Amsterdam 11 oktober 1995, *NJ* 1996, 551; Hof Leeuwarden 17 maart 1999, *NJ* 2000, 27.

282 HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), *NJ* 1933, 1038.

283 Zie bijv. Civ. I 22 juni 1965, *Bull.* I, 413; Civ. I 5 juli 1965, *D* 1966, Som. p. 5; Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184.

oordeel dat sprake is van misbruik expliciet en voldoende uitgebreid ingaan op de feitelijke grondslag waarop hij dit oordeel baseert.[284]

De Franse cassatierechter houdt streng de hand aan deze eis. Talloze malen heeft hij gecasseerd op grond van *défaut de base légale*,[285] omdat de feitenrechter geoordeeld heeft dat er sprake is van misbruik, "(…) sans caractériser en quoi l'action (…) était abusive (…)."[286] Het praktisch belang van deze controle is in Frankrijk groot, omdat het veel voorkomt dat gedaagde aan eiser misbruik van het recht een vordering in te stellen verwijt met het doel het niet-liquidabele exedent van de proceskosten te kunen vorderen.[287]

De eisen die het Cour de cassation op dit punt stelt, laten zich goed vergelijken met de rechtspraak van de Hoge Raad over de motiveringsplicht. Deze vereist onder meer dat de rechter de feiten die hij aan zijn beslissing ten grondslag legt, met voldoende bepaaldheid aangeeft.[288] Het gaat bij het onderhavige casustype om de toepassing van vage normen die beperkend werken op een fundamenteel recht. Hier passen hoge motiveringseisen.[289] Mijns inziens zou een Nederlandse invulling van de motiveringsplicht op dit punt niet veel afwijken van de lijn van de Franse cassatierechter.

De vaak complexe aard van het te beoordelen gedrag kan de beoordeling van het instellen van een eis op misbruik problematisch maken. Het is zaak bij de beoordeling van een reeks processuele gedragingen steeds goed te onderscheiden of het reeds vertoonde gedrag zelf misbruik van bevoegdheid vormt of dat er niet aan bevoegdheidsuitoefening wordt toegekomen omdat deze op grond van de preventieve werking van de misbruikfiguur wordt voorkomen. In sommige gevallen, met name die waarin art. 3:303 BW voor toepassing in aanmerking komt, kan reeds bij het instellen van de vordering getoetst worden of er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Wordt in een dergelijk geval geconcludeerd dat van misbruik sprake is, dan is er ruimte voor een preventief rechtsgevolg als de niet-ontvankelijkverklaring (zie § 5.4).

In de meeste gevallen kan echter pas op basis van de ten processe vastgestelde feiten worden beoordeeld of van misbruik van de bevoegdheid een vordering in te stellen sprake is geweest. In dat geval is preventie een gepasseerd station voorzover de procedure zich al heeft voltrokken en komt de

284 Courtieu 1997, nr. 10.

285 Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 117-118.

286 Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, p. 609. In vergelijkbare zin o.a. Civ. 3 december 1940, *GP* 1941 I, p. 306; Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972 II, 17202 m.nt. Emile-Jean Guillot; Civ. I 25 februari 1986, *GP* 1987 I, Som. 41 m.nt. H. Croze en Ch. Morel; Civ. II 1 maart 1989, *GP* 1989, Pan. p. 108; Civ. II 25 oktober 1995, *JCP* 1995 IV, 2617 & 2639. Zie nader Cadiet 1992, nr. 104-106.

287 Cadiet 1992, nr. 104. Vgl. Haardt 1945., p. 114-115.

288 Zie Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 117. E. Korthals Altes 1993, p. 101, wijst er op dat de motiveringsplicht niet zo ver gaat dat bij het waarderen van een aantal onderling samenhangende factoren moet worden aangegeven wat de precieze waarde van ieder van die factoren is.

289 Asser/Vranken 1995, nr. 228.

nadruk op repressieve rechtsgevolgen te liggen, zoals met name schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad (zie § 5.3).

3.3.1.6 Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe

131. De in art. 3:303 BW gecodificeerde regel van procesrecht "[z]onder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe" werd in 1928 door de Hoge Raad aanvaard in het arrest *B.T./Kalma* met de overweging dat "(…) de aard van ieder rechtsmiddel (…) medebrengt dat het niet toekomt aan wie daarbij geen belang heeft."[290] In deze paragraaf zal ik ingaan op de plaats en de betekenis van deze regel.

Met de term 'rechtsvordering' wordt hier niet gedoeld op de bevoegdheid een bestaand burgerlijk recht af te dwingen (vgl. art. 3:304 BW), maar op het recht te procederen. Bij art. 3:303 BW gaat het, zoals ook al uit de tekst van het artikel blijkt, om de pretentie van recht, die in de eis of in het verweer ligt besloten.[291]

Art. 3:303 BW spreekt van een 'rechtsvordering'. De regel van dit artikel is echter ook van toepassing op andere processuele bevoegdheden, zoals het instellen van een rechtsmiddel, het indienen van een verzoekschrift of het voeren van verweer.[292]

Maatgevend bij het toetsen van de aanwezigheid van een voldoende belang is het verschil tussen de hypothetische situatie waarin de eis of het verweer gegrond wordt bevonden en de hypothetische situatie waarin dit niet gebeurt. Dit verschil is het belang in de zin van art. 3:303 BW. Is er onvoldoende rechtens relevant verschil, dan komt de betreffende rechtsvordering niet aan de actor toe.[293]

Uitgangspunt bij de toetsing is een gepretendeerde rechtspositie. Niet vereist is derhalve dat de ingestelde eis of het gevoerde verweer juist is. Hiermee ontmoeten we tevens de beperktheid van de regel 'geen belang, geen actie'. Een chicaneuze rechtsvordering ingesteld door X tot veroordeling van Y tot betaling van € 10 000,- gebaseerd op een vorderingsrecht uit een koopovereenkomst die in feite nooit is gesloten, passeert de sluis van art. 3:303 BW zonder problemen: er is een gesteld belang van € 10 000,- bij toewijzing van de eis en een zodanig belang geldt als voldoende. Pas bij de behandeling ten gronde kan eventueel ter discussie komen of X door het instellen van deze rechtsvordering misbruik van recht heeft gemaakt doordat zij bijvoorbeeld te kwader trouw is ingesteld met geen ander doel dan te schaden. Deze discussie valt buiten het bereik van art. 3:303 BW.

---

290 HR 13 juni 1928 (*B.T./Kalma*), *W* 11 880 m.nt. Mff, *NJ* 1928, p. 1379 m.nt. EMM.

291 In deze zin ook Helmich 1945, p. 150; Cleveringa 1964, p. 231-235; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 147. Vgl. Gerbrandy 1959, p. 373.

292 Jongbloed (*Vermogensrecht*), art. 303, aant. 5.

293 Van Baars 1971, p. 44; Van Nispen 1978, nr. 101; Van Nispen 2003, nr. 15.

132. Evenals het begrip 'redelijk belang' (zie hierboven § 3.2.7.3) is 'voldoende belang' in twee relevante opzichten normatief van aard.[294] Ten eerste opent de term de mogelijkheid in geval van een zeer gering belang te oordelen, dat er geen voldoende belang is.[295] Hier is een zekere samenloop met casus als de grensoverschrijdende garage: denkbaar is dat het gestelde belang ook in werkelijkheid bestaat maar onvoldoende is.[296]

Ten tweede moet het gaan om een rechtens relevant c.q. te respecteren belang. De discussie heeft zich hier onder andere toegespitst op de vraag in hoeverre de verkrijging van een declaratoir op zichzelf als rechtens relevant belang kan worden beschouwd. Eggens beoordeelt de "(…) uitsluitende bevrediging van het genoegen gelijk te krijgen van de rechter (…)"[297] als rechtens niet relevant. In het licht van de rechtsontwikkeling nadien behoeft dit uit 1951 stammende oordeel nuancering. In de rechtspraak van het EHRM wordt aan de verklaring voor recht een zelfstandige genoegdoeningsfunctie toegekend.[298] Ook de Hoge Raad lijkt hiervoor enige ruimte te zien.[299]

Bepaalde niet-materiële belangen worden in de rechtspraak als onvoldoende belang beschouwd. Te noemen vallen het ideële belang bij een verklaring voor recht dat oproeping voor krijgsdienst onrechtmatig is, terwijl reeds vrijstelling is verleend,[300] en het zuiver emotionele belang bij de vaststelling van aansprakelijkheid van een ander voor de dood van een kind.[301] Deze rechtspraak staat sterk ter discussie.[302] De grens tussen niet-materiële belangen die wel een voldoende belang kunnen vormen en die geen voldoende belang vormen, lijkt moeilijk te trekken.[303]

Behalve een normatief begrip is 'belang' hier ook een relatief begrip. Met betrekking tot het instellen van een rechtsvordering gaat het er volgens de parlementaire geschiedenis om "(...) of dit belang voldoende is om een proce-

294 Vgl. Van Nispen 1978, nr. 103.
295 Vgl. Wiarda 1952, p. 435-436.
296 Vgl. M. Storme 1986, nr. 30. Zie ook Rb. Mons 3 juni 1964, *JT* 1965, p. 23.
297 A-G Eggens in zijn conclusie bij HR 30 maart 1951 (*De V./Van de H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH.
298 Zie de bespreking van de jurisprudentie bij Van Emmerik 1997, p. 139-148, waaraan valt toe te voegen EHRM 25 november 1999 (*Nilsen en Johnsen/Noorwegen*), *NJ* 2001, 63.
299 HR 13 december 1996 (*W./Staat*), *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB. Vgl. ook HR 22 januari 1993 (*Staat/Stichting herwaardering pensioenen NSB-kamerleden*), *NJ* 1994, 734 m.nt. CJHB en HR 26 januari 1996 (*D.V. en W.J.H./Raad voor de Kinderbescherming*), *NJ* 1996, 377. Zie hierover ook Lindenbergh 1999, p. 90; Du Perron 2003, nr. 69. In positieve zin reeds Wolfsbergen 1946, p. 190. Aarzelend Van Nispen 1978, nr. 79; Van Nispen 2003, nr. 15.
300 HR 3 januari 1992 (*V./Staat*), *NJ* 1994, 627.
301 HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten en Mbarka/De Vereniging voor Christenlijk Wetenschappelijk Onderwijs*), *NJ* 1998, 853, *A&V* 1999, p. 45 m.nt. C.J.M. Klaassen.
302 Zie kritisch Van Maanen 1999; Spier 1999, p. 8-9; Lindenbergh 1999, p. 89-91; Bloembergen 2000b.
303 Vgl. nog HR 15 april 1994 (*Valkenhorst*), *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S.

dure te rechtvaardigen."[304] Het gaat bij art. 3:303 BW om een evenredigheidscriterium.[305]

In zijn proefschrift maakt Van Baars in dit verband onderscheid tussen

> "(…) [h]et materiële belang dat het object van de vordering vormt, en het processuele (formele) belang dat de insteller bij deze vordering moet hebben of de gedaagde bij de weren die hij daar tegen inbrengt. Het laatstgenoemde belang is het belang uit de procesrechtsbrocard 'point d'intérêt, point d'action'."[306]

Voorzover Van Baars hiermee bedoelt dat de vraag of de vordering gegrond is niet relevant is voor de vraag of er voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW, lijkt mij dit juist. Met Heemskerk beschouw ik echter een terminologisch onderscheid tussen materieel en processueel belang als ongelukkig, "(…) omdat dit geen reële keus is."[307] Zoals ik hierboven reeds heb betoogd (zie § 1.2), mogen de onderscheidingen processueel-burgerrechtelijk en formeel-materieel niet met elkaar worden geïdentificeerd.

133. De vraag is of de regel "[z]onder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe" als een bijzondere toepassing van misbruik van bevoegdheid moet worden beschouwd. Hierover wordt verschillend gedacht. Aanleiding voor dit verschil van mening vormt ten eerste het feit dat bij art. 3:303 BW, anders dan bij de gewone casus over misbruik van processuele bevoegdheden, de gepretendeerde rechtspositie het object van toetsing vormt. Dit gegeven staat er mijns inziens echter niet principieel aan in de weg art. 3:303 BW te beschouwen als een specialis van art. 3:13 BW. Ten tweede is in de literatuur veel aandacht besteed aan de herkomst van de regel van art. 3:303 BW. De heersende opvatting is dat deze ongeschreven rechtsregel deel uitmaakte van het geldende recht krachtens een bindende traditie.[308] De vraag naar de herkomst van de regel is echter een andere dan die naar de plaats ervan.

Rodenburg beantwoordt de vraag of art. 3:303 BW te beschouwen is als een specialis van art. 3:13 BW ontkennend. Hij voert daartoe aan dat er voor de toepassing van art. 3:303 BW geen nadeel voor de wederpartij wordt vereist. Als voorbeeld geeft hij dat "(…) het belang van eiser bij een declaratoir vonnis (…) kan ontbreken, hoewel het wijzen van het declaratoir niet nadelig behoeft te zijn voor de wederpartij."[309] Hiertegen kan worden ingebracht, dat het inhoudelijk ingaan op de zaak alleen al om de kosten die dit met zich mee-

304 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 915 (TM).
305 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 916 (MvA II).
306 Van Baars 1971, p. 165. Vgl. ook p. 96-97, 113, 153-154, 156 en 160.
307 Heemskerk 1980a, p. 281.
308 Aldus Veegens 1959b, nr. 1; Veegens 1965; Van Baars 1971; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 148; Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 50. Anders Cleveringa 1964, p. 266-272.
309 Rodenburg 1985, nr. 27.

brengt, steeds nadelig is voor de wederpartij en de staat als verantwoordelijke voor de rechterlijke organisatie.

De Hoge Raad heeft zich in het Jeffrey-arrest uitgesproken over de verhouding tussen de art. 3:13 en 303 BW. Hij overweegt omtrent het onderdeel dat betoogt dat art. 3:303 BW als een toepassing kan worden gezien van art. 3:13 lid 2 BW:

> "Tekst noch strekking van voormelde bepalingen biedt steun voor deze opvatting. Die steun is ook niet te vinden in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepalingen. (…)."[310]

134. Mijns inziens bieden tekst, strekking en geschiedenis van de art. 3:13 en 303 BW wel degelijk steun voor de opvatting dat de regel van art. 3:303 BW een toepassing van art. 3:13 BW vormt. De tekst van art. 3:303 BW correspondeert met het ongeschreven misbruikcriterium 'ontbreken van een redelijk belang'. De strekking van beide bepalingen is het begrenzen van bevoegdheden met als ratio het beschermen van belangen van derden. De regels omtrent misbruik van recht doen dit op algemeen niveau, de regel van art. 3:303 BW doet dit met betrekking tot processuele bevoegdheden (met name het instellen van een rechtsvordering, maar ook het voeren van verweer en het instellen van een rechtsmiddel) en in een beperkt opzicht (toetsing aan de hand van het gestelde belang). Niet alleen bij art. 3:303 BW, maar ook in het kader van art. 3:13 BW kunnen en moeten de algemene maatschappelijke belangen bij de rechtspleging worden meegewogen, waar deze in het geding zijn.[311]

De parlementaire geschiedenis is niet eenduidig. In de MvA II wordt opgemerkt dat het hier om een criterium gaat dat van dezelfde aard is als het onevenredigheidscriterium uit art. 3:13 lid 2 BW, maar daarmee niet samenvalt,

> "(…) reeds omdat het hier niet alleen gaat om de afweging van de belangen van de betrokken partijen tegen elkaar, maar ook om de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen (…)."[312]

Deze passage vormt mijns inziens geen sterk argument voor ontkennende beantwoording van de gestelde vraag. Zij miskent dat ook in het kader van art. 3:13 BW ruimte is voor het meewegen van alle betrokken belangen. Bovendien is zij niet te verenigen met de parlementaire geschiedenis van art. 3:13 BW, waar met betrekking tot misbruik van procesrecht het meewegen van de

---

310 HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten en Mbarka/De Vereniging van Christenlijk Wetenschappelijk Onderwijs*), *NJ* 1998, 853, *A&V* 1999, p. 45 m.nt. C.J.M. Klaassen.

311 In deze zin, evenals *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv), Bloembergen 2000b, nr. 2.

312 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 916 (MvA II).

publieke belangen van een goede procesorde en een behoorlijke rechtpleging expliciet worden vermeld.[313]

Voor verwarring heeft ook gezorgd de opmerking in de parlementaire geschiedenis van art. 3:303 BW, dat "(…) deze regel (…) als een toepassing van het beginsel van artikel 7 van de Inleidende Titel kan worden aangemerkt (…)." Dit artikel 7 ziet op redelijkheid en billijkheid en heeft als art. 3:12 BW een plaats gekregen in het huidige Burgerlijk Wetboek. Sommige schrijvers zijn van mening dat hier sprake is van een typefout en dat de wetgever eigenlijk bedoelt te verwijzen naar art. 8 van de Inleidende Titel over misbruik van bevoegdheid.[314] Maar ook zonder typefout aan te nemen, dwingt deze passage niet tot de conclusie dat art. 3:303 BW niet als specialis van art. 3:13 BW kan worden beschouwd.[315] Beide bepalingen kunnen op hun beurt worden beschouwd als varianten op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Mijn conclusie is dat de regel 'geen belang, geen actie' een bijzondere toepassing vormt van art. 3:13 BW.[316]

Naar zijn aard leent art. 3:303 BW zich slechts voor het vervullen van een preventieve functie. De bepaling houdt de last in een voldoende belang te stellen. Bij toepassing van het artikel ten opzichte van eiser wordt aan inhoudelijk procederen – waartoe de rechtsvordering strekte – niet toegekomen doordat eiser niet-ontvankelijk wordt verklaard. Misbruik van de bevoegdheid te procederen is aldus voorkomen. Tegelijkertijd rechtvaardigt dit nog niet de conclusie dat het doen van een beroep op die bevoegdheid misbruik vormde (repressieve functie). Deze vraag moet worden beantwoord door toetsing van het gedrag van eiser, bestaande uit het instellen van de eis, aan art. 3:13 lid 2 BW.[317]

3.3.1.7 De kansloze vordering

135. In deze paragraaf bespreek ik de gevallen waarin het instellen van een vordering in rechte misbruik van bevoegdheid vormt omdat de eiser wist of behoorde te weten dat de eis met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Okma spreekt hier van "het kanslooze proces",[318] Spier van "evident kansloze vorderingen"[319] en Verstijlen van "licht-

313 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv).
314 Bijv. Rodenburg 1985, nr. 27.
315 Anders kennelijk Vriesendorp 1972, p. 199.
316 In deze zin ook Meijers 1937, p. 72; Helmich 1945, p. 151-169; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 148; Schoordijk 1986, p. 419; W. Snijders 1994, p. 9; Bloembergen 2000b, nr. 2; Van Schendel 2001, p. 61. Anders Vriesendorp 1970, nr. 116; Rodenburg 1985, nr. 27; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7.
317 Van Nispen 1978, p. 174 nt. 182; Van der Wiel 2001, p. 40.
318 Okma 1945, nr. 85.
319 Spier 1995, p. 60.

vaardig" een procedure beginnen.[320] Omdat op dit punt vrijwel geen Nederlandse rechtspraak voorhanden is, zal ik de Franse en Belgische jurisprudentie als basis voor de bespreking gebruiken.

Onvoldoende voor het oordeel dat een vordering kansloos is, is dat de eiser zijn rechtspositie onjuist beoordeelt en het proces daarom verliest.[321] Hierboven (zie § 3.3.1.4) kwam al aan de orde dat het proces juist bedoeld is de wederzijdse rechtsposities ter discussie te kunnen stellen. Dit wil echter niet zeggen dat elke vordering, hoe onzinnig ook, moet worden getolereerd. Ergens ligt de grens tussen het wellicht zwakke, maar verdedigbare standpunt van een eiser en het standpunt dat zodanig is dat eiser niet heeft mogen denken enige kans op toewijzing van het gevorderde te hebben en zich daarom rechtens van het instellen van de vordering had behoren te onthouden.

Het uitgangspunt dat afwijzing van een eis het instellen ervan niet eo ipso onrechtmatig maakt, vindt zijn grondslag mede in het feit dat het recht en de feiten vaak niet duidelijk zijn. Hieruit leidt Cadiet a contrario de vuistregel af, dat '(…) lorsque la règle est claire, les faits limpides, l'initiative processuelle d'une partie est, *à priori*, suspecte."[322]

De discussies over de feiten enerzijds en het recht anderzijds zijn niet goed van elkaar te scheiden.[323] Wanneer partijen bijvoorbeeld worden verdeeld door een verschil van mening over de toepassing van een vage norm zal dit doorgaans zowel betrekking hebben op de reikwijdte van de norm als de feitelijke omstandigheden. Toch zal ik hier ten behoeve van de overzichtelijkheid feit en recht als invalshoeken onderscheiden.

3.3.1.8 Kansloosheid wegens strijd van het juridisch betoog met geldend recht

136. Discussie over het recht is ten processe op verschillende niveaus volstrekt legitiem.[324] Zo kan met recht verschil van opvatting bestaan over de vraag of een grensgeval of een atypisch geval onder een bepaalde regel valt of over wat een vage norm in een bepaald geval meebrengt.

Waar het recht echter een scherpe regel geeft en de feiten geen aanleiding geven tot discussie over de toepassing ervan, rijst de vraag in hoeverre een betoog dat ingaat tegen wat rechtens geldt, aanvaardbaar is. Het Franse recht kent als uitgangspunt dat wanneer het standpunt van eiser ontegenzeggelijk strijdig is met regels van geldend recht, dit een sterke aanwijzing is voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid. Het Cour de cassation heeft geoor-

320 Verstijlen 1998, p. 302.

321 Vgl. bijv. Rb. Brussel 23 mei 1956, *JT* 1956, p. 475; Rb. Brussel 5 juni 1963, *RW* 1963-64, k. 923; Civ. II 18 juni 1969, *Bull.* II, 217; Com. 30 juni 1969, *Bull.* IV, 252; Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, p. 126; Solus & Perrot I 1961, nr. 114; M. Storme 1986, nr. 31.

322 Cadiet 1992, nr. 102. Vgl. bijv. Soc. 24 maart 1955, *Bull.* IV, 281; Com. 9 juni 1960, *Bull.* III, 220.

323 Vgl. Kortmann 1985, nr. 10.

324 Vgl. Kortmann 1985, nr. 18.

deeld dat het instellen van een actie "(…) manquant de toute fondement juridique valable (…)" misbruik van bevoegdheid vormt.[325] En de eiser die

> "(…) ne pouvait se méprendre sur la portée de ses engagements et avait soulevé des moyens dépourvus de sérieux (…), avait commis un abus de procédure (…)."[326]

De Nederlandse Hoge Raad heeft het voeren van een betoog dat afwijkt van wat klaarblijkelijk rechtens geldt, onder omstandigheden geoorloofd geacht. Het staat een eiser vrij te bepleiten dat er ten gunste van hem worden afgeweken van de tot dan toe heersende opvattingen, mits dit expliciet gebeurt op grond van argumenten die niet bij voorbaat kansloos zijn.[327]

Mijns inziens zijn, ondanks de schijnbare tegenstelling die uit het bovenstaande spreekt, het Franse en Nederlandse recht op dit punt met elkaar te verenigen. Een illustratie biedt hier de verjaringsproblematiek. In Frankrijk is meerdere malen beslist dat het instellen van een eis die onmiskenbaar afstuit op een beroep op verjaring, misbruik van bevoegdheid vormt.[328] In de Nederlandse rechtspraak is de mogelijkheid aanvaard dat een beroep op verjaring in strijd komt met de eisen van redelijkheid en billijkheid.[329] Betekent dit nu dat verjaring nooit buiten discussie staat en dat naar Nederlands recht het instellen van een eis die afstuit op een beroep op verjaring nimmer misbruik van bevoegdheid vormt? Geenszins, lijkt mij. Een eiser die een vordering instelt die in beginsel onmiskenbaar faalt op een verjaringsverweer, zal op een dergelijk verweer een expliciet en goed beargumenteerd betoog moeten voeren ter onderbouwing van zijn standpunt dat zijn eis desondanks moet slagen. Doet hij dit niet, dan is in beginsel de conclusie gewettigd dat hij met het instellen van zijn eis misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Dit zal bijvoorbeeld anders zijn wanneer gedaagde om hem moverende redenen afstand heeft gedaan van de mogelijkheid zich op verjaring te beroepen.

137. Uit het bovenstaande kan een algemene vuistregel worden gedestilleerd. In beginsel kan het recht in een proces ter discussie worden gesteld, maar, hoe minder onduidelijkheid er redelijkerwijs over het recht kan bestaan, hoe meer er van eiser wordt verlangd met betrekking tot een betoog dat ingaat tegen het geldende recht. Voldoet een dergelijk betoog van eiser niet aan deze eisen, bijvoorbeeld doordat zijn argumenten bij voorbaat kansloos zijn te

---

325 Civ. III 12 april 1972, *JCP* 1972 IV, 132. In deze zin ook Rb. Brussel 28 oktober 1969, *JT* 1970, p. 29.

326 Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984 IV, 211. Vgl. voor België Cass. 13 april 1967, *Pas.* 1967 I, p. 954.

327 Vgl. HR 3 december 1999 (*H./NHL*), *NJ* 2000, 289, de conclusie bij dit arrest van A-G Bakels en de noot van J.B.M. Vranken sub 9. Zie tevens Kortmann 1985, nr. 17.

328 Zie bijv. Civ. II 31 mei 1967, *Bull.* II, 199; Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184.

329 Zie bijv. HR 28 april 2000 (*Erven van Hese/De Schelde*), *NJ* 2000, 430.

achten, dan kan worden geconcludeerd dat hij misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door deze eis in te stellen.[330]

Duidelijker ligt het wanneer het standpunt van eiser impliciet ontegenzeggelijk in strijd is met geldend recht. Dit is het geval wanneer de door hem gestelde feiten het ingeroepen rechtsgevolg naar geldend recht ontegenzeggelijk niet kunnen dragen, terwijl eiser geen expliciet tegen het geldende recht ingaand betoog voert. In dit soort gevallen mag naar mijn mening verhoudingsgewijs snel worden geoordeeld dat er sprake is van een kansloze vordering en derhalve van misbruik van de bevoegdheid een eis in te stellen.

3.3.1.9 Kansloosheid wegens het ontbreken van daadwerkelijke feitelijke grondslag

138. Vaker dan het geldende recht vormen in het proces de feiten het voorwerp van discussie. Partijen kunnen verdeeld worden gehouden door een verschillende visie op 'wat er gebeurd is'. Het verdedigen van een visie op de feiten die de rechter uiteindelijk verwerpt is in principe geoorloofd. Bij het debat over de feiten mogen en zullen partijen zich in beginsel partijdig opstellen. In het burgerlijk proces mogen partijen selectief en gekleurd stellingen betrekken. Maar mag een eiser nu elke willekeurige stelling omtrent de feiten betrekken bij het instellen van een vordering? Het recht van zowel Frankrijk, België, Duitsland als Nederland stelt grenzen op het punt van de feitelijke stellingen, zoals reeds in § 2.2 aan de orde kwam. Op die plaats concludeerde ik, kort gezegd, dat van partijen goede trouw vereist wordt ten aanzien van hun feitelijke stellingen. Wanneer deze goede trouw bij eiser ten aanzien van essentiële stellingen ontbreekt, kan gezegd worden dat eiser wist of behoorde te weten dat zijn vordering kansloos was.

3.3.1.10 De vordering die afstuit op formele gebreken

139. Een vordering die wordt ingesteld bij een onbevoegde rechter stuit op deze onbevoegdheid af. De rechter oordeelt zich onbevoegd en gaat niet tot behandeling over. Het instellen van een vordering bij een onbevoegde rechter kan misbruik van bevoegdheid vormen. Gedaagde kan in verband met de door hem ten gevolge van het instellen van de vordering geleden schade belang hebben bij een oordeel hieromtrent. In dit type geval gaat het om beoordeling achteraf van reeds vertoond gedrag met het oog op reressieve sancties. Met een oordeel dat de gedraging misbruik van bevoegdheid vormde, staat tevens de onrechtmatigheid ervan vast.[331]

Bij bevoegdheidsregels gaat het om *hard & fast rules* waarover doorgaans weinig onduidelijkheid zal kunnen bestaan. Eiser kan worden geacht kennis van deze regels te hebben. Niet snel zal kunnen worden aangenomen dat eiser

330 Vgl. M. Storme 1986, nr. 31; M.E. Storme 1990, nr. 27; Courtieu 1997, nr. 38.
331 Vgl. Van der Kwaak 2002, p. 580.

wist noch behoorde te weten dat de rechter onbevoegd is. Dit alles wettigt mijns inziens het uitgangspunt dat het instellen van een vordering bij een onbevoegde rechter dikwijls als misbruik van bevoegdheid zal kunnen worden beschouwd. Wel geldt ook hier (zie § 3.3.1.8) dat een voldoende beargumenteerd betoog tegen het geldende recht in mogelijk moet zijn.

In de rechtspraak van de onderzochte landen zijn niet veel uitspraken over bovengenoemde vraag te vinden. De oorzaak hiervan is wellicht dat het preventieve effect dat de onbevoegdverklaring heeft de gedaagden reeds tevreden stelt. In een Belgische zaak over een bevoegdheidsclausule in een contract acht de Rechtbank Brussel in hoger beroep zich in conventie onbevoegd kennis te nemen van de vordering. Op de reconventionele vordering tot schadevergoeding wegens misbruik van het recht een vordering in te stellen beslist zij dat er in casu geen sprake van misbruik van bevoegdheid is, nu "(…) cette erreur d'appréciation – qui a été partagée par le premier juge – ne suffit pas à caractériser l'abus du droit d'agir en justice (…)".[332] In dit geval kon eiser zich naar het oordeel van de Rechtbank te goeder trouw vergissen met betrekking tot de competentie. Dit oordeel wordt ondersteund door het feit dat de rechter in eerste aanleg zich op dit punt evenzeer vergiste.

In dit verband wijs ik nog op enkele Nederlandse uitspraken over 'handigheidjes' van de eiser met het doel een bepaalde rechter competent te maken. Het ageren tegen twee gedaagden waarvan de een slechts betrokken is om de rechter relatief competent te maken met betrekking tot de actie tegen de ander is door het Hof 's-Hertogenbosch aangemerkt als misbruik van bevoegdheid.[333] Aan de andere kant heeft de Hoge Raad beslist dat het in beginsel niet ongeoorloofd is een vordering te splitsen om aldus absolute competentie van de kantonrechter te bewerkstelligen.[334]

Ook het niet voldoen aan duidelijke formele eisen bij het instellen van een vordering, met nietigheid of niet-ontvankelijkheid als gevolg, kan leiden tot het oordeel dat eiser door aldus te handelen misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Zo heeft de Franse Cour de cassation geoordeeld dat aangezien iemand

> "(…) a intenté son action bien qu'il ne remplit pas les conditions de recevabilité expressement prévues par la loi, la (…) cour a pu le condamner à reparer le prejudice découlant de sa légèreté blâmable (…)."[335]

Verdedigbaar is overigens dat bij deze 'pogingen tot procederen' in het geheel niet aan bevoegdheidsuitoefening wordt toegekomen door het preventieve

332 Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, p. 126.
333 Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 1964, *NJ* 1964, 345. Zie voor een Belgisch voorbeeld van een competentietruc Hof Gent 21 april 1995, *RW* 1995-96, p. 927.
334 HR 28 januari 1972 (*Salomé/Wolfert*), *NJ* 1972, 146.
335 Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 m.nt. Yves Chartier.

effect van nietigheid of niet-ontvankelijkheid. In die opvatting zou het juister zijn de beoordeling van die 'pogingen' niet in de sleutel van misbruik van bevoegdheid maar in die van de commune onrechtmatige daad te plaatsen. Tot andere resultaten voert deze opvatting niet, aangezien de normstelling van beide figuren op hetzelfde neerkomt (zie § 3.1.5).

3.3.1.11 Prematuur ageren

140. Mag een eiser degene van wie hij meent iets te vorderen te hebben zonder enig preprocessueel contact in rechte betrekken? Uitgangspunt is dat een ieder de bevoegdheid heeft toegang tot de burgerlijke rechter te zoeken in verband met het verdedigen van zijn burgerlijke rechten. Toch kan op de gestelde vraag mijns inziens niet steeds een bevestigend antwoord worden gegeven.

Bepalend is hier wat de zorgvuldigheid in de preprocessuele fase van eiser vergt. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen, dat het eiser niet zonder meer vrijstaat een vordering in te stellen.

Een belangrijke groep gevallen is die waarin er in feite geen geschil is. Gedaagde is bereid zich te richten naar hetgeen eiser verlangt: een schuld is bijvoorbeeld erkend en de schuldenaar is voornemens haar te voldoen. In dit verband verdient de Nederlandse Gedragsregel 19, die van advocaten vergt eerst te proberen tot nakoming buiten rechte te komen, aandacht. Hoewel het niet nakomen van een Gedragsregel niet zonder meer een onrechtmatige daad vormt,[336] is deze regel wel een aanwijzing voor hetgeen in Nederland als betamelijk preprocessueel gedrag wordt beschouwd. Art. 111 lid 3 Rv, dat impliceert dat eiser alvorens een procedure aan te spannen contact met gedaagde moet zoeken, wijst in dezelfde richting. In de Franse,[337] Belgische[338] en Nederlandse[339] literatuur leeft de gedachte dat het aanspannen van een door het ontbreken van een geschil nodeloos te achten procedure misbruik van bevoegdheid vormt. Naar mijn mening kan deze gedachte geplaatst worden in de sleutel van de goede trouw. Eiser moet te goeder trouw zijn ten aanzien van het bestaan van een geschil met gedaagde, en in dat kader wordt van hem zonodig enig onderzoek verwacht. Ontbreekt deze goede trouw, dan vormt het instellen van de vordering misbruik van bevoegdheid.[340] Dit alles neemt niet weg dat het even verstandig als geoorloofd kan zijn het preprocessuele contact gepaard te laten gaan met conservatoire maatregelen. De geoorloofdheid hiervan hangt af van het bestaan van de vordering (in de zin van subjectief vermogensrecht) waarvoor beslag wordt gelegd.[341]

---

336 HR 7 februari 1986 (*Van Liere/Spruijt*), *NJ* 1986, 378.
337 Josserand 1939, nr. 48. Zie bijv. Civ. II 25 oktober 1995, *JCP* 1995 IV, 2617 & 2639.
338 M. Storme 1986, nr. 28.
339 Okma 1945, nr. 86.
340 Zie bijv. Rb. Antwerpen 26 november 1987, *RW* 1989-90, p. 26. Vgl. Rb. Utrecht 2 oktober 1942, *NJ* 1942, 329.
341 Zie bijv. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 405.

Het lopen van schikkingsonderhandelingen impliceert dat er een geschil is. Toch kunnen ook tijdens schikkingsonderhandelingen de omstandigheden van het geval een bijzondere zorgvuldigheid van eiser vergen ten aanzien van het instellen van een vordering in rechte. Zo kan vereist zijn dat de onderhandelingen worden beëindigd alvorens een vordering wordt ingesteld of dat het instellen van de vordering wordt aangekondigd. Dit laat zich funderen op de aard van de verhouding waarin onderhandelende partijen tot elkaar staan.[342]

3.3.1.12 Tardief ageren

141. Het instituut van de extinctieve verjaring stelt temporele grenzen aan de afdwingbaarheid in rechte van burgerlijke rechten. Door werking van de verjaringsregels gaan vorderingsrechten in de zin van art. 3:304 BW (zie § 3.3.1.1) teniet. Het karakter van de verjaringsregels vereist scherpte en ondubbelzinnigheid. Schuldenaren hebben behoefte aan zekerheid met betrekking tot het einde van de mogelijkheid in rechte te worden aangesproken over een bepaalde rechtsverhouding. Aan de andere kant hebben schuldeisers behoefte aan dezelfde zekerheid: zij moeten kunnen weten tot wanneer de mogelijkheid van een vordering in rechte openstaat.

Hierboven is al ingegaan op het instellen van een vordering die onmiskenbaar faalt op een verjaringsverweer (zie § 3.3.1.8). Ik concludeerde daar dat het instellen van een dergelijke vordering misbruik van bevoegdheid vormt. Ik kan hieraan overigens toevoegen dat in de Franse rechtspraak wordt geoordeeld dat het op het laatste moment voor het verlopen van een verjaringstermijn instellen van een vordering op zichzelf geen misbruik vormt.[343]

Het aan een subjectief recht verbonden vorderingsrecht in de zin van art. 3:304 BW kan behalve door verjaring nog op andere wijzen teniet gaan. De belangrijkste wijzen zijn afstand,[344] overeenkomst en rechtsverwerking.[345] Ik beperk mij tot deze laatste figuur. Zij vormt het spiegelbeeld van de mogelijkheid van beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ten opzichte van het verstrijken van een verjaringstermijn.[346] "Van rechtsverwerking kan slechts sprake zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het

342 HR 15 november 1957 (*Baris/Riezenkamp*), *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR.

343 Civ. II 6 februari 1957, *D* 1957, p. 211; Soc. II 16 mei 1974, *Bull.* IV, 568; Courtieu 1997, nr. 7.

344 Tjittes 1992a, nr. 2.

345 Wessels 1988, nr. 279; Tjittes 1992b, nr. 22; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 328. Vgl. Valk 1993, p. 155-157.

346 Zie bijv. HR 28 april 2000 (*Erven van Hese/De Schelde*), *NJ* 2000, 430 en HR 28 april 2000 (*Erven Rouwhof/Eternit*), *NJ* 2000, 431 m.nt. ARB.

vervolgens geldend maken van het betrokken recht (…)", zo definieert de Hoge Raad de figuur.[347]

Of van rechtsverwerking sprake is, valt doorgaans niet eenvoudig uit te maken. Enkel tijdsverloop is onvoldoende, anders zou de verjaringsregeling op onaanvaardbare wijze doorkruist worden.[348] Voor het aannemen van rechtsverwerking is volgens de Hoge de Raad de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden vereist, "(…) als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog gelden zou maken."[349]

Gezien de vaagheid van het rechtsverwerkingsbegrip zal niet vaak zo duidelijk sprake zijn van rechtsverwerking, dat een beroep op het tegendeel bij voorbaat kansloos moet worden geacht. Dit brengt mee dat slechts zelden kan worden geoordeeld dat het instellen van een vordering die afstuit op rechtsverwerking misbruik van bevoegdheid vormt.

In aansluiting op het bovenstaande verdienen nog twee punten opmerking. Ten eerste dat het tijdsverloop na de gebeurtenissen die een rol spelen voor een geschil een factor van betekenis kan zijn bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van misbruik van de bevoegdheid een vordering in te stellen. Zo zal langdurig contrair gedrag bij kunnen dragen aan het oordeel dat eiser niet in zijn eigen standpunt kan geloven. Een voorbeeld vormt de eiser die zich op dubieuze gronden beroept op de nietigheid van overeenkomsten die hij al tientallen jaren nakomt.[350]

Ten tweede merk ik op dat naast het vorderingsrecht in de zin van art. 3:304 BW (zie § 3.3.1.1) ook processuele rechten voor verwerking in aanmerking komen. Hierop zal ik ingaan in § 4.2.2.4.

3.3.1.13 Bis in idem I: de winnende eiser ageert opnieuw

142. Een eiser die zijn proces heeft gewonnen kan over exact hetzelfde punt opnieuw een procedure beginnen. Eiser heeft echter al een vonnis en hiermee is zijn rechtens te respecteren belang in beginsel voldoende gediend. Bij een tweede vonnis heeft eiser normaliter geen belang, terwijl gedaagde wel degelijk belang heeft bij het uitblijven van een nieuwe procedure. In een dergelijk geval ligt art. 3:303 BW voor toepassing gereed. Hierdoor kan misbruik van de bevoegdheid te procederen worden voorkomen. Hiernaast bestaat de mogelijkheid dat reeds het beroep op de bevoegdheid misbruik vormt en aldus een

347 HR 7 juni 1991 (*B./K. Bank*), *NJ* 1991, 708. In deze lijn ook Ph.A.N. Houwing 1968, p. 30; Tjittes 1992b, nr. 2 met nadere verwijzingen.
348 Valk 1993, p. 83.
349 HR 29 september 1995 (*Van den Bos/Provincial*), *NJ* 1996, 89.
350 Vgl. bijv. Civ. III 8 december 1981, *JCP* 1982 IV, 83. Zie ook M. Storme 1986, nr. 27.

onrechtmatige daad vormt. Dit staat niet reeds vast indien aan de voorwaarden van de toepassing van het (preventief werkende) art. 3:303 BW is voldaan. De mogelijkheid van repressieve werking moet zelfstandig worden onderzocht aan de hand van art. 3:13 lid 2 BW. Het object van toetsing is namelijk niet identiek: in het eerste geval is dat het belang bij een inhoudelijke procedure, in het tweede gaat het om de rechtmatigheid van het gedrag, gevormd door het initiëren van een proces.[351]

Onder bijzondere omstandigheden kan een tweede procedure over hetzelfde onderwerp de toets van art. 3:303 BW wel doorstaan.[352] Een voorbeeld hiervan vormt het verkrijgen van een nieuwe ontruimingstitel in kort geding wanneer "(…) wisselingen in de persoon van de betrokkene bij de executie hebben plaatsgehad waardoor de executie van de eerste titel op moeilijkheden was gestuit, de veroordeelde tegen die executie bezwaar was blijven maken en er behoefte bestond duidelijk tot uitdrukking te brengen dat de tenuitvoerlegging kon geschieden met de sterke arm."[353] In een dergelijk geval heeft eiser wel degelijk belang bij een nieuwe titel. Toetsing aan het belangvereiste van art. 3:303 BW is hier beslissend. De regel 'ne bis in idem' is hiernaast onnodig en maakt geen onderdeel uit van het Nederlandse burgerlijk procesrecht.[354]

Een aanverwante vraag is of iemand die reeds beschikt over een executoriale titel anders dan een vonnis, niettemin een vordering in rechte in mag stellen ter verkrijging van een vonnis waarmee hetzelfde executoriale effect kan worden bereikt als met de titel waarover reeds beschikt wordt. Okma meent dat in dit geval uitgangspunt moet zijn dat eiser geen belang heeft en dat het aan hem is het zelfstandige belang van zijn vordering te bewijzen.[355] De Nederlandse rechtspraak oordeelt anders. In een arrest uit 1993 beslist de Hoge Raad met betrekking tot dwangbevelen die een executoriale titel opleveren dat "(…) het verweer dat een vordering voor de gewone rechter onnodig was, omdat de uitgevaardigde dwangbevelen reeds een executoriale titel opleveren, geen grond voor niet-ontvankelijkheid [kan] opleveren (…)."[356]

143. Ten slotte wil ik hier nog de splitsing tussen een declaratoire en comdemnatoire vordering bespreken. Voor de toelaatbaarheid van een afzonderlijk declaratoir is art. 3:303 BW bepalend. Bij het instellen van een vordering tot

351 Van Nispen 1978, p. 174 nt. 182.
352 Bijv. Land/Eggens 1933, p. 231; Beukers 1994, p. 111.
353 HR 10 juni 1983 (*Peeters/Bogaers c.s.*), *NJ* 1983, 797.
354 Land/Eggens 1933, p. 230-231; Ten Kate 1962, p. 33 nt. 14 met nadere verwijzingen; Hugenholtz/Heemkerk 1998, nr. 122; Beukers 1994, p. 110-112 en 118; Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 55. Anders Asser/Anema & Verdam 1953, p. 316-317.
355 Okma 1945, nr. 86.
356 HR 17 september 1993 (*Severin/Detam*), *NJ* 1994, 118 m.nt. HER. Zie reeds HR 5 februari 1925 (*Boot/Hellingman*), *NJ* 1925, 400. Vgl. Hof Amsterdam 17 november 1938 , *NJ* 1939, 669.

een zuiver declaratoire uitspraak is de rechter gehouden tot ambtshalve toetsing aan deze bepaling.[357] De Hoge Raad heeft hieromtrent overwogen dat

> "(…) de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang der rechtspleging medebrengen, dat de eiser niet willekeurig zijn rechtsvordering mag splitsen in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot praestatie, en dat deze splitsing alleen toelaatbaar is wanneer bijzondere omstandigheden dit tot behoud van de eiser's rechten rechtvaardigen (...)."

Met betrekking tot de splitsing tussen de vordering tot vaststelling van onrechtmatig handelen en de vordering tot schadevergoeding betekent dit dat eiser

> "(…) alleen dàn afzonderlijke vaststelling (…) mag vorderen (…) wanneer er bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die aan een veroordeling ondanks het bestaan van een aanspraak vooralsnog in den weg staan maar wenselijk maken, dat hij althans het bestaan van de aanspraak reeds dadelijk door een bindende verklaring van de rechter veilig stelt (...)."[358]

Meer in het algemeen is de vraag naar het belang bij een zelfstandig declaratoir te beantwoorden "(…) door na te gaan wat, gegeven de bijzonderheden van de rechtsverhouding waarin partijen tot elkaar staan, de eisen van een goede procesorde meebrengen."[359]

3.3.1.14 Bis in idem II: de verliezende eiser ageert opnieuw

144. Een regelmatiger voorkomend geval dan de herhalende winnaar is de verliezende eiser die het opnieuw probeert, eventueel langs een andere weg of op andere wijze. Dit soort volhardendheid is voor de (opnieuw) gedaagde vaak kostbaar en frustrerend. Voordat laatstgenoemde de kans krijgt zich in de nieuwe procedure op het gezag van gewijsde van de uitspraak uit de vorige procedure te beroepen, kan al aanzienlijk (financieel en ander) leed geleden zijn. Bovendien is een dergelijk beroep op het gezag van gewijsde niet altijd afdoende, bijvoorbeeld wanneer de nieuwe vordering inhoudelijk (net) langs de objectieve omvang van het gezag van gewijsde[360] heengaat. De figuur van misbruik van processuele bevoegdheid kan gedaagde hier enige hulp bieden.[361]

---

357 HR 30 maart 1951 (*J./v.d.H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH; Heemskerk 1980a.
358 HR 30 maart 1951 (*J./v.d.H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH.
359 HR 27 februari 1998 (*Europeesche/OHRA*), *NJ* 1998, 764 m.nt. MMM. De opvatting van Van Nispen 2003, nr. 15 dat deze uitspraak 'soepeler' is dan het arrest uit 1952, deel ik niet. Het verschil in de overwegingen is eerder te verklaren door de algemenere strekking van de beslissing in het laatste arrest.
360 Beukers 1994, p. 66-105; Gras 1994, p. 272-288.
361 Zie bijv. Ktr. Zierikzee 16 februari 2001, *NJ* 2001, 400.

Ook hier biedt de Franse rechtspraak tal van voorbeelden. Zo sanctioneerde het Cour de cassation het oordeel dat degene die een vordering tot schadevergoeding instelt tegen een notaris nadat in een eerdere procedure tusen de twee reeds was gebleken dat de notaris niets te verwijten viel, misbruik van procesrecht maakt.[362]

De feitenrechter kan volgens het Cour de cassation tot het oordeel komen dat sprake is van misbruik van procesrecht op basis van eisers "(…) persistance (…) à replacer la discussion au stade antérieur au précédent arrêt avant dire droit et à tenter de remettre en question les principes déjà admis par une décision qui avait l'autorité de la chose jugée (…)."[363]

In dit type zaak spelen bijkomende omstandigheden van het geval dikwijls een rol bij de oordeelsvorming. Vaak blijkt er in dit soort casus sprake te zijn van het kennelijke doel de wederpartij dwars te zitten.[364] Bij de beoordeling op basis van de omstandigheden van het geval is als steeds, op straffe van cassatie, vereist dat de feitenrechter een *faute caractérisée* aantoont.[365]

Een variant op de herhalende verliezer is de samenwerking tussen partijen met gelijklopende belangen. Partij A stelt een vordering in jegens gedaagde X. Na afwijzing van de vordering stelt partij B, die dezelfde belangen heeft als A jegens X, eenzelfde vordering in. X kan zich jegens B niet beroepen op het gezag van gewijsde van de tussen hem en A gegeven uitspraak. Opnieuw procederen is slechts te vermijden indien B door het instellen van zijn vordering misbruik van bevoegdheid maakt. In een dergelijk geval heeft de Hoge Raad wegens een gebrek aan feiten en omstandigheden die op misbruik wijzen, een beroep op misbruik van bevoegdheid afgewezen.[366]

Een in kort geding gewezen vonnis heeft geen gezag van gewijsde.[367] In een tweede kort geding is ruimte voor het innemen van nieuwe stellingen, zelfs als de betrokken feiten al eerder bekend waren. Dit kan anders zijn wanneer bijvoorbeeld de stellingen zonder redelijke grond zijn achtergehouden, terwijl gedaagde een redelijk belang had bij onmiddellijke behandeling en beslissing.[368] Ook het achterwege blijven van hoger beroep in een eerder kort geding is op zichzelf onvoldoende grond voor het oordeel dat een nieuwe procedure misbruik van procesrecht vormt.[369]

---

362 Req. 11 januari 1943, *DC* 1944, 96.
363 Soc. 19 oktober 1966, *Bull.* IV, 787. Zie in vergelijkbare zin Civ. III 3 juni 1968, *Bull.* III, 314. Vgl. voor België Rb. Antwerpen 31 mei 1957, *RW* 1959-60, k. 603.
364 Vgl. bijv. Civ. III 12 april 1972, *JCP* 1972 IV, 132; Civ. III 3 maart 1981, *JCP* 1981 IV, 181; Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6.
365 Zie bijv. Civ. III 21 januari 1998, *D* 1998, IR p. 47.
366 HR 11 februari 2000 (*J.D./S.*), *NJ* 2000, 259. Zie ook de conclusie van A-G Bakels sub 2.16.
367 HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), *NJ* 1995, 213. Vgl. bijv. Com. 14 februari 1989, *Bull.* IV, 65; Civ. II 12 februari 1992, *JCP* 1992 IV, 1103; art. 1039 Ger.W.
368 HR 8 oktober 1993 (*Dogan*/Staat), *NJ* 1994, 508 m.nt. HJS.
369 HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), *NJ* 1995, 213.

Over de betekenis van de eisen van een goede procesorde in verband met herhaalde vorderingen zie § 4.4.2.1.

3.3.1.15 Bis in idem III: de vordering tot uitleg van een eerdere uitspraak

145. Een opmerkelijke mogelijkheid in het Franse[370] en Belgische[371] burgerlijk procesrecht is de eis tot uitleg van een eerdere beslissing. In de rechtspraak zijn op basis van het misbruikleerstuk nadere ontvankelijkheidseisen voor een dergelijke vordering ontwikkeld. Met name gaat het erom dat er daadwerkelijk onduidelijkheid moet bestaan over de betekenis van een eerdere uitspraak en de nieuwe eis er niet toe strekt de rechter te bewegen zijn beslissing te wijzigen. Indien niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, is de eis niet-ontvankelijk. Het instellen van een dergelijke niet-ontvankelijke eis zal gemakkelijk als misbruik van procesrecht kunnen worden beoordeeld.[372]

Ook in de Nederlandse rechtspraak is de mogelijkheid aangenomen uitleg van een eerdere uitspraak te verkrijgen.[373] Aan te nemen valt dat deze mogelijkheid naar Nederlands recht door soortgelijke grenzen wordt beperkt als de in Frankrijk en België ontwikkelde.

De behoefte aan uitleg van uitspraken wordt overigens beperkt door de mogelijkheid uitspraken te rectificeren.[374]

3.3.1.16 De laakbare (bij)bedoeling

146. De bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen is aan de rechtssubjecten gegeven tot bescherming van hun burgerlijke rechten. Van deze bevoegdheid mag gebruik worden gemaakt tot vaststelling, afdwinging of wijziging van burgerlijke rechten. Gebruik met een ander doel vormt misbruik van bevoegdheid. In deze paragraaf zal ik een aantal gevallen bespreken waarin sprake is van een laakbare (bij)bedoeling. Deze gevallen vormen geen gesloten en afzonderlijke categorie maar veeleer een verzameling casus waarbij de laakbare (bij)bedoeling als omstandigheid op de voorgrond treedt. Veel van de te noemen gevallen kunnen evenzeer als 'kansloze vordering' worden beschouwd.

Een algemeen probleem bij het beoordelen van een eis op een laakbare (bij)bedoeling vormt het feit dat het instellen van een eis vaak meerdere doelen tegelijk kan dienen. Op grond van objectieve maatstaven moet worden beoordeeld of het kennelijk gediende doel of de (verhouding tussen de) kennelijk

370 Art. 461 NCPC.
371 Art. 793 e.v. Ger.W.
372 Vgl. Req. 18 november 1907, *D* 1908 I, p. 91 en Rb. Brussel 2 mei 1960, *JT* 1961, p. 26 met nadere verwijzingen.
373 Zie HR 9 februari 1968 (*Koole/Vreeke en De Pagter*), *NJ* 1968, 282 m.nt. HD.
374 Art. 462 NCPC; art. 794 Ger.W.; art. 31 Rv.

gediende doelen van dien aard is of zijn dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid.

De klassieke en meest menselijke laakbare (bij)bedoeling is het dwarszitten van de wederpartij. Zoals oorlog het voortzetten van politiek met andere middelen kan worden genoemd,[375] is procederen niet zelden het voortzetten van animositeit met juridische wapens.

Wanneer ontaardt een dergelijke situatie in misbruik van procesrecht? Van de omstandigheden van het geval die hier in onderling verband bepalend zijn, vallen onder meer te noemen kansloosheid van de vordering, het ontbreken van belang bij de vordering,[376] herhaling van procedures,[377] tegenwerking bij pogingen tot schikking, irrelevante en/of kwaadaardige uitlatingen over de wederpartij[378] en kennelijke rancune.[379] Mijns inziens kan ook tijdens het proces vertoond gedrag bijdragen tot het achteraf gevelde oordeel dat het instellen van de eis misbruik van bevoegdheid vormde.

Een andere laakbare bijbedoeling bij het instellen van een vordering is het vertragen van het effectueren van een burgerlijk recht door gedaagde. Het belangrijkste geval is dat waarin eiser probeert, bijvoorbeeld via art. 438 Rv, dreigende executoriale maatregelen te doorkruisen.

Ook komt het voor dat het instellen van een eis geschiedt als pressiemiddel tot het verrichten van (rechts)handelingen door gedaagde waartoe deze niet verplicht is, bijvoorbeeld erkenning of afstand van rechten in de verhouding met eiser.[380] Hieronder komt nog het gebruik van de faillissementsaanvraag als pressiemiddel aan de orde (zie § 3.3.1.17).

Ongeoorloofd is ook het instellen van een eis zonder de bedoeling een geschil met gedaagde door de rechter te laten beslissen.[381]

Wie willens en wetens meer vordert dan waar hij recht op mag menen te hebben, louter om de mogelijkheid van hoger beroep te scheppen, maakt misbruik van bevoegdheid.[382]

3.3.1.17 Misbruik van de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken

147. Een faillissement betekent voor de failliet dat zijn gehele vermogen wordt geblokkeerd en afgewikkeld ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.

---

375 Von Clausewitz 1834, p. 140.
376 Zie bijv. Civ. III 30 september 1998, *JCP* 1998 IV, 3195.
377 Zie bijv. Civ. I 5 juli 1965, *D* 1966, Som. p. 5.
378 Zie bijv. Civ. I 10 mei 1977, *Bull.* I, 215.
379 Zie bijv. Com. 4 juli 1995, *GP* 1995, Pan. p. 231.
380 Zie bijv. Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6; Vrederechter Wetteren 13 juli 1989, *RW* 1989, p. 130.
381 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 31 maart 1982, *NJ* 1982, 449. Vgl. HR 27 juni 1986 (*De Pater/Tekstra*), *NJ* 1987, 354 m.nt. WLH.
382 Rb. Gent 29 november 1950, *RW* 1950-51, k. 914.

Dit ingrijpende middel leent zich voor misbruik, met name[383] van de kant van een of meerdere schuldeisers van degene wiens faillissement door hen wordt aangevraagd. Zo kan een faillissementsaanvraag op onrechtmatige wijze worden gebruikt als pressiemiddel of om iemand als concurrent te benadelen.

De Hoge Raad heeft in het arrest Weegewijs de doelgebondenheid van de bevoegdheid een faillissement uit te lokken vooropgesteld, door te beslissen

> "(…) dat de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken – zooals de aard van dit rechtsmiddel medebrengt – den schuldeiser slechts is gegeven om daarmede zijn rechtmatige belangen te beschermen, en van dit rechtsmiddel niet een willekeurig, en met het oog op die belangen onnoodig, gebruik kan worden gemaakt, vermits zoodanig gebruik buiten de grenzen der door de wet verleende bevoegdheid valt (…)."[384]

De Hoge Raad vervolgt dat de feitenrechter in casu "(…) mitsdien (…)" terecht heeft aangenomen dat de Faillissementswet niet verplicht tot het uitspreken van een aangevraagd faillissement, "(…) indien een redelijk belang van den aanvrager bij de faillietverklaring niet aanwezig is (…)."

In zijn geciteerde overwegingen combineert de Hoge Raad de criteria 'ontbreken van redelijk belang' en 'afwijking van het doel waartoe de bevoegdheid is gegeven', waarbij rechtmatig en redelijk belang op één lijn gesteld worden. De bevoegdheid een faillissement uit te lokken heeft als doel het dienen van de redelijke ofwel rechtmatige belangen van de aanvrager. Kort gezegd is dit rechtmatige belang het zekerstellen van voldoening van een (zo groot mogelijk deel van een) opeisbare vordering op degene wiens faillissement wordt aangevraagd.

148. Mag het aanvragen van een faillissement mede als pressiemiddel dienen tot voldoening buiten faillissement? Ja, menen onder meer Meijers,[385] Wachter[386] en Wessels.[387] C.E. Polak[388] en Wessels[389] wijzen op de praktijk dat een groot deel van de faillissementsaanvragen wordt ingetrokken na betaling of het treffen van een betalingsregeling.

Star Busmann keurt deze praktijk niet af voorzover uit het alsnog betalen volgt dat de debiteur niet in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, omdat "(…) de bevoegdheid, een faillissement aan te vragen (…) is

---

383 Voor een voorbeeld van misbruik van de debiteur zelf zie Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *NJ* 1997, 75, waarover Polak/Wessels I 1999, nr. 1338 en de daar aangehaalde bronnen, benevens HR 29 juni 2001 (*MTW/FNV c.s*), *JOR* 2001, 169.
384 HR 26 juni 1942 (*Weegewijs*), *NJ* 1942, 585.
385 Meijers 1935.
386 Wachter 1975, nr. 4.
387 Polak/Wessels I 1999, nr. 1327.
388 Polak/Polak 1999, p. 18.
389 Polak/Wessels I 1999, nr. 1327.

gegeven niet uitsluitend in zijn eigen belang, maar tevens in dat van alle andere schuldeisers (…)."[390] Dit lijkt in tegenstelling te staan tot hetgeen de Hoge Raad impliceert met de eerder geciteerde woorden "(…) zijn rechtmatige belangen (…)" uit het arrest van 1942 en de daarop gevolgde constante rechtspraak.

Naar Nederlands recht, zo kan uit het bovenstaande worden geconcludeerd, mag de faillissementsaanvraag in beginsel worden gebruikt als pressiemiddel tot nakoming van de eigen vordering. In Frankrijk wordt hier anders over gedacht:

> "(…) l'ouverture d'une procédure collective ne peut être utilisée comme un moyen de pression pour amener le débiteur à exécuter son obligations (…)."[391]

De bevoegdheid een faillissement aan te vragen dient dus in de Nederlandse opvatting het eigenbelang van de crediteur bij zijn vordering. Zij vindt ten eerste haar grens waar uitoefening dit eigenbelang niet kan dienen. Als enig gunstig resultaat voor de aanvrager bij voorbaat is uitgesloten, heeft deze geen redelijke belang bij de aanvraag en moet de aanvraag worden afgewezen.[392] Laat dit zich bij de (summiere) behandeling van de aanvraag niet vaststellen, dan is er geen ruimte voor afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring op de bedoelde grond, ook al is 'aannemelijk' dat er geen te executeren vermogen valt te verwachten. Het is dan aan de curator om een onderzoek in te stellen.[393] Het faillissement moet de mogelijkheid bieden duidelijkheid te verkrijgen over mogelijke verhaalsobjecten.[394] In de lagere Belgische rechtspraak wordt aangenomen dat het niet bestaan of de geringheid van de vordering van de aanvrager onder omstandigheden ook tot het oordeel kan leiden dat de aanvraag misbruik van bevoegdheid vormt.[395]

149. Ten tweede vindt de bevoegdheid een faillissement aan te vragen haar grens op grond van misbruik van bevoegdheid waar het eigenbelang van de verzoekende crediteur al afdoende langs andere wegen wordt of klaarblijkelijk kan worden gediend, bijvoorbeeld door een met voldoende waarborgen omklede minnelijke regeling[396] of ostentatieve solventie van de schuldenaar zelf[397] of een hoofdelijk verbonden medeschuldenaar.[398]

---

390 Star Busmann 1935.
391 Derrida, Godé & Sortais 1991, nr. 57; Cadiet 1992, nr. 107.
392 Bijv. Rb. Almelo 5 maart 1969, *NJ* 1970, 137; Rb. 's-Gravenhage 11 februari 1971, *Prg.* 1971, 642 m.nt. C.J. van Zeben. Zie ook Wachter 1975, nr. 5.
393 HR 10 mei 1974 (*Bedrijfsvereniging voor de Bouwnijverheid/X.*), *NJ* 1975, 267 m.nt. BW; HR 10 november 2000 (*Dantumadeel c.s./B. Beheer*), *NJ* 2001, 249 m.nt. PvS.
394 Zie A-G Langemeijer, conclusie sub 2.8 bij HR 12 maart 1999 (*W.M.*), *NJ* 1999, 400.
395 Zie Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991, p. 459-460.
396 HR 26 juni 1942 (*Weegewijs*), *NJ* 1942, 585.
397 Vgl. Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991, p. 460.
398 Hof 's-Gravenhage 25 september 1961, *NJ* 1962, 438.

Niet voldoende voor een beroep op gebrek aan redelijk belang op deze grond is volgens de Nederlandse rechtspraak echter de enkele mogelijkheid dat de aanvrager op andere wijze, bijvoorbeeld door de bevoegdheden verbonden aan een hypotheekrecht uit te oefenen, tot zijn recht zou kunnen komen.[399]

De Belgische rechtspraak lijkt op dit punt minder terughoudend[400] en het Franse recht kent zelfs de regel, dat een faillissementsaanvraag op straffe van niet-ontvankelijkheid vergezeld moet gaan van een "(…) indication des procédures ou voies d'exécution éventuellement engagées pour le recouvrement de la créance."[401] In de lagere Franse rechtspraak wordt zelfs wel vereist dat de aanvrager van het faillissement bewijst dat hij daadwerkelijk individuele executoriale maatregelen heeft getroffen alvorens over te gaan tot een faillissementsaanvraag. Deze jurisprudentie staat echter mijn inziens op goede gronden ter discussie als strijdig met de tekst ("éventuellement") en strekking van zoëven geciteerde bepaling.[402] In het algemeen kan worden gesteld dat in het Belgische en Franse recht op dit punt de subsidiariteitsgedachte grotere invloed heeft dan in Nederland.

150. Ten derde vindt de bevoegdheid een faillissement aan te vragen haar grens waar de uitoefening kennelijk niet (voornamelijk) beoogt het eigenbelang van de verzoekende crediteur bij voldoening van zijn vordering te dienen, maar een ander, niet geoorloofd doel. Dit kan blijken uit de bijzondere omstandigheden van het geval. Zo heeft de feitenrechter wel vastgesteld dat een faillissementsaanvraag de strekking heeft het belang te dienen van een derdepandgever,[403] een firmant uit een firma te verwijderen,[404] de aanspraken van de schuldenaar op een ander te ondermijnen[405] of degene wiens faillissement wordt aangevraagd "(…) buiten spel te zetten in de tussen partijen aanhangige procedures."[406]

Hierboven stelde ik vast dat een faillissementsaanvraag naar Nederlands recht in beginsel als pressiemiddel mag worden gebruikt. Onder bijzondere omstandigheden kan pressie tot betaling van een schuld een ontoelaatbaar doel van een verzoek tot faillietverklaring vormen. Een voorbeeld hiervan

---

399 HR 28 oktober 1949 (*J.Z./Rotterdamse Hypotheekbank*), *NJ* 1949, 743; HR 29 november 1969 (*Versteeg/Van den Bergh*), *NJ* 1969, 260; HR 18 juni 1982 (*X./Nederlandse Middenstandsbank*), *NJ* 1983, 1 m.nt BW; HR 10 mei 1996 (*Travel Line c.s./CZAV*), *NJ* 1996, 524. Vgl. HR 25 september 1998 (*M./Ontvanger*), *NJ* 1998, 894.

400 Vgl. Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991, p. 460.

401 Art. 7 van Décr. 85-1388 van 27 december 1985, *D* 1986, p. 84.

402 Mestre 1985, nr. 30-32; Derrida, Godé & Sortais 1991, nr. 57, nt. 290 met nadere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

403 HR 4 september 1942 (*Twentsche Bank/Britsch Continentale Handel Maatschappij*), *NJ* 1942, 617.

404 Hof Amsterdam 21 maart 1956, *NJ* 1956, 481.

405 HR 31 augustus 1976 (*A.M.L./X.*), *NJ* 1977, 130.

406 Hof 's-Hertogenbosch 13 november 1996, *NJ* 1997, 445.

vormt het geval waarin de gezamenlijke crediteuren onderhandelen over een akkoord, en een van de crediteuren dit proces doorkruist door volledige voldoening van zijn vordering te eisen onder dreiging van het indienen van een faillissementsaanvraag.[407] De Franse Cour de cassation heeft geoordeeld, dat het ten tweede male aanvragen van een faillissement zonder voldoende pogingen tot overleg over de nakoming van een onder druk van een eerdere aanvraag bereikt akkoord, misbruik van bevoegdheid vormt.[408] Deze beslissing moet gezien worden in het licht van de in Frankrijk levende gedachte, dat een faillissementsaanvraag niet als individueel pressiemiddel mag dienen.[409]

Omstreden is of en in hoeverre het weigeren van een buitengerechtelijk akkoord grond kan zijn voor het afwijzen van een verzoek tot faillietverklaring wegens misbruik van bevoegdheid. In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam wordt geoordeeld dat verzoeker geen redelijk belang heeft bij het faillissement

> "(...) nu de belangen van alle crediteuren (...) door de getroffen regeling niet aantoonbaar minder veilig zijn gesteld dan in geval van een faillissement, zodat reeds om die reden het verzoek moet worden afgewezen (...)."[410]

Wachter vindt deze uitspraak kwestieus.[411] Niettemin wordt ook in de meer recente lagere rechtspraak aangenomen dat de bevoegdheid een buitengerechtelijk akkoord te weigeren niet onbeperkt is.[412]

151. In de literatuur bestaat onduidelijkheid over de grondslag van de verschillende beperkingen van de bevoegdheid een faillissement uit te lokken. Wachter meent dat het waarschijnlijk juister is, in de gevallen waarin een ander doel voorzit, "(…) niet zozeer het accent te leggen op het ontbreken van een redelijk belang, als wel op het rechtsmisbruik."[413] Van Zeben,[414] Heemskerk[415] en Wessels[416] plaatsen casus waarin de rechtspraak spreekt van het 'ontbreken van redelijk belang' in de sleutel van art. 3:303 BW. Wessels plaatst de

407 Rb. Assen 29 april 1958, *NJ* 1959, 631.
408 Com. 5 december 1989, *Bull.* IV, 305, *D* 1990, IR p. 8, waarover Mestre 1990, p. 479-480 en Cadiet 1992, nr. 107 met nadere verwijzingen.
409 Zie Derrida, Godé & Sortais 1991, nr. 57; Cadiet 1992, nr. 107.
410 Rb. Rotterdam 12 april 1967, *NJ* 1967, 427.
411 Wachter 1983, nr. 2.
412 Ktr. Zaandam 16 juni 1994, *NJ* 1995, 206; Hof Amsterdam 18 juli 1996, *NJ* 1998, 198; Hof Leeuwarden 10 september 1997, *NJ* 1998, 930; Hof 's-Gravenhage 21 januari 1999, *NJ* 2000, 76.
413 Wachter 1975, nr. 5.
414 Van Zeben 1971.
415 Heemskerk 1980a.
416 Polak/Wessels I 1999, nr. 1329.

beperking op grond van art. 3:13 BW hier uitdrukkelijk naast,[417] evenals Bakels.[418]

Dat ik mij met laatstgenoemde zienswijze niet kan verenigen, ligt na mijn betoog over de verhouding tussen de art. 3:13 en 3:303 BW (zie § 3.3.1.6) voor de hand. De regel van art. 3:303 BW vormt naar mijn mening een toepassing van het beginsel van art. 3:13 lid 1 BW. Geschiedt de toetsing vanuit het hypothetische geval dat het verzoek wordt toegewezen, dan is de bijzondere regel van art. 3:303 BW aan de orde. Preventieve toetsing op grond van art. 3:13 lid 2 BW levert hier dezelfde resultaten op. Wanneer aan één van de criteria is voldaan moet de aanvraag worden afgewezen. Hiervan moet worden onderscheiden de repressieve toetsing van de aanvraag aan art. 3:13 lid 2 BW. Leidt deze tot het oordeel dat de aanvraag misbruik van bevoegdheid vormt, dan staat hiermee vast dat de aanvrager onrechtmatig heeft gehandeld. Er kan sprake zijn van samenloop, bijvoorbeeld wanneer iemand ondanks de zekerheid dat er voor hem niets van het faillissement valt te verwachten (wat leidt tot afwijzing van een aanvraag na preventieve toetsing) toch een aanvraag doet met het doel de ander te schaden (hetgeen een onrechtmatige daad vormt).[419]

Tot slot van deze paragraaf noem ik nog enige andere casus over misbruik van bevoegdheid rond faillissement. Zo kan de bevoegdheid te weigeren met een faillissementsakkoord in te stemmen (vgl. art. 145 Fw) worden misbruikt,[420] evenals de bevoegdheid zich te verzetten tegen een uitdelingslijst (art. 184 Fw)[421] of de bevoegdheid zich te verzetten tegen de machtiging een onroerend goed uit de hand te verkopen.[422]

3.3.1.18 Andere gevallen

152. De Hoge Raad heeft met betrekking tot aan het instellen van een procedure voorafgaande eigenrichting beslist dat "(...) de enkele omstandigheid dat iemand eigenrichting heeft gepleegd (...)" er niet aan in de weg staat "(...) dat hij zich ter zake van het zelfde geschil tot de burgerlijke rechter wendt."[423]

Het instellen van een enquêteverzoek (art. 2:345 BW) met geen ander doel een procedure die belanghebbenden tegen verzoeker hebben lopen "van zich af te schudden" vormt misbruik van bevoegdheid.[424]

---

417 Polak/Wessels I 1999, nr. 1334.
418 A-G Bakels in zijn conslusie sub 2.3 bij HR 10 november 2000 (*Dantumadeel c.s./B. Beheer*), *NJ* 2001, 249 m.nt. PvS.
419 Vgl. Polak/Wessels I 1999, nr. 1339.
420 Hof Amsterdam 7 maart 1991, *NJ* 1992, 77.
421 HR 25 juni 1999 (*Credit Suisse c.s./Slijper c.s.*), *NJ* 1999, 667 m.nt. PvS.
422 Kh. Brugge 10 juni 1993, *RW* 1993-94, p. 1239.
423 HR 18 december 1992 (*De Moel/Scherpenzeel en Koning*), *NJ* 1993, 152.
424 Hof Amsterdam 10 december 1992, *NJ* 1993, 447.

3.3.1.19 Misbruik van het recht een vordering in te stellen: conclusie

153. Uitgangspunt is het recht van een ieder op toegang tot de burgerlijke rechter tot vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (vgl. art. 6 lid 1 EVRM). Dit recht kan meer specifiek worden gedefinieerd als het recht om over een pretentie van recht ten gronde te procederen (vgl. art. 30 NCPC). Door het instellen van een eis wordt op dit recht een beroep gedaan.

Het bestaan van het recht een vordering in te stellen is onafhankelijk van het bestaan van een door de eis gepretendeerd subjectief recht. Het recht een vordering in te stellen is echter niet onbegrensd. Waar de grenzen liggen die voortvloeien uit de misbruikfiguur, wordt in essentie bepaald door de omstandigheden van het geval. De misbruikcriteria leveren hulp bij het ordenen en wegen van die omstandigheden. Voor een helder beeld is het van belang groepen gevallen te onderscheiden. Essentieel is het echter het onderscheid in het oog te houden tussen twee verschillende mechanismen: preventieve en repressieve toetsing.

Wanneer in het kader van een preventieve toetsing tot misbruik wordt geconcludeerd, leidt dit ertoe dat onrecht wordt voorkomen. In het kader van het instellen van een vordering betekent dit, dat aan inhoudelijk procederen niet wordt toegekomen wegens, bijvoorbeeld, de onevenredigheid tussen de belangen die daarmee *zouden worden* gediend en die daarmee *zouden worden* geschaad. Art. 3:303 BW houdt een dergelijke preventieve toets in, maar ook de criteria van art. 3:13 lid 2 BW kunnen tot preventieve toetsing dienen. Art. 3:303 BW vormt een toepassing van de preventieve zijde van art. 3:13 BW.

Wanneer in het kader van een repressieve toetsing tot misbruik wordt geconcludeerd, houdt dit tevens de constatering in dat onrecht is geschied. In het kader van het instellen van een vordering betekent dit dat het instellen van de vordering een onrechtmatige daad vormt wegens, bijvoorbeeld, de afwezigheid van een rechtmatig belang dat ermee *is* gediend waartegenover de belangen van gedaagde staan die *zijn* geschaad. De criteria van art. 3:13 lid 2 BW kunnen tot repressieve toetsing dienen en vormen aldus speciales van "hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt" (art. 6:162 lid 2 BW).

154. Preventieve toetsing van ingestelde vorderingen geschiedt in Nederland regelmatig, met name in het kader van art. 3:303 BW. Repressieve toetsing lijkt daarentegen nauwelijks voor te komen.[425] Hiermee wijkt de Nederlandse praktijk sterk af van de Franse en Belgische. In Frankrijk en België wordt een wankele eis regelmatig beantwoordt met een reconventionele vordering tot schadevergoeding op grond van misbruik van de bevoegdheid een eis in te stellen. De hypothese dat in Nederland geen wegens misbruik van bevoegdheid

425 Hierop wijst ook Van Nispen 1978, nr. 160.

onrechtmatige vorderingen worden ingesteld lijkt mij een weinig plausibele verklaring van het geconstateerde verschil met de Franse en Belgische praktijk. Dit zou of betekenen dat Nederlandse advocaten beduidend voorzichtiger zijn dan hun Franse en Belgische confrères en collega's, of dat de normstelling in Nederland op dit punt sterk afwijkt. Beide lijken mij onwaarschijnlijk. Om mij tot de normstelling te beperken: aangezien rechtsvergelijkend onderzoek in het algemeen laat zien dat de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in Frankrijk, België en Nederland in belangrijke mate overeenkomt,[426] ligt het in de rede op dit terrein geen fundamentele verschillen aan te nemen. Nu het Nederlandse recht op dit punt nog praktisch onontgonnen is, ligt het voor de hand inspiratie en argumentatie te ontlenen aan de overvloedige Franse en Belgische jurisprudentie.[427] Dit is temeer gelegitimeerd nu deze jurisprudentie is ingebed in een wettelijk kader (het *faute*-begrip van art. 1382-1383 Cc en 1382-1383 B.W.) dat in belangrijke mate overeenkomt met het onze (strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt; art. 6:162 lid 2 BW). Dat deze inspiratie en argumentatie zal leiden tot vergelijkbare uitkomsten valt te verwachten, nu de Franse, Belgische en Nederlandse rechtvaardigheid niet ver uit elkaar zullen liggen. Lord Bingham zegt het nog voorzichtig: "In a shrinking world (…) there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome."[428] Helaas heeft de Hoge Raad recentelijk een kans op de rechtsontwikkeling in Nederland op dit punt vooruit te helpen laten liggen. Een cassatieberoep dat onrechtmatig ageren aan de orde stelde, is bij arrest van 28 juni 2002 met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen. Dat de klachten in dit geval niet noopten "(…) tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling (…)"[429] lijkt mij in het licht van het voorafgaande voor betwisting vatbaar.

3.3.2 Misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren

3.3.2.1 Uitgangspunten

155. Burgerlijke procedures hebben geschillen over burgerlijke rechten tot voorwerp. Een ingestelde eis en het daaraan ten grondslag liggende standpunt stuiten doorgaans op afwijkende standpunten van gedaagde: het verweer.

---

426 Vgl. bijv. Van Dam 1989; Van Dam 1995; Bar 1996; Zweigert & Kötz 1996, p. 625-632; Nieuwenhuis 1998; Van Dam 2000.

427 Vgl. Asser/Vranken 1995, nr. 214; Bar 1996, Rn. 403-405.

428 Lord Bingham in House of Lords 20 juni 2002, [2002] 3 *WLR* 89, p. 119.

429 HR 28 juni 2002, *JOL* 2002, 386. P-G Hartkamp geeft in zijn conclusie sub 1 wel aan dat een vordering ter zake van onrechtmatig ageren niet kansloos is.

De twee strijdige pretenties van recht van eiser en gedaagde staan in principe op voet van gelijkheid tegenover elkaar. Dit wordt helder tot uitdrukking gebracht in art. 30 NCPC:

> "L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celli-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention."

Ook het verweer kan worden aangemerkt als een rechtsvordering in de zin van een pretentie van recht.

Evenals het recht om een vordering in te stellen vormt het recht verweer te voeren een fundamenteel recht dat krachtens art. 6 lid 1 EVRM aan ieder rechtssubject toekomt. Degene die verweer voert tegen een vordering in rechte, handelt in beginsel bevoegd (vgl. § 3.3.1.3).

Een zekere begrenzing van het recht om verweer te voeren is niet strijdig met het EVRM, zolang deze begrenzing een legitiem doel dient en de bevoegdheid niet op – in verhouding tot dat doel – disproportionele wijze inperkt (zie § 3.3.1.2). Ook de bevoegdheid tot het voeren van verweer kan worden misbruikt. De grenzen die bepalen waar deze bevoegdheid ophoudt en het misbruik begint, zijn van gelijke aard als de grenzen die ik hierboven heb beschreven aangaande de bevoegdheid tot het instellen van een vordering.

156. Bij de bevoegdheid verweer te voeren gaat het om een pretentie die losstaat van de daadwerkelijke rechtspositie van verweerder. Dit vloeit logisch voort uit het doel van de contentieuze procedure, namelijk uitmaken of en in hoeverre de pretentie van eiser dan wel die van gedaagde moet worden gehonoreerd. Deze onafhankelijkheid van de pretentie die besloten ligt in het het verweer van gedaagde van zijn daadwerkelijke rechtspositie, betekent dat het toewijzen van de vordering van eiser met verwerping van het verweer van gedaagde niet eo ipso meebrengt dat gedaagde door het voeren van verweer misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Het voeren van verweer vormt in beginsel de uitoefening van een recht.[430] Dat eiser hiervan nadeel ondervindt, is op zich onvoldoende voor het oordeel dat gedaagde misbruik van dit recht heeft gemaakt.[431]

Wel is er samenhang tussen de uitkomst van de procedure en de pretentie van gedaagde in die zin, dat afwijzing van de vordering van eiser in principe betekent dat gedaagde geen misbruik van bevoegdheid kan hebben gemaakt,[432] zelfs als de vordering in hoger beroep anders wordt beoordeeld.[433]

---

430 Cadiet 1992, nr. 108; Courtieu 1997, nr. 17. Zie bijv. Civ. 25 januari 1938, *GP* 1938 I, p. 628; Civ. I 5 april 1954, *GP* 1954 I, p. 379; Civ. I 8 november 1976, *JCP* 1976 IV, 395.

431 Cadiet 1992, nr. 109; Civ. II 20 december 1973, *Bull.* II, 342.

432 Cadiet 1992, nr. 109; Courtieu 1997, nr. 17, beide met verwijzingen naar relevante rechtspraak. Zie voor uitzonderingen Fisselier 1979, nr. 443.

433 Cadiet 1992, nr. 109 met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

Omgekeerd is toewijzing van de vordering van eiser een noodzakelijke voorwaarde voor het oordeel dat gedaagde misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren heeft gemaakt.

Bij de beoordeling of er sprake is van misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren geldt wat betreft de te hanteren maatstaf hetzelfde als voor de bevoegdheid een vordering in te stellen. Het criterium kan worden gekozen op basis van doelmatigheidsoverwegingen. Ook is het mogelijk zonder tussenkomst van een criterium op basis van de omstandigheden van het geval te oordelen. Cruciaal is dat de rechter expliciet en voldoende uitgebreid ingaat op de feitelijke grondslag waarop hij zijn oordeel baseert. Omdat het hier gaat om beperking van een fundamenteel recht gelden er hoge motiveringseisen (vgl. § 3.3.1.5).[434]

Ook een verweer kan onvoldoende belang hebben in de zin van art. 3:303 BW. In dat geval zal op grond van de preventieve werking van het misbruikleerstuk aan het verweer voorbij kunnen worden gegaan zonder op de nadere merites ervan in te gaan. Het aanvoeren zelf van een dergelijk verweer kan misbruik van procesrecht vormen. Dat het voeren van een verweer misbruik vormt staat met het terugwijzen van het verweer op grond van art. 3:303 BW nog niet vast, omdat het bij de toetsing van het aanvoeren van het verweer om een andere toets, namelijk repressieve toetsing van gedrag gaat.

3.3.2.2 Misbruik van exceptieve verweermiddelen

157. Het Nederlandse burgerlijk procesrecht gaat uit van een onderscheid tussen principale en exceptieve verweren. Exceptief zijn de verweren waarvan de gegrondbevinding ertoe leidt dat niet aan behandeling van de zaak zelf wordt toegekomen. Te noemen valt een beroep op onbevoegdheid van de rechter of nietigheid van de dagvaarding. Deze verweren moeten tegelijkertijd bij conclusie van antwoord (dit geldt ondanks de tekst van art. 11 en 110 lid 1 Rv ook voor de exceptie van onbevoegdheid[435]) op straffe van verval van het recht zich op de excepties te beroepen (art. 128 lid 3 Rv) worden gevoerd. Principale verweren kunnen steeds worden gevoerd, tenzij bij conclusie van antwoord geen principaal verweer is gevoerd.[436]

Het Franse procesrecht kent ook principale (*défenses au fond*) en exceptieve verweren (*exceptions*) en gaat uit van soortgelijke regels met betrekking tot

---

434 Zie bijv. Civ. 30 juli 1930, *DH* 1930, 539; Civ. 22 mei 1935, *S* 1935 I, 383; Civ. 22 februari 1950, *S* 1950 I, 183; Civ. I augustus 1950, *S* 1950 I, 100; Civ. I 5 april 1954, *GP* 1954 I, p. 379; Cass. 29 november 1962, *Pas.* 1963 I, p. 406; *RW* 1962-63, k. 1529; Civ. I 2 juni 1970, *D* 1970, Som. p. 191; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140.

435 HR 29 april 1994 (*Edelsyndicaat/Van Hout*), *NJ* 1994, 488; *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 118-119 (MvT).

436 Zie voor dit alles Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 144; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 64 en 66.

het aanvoeren van *exceptions* (art. 74 NCPC) en het voeren van principaal verweer (art. 72 NCPC) als het Nederlandse recht.

Ook het Belgische procesrecht heeft als uitgangspunt dat verweren ten gronde in elke stand van het geding kunnen worden gevoerd.[437] De opschortende excepties moeten tegelijkertijd voor alle weren worden voorgedragen (art. 868 Ger.W.).

De temporele beperking van de mogelijkheid exceptieve verweren te voeren staat voor een belangrijk deel in de weg aan het misbruiken van deze bevoegdheid om het geding te vertragen.[438]

158. Het Belgische en Franse procesrecht wijken af van de Nederlandse indeling door het onderscheiden van een derde categorie verweren: *les fins de non-recevoir* oftewel middelen van ontoelaatbaarheid. Deze categorie laat zich situeren tussen de *défenses au fond* en de *exceptions*. Art. 122 NCPC noemt onder meer het ontbreken van belang, verjaring en gezag van gewijsde.[439] Deze verweren hebben gemeen dat hun gegrondheid reeds op basis van eisers stellingen kan worden beoordeeld (art. 122 NCPC: "(…) sans examen au fond (…)"). Gegrondbevinding betekent dat aan de vraag naar de juistheid van eisers stellingen niet hoeft te worden toegekomen. In het Nederlandse recht zijn de genoemde verweren principaal en leiden soms tot niet-ontvankelijkheid, soms tot ontzegging van de eis.[440] Zowel het Franse, het Belgische[441] als het Nederlandse recht laten toe de genoemde verweren in elke stand van de zaak te voeren. De Nouveau Code de Procédure Civile bepaalt hierbij echter expliciet, dat het onnodig laat voeren van een dergelijk verweer met de bedoeling het geding te vertragen grond kan geven tot een vordering tot schadevergoeding (art. 123 NCPC). Het gaat hier om een toepassing van het misbruikleerstuk.[442]

Zowel het Franse (art. 112-115 NCPC), Het Belgische (art. 860-867 Ger.W.) als het Nederlandse burgerlijk procesrecht (art. 65 en 120-122 Rv) beperken de mogelijkheden en gevolgen van nietigheid van proceshandelingen in sterke mate.[443] Dit voorkomt (zwaarwegende gevolgen van) misbruik goeddeels.

In het Franse procesrecht is een uitzondering toegelaten op de bovengenoemde temporele beperking voor het beroep op nietigheid op grond van, kort gezegd, het ontbreken van procesbevoegdheid (art. 117 en 118 NCPC). Bij deze uitzondering vermeldt de wet echter expliciet dat gebruik van deze

437 Maes 1996, p. 101.
438 Maar zie Woog 1972, nr. 6.
439 Zie overeenkomstig voor België Maes 1996, p. 101.
440 Hugenholtz/Heemkerk 2002, nr. 66 en 118.
441 Zie voor de 'exceptie' van gewijsde art. 27 Ger.W.
442 Desdevises 1979, p. 22. Anders Blary-Clément 1991.
443 Zie bijv. Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 61.

bevoegdheid met het doel het geding te vertragen grond kan geven voor een vordering tot schadevergoeding. Grondslag is ook hier de misbruikfiguur.[444]

Er is weinig rechtspraak over misbruik van exceptieve verweermiddelen op zichzelf. Dit hangt samen met de effectiviteit van de preventieve mechanismen die in het wettelijk systeem zijn ingebakken. Vaker zal het opwerpen van exceptieve verweren een van de factoren kunnen zijn die het oordeel rechtvaardigen dat gedaagde misbruik van zijn verdedigingsbevoegdheid maakt.

Een voorbeeld van misbruik van de bevoegdheid zich op rechterlijke onbevoegheid te beroepen biedt een uitspraak van de Hoge Raad uit 1994. In een eerdere zaak tussen partijen voor de pachtrechter deed gedaagde een geslaagd beroep op onbevoegdheid. Het oordeel van het Hof dat het onder deze omstandigheden vervolgens voor de gewone burgerlijke rechter voeren van een bevoegheidsverweer op de grond dat de pachtrechter bevoegd is, misbruik van bevoegdheid vormt, geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.[445] In casu ging het om preventieve toetsing. In het onderhavige geval had ook repressieve toetsing van de handeling waarbij een beroep op de onbevoegdheid werd gedaan naar mijn mening tot het oordeel geleid dat sprake is van misbruik van bevoegdheid en dus van een onrechtmatige daad.

3.3.2.3 Het kansloze principale verweer

159. Het onjuist zijn van een verweer maakt het voeren van dit verweer niet eo ipso onrechtmatig. Dit betekent echter niet dat gedaagde elk willekeurig verweer tegen een vordering mag voeren. Ergens ligt de grens tussen het zwakke, maar verdedigbare standpunt van een gedaagde en het verweer dat zodanig is dat gedaagde niet heeft kunnen en mogen denken dat het enige kans van slagen zou hebben.

Verweren met betrekking tot de betekenis van toepasselijke regels zijn, ook al onjuist, geoorloofd voorzover er redelijkerwijs discussie over de betekenis van de regel mogelijk is. Hoe scherper en duidelijker de regel, des te hoger de eisen die aan een verweer dat tegen deze regel ingaat, kunnen worden gesteld. Het ontbreken van een serieuze argumentatie wijst op misbruik.[446] Hier geldt hetzelfde als wat hierboven over de eis die strijdt met geldend recht is opgemerkt (zie § 3.3.1.8).[447]

Verweren met betrekking tot de feiten zijn, ook al onjuist bevonden, geoorloofd voorzover gedaagde te goeder trouw is met betrekking tot de inhoud

444 Desdevises 1979, p. 22. Anders Blary-Clément 1991.

445 HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), *NJ* 1996, 485 m.nt. WMK. Vgl. BGH 20 mei 1968, *JZ* 1968, p. 569, waarover kritisch Baumgärtel 1973, p. 362.

446 Zie bijv. Civ. III 15 april 1982, *JCP* 1982 IV, 220.

447 Zie nader Woog 1972, nr. 36-41. Vgl. Civ. III 25 juni 1969, *Bull.* III, 515; Cass. 30 januari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 458; Civ. II 28 maart 1973, *D* 1973, IR p. 117; Civ. II 16 juni 1993, *JCP* 1993 IV, 2118.

van zijn verweer. Een feitelijk verweer waarvan hij wist of moest weten dat dit strijdig is met de waarheid is niet geoorloofd (zie § 2.2.7.4).[448] Ook deze maatstaf komt overeen met wat mijns inziens moet gelden voor de feitelijke grondslag van een eis (zie § 3.3.1.9).

3.3.2.4 De laakbare (bij)bedoeling bij een principaal verweer

160. De belangrijkste laakbare (bij)bedoeling bij het voeren van verweer is ongetwijfeld het vertragen van het procesverloop. Een dergelijke (bij)bedoeling kan worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval (zie § 2.4.6) en leiden tot het oordeel dat sprake is van misbruik.[449] Het kansloos zijn van het gevoerde verweer oftewel de onbetwijfelbare gegrondheid van de vordering vormt hier een belangrijke factor.[450] Waar redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is over de gegrondheid van de vordering, dringt zich al snel het oordeel op dat het voeren van een verdediging gericht is op het uitstellen van de nakoming van verplichtingen.[451] Onvoldoende voor het oordeel dat sprake is van misbruik is echter het enkele feit dat een procedure zeer lang duurt.[452]

Voor het oordeel dat van een laakbare bedoeling en dus misbruik sprake is, acht de Franse cassatierechter overigens onvoldoende dat de gedaagde zich niet wenst uit te laten omtrent zijn motieven bij het voeren van verweer.[453]

In het op een laat moment inbrengen van verweer kan een vertragingsbedoeling gelegen zijn. Vast uitgangspunt is echter dat nieuwe principale verweren ('défenses au fond') steeds mogelijk zijn, ook al hadden ze wellicht eerder kunnen worden gevoerd.[454] Het Franse Cour de cassation heeft geoordeeld dat het enkele feit dat een verweer eerder had kunnen worden ingeroepen, niet het oordeel rechtvaardigt dat gedaagde misbruik van procesrecht heeft gemaakt.[455] Tegen late verweren past met name preventief optreden door het passeren ervan. Zie hierover nader § 4.4.4.2.

---

448 Zie Woog 1972, nr. 20-21. Vgl. Rb. Charleroi 14 juli 1949, *JT* 1950, p. 139; Kh. Gent 26 april 1954, *RW* 1954-55, k. 948; Com. 9 maart 1976, *Bull.* IV, 84; Com. 23 mei 1977, *Bull.* IV, 147.

449 Zie bijv. Civ. III 12 februari 1980, *JCP* 1980 IV, 168.

450 Zie Fisselier 1979, nr. 443. Voorbeelden uit de rechtspraak: Hof Luik 27 oktober 1947, *Pas.* 1947 II, p. 61; Hof Gent 28 juni 1954, *RW* 1954-55, k.851; Civ. I 1 december 1958, *Bull.* I, 529; Hof Brussel 20 oktober 1962, *Pas.* 1963 II, p. 123; Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1964 II, p. 86; Cass. 13 april 1967, *Pas.* 1967 I, p. 954; Civ. I, 21 juli 1969, *D* 1970, Som. p. 17; Cass. 30 januari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 458; Soc. 11 maart 1970, *D* 1970, p. 548; Civ. II 28 maart 1973, *D* 1973, IR p. 117; Rb. Brussel 24 februari 1976, *Pas.* 1976 III, p. 61; Com. 18 maart 1980, *Bull.* IV, 128, *D* 1980, IR p. 461 m.nt. Pierre Julien; Civ. I 13 december 1994, *D* 1995, p. 496; Rb. Antwerpen 7 mei 1997, *RW* 1998-99, p. 309; Kh. Brussel 7 juni 2001, *TBBR* 2001, p. 491.

451 Cadiet 1992, nr. 113.

452 Civ. III 18 februari 1998, *JCP* 1998 IV, 1809.

453 Civ. I 12 juni 1968, *JCP* 1969 II, 15584.

454 Zie art. 72 NCPC; art. 128 lid 3 Rv; Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 144.

455 Com. 15 november 1982, *GP* 1983, Pan. p. 97 m.nt. SG.

Een andere laakbare bijbedoeling is het doel eiser te bewegen tot het verrichten van rechtshandelingen, zoals met name het aangaan van een schikking. Vaak zal het veroorzaken van vertraging hierbij een belangrijk middel zijn.

3.3.3 Misbruik van andere processuele bevoegdheden

3.3.3.1 Misbruik bij voorlopige bewijslevering

161. Het Nederlandse burgerlijk procesrecht biedt de mogelijkheid van voorlopige bewijslevering (art. 186-193 en 202-207 Rv). Dit maakt het bijvoorbeeld mogelijk alvorens te besluiten om een procedure te beginnen informatie te vergaren teneinde de proceskansen in te kunnen schatten. Voorlopige bewijslevering kan tevens voorkomen dat bewijs verloren gaat. Ook kan voorlopige bewijslevering de kansen op een schikking vergroten, doordat de wederzijdse posities duidelijker worden.[456] Voorlopige bewijslevering kan parallel aan een lopende procedure geschieden (art. 186 lid 2 en 202 lid 2 Rv).

Om tot voorlopige bewijslevering over te kunnen gaan is rechterlijk verlof nodig. De belangrijkste afwijzingsgrond is misbruik van bevoegdheid. De figuur heeft hier preventieve werking: wanneer de rechter tot misbruik concludeert, wordt aan de uitoefening van de bevoegdheid tot voorlopige bewijslevering niet toegekomen. In de rechtspraak over misbruik van de bevoegdheid tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor stelt de Hoge Raad het onevenredigheidscriterium voorop:

> "Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor kan niet worden afgewezen op de enkele grond dat het belang van de verzoeker minder zwaar weegt dan het belang van de wederpartij. Wel kan (…) afwijzing hierop worden gegrond dat wegens de onevenredigheid van de daarbij betrokken belangen de verzoeker in redelijkheid niet tot het uitoefenen van deze bevoegdheid kan worden toegelaten of deze anderszins misbruik van zijn bevoegdheid maakt (...)."[457]

Onder het Nederlandse bewijsrecht van voor 1988 poogde men het middel van voorlopig getuigenverhoor wel te misbruiken om informatie aan een aspirant-wederpartij in een burgerlijk geding te ontlokken. Nu het nieuwe bewijsrecht de partij-getuige zonder meer toelaat (art. 164 lid 1 Rv) is de oude rechtspraak hierover[458] niet meer direct relevant.

---

456 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 90; Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 232.

457 HR 19 februari 1993 (*Automobielbedrijf/Pierik*), *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS. Zie in overeenkomstige zin reeds HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), *NJ* 1988, 1 m.nt. WHH en HR 11 maart 1988 (*Sobi en Lakeman/Hollandia-Kloos en Lubbers*), *NJ* 1988, 747 m.nt. WHH.

458 Zie bijv. HR 1 februari 1963 (*De Roos/Escomptobank*), *NJ* 1964, 157 m.nt. JHB, gevolgd door Hof 's-Gravenhage 13 november 1963, *NJ* 1965, 249; Rb. Amsterdam 16 mei 1969, *NJ* 1969,

Een voorlopig getuigenverhoor mag maar mijn mening niet dienen tot het enkele inwinnen van vertrouwelijke informatie, zonder dat het de bedoeling is deze informatie eventueel als basis voor een procedure te gebruiken. Wanneer verzoeker wel een procedure overweegt, gaat het om de toetsing van eventuele onevenredigheid van de belangen bij het geheim blijven van de informatie en het gebruik daarvan in het procedure.[459]

In beginsel mag het voorlopig getuigenverhoor worden gebruikt om achter de identiteit van een mogelijke wederpartij te komen.[460] Onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.[461]

Het feit dat nog niet gepoogd is via andere bronnen relevante informatie te vergaren betekent op zichzelf niet steeds dat een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor wegens misbruik van bevoegdheid moet worden afgewezen.[462] Zo kan soms van te voren duidelijk zijn dat het bewandelen van andere wegen zinloos is.

Wanneer het verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor "(…) niet betrekking heeft op het bewijs van de kern van de feiten die als grondslag in aanmerking komen voor een vordering (…) als verzoekster stelt voornemens te zijn in te stellen (…)" is dit een belangrijke factor voor de beantwoording van de vraag of verzoeker niet tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor kan worden toegelaten.[463]

In de rechtspraak wordt de misbruikfiguur preventief toegepast bij de beoordeling van een verzoek om het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor. Denkbaar is echter dat misbruik pas blijkt bij de uitoefening van de bevoegdheid zelf. Mijns inziens staat toewijzing van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor niet in de weg aan het oordeel achteraf dat het uitoefenen van de bevoegdheid tot het houden van het verhoor op de wijze zoals dat is geschiedt, misbruik van bevoegdheid vormt en dus onrechtmatig is.

3.3.3.2 Misbruik van bevoegdheid bij bewijslevering

162. "Het leveren van bewijs geschiedt", aldus Heemskerk, "in veel gevallen in een bewijsincident, een verwikkeling in de procedure, waardoor de gewone behandeling van de hoofdzaak (...) wordt onderbroken en vertraagd."[464] Deze stelling geldt in haar algemeenheid ook voor het Franse en Belgische bewijs-

---

373; HR 30 september 1983 (*Kuiper en Thunissen/Douma en Van den Berg*), *NJ* 1984, 183 m.nt. G; HR 4 oktober 1985 (*Withaar/Euroboek*) *NJ* 1986, 52.

459 Vgl. Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 1998, 750.

460 Hof Amsterdam 5 juli 1984, *NJ* 1985, 432.

461 Zie bijv. HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), *NJ* 1988, 1 m.nt. WHH en HR 3 februari 1989 (*Wouters/Amsterdam*), *NJ* 1989, 376.

462 Hof 's-Gravenhage 12 september 1986, *NJ* 1988, 30.

463 HR 24 juni 1988 (*Van Ewijk/Staat*), *NJ* 1989, 121 m.nt. JBMV.

464 Hugenholtz/Heemkerk 2002, nr. 81.

recht.[465] Een belangrijke vorm van misbruik van bevoegdheid bij bewijslevering bestaat dan ook uit handelen met de bedoeling het proces te vertragen. Woog stelt over de bewijsinstructie: "C'est là un domaine favori pour la manoeuvre dilatoire."[466]

Op vertragingsgedrag in het algemeen ben ik al ingegaan in § 2.4. De daar genoemde factoren, zoals het zetten van zinloze of een onnodig aantal stappen, zijn ook hier relevant.

Een voorbeeld van dit type vertragingsgedrag biedt een uitspraak van de Franse Cour de cassation waarin deze heeft geoordeeld dat de feitenrechter op grond van het verzoek van een gedaagde om een derde deskundigenbericht zonder daarvoor enige redelijke grond aan te voeren, gedaagde heeft kunnen veroordelen tot schadevergoeding wegens misbruik van bevoegdheid.[467]

Maar bewijsbevoegdheden kunnen ook buiten de vertragingsbedoeling misbruikt worden. De feitenrechter die vaststelt dat een eiser "(…) n'a pas craint, à l'appui de sa demande de se servir de documents qu'il sait ne pas correspondre à la vérité et comme tels dénués de toute valeur (…)" kan op basis daarvan in combinatie met de vaststelling dat de kwade trouw van eiser uit alles blijkt, tot het oordeel komen dat laatstgenoemde misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt en hem tot schadevergoeding veroordelen.[468]

Vermelding verdient nog dat de Hoge Raad van oordeel is dat de mogelijkheid een beroep te doen op het verwanten-verschoningsrecht van art. 165 lid 2 sub a Rv naar haar aard niet kan worden misbruikt.[469] Dit verschoningsrecht komt echter niet toe aan procespartijen zelf.[470] De Hoge Raad is van oordeel dat het functionele verschoningsrecht van art. 165 lid 2 sub b Rv wel aan procespartijen toekomt.[471] Uit het arrest *Curatoren Ogem/Mr. Maas*[472] laat zich afleiden dat ook voor een partij de mogelijkheden zich op het functionele verschoningsrecht te beroepen niet onbegrensd zijn.[473] De grenzen vloeien ook hier voort uit het misbruikleerstuk. Met name het belang van de waarheidsvinding kan bij de misbruiktoets in dit soort gevallen gewicht in de schaal leggen.

---

465 Zie respectievelijk art. 143-322 NCPC en art. 883-1016bis Ger.W.

466 Woog 1972, nr. 7.

467 Soc. 11 juni 1953, *Bull*. IV, 436. Vgl. Hof Arnhem 10 februari 1987, *NJ* 1988, 762 waarbij in een soortgelijk geval gekozen wordt voor sanctionering via aanpassing van de proceskostenveroordeling.

468 Civ. I 13 mei 1958, *Bull*. I, 239.

469 HR 8 mei 1998 (*B./P.C. en E.C.C.*), *NJ* 1998, 606.

470 HR 19 februari 1993 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1994, 344 m.nt. HJS.

471 HR 9 augustus 2002 (*Herengracht 179-197/Mr. S.*), *RvdW* 2002, 129.

472 HR 1 maart 1985 (*Curatoren Ogem/Mr. Maas*), *NJ* 1986, 173 m.nt. WLH onder 176.

473 Vranken 2002, p. 777.

3.3.3.3 Misbruik bij andere incidenten

163. Met betrekking tot incidenten stelt Woog: "(…) le défendeur puise d'excellents moyens dilatoires dans différents incidents."[474] Ook Heemskerk maakt gewag van het vertragend karakter van incidenten.[475]

"Vrijwaring compliceert en vertraagt een procedure (...) aanzienlijk."[476] Een ideaal middel dus voor de gedaagde die zand in de processuele machine wil strooien. Maar ook uitoefening van andere incidentele vorderingsmogelijkheden, zoals een wrakingsverzoek,[477] kan neerkomen op misbruik van bevoegdheid. Wanneer dit zo is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Van die omstandigheden noem ik hier (zie ook § 2.4) de kans op toewijzing, de kansen in de hoofdzaak en de eventuele serie-schakeling met andere (kansloze) incidenten. Juist de houding en wijze van procederen als geheel beschouwd kan het oordeel rechtvaardigen dat misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt.[478]

Na verloop van een jaar zonder dat de partij die aan zet is een proceshandeling verricht, kan de wederpartij verval van instantie vragen (art. 251 lid 1 Rv). In de Nederlandse rechtspraak wordt er vanuit gegaan dat van deze bevoegdheid misbruik kan worden gemaakt, maar gelet op de aard van de bevoegdheid zal niet snel worden geoordeeld dat van misbruik sprake is.[479]

3.3.3.4 Andere gevallen van misbruik van processuele bevoegdheid

164. Asser[480] wijst op de interessante mogelijkheid dat misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid een beroep te doen op het gezag van gewijsde. Hij ziet hierin een nuttig correctief op het gezag van gewijsde van evident onjuiste of onbillijke uitspraken. Ik deel deze visie.

De bevoegdheid tot het instellen van een vordering in reconventie kan worden misbruikt,[481] met name om het geding te vertragen. Via reconventie kan de mogelijkheid van hoger beroep worden geschapen (zie art. 332 lid 3 Rv), waarmee weer extra vertraging kan worden veroorzaakt.

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch wordt misbruik van het recht op pleidooi (art. 134 lid 1 Rv) mogelijk geacht.[482]

---

474 Woog 1972, nr. 9.
475 Heemskerk 1998, nr. 94.
476 Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 181.
477 Zie art. 39 lid 4 Rv.
478 Zie bijv. Req. 10 januari 1910, *DP* 1911 I, 370; Soc. 17 maart 1977, *Bull.* V, 207.
479 zie bijv. HR 20 april 1990 (*Paktank/Parisbas*), *NJ* 1991, 37; Hof Arnhem 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 297.
480 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 67, aant. 13.
481 Zie Woog 1972, nr. 8.
482 Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1992, *NJ* 1992, 595. Vgl. HR 15 maart 1996 (*Boumans/'t Plenske II*), *NJ* 1997, 341 m.nt. HJS.

3.3.4 Misbruik van rechtsmiddelen

3.3.4.1 Misbruik van hoger beroep

165. "Het hoger beroep strekt niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in de eerste aanleg gegeven beslissing, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak."[483] Uit deze door de Hoge Raad gegeven omschrijving van de strekking van de bevoegdheid om in hoger beroep te gaan kan worden afgeleid dat deze bevoegdheid de rechtzoekenden met name is gegeven om twee doelen te dienen. Ten eerste ter controle van de juistheid van de beslissingen en waarderingen van de rechter in eerste aanleg. Ten tweede om "(…) de appellerende partij de gelegenheid te bieden tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij zelf in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten."[484]

De appelbevoegdheid is dus doelgebonden, maar, zoals uit het bovenstaande blijkt, de betrokken doelen worden ruim opgevat. Misbruik van het recht op appel wordt in Nederland niet snel aangenomen.[485]

Bekend is een reeks gevallen uit de jaren '50 van de 20ste eeuw, waarin het erom ging of iemand die op het laatste moment in hoger beroep gaat tegen een vonnis in conventie, waardoor hoger beroep van de wederpartij tegen een vonnis in reconventie wordt verijdeld, misbruik van procesrecht maakt, in aanmerking genomen dat de wederpartij hierdoor het in eerste aanleg toegekende recht op alimentatie verliest. Het Hof 's-Gravenhage heeft in een dergelijk geval vastgesteld dat

> "(…) deze instelling van hoger beroep ten dage en ter ure waarop die is geschiedt niet strekte ter uitvoering van een voornemen de beslissing van het Hof op door appellant in te brengen grieven te verkrijgen (…)."

De Hoge Raad oordeelt vervolgens

> "(...) dat dit gebruik van het rechtsmiddel van hoger beroep, dat opzettelijk eerst in de laatste ogenblikken van den beroepstermijn is ingesteld met geen ander doel dan om zonder enig in redelijkheid te respecteren belang van een man die niet-ontvankelijkheid van de vrouw in haar eis in conventie te bewerken, terecht door het hof als een ongeoorloofde wijze van procederen is gewraakt (...)."[486]

---

483 HR 23 februari 1996 (*Meijburg/Hazewinkel c.s.*), *NJ* 1996, 395, r.o. 3.5. Zie voor Frankrijk Cadiet 1992, nr. 129; Cadiet 1998, nr. 1562 en voor België Broeckx 1995, nr. 780 met nadere verwijzigen.

484 HR 22 januari 1999 (*F./S.*), *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS, r.o. 3.3.

485 Snijders & Wendels 2003, nr. 4.

486 HR 26 juni 1959 (*X/IJ*), *NJ* 1961, 553 m.nt. DJV. Zie eerder reeds Hof Amsterdam 19 maart 1947, *NJ* 1947, 286; anders Hof Amsterdam 1 april 1953, *NJ* 1953, 670.

Deze beslissing past binnen het hierboven geschetste kader van de doelen van het recht op hoger beroep, daar in dit geval het hoger beroep noch met het doel de juistheid van de beoordeling in eerste aanleg te toetsen noch om eigen fouten te herstellen was ingesteld. Annotator Veegens is van mening dat met deze beslissing "(…) [d]e eisen van behoorlijk procederen (...) aldus te hoog [zijn] opgevoerd (...)." Met dit oordeel, dat blijkt geeft van het hechten van een te groot belang aan de vormen van het procesrecht, kan ik mij niet verenigen.

De Hoge Raad heeft met betrekking tot een verzoek tot echtscheiding meermalen geoordeeld

> "(…) dat het rechtsmiddel van hoger beroep niet is gegeven om aan een partij wier vordering (...) door de eerste rechter is toegewezen en die ook overigens niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij door de bestreden beslissing is bezwaard, gelegenheid te geven dit vonnis ongedaan te maken omdat zij bij nader inzien de voorkeur er aan geeft van de vordering af te zien (...)."[487]

Naar mijn mening geldt dit ook voor andere vorderingen en verzoeken dan echtscheiding.[488]

Het rechtsmiddel van hoger beroep mag volgens de Nederlandse rechter ook worden gebruikt om te bewerkstelligen dat tegelijkertijd wordt beslist op samenhangende vorderingen.[489]

Het instellen van hoger beroep tegen een ontruimingsvonnis, waaraan men wel wenst te voldoen maar op een later tijdstip dan in dat vonnis bepaald, om aldus het vonnis later onherroepelijk te laten worden, heeft de Rechtbank 's-Gravenhage als misbruik van bevoegdheid beoordeeld.[490]

166. In de Nederlandse rechtspraak zijn er, naast de hierboven besproken uitspraken, geen belangrijke gevallen waarin het instellen van hoger beroep als misbruik van bevoegdheid is beoordeeld. In Frankrijk en België is er op dit terrein een uitgebreide rechtspraak, waarin tal van invalshoeken aan de orde komen die in Nederland op dit punt ongebruikelijk zijn. Hierbij worden soortgelijke regels en uitgangspunten gehanteerd als met betrekking tot misbruik van procesrecht in eerste aanleg.

Uitgangspunt is dat degene die hoger beroep instelt, bevoegd handelt.[491] Wil de rechter op grond van misbruik van bevoegdheid een uitzondering op

---

487 HR 12 juni 1936 (*A.W./C.P.B.*), *NJ* 1936, 962; HR 29 oktober 1971 (*X/Y*), *NJ* 1972, 24; HR 4 juni 1999 (*S./H.*), *NJ* 1999, 535.

488 Zie bijv. Hof Amsterdam 19 oktober 1995, *NJ* 1997, 488.

489 HR 26 februari 1993 (*M./V.*), *NJ* 1993, 365 m.nt. HER; HR 15 maart 1996 (*N./B.*), *NJ* 1996, 408.

490 Rb. 's-Gravenhage 17 juli 1980, *NJ* 1981, 96.

491 Civ. 6 november 1946, *D* 1947, p. 49.

dit uitgangspunt aannemen, dan zal hij dit moeten motiveren door voldoende expliciet op de beslissende omstandigheden van het geval in te gaan.[492]

Als vuistregel geldt dat degene die in hoger beroep succes heeft, geen misbruik van bevoegdheid kan hebben gemaakt door het instellen ervan.[493] Omgekeerd geldt dat het enkele verliezen van het geding in hoger beroep door appellant op zichzelf onvoldoende grond is voor het oordeel dat laatstgenoemde misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, zelfs niet indien precies hetzelfde betoog wordt gevoerd dat ook al in eerste aanleg is afgewezen.[494] Hij die in eerste aanleg verliest en in hoger beroep niets nieuws brengt, stelt zich echter wel bloot aan de verdenking misbruik van bevoegdheid te maken. Er is dan weinig extra meer nodig om tot het oordeel te komen dat het appel misbruik van bevoegdheid vormt. Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Rechtbank te Gent. Hier wordt het 'extra' gevormd door de combinatie van de wijze waarop in eerste aanleg is verloren en hoe eiser daar als appellant mee omgaat. Eiser die

> "(…) reeds door de eerste rechter uitdrukkelijk erop werd gewezen dat hij tekort schoot aan een afdoende bewijslevering (…), levert thans in hoger beroep geen enkel nieuw bewijselement of gegeven. Hij brengt geen enkel nieuw element aan, en vordert evenmin enige nadere onderzoeksmaatregel of bewijsmogelijkheid. Zijn grieven houden enkel en zonder meer het louter nogmaals overdoen van hetzelfde onderzoek in. Het is aannemelijk dat dit door de appellant uitputten van rechtsmiddelen (…) nodeloos bijkomende lasten en kosten berokkende aan de geïntimeerde. De appellant dient derhalve de geïntimeerde op passende wijze daarvoor te vergoeden."[495]

Ontegenzeggelijk misbruik van appelbevoegdheid maakt hij die zich als eiser in eerste aanleg heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechter, stukken noch conclusie heeft heeft overlegd en is veroordeeld wegens misbruik, om vervolgens in hoger beroep te gaan en daar dezelfde gedragslijn te volgen.[496]

"La faible importance de l'intérêt d'un litige (…)" kan niet op zichzelf voldoende grond vormen voor het oordeel dat het instellen van hoger beroep misbruik van bevoegdheid heeft gevormd.[497]

Een belangrijk casustype is het misbruiken van de bevoegdheid hoger beroep in te stellen met het doel het intreden van de nadelige gevolgen van

---

492 Zie Cadiet 1992, nr. 139-140; Courtieu 1997, nr. 31, beide met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

493 Cadiet 1992, nr. 130; Courtieu 1997, nr. 29. Zie bijv. Civ. II 7 maart 1984, *Bull*. II, 46; Cass. 23 februari 1978, *Pas.* 1978 I, p. 729, waarover nuancerend Broeckx 1995, nr. 795.

494 Cadiet 1992, nr. 131; Broeckx 1995, nr. 795; Courtieu 1997, nr. 28, alle met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

495 Rb. Gent 19 mei 1995, *P&B* 1997, p. 165.

496 Rb. Brussel 24 september 1999, *P&B* 2001, p. 17.

497 Civ. I 30 januari 1980, *D* 1980, IR p. 461 m.nt. Pierre Julien.

de uitspraak in eerste aanleg uit te stellen.[498] Onder de omstandigheden die tot het oordeel dat hiervan sprake is kunnen leiden, is met name de kansloosheid van het beroep een belangrijke aanwijzing.[499]

Het instellen van hoger beroep tegen een niet-appellabele uitspraak vormt volgens de Franse en Belgische[500] jurisprudentie misbruik van bevoegdheid. Voor het Nederlandse recht zou ik hetzelfde willen aannemen, behoudens het geval dat expliciet op basis van niet bij voorbaat kansloze argumenten wordt bepleit dat het appelverbod dient te worden doorbroken. Het instellen van een niet-ontvankelijk hoger beroep zal spoedig als misbruik van bevoegdheid kunnen worden beoordeeld.[501]

De bevoegdheid tot het instellen van hoger beroep mag niet worden gebruikt als pressiemiddel, bijvoorbeeld tot het aangaan van een schikking.[502] Omdat hiernaast vaak het legitieme doel van het daadwerkelijk voorleggen van het geschil aan de rechter aanwezig moet worden geacht, zal hier van misbruik niet vaak kunnen worden gesproken.

Ook voor de bevoegdheid hoger beroep in te stellen geldt de regel van art. 3:303 BW.[503] Onvoldoende belang bij het winnen van het hoger beroep leidt ertoe dat aan inhoudelijk procederen niet wordt toegekomen. Het gaat hierbij om preventieve toetsing. Aan repressieve toetsing op grond van art. 3:13 lid 1 kan pas worden toegekomen tijdens het voeren van een inhoudelijk debat, omdat eerst dan de merites van de grieven kunnen worden beoordeeld.[504]

3.3.4.2 Misbruik van cassatie

167. Net als de bevoegdheid hoger beroep in te stellen leent de bevoegdheid cassatieberoep in te stellen zich voor misbruik. Het specifieke karakter van de cassatieprocedure – er kan alleen met succes geklaagd worden over schending van het recht waaronder verzuim van vormen (art. 604 NCPC, 608 Ger.W.,79 lid 1 Wet RO) – maakt dat er in vergelijking met hoger beroep veel minder ruimte is kansrijke bezwaren tegen de uitspraak a quo aan te voeren. Hieruit valt af te leiden dat er in vergelijking met hoger beroep meer ruimte is voor het oordeel dat sprake is van misbruik. Het benutten van deze ruimte

498 Zie bijv. Req. 27 januari 1931, *DP* 1931 I, 165; Soc. 29 maart 1955, *JCP* 1955 II, 8743; Civ. II 13 maart 1968, *Bull.* II, 78; Civ. III 12 februari 1980, *JCP* 1980 IV, 168; Hof Antwerpen 1 december 1980, *RW* 1980-81, k. 1836; Hof Luik 27 juni 1995, *JLMB* 1996, p. 298.

499 Zie bijv. Rb. Brussel 30 juni 1960, *JT* 1961, p. 45; Rb. Brussel 30 november 1963, *JT* 1964, p. 128; Rb. Brussel 25 juni 1974, *JT* 1974, p. 609; Com. 29 februari 1984, *Bull.* IV, 82. Voor verdere voorbeelden uit de rechtspraak zie Cadiet 1992, nr. 138 en Broeckx 1995, nr. 794.

500 Broeckx 1995, nr. 794 met verwijzingen naar rechtspraak.

501 Zie bijv. Hof Brussel 15 december 1969, *RW* 1969-70, k. 1055.

502 Req. 23 juni 1943, *GP* 1943 II, p. 109.

503 Zie nader Snijders & Wendels 2003, nr. 79-81.

504 Hof 's-Hertogenbosch 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67.

is voor de cassatierechter mede een kwestie van bescherming van zichzelf en daarmee van de rechtspleging als geheel. De Franse Cour de cassation lijkt nut en noodzaak hiervan te beseffen. Courtieu waardeert de rechtspraak op dit punt aldus:

> "Il semble que la Cour de cassation montre quelque sévérité à l'égard des pourvois qui vont à l'encontre d'une jurisprudence constante, fortement établie pour laquelle il est vain d'espérer un revirement, ou qui ignorent une règle d'interprétation proclamée par un ârret de principe (…)."[505]

In Frankrijk is er een speciale wettelijke regeling met betrekking tot de sancties op misbruik van cassatie. Deze regeling, neergelegd in art. 628 NCPC, derogeert aan het uitgangspunt van volledige schadevergoeding bij onrechtmatig gedrag. De maximale schadevergoeding is, evenals de maximale aan de staat te verbeuren boete, € 3 000.[506]

De Belgische cassatierechter heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het instellen van een door termijnoverschrijding niet-ontvankelijk cassatieberoep misbruik van bevoegdheid vormt.[507]

Nederlandse rechtspraak over misbruik van cassatie is er niet veel. De President van de Amsterdamse Rechtbank heeft het in een interessante beslissing mogelijk geacht de gevolgen van de schorsende werking van een cassatieberoep op te heffen, nu het cassatieberoep in kwestie evident kansloos was en het instellen ervan dus misbruik van procesrecht vormde.[508]

Ook met betrekking tot beroep in cassatie geldt de regel van art. 3:303 BW.[509] Onvoldoende belang bij cassatie leidt ertoe dat aan inhoudelijk procederen niet wordt toegekomen.

3.3.4.3 Misbruik van bevoegdheid bij andere rechtsmiddelen

168. Misbruik van het rechtsmiddel van verzet laat zich met name denken om het geding te vertragen.[510] Voorstelbaar is dat gedaagde eerst te kwader trouw verstek laat gaan, om vervolgens verzet in te stellen. Misbruik moet bij verzet overigens niet te snel worden aangenomen vanwege het belang van het beginsel van hoor en wederhoor dat dit rechtsmiddel beoogt te dienen.[511]

---

505 Courtieu 1997, nr. 38 met verwijzingen naar rechtspraak.

506 Zie hierover Cadiet 1992, nr. 146; Courtieu 1997, nr. 37 beide met nadere verwijzingen. Zie voor een toepassing Com. 6 februari 2001, *JCP* 2001 II, 10587 m.nt. André Perdiau.

507 Cass. 15 maart 1982, *RW* 1983-84, k. 1399; Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991 I, p. 457; Cass. 20 oktober 1995, *P&B* 1995, p. 149.

508 Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 1995, *KG* 1995, 244.

509 Zie nader Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 50.

510 Woog 1972, nr. 13.

511 Cadiet 1992, nr. 144; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 249. Voorbeelden uit de rechtspraak: Req. 10 mei 1937, *DP* 1937 I, 82; Kh. Brussel 21 januari 1957, *JT* 1957, p. 172.

In de Franse jurisprudentie is meermalen aanvaard dat het instellen van *tierce-opposition* (derdenverzet) misbruik van bevoegdheid kan vormen.[512] De mogelijkheid van schadevergoeding is expliciet neergelegd in art. 581 NCPC.

3.3.5 Gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden: conclusie

169. Het recht een vordering in rechte in te stellen is niet onbeperkt en kan worden misbruikt. Het antwoord op de vraag of sprake is van misbruik, is principieel onafhankelijk van de uitkomst van het geding. Wel is er een sterke correlatie: de winnaar kan in principe geen misbruik verweten worden. Bij het oordeel of van misbruik sprake is, worden verschillende criteria gebruikt. Uiteindelijk gaat het vooral om beoordeling van de omstandigheden van het geval, waarbij een gedegen motivering nodig is (§ 3.3.1.1-5).

Art. 3:303 BW, een specialis van art. 3:13 BW, houdt de last in dat een eis gepaard moet gaan met een voldoende belang. Wordt deze last veronachtzaamd, dan wordt aan een inhoudelijk oordeel niet toegekomen (§ 3.3.1.6).Het instellen van een vordering waarvan eiser wist of behoorde te weten dat deze kansloos is, vormt misbruik van bevoegdheid en daarmee een onrechtmatige daad (§ 3.3.1.7-10). Ook op andere gronden dan kansloosheid kan misbruik worden aangenomen (§ 3.3.1.11-18). Bij de invulling van de misbruikfiguur op dit terrein kan steun worden ontleend aan de Franse en Belgische rechtspraak (§ 3.3.1.19). Dit alles geldt ook voor de bevoegdheid verweer te voeren (§ 3.3.2), andere processuele bevoegdheden (§ 3.3.3) en voor rechtmiddelen (§ 3.3.4).

3.4 MISBRUIK VAN PROCESSUELE BEVOEGDHEDEN: CONCLUSIE

170. Uit het leerstuk van misbruik van bevoegdheid kunnen tal van normen worden afgeleid die de processuele bevoegdheden van partijen beperken. Deze normen houden deels lasten (preventieve functie van misbruik van bevoegdheid), deels rechtsplichten (repressieve functie van misbruik van bevoegdheid) in (§ 3.1).

In de onderzochte stelsels worden verschillende criteria gebruikt bij de beantwoording van de vraag of van misbruik sprake is. De uit de criteria voortvloeiende grenzen verschillen onderling niet wezenlijk. De wijze waarop met behulp van de misbruikfiguur grenzen aan bijzondere bevoegdheden worden gesteld komt overeen met de wijze waarop de in het kader van de onrechtmatige daad ontwikkelde normen grenzen stellen aan de vrijheid van het individu in het algemeen. Zowel bij de misbruiks- als de onrechtmatigheidsvraag gaat het dikwijls om een beoordeling van de omstandigheden van

512 Zie Cadiet 1992, nr. 145 met verwijzingen naar rechtspraak.

het geval in het kader van een min of meer open norm. Deze norm biedt steun bij het ordenen en wegen van de verschillende omstandigheden. De soepelheid van dit systeem vereist controle door het stellen van hoge motiveringseisen (§ 3.2).

Het recht een vordering in rechte in te stellen is niet onbegrensd. Uit de misbruikfiguur vloeien diverse grenzen voort. Zo houdt art. 3:303 BW, een specialis van art. 3:13 BW, de last in dat een eis gepaard moet gaan met een voldoende belang. Voorts vormt het instellen van een vordering waarvan eiser wist of behoorde te weten dat deze kansloos is, misbruik van bevoegdheid en daarmee een onrechtmatige daad. Op soortgelijke wijze kan misbruik worden gemaakt van de bevoegdheid verweer te voeren, een rechtsmiddel in te stellen of bewijs te leveren. Bij de invulling van de uit de misbruikfiguur voortvloeiende beperkingen van processuele bevoegdheden kan steun worden ontleend aan de Franse en Belgische rechtspraak (§ 3.3).

4 Processuele lasten

4.1 ALGEMEEN

4.1.1 Inleiding

171. Partijen procederen door het over en weer uitoefenen van als wilsrechten te kwalificeren bevoegdheden. Deze bevoegdheden zijn niet onbegrensd. In § 2.1.2 heb ik onderscheid gemaakt tussen rechtsplichten en lasten als rechtsfiguren die vrijheden en bevoegdheden beperken. Handelen in strijd met een rechtsplicht is verboden en vormt een onrechtmatige daad. Handelen in strijd met een last is rechtens toegestaan maar heeft negatieve rechtsgevolgen voor de handelende. In dit hoofdstuk draait het om de last.

Door uitoefening van een wilsrecht wordt eenzijdig een rechtsgevolg binnen een rechtsverhouding bewerkstelligd. Het instellen van een eis, het betwisten van feiten, het inbrengen van bewijsmateriaal: al deze eenzijdige procesrechtshandelingen hebben elk op hun eigen manier rechtsgevolg in de verhouding tussen procespartijen. De mogelijkheid dergelijke proceshandelingen geldig te verrichten wordt begrensd met behulp van lasten. Dat is noodzakelijk om het proces wat betreft duur en inhoudelijke ontwikkeling beheersbaar te maken. Dergelijke lasten zijn bijvoorbeeld gelegen in de wettelijke termijnen, maar ook in ongeschreven regels over koerswijzigingen. De op partijen rustende lasten vloeien voor een niet onbelangrijk deel voort uit ongeschreven procesrecht. Daarom zal ik eerst de goede procesorde, hét kader waarbinnen regels van ongeschreven procesrecht worden ontwikkeld, naar aard (§ 4.2.) en inhoud (§ 4.3) onderzoeken. Vervolgens zal ik toekomen aan de behandeling van de belangrijkste op partijen rustende lasten (§ 4.4), om af te sluiten met een conclusie (§ 4.5).

4.1.2 Geschreven en ongeschreven procesrecht

172. Het burgerlijk procesrecht regelt de rechtsverhoudingen tussen rechter en partijen en tussen partijen onderling met betrekking tot het voeren van civiele procedures. Evenals het burgerlijk recht kent het burgerlijk procesrecht

regels van geschreven en van ongeschreven recht.[1] Het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht verwijst niet naar een scherpe dichotomie. Geschreven en ongeschreven regels vormen samen één geheel en zijn onderling bepalend voor elkaars betekenis.[2] Zo kunnen geschreven regels worden teruggevoerd op ongeschreven beginselen, terwijl ongeschreven regels kunnen voortvloeien uit geschreven beginselen. Illustratief voor de betrekkelijkheid van het onderscheid zijn de gecodificeerde vage normen van bijvoorbeeld art. 6:162 lid 2 en art. 6:2 BW. Van de op die artikelen gebaseerde rechtsregels kan worden gezegd dat ze, via vage normen, middellijk uit de wet voortvloeien. Gecodificeerde vage normen vormen een poort tussen geschreven en ongeschreven recht. Codificatie van naar ongeschreven recht verwijzende vage normen geeft uitdrukking aan het besef dat de wetgever niet alles kan regelen.[3] Eggens spreekt in dit verband terecht van "(…) *meer* of *minder* rechtstreeks 'geschreven' recht."[4]

Ongeschreven recht wordt in het Nederlandse privaatrecht veelal geplaatst in het kader van zulke – al dan niet gecodificeerde – vage normen. Voor het burgerlijk recht zijn dat met name redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke betamelijkheid, voor het burgerlijk procesrecht de eisen van een goede procesorde.[5]

4.2 De eisen van een goede procesorde: het leerstuk

4.2.1 Algemeen

4.2.1.1 Terminologie

173. De eisen van een goede procesorde vormen hét kader voor ongeschreven burgerlijk procesrecht. De term 'procesorde' is al eeuwen in gebruik als aanduiding van een geheel van (geschreven) regels van procesrecht en gaat terug op termen als procesordening en procesordre.[6] De term procesorde op zichzelf heeft, zo volgt uit deze geschiedenis, geen normatieve maar louter descriptieve betekenis.[7] In feite betekent procesorde niet meer of minder dan procesrecht. De term 'eisen van een goede procesorde' heeft als verwijzing naar ongeschreven recht wel een normatieve inhoud. Hij kan worden gezien als een verwij-

1 Zie bijv. Vriesendorp 1970, nr. 115. Zie over de ouderdom van het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht bijv. Portalis e.a. 1801, p. x.
2 Zie bijv. Eggens 1962, p. 2; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 27-28 (MvA II).
3 Portalis e.a. 1801, p. xi-xii.
4 Eggens 1962, p. 2.
5 Zie bijv.*Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1021 (MvT Inv).
6 Zie bijv. Oudeman I 1874, p. x-xv.
7 De koppeling die Asser 2000, p. 6 maakt tussen procesorde en orde(ning) moet retorisch worden opgevat.

zing naar de normen die (impliciet) onderdeel uitmaken van het procesrecht als geheel en mede voortvloeien uit het geschreven deel daarvan. Ook hier weer blijkt de verstrengeling van geschreven en ongeschreven recht. De oudste mij bekende verwijzing in de rechtspraak is van 1861.[8]

In de jurisprudentie worden in dit kader ook wel andere bewoordingen gebruikt. Naast elkaar komen (onder meer[9]) combinaties voor van de termen: beginselen/eisen van een goede/behoorlijke procesorde/procesvoering/rechtspleging/rechtspraak. Aangezien de verschillende combinaties kennelijk zonder (strak) onderscheid worden gebruikt, lijkt de conclusie gewettigd dat het hier gaat om synonieme uitdrukkingen.[10]

In het navolgende gebruik ik veelal de term 'eisen van een goede procesorde'. Kortheidshalve spreek ik ook wel van 'de goede procesorde'. De aanduiding 'eisen' heeft mijn voorkeur boven 'beginselen', omdat laatstgenoemde term de onterechte suggestie wekt dat alleen rechtsbeginselen bepalend zouden zijn voor de inhoud van het begrip. Ook in de hercodificatie van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin de goede procesorde tot wetsbegrip is verheven, is voor deze terminologie gekozen.[11]

4.2.1.2 Wezen van het leerstuk

174. In de loop der jaren is, met name in de rechtspraak van de Hoge Raad, in het kader van de eisen van een goede procesorde een omvangrijk corpus van ongeschreven procesrecht ontwikkeld.

Binnen het procesrecht vormen rechtszekerheid en, in het verlengde daarvan, formalisme een belangrijke factor. Dit vereist een zo duidelijk en omvattend mogelijk systeem van geschreven recht. Ongeschreven procesrecht is echter onontbeerlijk, alleen al voor de beantwoording van de onvermijdelijke vragen waarop de wet het antwoord schuldig blijft. Ook het bij de uitleg van bepalingen terugvallen op (ongeschreven) beginselen, systeem en ratio van het procesrecht kan worden beschouwd als een verschijningsvorm van ongeschreven procesrecht. En ondanks het gewicht dat in de context van het civiele procesrecht wordt toegekend aan de rechtszekerheid, kan het ongeschreven recht zelfs een mitigerend effect hebben op de werking van geschreven procesregels.

In het bovenstaande komen drie functies van het ongeschreven procesrecht naar voren. Het gaat om uitleg van geschreven regels, aanvulling van geschre-

---

8 Rb. Arnhem 28 oktober 1861, *W* 2406.

9 Zie nader Ten Berg-Koolen 1986, p. 114.

10 Zie Ten Berg-Koolen 1986, p. 114; Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.1.1; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 54. Vgl. A-G Bakels in noot 9 van zijn conclusie voor HR 27 februari 1998 (*Europeesche/Ohra*), *NJ* 1998, 764 m.nt. MMM.

11 Zie art. 130 lid 1 Rv.

ven regels en beperking van de werking van geschreven regels. Op deze functies kom ik in § 4.1.2 terug.

Over de wijze waarop ongeschreven recht tot uitdrukking komt nog het volgende. Nu eens verschijnt het ongeschreven recht in de vorm van een regel, dan weer in de vorm van iets dat voortvloeit uit de omstandigheden van het geval.[12] Mijns inziens gaat het hier niet om een tegenstelling, maar om verschillende invalshoeken. Ook beslissingen die gebaseerd zijn op de omstandigheden van het geval laten zich generaliseren en aldus terugvoeren op rechtsregels.[13] Dat dit niet steeds expliciet gebeurt, laat zich naar mijn mening verklaren doordat de betreffende regel bijvoorbeeld zo specifiek is dat het in algemene termen formuleren ervan niet zinvol is, of, en dat is belangrijker, omdat de rechter de precieze inhoud van de regel (nog) niet voor ogen heeft, maar (al) wel wat hij in het voorliggende geval meebrengt. Dat iets onder bepaalde omstandigheden al dan niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde, valt vaak gemakkelijker in te zien en uit te drukken dan waar het omslagpunt ligt tussen gedragingen die nog wel en gedragingen die niet meer door de beugel kunnen.

4.2.1.3 De verschuivende grens tussen geschreven en ongeschreven burgerlijk procesrecht

175. Bij de hercodificatie van het burgerlijk procesrecht valt een beweging te constateren die vergelijkbaar is met hetgeen zich bij de hercodificatie van het burgerlijk recht in 1992 afspeelde. Regels die onder het oude recht in de jurisprudentie ontwikkeld zijn, worden in de codificatie opgenomen en worden aldus tot regels van geschreven recht getransformeerd. Van der Grinten spreekt in het verband van de hercodificatie van het verbintenissenrecht op beeldende wijze van " 'gestolde' redelijkheid en billijkheid".[14] Analoog hieraan kan bij de hercodificatie van het burgerlijk procesrecht worden gesproken van 'gestolde eisen van een goede procesorde'. Voorbeelden van deze stolling vormen art. 31 (verbetering van kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen) en 33 Rv (indiening van stukken ter griffie per fax). Aldus verschuift de grens tussen geschreven en ongeschreven procesrecht.

4.2.1.4 Ongeschreven procesrecht in de ons omringende landen

176. Het Nederlandse recht vormt met de eisen van een goede procesorde als een alleen binnen het procesrecht fungerend kader voor ongeschreven recht, een uitzondering. In de ons omringende landen wordt teruggevallen op de

12 Zie bijv. Tjong Tjin Tai 2002a, p. 259-260 met nadere verwijzingen.
13 Vgl. bijv. Asser/Scholten 1974, p. 123. Anders bijv. W. Snijders 1999b, p. 794; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 265.
14 W.C.L. van der Grinten 1983, p. 1236. Vgl. reeds W.C.L. van der Grinten 1965, p. 157.

in het commune burgerlijk recht gebruikelijke verwijzingen naar ongeschreven recht. Zo neemt in Frankrijk en België, zoals in hoofdstuk 3 naar voren is gekomen, het leerstuk van misbruik van recht een belangrijk plaats in binnen het procesrecht. In de Belgische literatuur lijkt bovendien de objectieve goede trouw als fundament van ongeschreven procesrecht terrein te winnen.[15]

In Duitsland wordt het ongeschreven procesrecht in de heersende opvatting geplaatst binnen het kader van *Treu und Glauben* (§ 242 BGB).[16] Ook in de rechtspraak wordt deze in beginsel voor verbintenisrechtelijke verhoudingen geschreven vage norm analoog toegepast op de verhouding tussen procespartijen.[17]

Het Zwitserse recht, dat hierna buiten beschouwing blijft, is explicieter. Een aantal kantonale regelingen bepaalt: "Alle am Prozess Beteiligten haben nach Treu und Glauben zu handeln."[18]

Bij een gang door de procesrechtelijke jurisprudentie van genoemde landen valt op dat de Nederlandse rechter regels van ongeschreven procesrecht dikwijls expliciet in het kader van de goede procesorde plaatst, terwijl de rechters in de ons omringende landen nogal spaarzaam lijken met verwijzingen naar *Treu und Glauben* en soortgelijke figuren bij het formuleren van regels van ongeschreven procesrecht.

Met het bovenstaande lijkt een voordeel van een speciale verwijzingsterm voor ongeschreven procesrecht aan het licht te komen. Gebruik van de term ligt door zijn specifieke domein voor de hand. De dikwijls als problematisch ervaren relatie tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht wordt er bovendien mee geëcarteerd. Door het veelvuldige gebruik van de eisen van een goede procesorde als kader worden systeemvorming, coherentie en inzichtelijkheid van het ongeschreven procesrecht althans potentieel bevorderd. In hoeverre de mogelijkheid wordt benut, hangt met name af van de wijze waarop de rechter zijn beslissingen motiveert.

4.2.2 Functies van het leerstuk

4.2.2.1 Inleiding

177. Hierboven refereerde ik al kort aan drie functies die mijns inziens aan het in het kader van de eisen van een goede procesorde ontwikkelde onge-

15 Zie met name Taelman 1988, nr. 19-25; M.E. Storme 1990, nr. 9-10 en 91.

16 Zie bijv. Gerhardt 1969, p. 304; Schönke/Kuchinke 1969, p. 10; Baumgärtel 1973; Konzen 1976, p. 80; Stürner 1976, p. 89-92; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 2, IV; Stein/Jonas/Schumann 1993, Einl, Rn. 242; Hess 1999, p. 153-155; Hesselink 1999, p. 391-392; Lüke 2000 (*MK*), Einl, Rn. 32; Zöller/Volkommer 2002, Einl, Rn. 56; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, Einl. III, Rn. 54. Anders Gras 2003, p. 64, gebaseerd op een mijns inziens onjuiste lezing van Lorenz 1998, p. 57.

17 Ik noem als voorbeeld BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826. Zie verder de rechtspraak geciteerd door de in de vorige noot genoemde schrijvers.

18 ZPO Schwyz § 46 I, ZPO Zürich § 50 I.

schreven procesrecht toekomt. De drie functies die in mijn ogen kunnen worden onderscheiden, duid ik aan met de termen uitleg, aanvulling en beperking van geschreven regels.[19] Ik werk deze functies hieronder nader uit.

In essentie komen de drie door mij onderscheiden functies overeen met de door J.M. Polak genoemde functies van de beginselen van behoorlijke rechtspraak: toetsing, aanvulling en uitleg.[20] Inhoudelijk komt het door hem gehanteerde begrip 'beginselen van een behoorlijke rechtspraak' niet geheel overeen met de 'eisen van een goede procesorde' zoals ik deze zie. Polak gaat er kennelijk van uit dat de beginselen van behoorlijke rechtspraak synoniem zijn met de goede procesorde, terwijl deze beginselen naar mijn mening 'slechts' medebepalend zijn voor de werking van de goede procesorde in een bepaald geval (zie § 4.3).[21]

Ik ben mij ervan bewust dat over de gemaakte indeling van functies verschillend kan worden gedacht.[22] Ik erken dat de functies kunnen samenvallen en dat de onderlinge grenzen vloeiend zijn.[23] Het gaat hier deels om dezelfde problematiek die in het verband van de redelijkheid en billijkheid tot veel discussie heeft geleid.[24] De hier door mij gebruikte indeling sluit aan bij de – ook internationaal[25] – heersende opvatting op laatstgenoemd terrein. Ik meen dat de door mij gebruikte indeling verhelderend werkt en het inzicht in de werking van de eisen van een goede procesorde kan vergroten.

4.2.2.2 Functie bij uitleg

178. "Iedere wet, ook de best geredigeerde, heeft behoefte aan uitlegging."[26] Dit besef, waarvan met name Paul Scholten de Nederlandse rechtsbeoefenaren heeft doordrongen, roept in het onderhavige verband de vraag op hoe moet worden omgegaan met de uitleg van geschreven regels van procesrecht.

Ondanks het feit dat aan ordening, formalisme en rechtzekerheid binnen het burgerlijk procesrecht veel gewicht wordt toegekend,[27] is thans niettemin onomstreden dat een louter grammaticale interpretatie van het geschreven procesrecht tot onbevredigende, onwenselijke en zelfs onaanvaardbare resul-

19 Vgl. P. Scholten 1924, p. 146.
20 J.M. Polak 1968, p. 419.
21 In deze zin ook De Waard 1987, p. 113.
22 Vergelijk voor het strafprocesrecht Cleiren 1989, p. 197-200.
23 Vgl. bijv. Asser/Hartkamp II 2001, nr. 282 en 309.
24 Tegenover elkaar staan aan de ene kant het systeem van de wet, verdedigd door onder meer W.C.L. van der Grinten 1983, p. 1235; Valk 1992a; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 281 en 306 en aan de andere kant onder meer Van Dunné 1971, p. 9 e.v., 236 e.v.; Schoordijk 1979 p. 21 e.v., 182 e.v.
25 Zie Hesselink 1999, p. 48-54.
26 Asser/Scholten 1974, p. 3.
27 Zie bijv. Zonderland 1977, p. 182.

taten kan leiden.[28] Haardt heeft in een bijdrage uit 1972, getiteld "Informeel privaatrecht", laten zien dat de rechtspraak van Hoge Raad blijk geeft van dit besef: "(…) mijn indruk is, dat ons hoogste rechtscollege (…) de gelegenheid benut om de lagere rechter en de procesvoerende partijen erop te wijzen dat (…) ook hier een letterlijke interpretatie dikwijls niet geboden is."[29] Veegens stelt in 1979: "De rechtsvinding in het procesrecht onderscheidt zich niet meer wezenlijk van die in het materiële recht."[30]

Haardts aandacht was met name gericht op de tendens in de rechtspraak de gevolgen van de niet-naleving van vormvoorschriften te mitigeren. In dit verband is de term 'deformalisering' in zwang gekomen.[31] Deze term dekt echter maar een deel van de bij de uitleg van procesregels gehanteerde uitgangspunten. Hierbij moeten doel en strekking van het procesrecht centraal staan. Vranken zegt het, in navolging van Ten Kate,[32] zo:

> "Procesregels (…) zijn er niet omwille van zichzelf, maar ter realisering van materieelrechtelijke aanspraken van partijen. Ze waarborgen dat het debat op een faire manier wordt gevoerd, met gelijke kansen voor beide partijen. Procesregels moeten dan ook met het oog op díe strekking worden uitgelegd en toegepast."[33]

Enkele voorbeelden kunnen de praktische resultaten van deze wijze van uitleg illustreren.

Hoewel de tekst van art. 93 (oud) Rv (vgl. art. 121 Rv) spreekt van een dagvaarding, moet deze bepaling in het licht van de eisen van een goede procesorde mede toepasselijk worden geacht op andere exploten waarbij een partij haar wederpartij voor de rechter oproept.[34]

Art. 59 lid 1 (oud) Rv (vgl. art. 230 lid 1 Rv) bepaalt dat een vonnis de gronden inhoudt waarop de beslissing berust. In het licht van de eisen van een goede procesorde behoort elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.[35]

Deze voorbeelden zouden nog met vele andere kunnen worden aangevuld. Op deze plaats is het mij er slechts om te doen te laten zien dat de eisen van

---

28 Zie Land/Eggens 1933, p. 3; Zonderland 1977, p. 182-183.
29 Haardt 1972, p. 69.
30 Veegens 1979, p. 207.
31 Zie bijv. Funke 1982; Funke 1983; Ten Kate 1983; Van Mierlo 1998.
32 Ten Kate 1983, p. 71. Ten Kates formulering gaat terug op Degenkolb 1877, p. 12 en J.F. Houwing 1906, p. 1.
33 Asser/Vranken 1995, nr. 31. Vgl. in soortgelijke zin Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 7 II.
34 HR 25 april 1997 (*Siedsma/Reek*), *NJ* 1997, 528.
35 HR 4 juni 1993 (*Vredo/Veenhuis*), *NJ* 1993, 659 m.nt. DWFV.

een goede procesorde in de rechtspraak van de Hoge Raad een richtinggevende factor vormen bij de uitleg van procesrechtelijke bepalingen.[36]

4.2.2.3 Aanvullende werking

179. De eisen van een goede procesorde worden in de rechtspraak tevens als grondslag gebruikt om het geschreven procesrecht waar nodig aan te vullen. Enkele voorbeelden kunnen laten zien hoe de Hoge Raad vorm geeft aan deze aanvullende functie van het leerstuk.

Op grond van een tot voor kort[37] ongeschreven, op de eisen van een goede procesorde berustende regel van procesrecht is het mogelijk om verbetering te verzoeken van een rechterlijke uitspraak waarin een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving.[38]

De eisen van een goede procesorde in cassatie brengen mee dat op een eventuele schriftelijke reactie op de conclusie van het Openbaar Ministerie acht kan worden geslagen indien deze bij de Hoge Raad is ingekomen binnen twee weken nadat de conclusie, afhankelijk van de aard van het geding, ter rolle is genomen dan wel aan partijen is verzonden.[39]

Rolrichtlijnen kunnen op zichzelf niet gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar binden de rechter op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging.[40]

De eisen van een behoorlijke rechtspleging brengen mee dat de rechter in bepaalde gevallen de gelegenheid biedt formele verzuimen te herstellen. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om het verzuim procureur te stellen[41] of niet-tijdige inschrijving van een dagvaarding ter rolle.[42]

De goede procesorde brengt mee dat een geding na verwijzing door de Hoge Raad in beginsel wordt aangevangen met een dagvaarding of oproeping.[43]

De aanvullende werking krijgt dikwijls vorm door de formulering van een (scherpe) regel, hetgeen de rechtszekerheid dient. Dit is binnen het procesrecht vaak goed mogelijk omdat het gaat om typische, terugkerende gevallen waarbij steeds dezelfde factoren een rol spelen.

---

36 In deze zin over de bestuursrechter De Waard 2001, p. 152.
37 Zie art. 31 Rv.
38 HR 29 april 1994 (*Bodair/Meijboom*), *NJ* 1994, 497; HR 15 mei 1998 (*Zevenbergen/Interpolis*), *NJ* 1999, 672 m.nt. HJS.
39 HR 2 november 1997 (*M./V.*), *NJ* 1998, 164.
40 HR 28 juni 1996 (*De Nieuwe Woning/Staat*), *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS.
41 HR 24 juni 1994 (*Ontvanger/Boddaert*), *NJ* 1994, 595; HR 11 november 1994 (*Stichtingen/Ketting*), *NJ* 1995, 115.
42 HR 17 december 1982 (*Van der Kroft/Lont*). *NJ* 1984, 59 m.nt. WHH; HR 27 februari 1987 (*De Groot/Vaassen*), *NJ* 1987, 559.
43 HR 15 juni 2001 (*WE/VIB*), *NJ* 2001, 435.

Het mogelijke bezwaar van toepassing van de aanvullende werking van de goede procesorde, namelijk dat deze met rechterlijke willekeur gepaard gaat, vindt weinig steun in de praktijk van de rechtspraak. De rechter geeft blijk van het besef ook hier niet vrij te zijn, maar gebonden aan de grenzen van wat in het licht van de inhoudsbepalende factoren van de eisen van de goede procesorde mogelijk is.

4.2.2.4 Beperkende werking

180. Als derde onderscheid ik de beperkende werking van de eisen van een goede procesorde. Ook van deze functie geef ik enkele voorbeelden.

De bevoegdheid van de rechter om aan het niet-verschijnen van een partij bij een inlichtingencomparitie (art. 88 Rv) de gevolgtrekkingen te verbinden die bij geraden acht, strekt niet zover dat hij mag concluderen dat de niet verschenen partij zijn eerdere stellingen niet langer wilde verdedigen. Een dergelijke conclusie verdraagt zich niet met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.[44]

In beginsel mag een appellant in hoger beroep andere standpunten innemen dan in eerste aanleg. Een koerswijziging op een laat moment in appel kan echter in strijd komen met de eisen van een goede procesorde, waardoor de wederpartij niet meer op de nieuwe standpunten hoeft te reageren en de rechter er geen rekening mee mag houden.[45]

In beginsel kunnen partijen stukken inbrengen tot een verschijning van partijen of pleidooi (art. 85 lid 3 Rv). De eisen van een goede procesorde kunnen zich echter verzetten tegen het overleggen van producties in een laat stadium van de procedure (vgl. art. 85 lid 4 Rv).[46]

De rechter kan ook op bij pleidooi nog gestelde nieuwe feiten acht slaan, tenzij regels van een goede procesorde zich daartegen verzetten.[47]

Kort gezegd gaat het bij de beperkende werking van de eisen van een goede procesorde om het in concreto begrenzen van de werking van een in abstracto bestaande bevoegdheid of regel. Zij kan zowel gestalte krijgen in de vorm van een bijzondere regel als in de vorm van een op de omstandigheden van het geval toegesneden uitzondering.

181. Een bijzondere vorm van de beperkende werking van de goede procesorde vormt de verwerking van processuele rechten. Naar analogie van de rechtsverwerking als vorm van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht kan gezegd worden dat een processueel

---

44 HR 29 november 1996 (*Warnas/Mettler*), *NJ* 1998, 17 m.nt. HJS.

45 Bijv. HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548 m.nt. WHH; HR 24 mei 1991 (*NOS/ Staat*), *NJ* 1991, 675 m.nt. MS; HR 13 september 1996 (*Nationale Nederlanden/P.*), *NJ* 1997, 637.

46 HR 24 april 1991 (*Molensloot/ VWB en SAM*), *NJ* 1992, 190 m.nt. HJS.

47 HR 27 september 1991 (*Groenendijk/Stapel*), *NJ* 1991, 801.

recht is verwerkt indien de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die in het licht van de eisen van een goede procesorde onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht.[48]

Met betrekking tot het vermogensrecht heeft de Hoge Raad beslist dat

> "(…) enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking, immers daartoe vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken."[49]

De rechtspraak geeft aanleiding voor de veronderstelling dat deze overwegingen, mutatis mutandis, ook op de verwerking van processuele rechten toepasselijk kunnen worden geacht.[50] Zo kan het recht in hoger beroep een bepaald verweer te voeren worden verwerkt op grond van de (vertrouwenwekkende) houding in eerste aanleg in combinatie met tijdsverloop.[51] De Hoge Raad spreekt hier expliciet van rechtsverwerking. Valk wil niet alles rechtsverwerking noemen wat in mijn terminologie handelen in strijd met een processuele last heet. Voorzover het schending van lasten uit geschreven regels betreft, ben ik het met hem eens.[52] Voorzover het echter om de hier besproken toepassing van de beperkende werking van de goede procesorde gaat, zou ik met de Hoge Raad[53] en Heemskerk[54] wel van rechtsverwerking willen spreken.[55]

4.2.2.5 Combinatie van aanvullende en beperkende werking

182. In sommige gevallen kan zich tegelijkertijd zowel aanvullende als beperkende werking van de eisen van een goede procesorde voordoen. Zo stoelt bevoegdheid van partijen om in cassatie te reageren op de conclusie van het Openbaar Ministerie de op de eisen van een goede procesorde en vindt deze in diezelfde eisen haar begrenzing.[56] De doorbreking van een appelverbod op grond van schending van fundamentele beginselen[57] kan enerzijds worden

48 Vgl. HR 7 juni 1991 (*B./K. Bank*), *NJ* 1991, 708.
49 HR 29 september 1995 (*Van den Bos/Provincial*), *NJ* 1996, 89.
50 Hiertegen Baumgärtel 1973, p. 363.
51 HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548 m.nt. WHH. Zie ook 18 september 1992 (*Van Eijck/Van Beresteyn en Teugeman*), *NJ* 1993, 48 m.nt. HER.
52 Valk 1993, p. 161-162.
53 HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548 m.nt. WHH.
54 Heemskerk 1981. Vgl. Ras 1993, nr. 2; A-G Asser in zijn conclusie sub 2.22-23 voor HR 29 maart 1996 (*C./D.*), *NJ* 1996, 421.
55 Anders kennelijk Valk 1993, p. 162, nt. 7.
56 HR 28 maart 1997 (*B./K.*), *NJ* 1997, 581 m.nt. WMK.
57 Waarover Snijders & Wendels 2003, nr. 319.

gezien als het derogeren aan de regel waarin het appelverbod is neergelegd en anderzijds als het aanvullen van een appelbevoegdheid.

4.2.2.6 Rechtsgevolgen

183. De rechtsgevolgen van de goede procesorde bij uitleg worden bepaald door het in het licht van de goede procesorde uitgelegde wetsartikel.

De aanvullende werking van de goede procesorde kan tal van rechtsgevolgen met zich meebrengen. In het algemeen kan worden gezegd dat het gaat om (geclausuleerde) bevoegdheden en verplichtingen voor betrokkenen.[58]

De beperkende werking van de goede procesorde heeft als kenmerkend rechtsgevolg het achterwege blijven van de gebruikelijke rechtsgevolgen van de bevoegdheid in kwestie.[59] Hiermee heeft de beperkende werking van de goede procesorde en preventieve functie die op één lijn staat met de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid. Procesrechtshandelingen die uit de beperkende werking van de goede procesorde volgende lasten veronachtzamen, hebben geen of een aantastbaar rechtsgevolg (zie § 5.4).

Hesselink schrijft over redelijkheid en billijkheid dat deze binnen haar toepassingsgebied "(…) op elk mogelijk feitencomplex kan worden toegepast om elk mogelijk rechtsgevolg teweeg te brengen."[60] Iets dergelijks geldt ook voor de eisen van een goede procesorde. Met deze systematisch onbeperkte mogelijkheden is echter allerminst gegeven dat de concrete invulling willekeurig is.[61] Deze is gebonden aan de factoren die ik in § 4.3 bespreek.

4.2.2.7 De toepassing van de eisen van een goede procesorde

184. De eisen van een goede procesorde werken van rechtswege.[62] De rechter kan aan de eisen van een goede procesorde ambtshalve een rechtsgrond ontlenen.[63] Wel zal de belanghebbende partij een zodanig beroep op het beoogde rechtsgevolg van de goede procesorde moeten doen dat de rechter daaruit mag afleiden dat toepassing door de belanghebbende partij wordt gewenst. Anders zou de rechter bij toepassing van de eisen immers buiten de rechtsstrijd van partijen zou treden.[64] Slechts indien de werking van de eisen van een goede procesorde tussen partijen de openbare orde raakt, is

58 Vgl. Asser/Hartkamp II 2001, nr. 309.
59 Vgl. Asser/Hartkamp II 2001, nr. 328.
60 Hesselink 1999, p. 408.
61 Vgl. W. Snijders 1999b, p. 793.
62 Vgl. Rijken 1994, nr. 34; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 315.
63 Vriesendorp 1970, nr. 115; Vriesendorp 1981, p. 73; HR 13 november 1998 (*Postbank/Huijbregts II*), *NJ* 1999, 173.
64 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 47.

ambtshalve optreden van de rechter steeds geoorloofd en gewenst.[65] Dit geldt ook indien uit de goede procesorde bevoegdheden en verplichtingen voor de rechter voortvloeien. Dit betreft de verhouding tussen rechter en partijen en valt daarmee buiten het bestek van dit onderzoek.

In sommige gevallen heeft de rechter in het kader van de goede procesorde een discretionaire bevoegdheid in de zin van beslissingsvrijheid.[66] Beslissingsvrijheid (ook wel: beleidsruimte[67]) heeft twee verschijningsvormen, een positieve en een negatieve.[68]

Er is sprake van positieve beslissingsvrijheid indien de rechter in zekere mate vrij is de wijze waarop hij ingrijpt te kiezen, zoals bij art. 85 lid 4 Rv in fine: de rechter kan kiezen of hij het stuk uitsluit dan wel er een reactie op toelaat. Negatieve beslissingsvrijheid brengt mee dat de rechter ingrijpen achterwege kan laten, zoals bij art. 134 lid 1 Rv: als er een comparitie is geweest kan de rechter bepalen dat er geen gelegenheid is voor pleidooien. Wanneer de rechter verplicht is in te grijpen, ontbreekt negatieve beslissingsvrijheid. Deze verplichting kan voortvloeien uit een gegrond verlangen van een van partijen, de openbare orde of de wet.

185. Een beroep op de werking van de eisen van een goede procesorde zal hoofdzakelijk gebaseerd zijn op feiten die zich ten processe hebben voorgedaan. Het verbod van aanvulling van feitelijke gronden (art. 149 Rv) zal in het onderhavige kader derhalve niet vaak tot complicaties leiden. In het verlengde hiervan zal doorgaans duidelijk zijn welke feiten de belanghebbende partij aan vordering of verweer een in het kader van de goede procesorde ten grondslag wil leggen.

In § 4.3 werk ik de inhoud van de goede procesorde uit aan de hand van art. 3:12 BW. Dit artikel geeft onder meer uitdrukking aan de gedachte dat beslissingen in het kader van vage normen bijzondere eisen aan de motivering stellen.[69] Bij de toepassing van de eisen van een goede procesorde zouden mijns inziens soortgelijke motiveringseisen moeten gelden als bij beslissingen in het kader van bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid.

De Hoge Raad eist bij een beslissing in het kader van de goede procesorde in het algemeen vermelding van de relevante[70] omstandigheden van het geval.[71] In de praktijk lijkt de motivering van beslissingen omtrent de goede

65 Zie Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.1.5 met nadere verwijzingen. Anders Vriesendorp 1970, nr. 115 en 1981, p. 64 die de goede procesorde geheel met de openbare orde identificeert. Eveneens anders Gras 2003, p. 56.
66 Zie over deze term Hijma 1989, p. 3.
67 Teuben 2002, p. 44-46.
68 Peletier 1999, p. 6-7.
69 Zie *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1036 (MvT Inv).
70 Zie over het punt van de relevantie Tjong Tjin Tai 2002a, p. 261 met nadere verwijzingen.
71 Zie bijv. HR 16 december 1983 (*Schriek/Franzen*), *NJ* 1984, 308 m.nt. WHH.

procesorde in vergelijking met die over redelijkheid en billijkheid[72] echter nogal eens aan de magere kant.[73] Wellicht hangt dit samen met het feit dat de omstandigheden die in de processituatie een rol spelen dikwijls tot dezelfde, relatief beperkte groep behoren. Het is daarom vaak ook zonder explicitering duidelijk welke omstandigheden bij de beslissing een rol hebben gespeeld, terwijl het bij de redelijkheid en billijkheid gaat om een veel bredere scala van rechtsverhoudingen en relevante omstandigheden.

In het algemeen kan worden gezegd dat de concrete invulling van de motiveringseis bij een beslissing in het kader van de goede procesorde afhangt van de omstandigheden van het geval. Zo zullen een beslissing waarbij het recht op hoor en wederhoor wordt beperkt hogere motiveringseisen gelden dan bij een beslissing waarbij een leemte wordt aangevuld door analoge wetstoepassing.[74] In ieder geval moet de beslissing zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voldoende controleerbaar en aanvaardbaar te maken.[75]

4.2.3 De verhouding met andere leerstukken

4.2.3.1 De verhouding met redelijkheid en billijkheid

186. In het bovenstaande heb ik drie functies van de eisen van een goede procesorde onderscheiden die overeenkomen met de functies die in de heersende rechtsopvatting aan de redelijkheid en billijkheid worden toegedacht. Dat roept de vraag op naar de onderlinge verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en de goede procesorde. Het startpunt van de discussie hierover vormt de stelling van Paul Scholten dat wat de goede procesorde eist "(…) zoowat de parallel van den eisch der goede trouw in het overeenkomstenrecht (…)" is.[76]

Haardt vat in zijn inaugurele rede de stelling van Scholten als volgt op: "Inderdaad de parallel in dien zin, dat hij er niet mede samenvalt." Hieraan

---

72 Zie bijv. HR 12 mei 2000 (*Interpolis/Peeten*), *NJ* 2000, 412; HR 11 februari 2000 (*Dijkstra/Batstra*), *NJ* 2000, 294.

73 Zie kritisch Van Maarseveen & Stout 1979, p. 198-199; A-G Martens in zijn conclusie voor HR 7 maart 1980 (*Kuiterman/ECW*), *NJ* 1980, 611; Ten Berg-Koolen 1986, p. 114; H.J. Snijders 1992c, nr. 2e; (over de bestuursrechter) De Waard 2001.

74 Vgl. bijv. HR 1 juli 1993 (*Van Gijtenbeek/Trijzelaar*), *NJ* 1993, 670; HR 15 maart 1996 (*Boumans/'t Plenske II*), *NJ* 1997, 341 m.nt. HJS en HR 13 september 1996 (*Van der Woude/Nedlloyd*), *NJ* 1996, 731. Vgl. tevens Asser/Vranken 1995, nr. 228.

75 HR 29 juni 2001 (*S./Gem. N.*), *NJ* 2001, 494.

76 P. Scholten 1939. Wat hij 'goede trouw' noemt, heet in de huidige BW 'redelijkheid en billijkheid'.

voegt hij het volgende oordeel toe: "De eis der goede trouw (…) kan voor procesvoerenden niet dienen."[77]

In dezelfde lijn schrijft Veegens enkele jaren later: "Procederende partijen staan niet (…) tot elkaar in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, waarin zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij."[78]

Aanvankelijk keerde ook Asser zich tegen de werking van de redelijkheid en billijkheid in het procesrecht, zich onder meer baserend op de gedachte dat deze maatstaven van de goede trouw zich naar hun aard niet lenen voor een context waarin sprake is van strijd.[79]

Al deze opvattingen hebben gemeen dat ze door de afwijzing van de werking van redelijkheid en billijkheid in het proces een inhoudelijk verschil aannemen tussen de goede procesorde en de redelijkheid en billijkheid. Dit impliceert dat er iets zou zijn als dé goede procesorde en dé redelijkheid en billijkheid, entiteiten met een als zodanig in abstracto vast te stellen inhoud.

Naar mijn mening kan de inhoud van de redelijkheid en billijkheid in abstracto niet scherper worden vastgesteld dan dat zij verwijzen naar ongeschreven objectief recht dat vermogensrechtelijke verhoudingen mede beheerst[80] en meebrengen dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Voor de goede procesorde geldt in abstracto dat zij verwijst naar ongeschreven objectief recht dat de verhouding tussen procespartijen onderling (en tussen partijen en de rechter) mede beheerst. Het verschil met de redelijkheid en billijkheid zou zijn dat de goede procesorde niet meebrengt dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.[81]

187. Naar mijn mening is dit laatste een onvruchtbare voorstelling van zaken. De vraag is niet (in abstracto) óf er in een bepaalde verhouding al dan niet rekening moet worden gehouden met elkaars gerechtvaardigde belangen, maar (steeds in concreto) welke belangen gerechtvaardigd zijn en in hoeverre daarmee rekening moet worden gehouden.[82] Het antwoord op deze vraag wordt gegeven door het (ongeschreven) objectieve recht, waarnaar zowel redelijkheid en billijkheid als de goede procesorde verwijzen. Redelijkheid en billijkheid

77 Haardt 1958, p. 17. Haardt handhaaft deze stelling in Haardt 1984, p. 11. In dezelfde zin Gerbrandy 1959, p. 374-376; Rutgers 2003, p. 313.

78 Veegens 1961. Instemmend Vriesendorp 1970, nr. 115. In vergelijkbare zin Abas 1972, p. 332.

79 Asser 1992a, nr. 27; diens conclusie sub 2.17 voor HR 18 september 1992 (*Van Eijck/Van Beresteyn*), *NJ* 1993, 48 m.nt. HER; Asser 1997b. Zie ook diens conclusies sub 3.34 voor HR 10 september 1993 (*De Kraa/Van der Bruggen*), *NJ* 1994, 272 m.nt. Ma en sub 2.22 voor HR 29 maart 1996 (*C./D.*), *NJ* 1996, 421. In deze zin ook Kremer 1999, p. 227-228.

80 Asser/Hartkamp II 2001, nr. 302-305.

81 Peletier 1999, p. 210.

82 M.E. Storme 1990, nr. 9.

en de goede procesorde beantwoorden deze vraag elk voor een eigen terrein. Dat het type antwoord dat redelijkheid en billijkheid respectievelijk de goede procesorde geven in het algemeen lijkt te verschillen, ligt mijns inziens niet aan intrinsieke verschillen tussen beide begrippen, maar aan de verschillen tussen de door de begrippen bestreken terreinen.

Het gaat bij toetsing van gedrag in het kader van de eisen van een goede procesorde[83] zowel als dat van de redelijkheid en billijkheid[84] om een afweging van de relevante omstandigheden van het geval. De in het concrete geval aan te leggen grens wordt bepaald door de waardering van de relevante omstandigheden van het geval in onderling verband. Bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid is een van die omstandigheden vaak 'partijen hebben een contract', bij de toepassing van de goede procesorde 'partijen zijn verwikkeld in een civiele procedure'. De toepassing van beide figuren wordt verder in belangrijke mate bepaald door het systeem van het geschreven recht waarbinnen de oplossing moet worden gevonden, respectievelijk het verbintenissenrecht en het burgerlijk procesrecht. Deze twee factoren – aard van de relatie en systeem van het recht – zijn niet zozeer bepalend voor 'welk' ongeschreven recht van toepassing is (redelijkheid en billijkheid of de goede procesorde) als wel voor de inhoud van dat ongeschreven recht.

Mijn opvatting over de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en goede procesorde is dat de verschillen tussen beide begrippen louter optisch zijn. Zij worden niet veroorzaakt door intrinsiek onderscheid, maar door het beeld dat naar voren komt uit de oplossingen die uit beide kaders voor hun respectieve werkingsterreinen volgen. Dit impliceert dat de vraag of redelijkheid en billijkheid in het procesrecht zouden moeten gelden in mijn ogen zinledig is: deze werking zou niet tot andere resultaten leiden dan reeds nu in het kader van de goede procesorde (kunnen) worden bereikt. In zoverre kan worden gezegd dat redelijkheid en billijkheid al in het procesrecht werken, maar onder een andere naam. De discussie over het al dan niet aanvaarden van de redelijkheid en billijkheid in het procesrecht is zo bezien in feite een onzuivere benadering van de vraag, of de werking van de eisen van een goede procesorde verder zou moeten gaan dan thans het geval is. Van een dergelijke benadering getuigt bijvoorbeeld Hammerstein, wanneer hij schrijft:

> "De procespartij behoort zich niet alleen te houden aan een goede procesorde, maar dient – ik zou zeggen te goeder trouw – bij te dragen aan het tot stand komen van een goede beslechting van het geschil (…)."[85]

---

83 Zie bijv. Heemskerk 1980c; HR 13 februari 1981 (*X./Y.*), *NJ* 1981, 238; Van Mierlo 1998, p. 46. Vgl. HR 3 januari 1997 (*C./M.*), *NJ* 1997, 451 m.nt. JdB.

84 Zie art. 6:2 lid 2 resp. 6:248 lid 2 BW: "in de gegeven omstandigheden". Vgl. W.C.L. van der Grinten 1965, nr. 4.

85 Hammerstein 1989, p. 1598.

Hetzelfde geldt voor Asser, wanneer hij stelt dat "(…) de werkelijkheid van menselijke conflicten (…) harder is dan (…) de goede trouw kan velen."[86]

188. Van de Nederlandse schrijvers hebben (inmiddels) Asser ("hoe je het ook wilt noemen")[87] Bakels ("equivalent"),[88] Van den Berg ("slechts een terminologische kwestie"),[89] Klaassen ("zo men wil"),[90] Van den Reek ("veel meer dan een terminologisch onderscheid kan niet worden aangetroffen"),[91] Von Schmidt auf Altenstadt ("pendant"),[92] Schoordijk,[93] W. Snijders ("geen principieel ander karakter")[94] en Vranken ("alleen heet het anders")[95] een met de door mij verdedigde opvatting vergelijkbare visie op de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en de eisen van een goede procesorde.[96]

H.J. Snijders constateert grote overlap tussen goede procesorde en redelijkheid en billijkheid, maar meent dat er enig verschil is tussen werking van de eisen van een goede procesorde en de redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen procespartijen. Dit is zijns inziens onder meer gelegen in het feit dat bij de goede procesorde ook de procesefficiëntie een rol speelt.[97] Naar mijn mening zou de procesefficiëntie echter ook in het kader van de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen, namelijk bij de invulling van in het proces doorwerkende redelijkheid en billijkheid (zie § 4.2.3.2). Het arrest *Holtrop/Stevens* vormt hiervan een voorbeeld. Bij de beslissing in dat arrest dat het pas in hoger beroep voeren van het verweer dat de verkeerde partij wordt aangesproken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, speelt naar mijn mening ook de procesefficiëntie een rol als invullingsfactor.

Het etiket dat op het ongeschreven procesrecht wordt geplakt, is minder relevant dan de eisen die het aan partijen stelt. Zonder enige inhoudelijke consequentie zou de term 'redelijkheid en billijkheid' naar mijn mening dan ook de plaats van de term 'goede procesorde' in de verhouding tussen partijen

86 Asser 1997b, p. 520.
87 Asser 2000, p. 13.
88 A-G Bakels in zijn conclusies sub 2.2 voor HR 11 december 1998 (*NDC/OOC*), *NJ* 1999, 341; sub 2.8 voor HR 22 januari 1999 (*F.S.*), *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS.
89 Van den Berg 2000, p. 591.
90 Klaassen 2002, p. 1454 en 1458.
91 Van den Reek 1997, nr. 123-124.
92 Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.1.1.
93 Schoordijk 1988, p. 43. Vgl. ook Schoordijk 1989, p. 697.
94 W. Snijders 1994, nr. 1.
95 Vranken 1996, p. 95. Vgl. Vranken 1990a, nr. 5; Asser/Vranken 1995, nr. 65; Vranken 1999, nr. 85.
96 Daarnaast zijn er schrijvers die de redelijkheid en billijkheid werking toekennen binnen de procesverhouding, maar de verhouding met de beginselen van een goede procesorde onbesproken laten, zoals Brenninkmeijer 1993, p. 29 en Rijken 1994, nr. 17.
97 H.J. Snijders 1999, nr. 2 (cc). Zie ook H.J. Snijders 1992a, p. 7-8; H.J. Snijders 1996.

kunnen overnemen.[98] Dit zou het voordeel hebben dat de eenheid van het ongeschreven recht onderstreept wordt. Aan de andere kant heeft de huidige terminologie het voordeel dat deze verwijst naar de autonomie en de bijzondere aard van de procesverhouding.[99] De beide begrippen hebben in de Nederlandse praktijk hun eigen domeinen. Al met al zie ik geen steekhoudende argumenten om de bestaande terminologische praktijk te wijzigen, zolang maar duidelijk is dat het onderscheid in terminologie een verschil in domein en niet in normstelling aanduidt.

4.2.3.2 Doorwerking van de buitenprocessuele redelijkheid en billijkheid

189. In de rechtspraak wordt de beperking van de werking van processuele regels op grond van ongeschreven recht doorgaans geplaatst in de sleutel van de eisen van een goede procesorde. Soms komt het echter voor dat de rechter toetsing van processueel partijgedrag aan ongeschreven regels terminologisch plaatst in het kader van de redelijkheid en billijkheid, terwijl deze term in beginsel is gereserveerd voor vermogensrechtelijke, met name verbintenisrechtelijke verhoudingen.[100] Op deze plaats probeer ik aan de hand van enkele arresten deze op het eerste gezicht inconsequente werkwijze te verklaren.

In het arrest *Scheuerman/Krekel* overweegt de Hoge Raad, dat

> "(…) in het algemeen ieder zich bij het verlengen of beëindigen van een rechtsverhouding dient te vergewissen van eventuele wetsvoorschriften over de termijnen die in acht moeten worden genomen bij het verrichten van de voor verlening of beëindiging vereiste handelingen, en er geen aanspraak op kan maken dat hij ter zake door zijn wederpartij wordt gewaarschuwd; dat zich hier echter het bijzondere geval voordoet (...) dat het (...) voor Krekel in strijd met de goede trouw was om door een beroep te doen op de te late indiening van het verzoek, ervan te willen profiteren dat Scheuerman door de mededeling in de tussen pp. gegeven rechterlijke beschikking in de waan is gebracht, dat zij haar verzoek tot vier weken vóór 1 jan. 1973 geldig kon indienen (...)."[101]

In het arrest *De Ridder en Smael/Meijers* formuleert de Hoge Raad de regel dat

> "(…) het niet in strijd is met de goede trouw, indien in een geding een partij zich tegenover haar wederpartij beroept op de overschrijding van een termijn, welke door de wet ter bescherming van de belangen van eerstgenoemde partij voor het geldend maken van bepaalde rechten of bevoegdheden is gesteld, al werd de partij

98 In deze zin ook Van den Reek 1997, nr. 123. Vgl. W. Snijders 1994, nr. 1; Asser 2000, p. 13.

99 Aldus ook P. Scholten 1931, die meent dat de term goede trouw aan het overeenkomstenrecht doet denken en in processueel kader "niet op haar plaats" is.

100 Rijken 1994, nr. 11-17; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 305.

101 HR 12 oktober 1973 (*Scheuerman/Krekel*), *NJ* 1974, 232 m.nt. WLH.

die zich op de overschrijding van die termijn beroept, door de overschrijding ervan op zich zelf niet benadeeld (...)."[102]

In deze zaak ging het, evenals in de vorige, om de verlenging van een huurovereenkomst. In het arrest *Holtrop/Stevens* overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van het Hof dat aan Holtrop in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer het recht toekomt zich erop te beroepen dat zij in haar verhouding tot Stevens niet als debiteur kon worden aangemerkt, niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.[103]

190. De besproken voorbeelden hebben gemeen dat het gaat om een geschil rond een verhouding die beheerst wordt door de eisen van redelijkheid en billijkheid.[104] Deze buitenprocessuele verhouding kan niet van de processuele verhouding tussen partijen worden gescheiden, hooguit onderscheiden: de buitenprocessuele verhouding, voorzover niet in geschil, fungeert als context die medebepalend is voor de aan het gedrag van procespartijen te stellen eisen. De normen die de buitenprocessuele verhouding, voorzover niet in geschil, beheersen, werken door in het proces.[105] De grondslag hiervoor is de met name door Eggens ontwikkelde gedachte dat de processuele rechtsverhouding niet is "(…) eene geheel andere dan de *materieele* rechtsbetrekking der partijen vóór het proces."[106] In zijn ogen is het feitelijk "(…) de "materieele" rechtsbetrekking van partijen zelve die procedeert (…) en daardoor wordt tot de rechtsbetrekking gelijk zij voortaan positief-rechtelijk te gelden heeft voor partijen (…)."[107]

Deze doorwerking is mijns inziens de verklaring van het feit dat de Hoge Raad in dit soort casus meegaat in het gebruik van de term redelijkheid en billijkheid. Aldus bezien is de Hoge Raad consequent in het terminologische onderscheid tussen redelijkheid en billijkheid (voor met name verbintenisrechtelijke verhoudingen) en goede procesorde (voor processuele verhoudingen).

In gevallen waar de domeinen van redelijkheid en billijkheid en goede procesorde overlappen, kan de rechter voor één van beide ankers gaan liggen zonder dat dit inhoudelijke consequenties heeft.[108] Een casus als die van

---

102 HR 21 maart 1975 (*De Ridder en Smael/Meijers*), *NJ* 1976, 464 m.nt. WHH.

103 HR 10 maart 1995 (*Holtrop/Stevens*), *NJ* 1996, 299 m.nt. HJS.

104 Ook voor de casus die aan de orde is in HR 17 oktober 1986 (*Schotanus/bedrijfsvereniging*), *NJ* 1987, 317 m.nt. JBMV geldt dit: uitgangspunt voor de discussie vormt een verbintenis waarvan het bestaan wordt verondersteld.

105 Zie Hammerstein 1989, nr. 8; Princen 1990, p. 23; Tonkens-Gerkema 1991, nr. 10; W. Snijders 1994, nr. 1; A-G Asser in zijn conclusie sub 2.22-2.30 voor HR 29 maart 1996 (*C./D.*), *NJ* 1996, 421; H.J. Snijders 1996, nr. 4; Asser 1997a, p. 18; Asser 1997b, nr. 6-7; Peletier 1999, p. 211; Gras 2003, p. 41 en 53.

106 Land/Eggens 1933, p. 6.

107 Land/Eggens 1933, p. 7. Zie in zijn voetspoor bijv. Heemskerk 1974, p. 12-14; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 1.

108 Vgl. ook HR 7 oktober 1983 (*Kaasbaas/X.*), *NJ* 1984, 74.

Holtrop/Stevens, waarbij de rechter kiest voor de redelijkheid en billijkheid, had met hetzelfde resultaat in de sleutel van de goede procesorde kunnen worden geplaatst.[109]

4.2.3.3 Procesovereenkomsten

191. De opvatting dat alle procesrecht van openbare orde is,[110] geldt reeds lang als verlaten. Ook kan niet worden gezegd dat alle procesrecht dwingend recht is.[111] Welke processuele voorschriften van openbare orde zijn of dwingend dan wel regelend recht vormen moet van geval tot geval worden beoordeeld aan de hand van de strekking van de bepaling.[112] Soms geeft de wet zelf uitsluitsel. Voorzover dat niet het geval is, lijkt het bij het bepalen van het karakter van een regel van burgerlijk procesrecht doelmatig om als uitgangspunt te nemen dat het gaat om dwingend recht.[113]

Dat een belangrijk deel van het procesrecht regelend van aard is, strookt met de centrale plaats die de partij-autonomie in het proces toekomt. Hierin ligt een overeenkomst met het contractenrecht.[114] Van regelend procesrecht kan door partijen bij overeenkomst worden afgeweken. Ook binnen de procesverhouding geldt het beginsel van contractvrijheid. Grenzen vormen ook hier het geschreven en ongeschreven dwingend recht, al dan niet van openbare orde.[115]

Een enkele keer wordt de mogelijkheid om af te wijken van regelend procesrecht expliciet in de wet genoemd. Zo kunnen partijen overeenkomen in een 'rechtbankzaak' direct naar het hof te gaan (art. 329 Rv). Een in de praktijk veel voorkomende vorm is de bewijsovereenkomst (art. 153 Rv). Een overeenkomst waarbij van regelend procesrecht wordt afgeweken of de processuele verhouding nader wordt ingevuld, kan een procesovereenkomst worden genoemd.[116]

192. De hierboven gedane constatering dat procesrecht deels regelend recht is, impliceert dat er ruimte is voor procesovereenkomsten. Een deel van deze ruimte wordt ook al benut. Ik noemde al de in de praktijk belangrijke figuur van de bewijsovereenkomst.[117] Asser laat zien dat er op dit gebied nog veel

109 In vergelijkbare zin H.J. Snijders 1996.
110 Van Boneval Faure I 1893, § 3.
111 Zie bijv. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 18.
112 Heemskerk 1977; Wagner 1998, p. 125-126; Loth 2000, nr. 6; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 247.
113 Wagner 1998, p. 125-126; Van der Wiel 2002, p. 221.
114 Vranken 1999, nr. 82.
115 Van der Wiel 2002, p. 221 met nadere verwijzingen.
116 Voor deze terminologie knoop ik aan bij het object van de overeenkomst. Zo ook de Duitse term *Prozeßvertrag*. Anders H.J. Snijders 1992a, p. 40; Asser/Hartkamp II 2001, supra nr. 28 die spreken van 'procesrechtelijke overeenkomsten'.
117 Waarover Van der Wiel 2002.

meer mogelijk is.[118] Ook een aantal procesrechtelijke figuren die niet direct als zodanig in het oog springen, kunnen als overeenkomst worden gekwalificeerd. Zo impliceert de mogelijkheid van uitstel op eenparig verzoek (art. 2.8 sub a LRR) een overeenkomst tussen partijen, evenals de doorhaling ter rolle op eenparig verzoek (art. 246 Rv jo. art. 11 LRR). De partij-autonomie wordt bij laatstgenoemde figuren begrensd door de ambtshalve toetsing aan de goede procesorde door de rechter (art. 1.6 en 11.1 LRR).

In het kader van het onderhavige onderzoek zal ik niet nader op de procesovereenkomst ingaan.[119] Waar het mij om gaat, is het aanstippen van de vraag wat het bestaan van een procesovereenkomst tussen partijen betekent voor hun processuele relatie in het algemeen. H.J. Snijders geeft voor dit soort overeenkomsten zelf "(…) het methodologisch uitgangspunt, dat het burgerlijk recht, in het bijzonder het overeenkomstenrecht van titel 6.5 BW, onverkort geldt behoudens procesrechtelijke legitimatie voor differentiatie."[120] Art. 6:216 BW staat hieraan, ondanks dat het alleen spreekt van "(…) overeenkomstige toepassing op (…) meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen (…)", niet in de weg: met dit artikel "(…) is niet a contrario gezegd dat buiten de aangegeven gevallen voor analogische toepassing geen plaats zou zijn."[121] De vraag is vervolgens wat, gegeven dit uitgangspunt voor de overeenkomst zelf, het bestaan van een procesovereenkomst betekent voor de processuele verhouding tussen partijen als geheel.

Hierboven is geconstateerd dat redelijkheid en billijkheid geen inhoudelijke meerwaarde hebben ten opzichte van de goede procesorde, daar deze twee niet intrinsiek van elkaar verschillen. De vraag of met een procesovereenkomst de hele procesverhouding in de sleutel van redelijkheid en billijkheid komt te staan, kan derhalve als betekenisloos terzijde worden geschoven. De betekenis van een procesovereenkomst voor de verhouding tussen partijen buiten hetgeen in de overeenkomst is neergelegd, moet mijns inziens worden gezocht in het feit dat deze overeenkomst een van de omstandigheden van het geval is die mede bepaalt wat de eisen van een goede procesorde (of redelijkheid en billijkheid) in een concrete procesverhouding meebrengen. Zo zou het bestaan van een prorogatie-overeenkomst (art. 329 Rv) aanleiding kunnen geven de eisen van de goede procesorde met betrekking tot de aanvulling van standpunten, gezien het ontbreken van een beroepsmogelijkheid, soepel in te vullen.

118 Asser 1999, p. 24-27.

119 De Nederlandse literatuur op dit gebied is overigens niet erg rijk. Zie voor een uitgebreid overzicht naar Duits recht Wagner 1998.

120 H.J. Snijders 1992a, p. 41.

121 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 837 (TM).

4.2.3.4 De verhouding met misbruik van processuele bevoegdheid

193. In § 3.1 heb ik misbruik van bevoegdheid gekarakteriseerd als een rechtsfiguur waarmee in een concreet geval de grenzen kunnen worden bepaald van een aan een rechtssubject in het algemeen toekomende bevoegdheid. Daarbij heb ik soorten werking onderscheiden: een preventieve, waarbij het resultaat van de toetsing kan betekenen dat aan bevoegdheidsuitoefening niet wordt toegekomen, en een repressieve, waarbij toetsing het oordeel kan meebrengen dat reeds vertoond gedrag niet door de betrokken bevoegdheid kan worden gerechtvaardigd.

De in § 4.2.2.4 onderscheiden beperkende werking van de eisen van een goede procesorde kan, evenals misbruik van bevoegdheid, dienen ter bepaling van de grenzen in een concreet geval van een in abstracto aan een procespartij toekomende bevoegdheid.

Deze werking van de eisen van een goede procesorde verschilt niet intrinsiek van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie § 4.2.3.1). Zowel bij toepassing van de beperkende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid als die van de eisen van een goede procesorde kan het rechtssubject op de normale rechtsgevolgen van de betrokken bevoegdheid geen beroep doen. In beide gevallen wordt de grens bepaald op grond van de omstandigheden van het geval. Ik ben hierom van mening dat de vraag naar de verhouding tussen de eisen van een goede procesorde en misbruik van bevoegdheid niet intrinsiek verschilt van die naar de verhouding tussen misbruik van bevoegdheid en redelijkheid en billijkheid. De discussie die laatstgenoemde vraag heeft opgeleverd is aldus direct van belang is voor de beantwoording van eerstgenoemde vraag.

194. In de discussie over de verhouding tussen misbruik van bevoegdheid en redelijkheid en billijkheid staan grofweg twee opvattingen tegenover elkaar. De eerste laat zich als volgt samenvatten: uit redelijkheid en billijkheid vloeien strengere normen voort dan uit misbruik van bevoegdheid. Dit komt tot uitdrukking in het feit dan in het kader van redelijkheid en billijkheid volleddiger dan wel strenger wordt getoetst. Deze opvatting wordt onder meer verdedigd door Abas,[122] Davids,[123] Gerbrandy,[124] Van der Kwaak,[125] Rijken,[126] Rodenburg[127], Schut[128] en Tjittes.[129] Overigens zijn de auteurs die deze opvatting aanhangen doorgaans wel van mening dat redelijkheid

122 Abas 1972, p. 56, 64-65.
123 Davids 1999, nr. 5.
124 Gerbrandy 1992, p. 640.
125 Van der Kwaak 1990, p. 22-23.
126 Rijken 1994, nr. 38.
127 Rodenburg 1985, p. 64.
128 Schut 1982, p. 121.
129 Tjittes 1992b, nr. 5.

en billijkheid en misbruik van recht uitdrukkingen vormen van dezelfde basisgedachte, namelijk dat elk recht zijn grenzen kent.[130] Hun argumenten loop ik hier in synthese langs.

Een eerste argument wordt gevormd door een veronderstelde dichotomie tussen vertrouwensrelaties en overige relaties. Vertrouwensrelaties, waarbinnen strengere gedragseisen gelden, zouden worden beheerst door redelijkheid en billijkheid. In andere relaties, waarin minder strenge eisen aan het gedrag van betrokken wordt gesteld, werkt het leerstuk misbruik van bevoegdheid.[131]

Een volgend argument wordt ontleend aan de parlementaire geschiedenis. In art. 6:2 lid 2 BW wordt gesproken van "(…) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (…)" terwijl in het begin van de werkzaamheden aan het nieuw BW in dit kader van de maatstaf van misbruik van recht werd uitgegaan.[132] Dit zou er op wijzen dat de maatstaf 'onaanvaardbaar' anders (en strenger) is.

Een derde argument wordt ontleend aan de overweging van de Hoge Raad in het arrest *Philip Morris/BAT*, dat misbruik van bevoegdheid een maatstaf is "(…) die zwaardere eisen aan de stelplicht stelt dan de maatstaf van de goede trouw doet."[133]

195. Tegenover dit alles staat de opvatting dat redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid niet alleen uitdrukking zijn van hetzelfde beginsel, maar ook in abstracto even zware eisen aan gedrag stellen. Deze opvatting is onder meer verdedigd door Valk, die stelt:

> "Dat misbruik van bevoegdheid minder snel wordt aangenomen dan beperkende werking van redelijkheid en billijkheid heeft niets te maken met het gebruik van verschillende criteria, maar alles met een verschil in 'de feiten' waarop die criteria worden toegepast."[134]

Valk ondersteunt zijn betoog met rechtsvergelijkende argumenten en komt tot de slotsom dat het binnen de respectievelijke rechtsverhoudingen toegepaste criterium uitsluitend historisch bepaald is, "(…) zonder dat er principiële verschillen aan ten grondslag liggen."[135]

Het arrest *Philip Morris/BAT* vormt geen beslissend argument tegen deze opvatting. De geciteerde overwegingen zien louter op de stelplicht met betrekking tot misbruik van bevoegdheid in een bijzondere verhouding. Over de verhouding tussen de verschillende toetsingsmaatstaven in het algemeen hoeft

130 Abas 1972, p. 59 en 66; Rijken 1994, nr. 38.
131 Abas 1972, p. 47-56; Van der Kwaak 1990, p. 22.
132 Zie het antwoord op vraagpunt 21 en de *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 45 resp. 62 (TM). Zie ook de *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1040 (TM).
133 HR 5 januari 1990 (*Philip Morris/BAT*), *NJ* 1990, 728 m.nt. DWFV.
134 Valk 1992b, p. 781.
135 Valk 1992b, p. 781. Hij herhaalt zijn betoog in Valk 1995, p. 1089-1090.

dit niets te zeggen, nog daargelaten dat het arrest Benelux-recht betreft. Ik ben dan ook van mening dat het arrest niet dwingt tot de conclusie dat de maatstaf van redelijkheid en billijkheid verschilt van die van misbruik van bevoegdheid.

Stolp, die zich bij Valk aansluit, benadrukt dat ook de parlementaire geschiedenis in het geheel niet tot de conclusie dwingt dat er een verschil in maatstaf zou bestaan.[136] Zij wijst onder meer op een passage uit de Toelichting-Meijers, waarin wordt betoogd dat wanneer een rechtsbetrekking bevoegdheden schept, de beperkingen die redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid stellen, samenvallen.[137] Ook laat zij zien dat de parlementaire geschiedenis niet uitgaat van een scherpe dichotomie tussen twee groepen verhoudingen, maar uitgaat van een gradueel onderscheid.[138] In de Memorie van Toelichting bij art. 3:13 BW wordt hierover gesteld dat "(…) de grens tussen rechtsverhoudingen die worden beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en die waarbij dit niet of niet zonder meer het geval is, moeilijk is te trekken. In de eerste groep van gevallen kan met de maatstaf (…) "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" ongeveer hetzelfde worden bereikt als daarbuiten met misbruik van recht. In de tweede groep van gevallen kan ter beperking van een bevoegdheid slechts het onderhavige artikel worden gehanteerd. Ook dit is een reden om tussen beide groepen geen onnodig scherp onderscheid te maken, en aan de rechtspraak over te laten een vloeiende overgang te vinden."[139]

196. De door Valk en Stolp bestreden opvatting gaat uit van onderscheidingen als feitelijke verhouding versus rechtsverhouding, redelijkheid en billijkheid versus zorgvuldigheid en vertrouwensrelatie versus niet-vertrouwensrelatie. Mijns inziens zijn dergelijke onderscheidingen in al hun scherpte onjuist en verwarrend. Een tweedeling in soorten verhoudingen die door het privaatrecht worden genormeerd zou geen recht doen aan de veelheid van verschillende verhoudingen die er in abstracto bestaat, nog daargelaten de bijzonderheden van de oneindige hoeveelheid concrete gevallen. De beperkingen die redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid stellen, worden juist door de bijzondere omstandigheden van het geval bepaald. Dat redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid (deels) eigen domeinen hebben, wil niet zeggen dat er een onderscheid in maatstaf bestaat in die zin dat redelijkheid en billijkheid strenger zouden zijn. Dat de vrijheid van een eigenaar groter oogt dan die van een bank die een overeenkomst van borgtocht sluit met een particulier, heeft niet te maken met de aard van de maatstaf die grenzen aan de vrijheid stelt, maar met de aard van de betrokken rechtsverhouding. Het

136 Stolp 1999, p. 506-509.
137 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1040 (TM).
138 Stolp 1999, p. 511. In deze zin ook Sieburgh 2002, p. 97.
139 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv).

onderscheid tussen marginale en volle toetsing heb ik in § 3.2.8 om dezelfde redenen als onjuist verworpen. In beide gevallen gaat het om grensbepaling, zodat in beide gevallen ook zou kunnen worden gesproken van beperkte of marginale toetsing.[140] Dat ook bij de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid terughoudendheid moet worden betracht, blijkt mede uit de wetsterm "onaanvaardbaar". Er bestaat, zo concludeer ik in het voetspoor van anderen,[141] geen inhoudelijk verschil tussen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid.

197. De volgende vraag is wat deze conclusie betekent voor de verhouding tussen de beperkende werking van de eisen van een goede procesorde en misbruik van processuele bevoegdheid. Naar mijn mening stellen redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid gelijklopende grenzen aan het rechtssubject. Eerder concludeerde ik al dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en de eisen van een goede procesorde niet intrinsiek van elkaar verschillen. Uit deze twee stellingen volgt dat ik ook van mening ben dat de beperkende werking van de eisen van een goede procesorde en misbruik van bevoegdheid in een concreet geval tot hetzelfde resultaat leiden. Mijns inziens is deze opvatting in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo oordeelt de Hoge Raad het in het arrest *Leutscher/Van Tuijn IV* mogelijk een herhaling van een vordering in kort geding af te wijzen op grond van strijd met een goede procesorde,[142] terwijl hij in het arrest *Dogan/Staat* voor het anker van misbruik van bevoegdheid gaat liggen.[143] H.J. Snijders merkt in zijn noot onder laatstgenoemd arrest op dat leerstukken als de goede procesorde en het verbod van misbruik van bevoegdheid zodanig verwant en elastisch zijn dat een enorme overlap te signaleren valt en suggereert dat in casu toetsing aan de goede procesorde niet tot een andere uitkomst had geleid.[144] Ik zou nog iets verder willen gaan: naar mijn mening kan gezegd worden dat voorzover de domeinen van de goede procesorde en misbruik van bevoegdheid overlappen, de door deze leerstukken gestelde grenzen dezelfde zijn.[145]

Over de domeinen van de twee leerstukken nog het volgende. Misbruik van bevoegdheid ziet op de begrenzing in concreto van een rechtssubject in

140 Stolp 1999, p. 513. Zo ook met betrekking tot de derogerende werking van redelijkheid en bilijkheid Hijma 1989, p. 6.

141 Aaftink 1976, p. 759-761; Aaftink 1980, p. 816; Schoordijk 1986, p. 24-28; Brunner 1992, p. 90; Valk 1992b, p. 781-782, Valk 1995, p. 1089-1090; Vranken 1996, p. 93-95; Stolp 1999; Mendel 2000, p. 136.

142 HR 27 mei 1983 (*Leutscher/Van Tuijn IV*), *NJ* 1983, 600.

143 HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508 m.nt. HJS.

144 H.J. Snijders 1994c. In deze zin ook Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 59. Vgl. Asser 1997b, nr. 13.

145 In deze zin ook Cleiren 1989, p. 249. Zie ook HR 14 januari 1983 (*Schuring/Sweelinck*), *NJ* 1983, 267 m.nt. WHH.

abstracto toekomende bevoegdheden. De goede procesorde heeft slechts ten dele deze functie, namelijk voorzover het de beperkende werking ervan betreft. De functies bij uitlegging en aanvulling staan hier naast. Andersom werkt de beperkende werking van de goede procesorde slechts preventief, terwijl misbruik van bevoegdheid ook repressieve werking kan toekomen, namelijk in het kader van de rechtmatigheidstoetsing van reeds vertoond gedrag. Beide leerstukken hebben derhalve nog eigen werkingen waarbij geen onderlinge overlap bestaat.

4.2.3.5 De verhouding met onrechtmatige daad

198. Nu ik de onderlinge verhoudingen tussen goede procesorde, redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid heb besproken, meen ik over de verhouding tussen onrechtmatige daad en goede procesorde tamelijk kort te kunnen zijn.

Ook in het kader van de onrechtmatige daad wordt verwezen naar ongeschreven recht via 'hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt', ook wel de zorgvuldigheidsnorm genoemd. Deze verwijzing naar ongeschreven recht staat op een lijn met redelijkheid en billijkheid en verschilt daarvan inhoudelijk niet relevant. Voor deze opvatting vind ik steun in de parlementaire geschiedenis[146] en bij onder meer Eggens,[147] Van der Grinten,[148] Schoordijk,[149] Valk[150] en Vranken.[151] Aangezien hierboven bleek dat redelijkheid en billijkheid niet intrinsiek verschillen van de eisen van een goede procesorde, kan worden geconcludeerd dat de uit deze eisen voortvloeiende normen inhoudelijk niet intrinsiek verschillen van de zorgvuldigheidsnorm. Wel moet in het oog worden gehouden dat het bij onrechtmatige daad gaat om repressieve toetsing van gedrag en bij de eisen van een goede procesorde op preventieve toetsing. Dit verschil heeft consequenties voor de concrete uitwerking van beide verwijzingen naar ongeschreven recht.

4.3 De eisen van een goede procesorde: de inhoud

4.3.1 Inleiding

199. De term 'goede procesorde' verwijst naar ongeschreven recht. Voor wat deze eisen in een concreet geval(stype) meebrengen, zijn de omstandigheden

146 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 71 (Eindverslag I).
147 Bijv. Eggens 1937, p. 105; Eggens 1947, p. 222; Eggens 1950, passim.
148 W.C.L. van der Grinten 1983, p. 1238.
149 Schoordijk 1996, p. 51.
150 Valk 1995, p. 1089.
151 Vranken 1996, p. 94.

van het geval bepalend.[152] De vraag rijst in hoeverre er algemene uitspraken kunnen worden gedaan over deze 'omstandigheden van het geval'.

De verhouding tussen procespartijen is een bijzonder type rechtsverhouding. Bij rechtsvragen rond de procesverhouding spelen vaak terugkerende, typische omstandigheden een rol. Dat duit erop dat er in zoverre algemene uitspraken over de inhoud van de eisen van een goede procesorde kunnen worden gedaan dat het mogelijk is de belangrijkste van deze omstandigheden in algemene termen te schetsen.

Als kader voor deze schets bedien ik mij van art. 3:12 BW.[153] In het vermogensrecht vormt dit artikel het kader waarbinnen de inhoud van de redelijkheid en billijkheid wordt vormgegeven. Aangezien naar mijn mening de goede procesorde niet intrinsiek verschilt van de redelijkheid en billijkheid, ligt deze keuze voor mij voor de hand. Daarnaast valt te wijzen op de op Kisch terug te voeren opvatting, dat de in art. 3:12 BW genoemde factoren voor iedere rechtsvinding van belang zijn.[154]

In art. 3:12 BW worden drie groepen 'omstandigheden van het geval' genoemd: algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Het gaat hierbij niet om een limitatieve opsomming.[155] Ook biedt het artikel geen informatie over hoe en in hoeverre met de genoemde omstandigheden rekening moet worden gehouden: dat verschilt weer van geval(stype) tot geval(stype). Voor willekeur wil dit artikel echter juist waken. Het geeft een handvat voor een zo objectief mogelijke vaststelling van de inhoud van ongeschreven recht,[156] waarnaar zowel redelijkheid en billijkheid als de goede procesorde verwijzen.[157]

Ik ben mij ervan bewust dat bij algemene beschouwingen als de navolgende een zekere vaagheid niet valt te voorkomen. Vaag maakt echter nog niet betekenisloos. Dat art. 3:12 BW een zinvol kader vormt om de inhoudsbepalende factoren voor de goede procesorde in algemene termen te schetsen, moge uit het navolgende blijken.

---

152 Zie Heemskerk 1980c; HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 238; Van Mierlo 1998, p. 46.

153 Zie ook Asser 1997b, nr. 10 en noot 42.

154 Kisch 1955, p. 148-149; Hartkamp 1992, nr. 17; Bloembergen 2000a. Vgl. Meijers 1910; Dubbink 1990, p. 376; Wiarda/Koopmans 1999, p. 87.

155 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035 (MvA II); Kisch 1955, p. 148. Kritisch over de genoemde factoren Schoordijk 1986, p. 21; Bloembergen 2000a.

156 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032 (TM).

157 Asser/Hartkamp II 2001, nr. 302; Valk 2001, nr. 277.

4.3.2 Algemeen erkende rechtsbeginselen

4.3.2.1 Inleiding

200. Snijders, Ynzonides en Meijer beschouwen hoofdbeginselen van procesrecht als dé inhoudsbepalende factor van de goede procesorde:

> "Wie de verwijzingen naar de goede (behoorlijke) procesorde (procesvoering of rechtspleging) bestudeert in de context van de rechterlijke uitspraak waar zij in voorkomen, zal tot de conclusie komen dat het hier, voorzover duidelijk is wat bedoeld wordt, in wezen gaat om een beroep op een of meer van de (…) hoofdbeginselen."[158]

Heemskerk ziet het heel anders en stelt dat "(...) toepassing van de goede procesorde (...) bij uitzondering in verband staat tot een algemeen beginsel van behoorlijke rechtspleging (...)."[159]

De waarheid lijkt ergens in het midden te liggen en hangt bovendien af van de vraag wat al dan niet als hoofdbeginsel van procesrecht wordt beschouwd. Zo beschouwen Snijders, Ynzonides en Meijer het 'algemene zorgvuldigheidsbeginsel' als zodanig.[160] Zelf zou ik deze zorgvuldigheid aanmerken als een norm, niet als een beginsel.

Hieronder onderzoek ik met betrekking tot een aantal algemeen erkende beginselen van procesrecht welke rol zij (kunnen) spelen wanneer bepaald moet worden wat de goede procesorde in een concreet geval meebrengt. Hoor en wederhoor, toegankelijkheid en het decisiebeginsel zullen aan bod komen. Andere beginselen van procesrecht hebben in het kader van de processuele verhouding tussen partijen te weinig (zelfstandige) betekenis om een afzonderlijke behandeling op deze plaats te rechtvaardigen. Naast deze erkende beginselen van procesrecht besteed ik aandacht aan het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtvaardigheidsbeginsel.

4.3.2.2 Hoor en wederhoor

201. Het beginsel van hoor en wederhoor laat zich afleiden uit art. 6 EVRM[161] en is neergelegd in art. 19 Rv. Het gaat hierbij aan de ene kant om een recht voor partijen om zich uit te laten over de wederzijdse standpunten en een plicht van de rechter om van deze uitlatingen kennis te nemen.[162] Dit rechtsbeginsel is in zijn uitwerking onlosmakelijk verbonden met de gedachte van

---

158 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 54. Zie ook J.M. Polak 1976, p. 13; H.J. Snijders 1978, p. 78; Ten Berg-Koolen 1986, p. 114.

159 Heemskerk 1980c. In deze zin ook Vriesendorp 1979b; p. 765.

160 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 30.

161 Zie EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA, § 36.

162 Smits 1996, p. 89-90. Zie tevens Coenraad 2000 p. 1-5 en de daar geciteerde bronnen.

de gelijkheid van partijen. Partijen hebben in beginsel een gelijke positie en moeten in gelijke mate aan bod kunnen komen. Zo beschouwd is er een vloeiende overgang tussen het beginsel van hoor en wederhoor en het derde aanknopingpunt van art. 3:12 BW, de bij het geval betrokken persoonlijke belangen.[163]

Hoor en wederhoor wordt alom beschouwd als de meest basale eis en eigenschap van een behoorlijk proces.[164] Dit blijkt onder meer uit het feit dat hoor en wederhoor het enige beginsel is dat in geen van de belangrijkste overzichten van beginselen van procesrecht ontbreekt.[165] In de rechtspraak wordt het beginsel van hoor en wederhoor ook wel expliciet als 'fundamenteel beginsel van behoorlijke rechtspleging' aangeduid,[166] wat een extra hoge status suggereert. In deze status ligt besloten dat het beginsel de openbare orde raakt. De rechter heeft in zoverre ambtshalve te waken voor schending.

202. Ten Berg-Koolen heeft laten zien dat het beginsel van hoor en wederhoor een belangrijke rol speelt bij de werking van de eisen van een goede procesorde.[167] Enkele voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het kader van de eisen van een goede procesorde nader toelichten.

> "In het algemeen verzetten de eisen van de goede procesorde zich ertegen dat in een verzoekschriftprocedure de rechter bij zijn beslissing gebruik maakt van stukken die hem door een der partijen zijn toegezonden na het verstrijken van de door hem bij de mondelinge behandeling voor het overleggen van nadere stukken gestelde termijn. Dit is anders indien de andere partij voor het in dat stadium nog toezenden van een bepaald stuk of bepaalde stukken toestemming heeft gegeven en de rechter termen aanwezig acht de instructie van de zaak te heropenen, in welk geval hij de andere partij gelegenheid moet geven te reageren op de overlegde stukken."[168]

De Hoge Raad mag van reacties van de zijde van partijen op de conclusie van het Openbaar Ministerie kennisnemen, tenzij de eisen van een goede procesorde, mede in verband met de belangen van de tegenpartij, daaraan in de weg zouden staan.[169]

---

163 Zie bijv. HR 28 maart 1997 (*B./K.*), *NJ* 1997, 581 m.nt. WMK.
164 Zie bijv. Wijckerheld Bisdom 1981, p. 87; Leijten 1991, p. 11; Asser 1992b, p. 11; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 5; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 32.
165 Zie Van Boneval Faure I 1893, p. 107; Haardt 1970, p. 143; Zonderland 1977, p. 155; Veegens 1979, p. 448; Wesseling-van Gent 1987, p. 110; De Waard 1987, p. 245; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 5; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 32; Stein/Rueb 2002, p. 12.
166 Zie bijv. HR 21 februari 1997 (*S./Gem. Ridderkerk*), *NJ* 1998, 4 m.nt. HJS.
167 Ten Berg-Koolen 1986, p. 117.
168 HR 4 september 1998 (*C./J.*), *NJ* 1998, 827.
169 HR 28 maart 1997 (*B./K.*), *NJ* 1997, 581 m.nt. WMK.

> "Van schending van de eisen van een goede procesorde is geen sprake, nu het hof alleen ten processe gebleken feiten en omstandigheden rond het ontslag in ogenschouw heeft genomen, zodat de werkgever in de gelegenheid is geweest zich over die feiten uit te laten (…)."[170]

> "Nu dit verzoek eerst na het sluiten van de behandeling van de zaak was gedaan, kon het hof het op grond van de eisen van een goede procesorde ter zijde laten."[171]

> "De eisen van een goede rechtspleging verzetten zich niet ertegen dat de rechter in een verzoekschriftprocedure bij zijn beslissing mede rekening houdt met bij de mondelinge behandeling getoonde – niet eerder overlegde – bescheiden, mits het gaat om bescheiden waarvan de aard en omvang voor de wederpartij geen beletsel vormen om ter zitting van de inhoud daarvan kennis te nemen en daarop te reageren, en mits deze daartoe de gelegenheid krijgt (...)."[172]

> "Het staat de rechter die over de feiten oordeelt vrij een partij in de gelegenheid te stellen zich nader over haar, door de rechter voorshands onduidelijk geachte stellingen uit te laten. Een andere opvatting zou niet stroken met de eisen van een behoorlijke rechtspleging en bovendien ook niet zijn te verenigen met het bepaalde in art. 19a Rv."[173]

Veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor kan doorbreking van een appelverbod meebrengen.[174] Het gaat hier om een combinatie van derogerende en aanvullende werking van de goede procesorde. Aan de regel dat niet kan worden geappelleerd wordt gederogeerd, terwijl een appelbevoegdheid wordt aangevuld.

Op grond van de eisen van een goede procesorde en in het bijzonder het beginsel van hoor en wederhoor oordeelt de Hoge Raad, dat

> "(…) zo een stuk in het geding is gebracht zonder dat blijkt dat daarvan afschrift is gegeven aan de wederpartij dan wel dat deze van de nederlegging ter griffie mededeling is gedaan, en de rechter dientengevolge betwijfelt of de wederpartij van dit in het geding brengen weet, hij in beginsel de wederpartij ambtshalve ervan in kennis dient te stellen dat het stuk behoort tot de hem overgelegde stukken van het geding en haar gelegenheid dient te geven zich desgewenst erover uit te laten."[175]

---

170 HR 7 april 1995 (*SBH/Fiet*), *NJ* 1995, 681 m.nt. PAS.
171 HR 13 januari 1995 (*P./L.*), *NJ* 1995, 370.
172 HR 4 november 1994 (*C./Z.*), *NJ* 1995, 98.
173 HR 18 maart 1994 (*Ciba Geigy/Bovens*), *NJ* 1994, 407. De inhoud van art. 19a (oud) Rv staat thans in art. 88 Rv.
174 Waarover Asser/Vranken 1995, nr. 233; Snijders & Wendels 2003, nr. 319.
175 HR 24 december 1993 (*W.S./S. en S.*), *NJ* 1994, 194.

203. Uit de bovenstaande voorbeelden blijkt dat het op rechtvaardige wijze tot stand komen van een 'juiste' uitspraak voorop staat bij de uitwerking van het beginsel van hoor en wederhoor in concreto (het in § 4.3.2.6 te bespreken rechtvaardigheidsbeginsel), maar anderzijds betekenis toekomt aan de gedachte dat het debat ook een einde moet kennen (het in § 4.3.2.4 te bespreken decisiebeginsel). Zo zal het beginsel in het ene geval betekenen dat er een reactie op een uitlating van een van de actoren mogelijk moet zijn, terwijl in een ander geval geen rekening meer met een uitlating mag worden gehouden, omdat daarop geen reactie meer kan worden toegelaten. Coenraad spreekt in dit verband van de vertragende respectievelijk de versnellende werking van het beginsel van hoor en wederhoor.[176] Een en ander illustreert dat het bij de invulling van de goede procesorde veeleer gaat om een complex van factoren dan om eenvoudige en enkelvoudige toepassing van een van de beginselen van procesrecht. Deze invulling kan niet los worden gezien van de in concreto betrokken belangen van partijen.

4.3.2.3 Toegankelijkheid

204. Het recht op toegang tot de rechter volgt uit art. 6 lid 1 EVRM.[177] Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat dit recht moet worden begrepen als een recht op effectieve toegang tot de rechter.[178] In § 3.3.1.2 is duidelijk geworden dat het recht op toegang niet absoluut is.

Uit het recht op toegang laat zich het beginsel van toegankelijkheid afleiden.[179] Onder de vlag van dit beginsel kunnen met name voorbeelden van de werking van de goede procesorde worden geplaatst die doorgaans worden aangeduid met de term deformalisering.[180] Ten Kate omschrijft deformalisering als "Het zoveel mogelijk voorkomen van onnodige hindernissen om tot verwezenlijking van het materiële recht te komen (…)."[181]

In de parlementaire geschiedenis wordt deformalisering omschreven als inhoudende "(…) dat fouten alleen moeten worden 'bestraft' indien het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen ook daadwerkelijk is aangetast (…)."[182]

176 Coenraad 2001, p. 26-29.
177 EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA; Knigge 1998, p. 11-12.
178 EHRM 9 oktober 1979 (*Airey/Ierland*), *NJ* 1980, 376 m.nt. EAA; Knigge 1998, p. 13-14.
179 Zie bijv. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38 en 53. Zij onderscheiden nader tussen interne en externe toegankelijkheid.
180 Over de geschiedenis van de term deformalisering Funke 1982, p. 35-37.
181 Ten Kate 1983, p. 82. Vgl. bijv. Heemskerk 1971, p. 336; Haardt 1972, p. 69; Vriesendorp 1979a, p. 118 en 129; Wijckerheld Bisdom 1981, p. 86; H.J. Snijders 1987, p. 1494; Asser/Vranken 1995, nr. 31; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 61; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38. Zie nader Knigge 1998, p. 166-169; Asser 2000, beide met nadere verwijzingen.
182 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 4 (MvT). Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, p. 224.

Ondanks de verschillende bewoordingen wijken deze twee definities niet wezenlijk van elkaar af. Laatstgenoemde formule verwijst kennelijk naar de relativiteitsleer. Uiteindelijk gaat het bij de vraag welke belangen een norm beoogt te beschermen om uitleg. De deformaliseringstendens laat, zo kan worden gezegd, een ontwikkeling zien van overwegend grammaticale naar meer teleologische uitleg van procesregels.[183] En hiermee kom ik weer terug bij de definitie van Ten Kate, waarbij het doel 'verwezenlijking van het materiële recht' voorop staat.[184]

Belangrijke terreinen waarop jurisprudentiële deformalisering heeft plaatsgevonden zijn die van de nietigheid van de dagvaarding en het herstellen van verzuimen als inschrijving ter rolle. Snijders, Ynzonides en Meijer[185] plaatsen deze defomaliseringsjurisprudentie in het kader van het door art. 6 lid 1 EVRM geïmpliceerde[186] recht op *effectieve* toegang tot de rechter. Ook de in de rechtspraak erkende buitenwettelijke procesbevoegdheid en procesbekwaamheid[187] kunnen in het hier geschetste kader worden geplaatst.[188] Op de genoemde en andere terreinen treedt ook de wetgever deformaliserend op.[189]

205. De in dit kader ontwikkelde jurisprudentie heeft zich al tientallen jaren in grote aandacht mogen verheugen. Dit is niet de plaats deze nog eens ten gronde te bespreken.[190] Het gaat mij hier om de constatering dat het toegankelijkheidsbeginsel een factor is bij de aanvulling, uitleg en nuancering van geschreven procesrecht in het kader van de goede procesorde. Hoewel de term 'goede procesorde' in de rechtspraak in dit verband niet vaak expliciet wordt gebruikt, ben ik van mening dat deformalisering ter vergroting van de toegankelijkheid van het proces zich laat baseren op de goede procesorde.[191]

Het toegankelijkheidsbeginsel kan in zijn toepassing niet los worden gezien van de betrokken belangen van partijen. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in art. 66 lid 1 Rv resp. 122 lid 1 Rv, waarin als maatstaf wordt genomen of de wederpartij door het gebrek onredelijk in zijn belangen is geschaad.[192]

---

183 Zie over het verband tussen relativiteit en teleologische uitleg Lankhorst 1992, p. 117-143. Zie over teleologische uitleg van procesregels Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.1.1; Asser/Vranken 1995, nr. 31.

184 Ook Asser 2000, p. 9, kan zich met beide definities verenigen. Vgl. tevens Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.1.3; Van Mierlo 1998, p. 46.

185 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38.

186 Zie EHRM 9 oktober 1979 (*Airey/Ierland*), *NJ* 1980, 376 m.nt. EAA.

187 Waarover Knigge 1998, p. 33-42, 49-51, 55 en 60-61.

188 Vgl. De Waard 1987, p. 177.

189 Zie met name de overzichten bij Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38 en in *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 4-5. Over de wisselwerking tussen rechter en wetgever in deze Van Mierlo 1998, p. 39.

190 Ik volsta met een verwijzing naar het door Asser 2000 in noot 9 gegeven literatuuroverzicht.

191 Vgl. Asser 2000, p. 13.

192 Interessant is de overeenkomst met de maatstaf van art. 3:42 BW in fine.

4.3.2.4 Het decisiebeginsel

206. Het decisiebeginsel wordt als zodanig onderscheiden door De Waard. Hieronder verstaat hij de verplichting een beslissing te geven, en wel binnen een redelijke termijn.[193] Ook het recht op toegang tot de rechter brengt De Waard onder het decisiebeginsel.[194] In dit laatste wijk ik van hem af. Hierboven heb ik de toegankelijkheid als afzonderlijk beginsel onderscheiden. Ik erken dat er belangrijke verbanden tussen beide beginselen bestaan. Zo dragen verschillende uitwerkingen van het decisiebeginsel bij tot de effectiviteit van het recht op toegang tot de rechter. Waar het gaat om de voorspoedige voortgang van het proces kan zelfs worden gesteld dat beide beginselen in elkaar overlopen. Niettemin lijkt het mij verhelderend het decisiebeginsel en het toegankelijkheidsbeginsel van elkaar te onderscheiden. Bij laatstgenoemd beginsel staat de mogelijkheid een procedure te beginnen en te voeren centraal, bij het decisiebeginsel gaat het er juist om dat een geschil ook daadwerkelijk en definitief moet worden beslecht.

Onder het decisiebeginsel versta ik dat een civiel geschil binnen een redelijke (en liefst een in redelijkheid zo kort mogelijke) termijn beslist moet worden. De gedachte dat de beslissing in beginsel definitief moet zijn en overwegingen van proceseconomie[195] vormen hiervan een uitwerking. Het gaat hier om meer dan het in art. 6 lid 1 EVRM neergelegde recht op een beslissing binnen een redelijke termijn. Dit recht van rechtszoekenden vormt een uitwerking van het decisiebeginsel. Het decisiebeginsel zelf vormt meer in het algemeen een factor bij uitleg, aanvulling en nuancering van procesrecht.

207. In de rechtspraak komt het decisiebeginsel met regelmaat in overwegingen in het kader van de goede procesorde naar voren. Ik geef enkele voorbeelden.

> "Indien aan de vereisten voor het toestaan van oproeping in vrijwaring in beginsel is voldaan dient de rechter over te gaan tot een onderzoek van de belangen van partijen en de eisen van een doelmatige procesvoering teneinde te kunnen beoordelen of de oproeping tot vrijwaring in de omstandigheden van het geval op haar plaats is en meer in het bijzonder of daarvan wellicht onredelijke of onnodige vertraging van het geding te verwachten is."[196]

> "Door te oordelen dat het in strijd is met een goede procesorde om op inhoudelijk dezelfde gronden als aangevoerd in het vorige k.g. thans hetzelfde te vorderen, heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting."[197]

193 De Waard 1987, p. 127.
194 De Waard 1987, p. 127.
195 Dit verband ziet ook Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*), nr. 5.4, i.h.b. 5.4.4.
196 HR 10 april 1992 (*Dormael/U.*), *NJ* 1992, 446.
197 HR 27 mei 1983 (*Leutscher/Van Tuijn IV*), *NJ* 1983, 600.

> "De eisen van een goede procesorde verzetten zich ertegen dat een tussenarrest waartegen tussentijds beroep in cassatie is ingesteld, nadat dit beroep is verworpen opnieuw aan het oordeel van de Hoge Raad wordt onderworpen. Van de partij die beroep in cassatie instelt en daarmee de continuïteit van het processueel debat doorbreekt en in zoverre het belang van de wederpartij bij een ordelijk verloop van dit debat schaadt, mag worden gevergd dat zij daarbij al haar bezwaren tegen de in het tussenarrest gegeven eindbeslissingen in cassatie aan de orde stelt, óók die welke slechts mogelijkerwijs in een later stadium van het processueel debat belang krijgen (…)."[198]

Een tweede reactie op de conclusie van het Openbaar Ministerie is strijdig met de goede procesorde.[199]

Een partij dient in het algemeen de bevoegdheid toe te komen heropening van het verhoor te verzoeken (art. 166 lid 1 Rv), zij het dat deze bevoegdheid, mede gelet op het belang van een voortvarende procesvoering, haar begrenzing vindt in de eisen van een goede procesorde.[200]

> "Niet uitgesloten is dat een eisende partij in kort geding de voortgang van de procedure in hoger beroep zozeer vertraagt dat zij handelt in strijd met de eisen van een goede procesorde in kort geding en deswege geen aanspraak meer kan maken op de verlangde voorlopige voorziening."[201]

Het recht van verweerder om van standpunt te veranderen, wordt mede begrensd door de goede procesorde. Hierbij speelt met name het moment in de procedure waarop deze wijziging wordt betracht een rol. Een essentiële koerswijziging op een laat moment in appel zal in strijd kunnen worden geacht met de goede procesorde (zie § 4.4.6).

208. Uit deze voorbeelden van de wijze waarop het decisiebeginsel een rol speelt in de werking van de goede procesorde komt impliciet of expliciet naar voren dat deze niet los kan worden gezien van de betrokken belangen van partijen. Doorgaans kan het in het belang van partijen worden geacht dat hun geschil zo snel mogelijk wordt beslecht. Veelal zal het belang van één der partijen bij vertraging immers niet als rechtens te respecteren zijn aan te merken. Anders ligt het als beide partijen pas op de plaats willen maken.[202] Overigens merk ik op dat aan tal van wettelijke procesregels het decisiebeginsel (mede) ten grondslag ligt. Als voorbeeld noem ik de regels over termijnen, het gezag van gewijsde (art. 236 Rv) en de regel over gedekte weren (art. 348 Rv).

---

198 HR 8 juni 2001 (*Interfood/Lyclama*), *NJ* 2001, 432.
199 HR 22 september 1995 (*Kruijswijk/Gem. Blaricum*), *NJ* 1997, 418.
200 HR 13 september 1996 (*Van der Woud/Nedlloyd*), *NJ* 1996, 731.
201 HR 23 januari 1998 (*Kruidvat en Trade Max/Lancôme c.s.*), *NJ* 2000, 544.
202 Vgl. Brunner 1968, p. 502.

Overwegingen van proceseconomie zien op de voor allen zo snel en goedkoop mogelijke afwikkeling.[203] De notie van de proceseconomie meen ik in haar geheel binnen het kader van de goede procesorde te kunnen plaatsen. Voorzover het gaat om een snelle afwikkeling zijn overwegingen van proceseconomie met name terug te voeren op het decisiebeginsel en de belangen van betrokkenen. Wat betreft het kostenaspect overschrijdt de proceseconomie het kader van het decisiebeginsel. Dit aspect van de proceseconomie kan via de toegankelijkheid[204] en de betrokken belangen eveneens worden geplaatst binnen het kader van de goede procesorde.[205] Minder gelukkig acht ik hierom de herhaalde overwegingen van de Hoge Raad, waarin met betrekking tot de mogelijkheid van rectificatie van uitspraken de proceseconomie en de goede procesorde naast elkaar worden geplaatst.[206] Hiermee wil ik overigens niet afdoen aan de praktische bruikbaarheid van de term 'proceseconomie'.

4.3.2.5 Het rechtszekerheidsbeginsel

209. Aan de rechtszekerheid wordt als richtinggevend principe in het procesrecht traditioneel een grote rol toebedacht.[207] Dit komt onder meer tot uitdrukking in het feit dat procesrecht vaak met formeel recht wordt vereenzelvigd. In een dergelijke benaderingswijze is het procesrecht een objectief systeem waarin de formele vereisten recht doen aan de gelijkheid van partijen en de duidelijkheid verschaffen waaraan bij geschillenbeslechting behoefte is. Procesrecht is zo bezien slechts ordeningsrecht.[208]

Tegenwoordig wordt een dergelijke benadering van het procesrecht overwegend als te weinig genuanceerd gezien. Niettemin vormt rechtszekerheid nog steeds een belangrijk gezichtspunt binnen het procesrecht. Het gaat tenslotte om een procedure tot bindende beslechting van een geschil, waarbij de standpunten en belangen tegenover elkaar staan. Deze moeten over en weer goed uit de verf kunnen komen, zonder dat het proces eindeloos duurt. Scherpe, duidelijke en eenvoudige regels zijn hierbij wenselijk.[209] Het is in eerste instantie aan de wetgever zulke regels te geven. Ook voor het proces-

203 Vgl. Zonderland 1977, p. 169-170; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, Grdz. § 128, Rn. 14, beide met nadere verwijzingen.

204 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38.

205 Zie bijv. ook de mogelijkheid een voorwaardelijk incidenteel appel of cassatieberoep vooraf op zijn merites te onderzoeken, waarover Snijders & Wendels 2003, nr. 147 resp. Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 142.

206 HR 29 april 1994 (*Bodair/Meijboom*), *NJ* 1994, 497; HR 15 mei 1998 (*Zevenbergen/Interpolis*), *NJ* 1999, 672 m.nt. HJS.

207 Zie bijv. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 19; A-G Asser in zijn conclusie sub 2.9 voor HR 18 september 1992 (*Van Eijck/Van Beresteyn en Teugeman*), *NJ* 1993, 48 m.nt. HER; Asser 2000, p. 7.

208 Illustratief zijn in dit verband de voorbeelden die Asser/Scholten 1974, p. 91, geeft. Vgl. Asser 2000, p. 6.

209 Zie Asser 1997b, nr. 1; Asser 2000, p. 5-8 met nadere verwijzingen.

recht geldt echter dat een wettelijke regeling nooit uitputtend zal kunnen zijn. Ongeschreven recht is een gegeven, ook binnen het procesrecht, waar het met name vorm krijgt in het kader van de eisen van een goede procesorde.

Het lijkt paradoxaal om binnen het kader van een vaag begrip als de goede procesorde aan rechtszekerheid een plaats te bieden. Toch blijkt in de rechtspraak impliciet of expliciet dat ook de rechtszekerheid een van de bepalende factoren van de werking van de goede procesorde is.[210] Enkele voorbeelden kunnen dit verduidelijken.

210. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat na principaal hoger beroep of beroep in cassatie tegen een oordeel in conventie, de wederpartij bevoegd is incidenteel hoger beroep of incidenteel beroep in cassatie in te stellen tegen zowel het oordeel in conventie als in reconventie ongeacht of er materiële samenhang bestaat tussen conventie en reconventie.[211] Hiermee wordt een duidelijke regel gegeven die zich laat plaatsen in het kader van de aanvullende werking van een goede procesorde.[212]

De termijn voor een reactie op de conclusie van het Openbaar Ministerie is twee weken. Later binnengekomen reacties worden op grond van de eisen van een goede procesorde terzijde gelegd.[213]

In het algemeen kan worden gezegd dat het rechtszekerheidsargument bij aanvulling en uitleg bijdraagt aan scherp(t)e (van) regels, terwijl het bij de beperkende werking van een goede procesorde pleit voor terughoudendheid.

4.3.2.6 Het rechtvaardigheidsbeginsel

211. Met de term rechtvaardigheidsbeginsel doel ik op het ongeschreven, aan het procesrecht ten grondslag liggende uitgangspunt, dat aan de burgerlijke rechter voorgelegde geschillen op een rechtvaardige wijze tot een rechtvaardige beslissing moeten worden gebracht.

Dat rechtvaardigheid een eis is die kan en moet worden gesteld aan de wijze waarop het burgerlijke proces wordt genormeerd is zo oud als de rechtspleging zelf, getuige bijvoorbeeld de lange geschiedenis van het beginsel van hoor en wederhoor.[214] De gedachte van processuele rechtvaardigheid wordt ook algemeen erkend in de literatuur. Ik geef twee voorbeelden.[215] Jhering wijst op de opgave aan de wetgever

---

210 Op het belang hiervan wijst ook Ten Kate 1983, p. 71-72.

211 HR 30 juni 1978 (*Theunissen/Verstappen*), *NJ* 1978, 693 m.nt. GJS en WHH; HR 19 januari 1979 (*BCA/Turner*), *NJ* 1980, 124 m.nt. WHH, waarover Pels Rijcken 1979, p. 315; Snijders & Wendels 2003, nr. 149.

212 Zie over deze problematiek Heemskerk 1972, nr. 113.

213 HR 22 januari 1999 (*Dinkgreve/Grondzaken*), *NJ* 1999, 244.

214 Zie Coenraad 2000, p. 20 met nadere verwijzingen.

215 Zie ook Van den Berg 2000, p. 584-603.

> "(…) das Richtige zu treffen, nach beiden Seiten das Extrem zu vermeiden und die feine Mittellinie aufzusuchen, die beiden Partheien gegenüber der Idee der processualischen Gerechtigkeit Genüge leistet (…)."[216]

G.J. Scholten stelt in het kader van de deformalisering dat het procesrecht een rechtvaardige rechtsbedeling als doel heeft.[217]

Wat is dan die 'rechtvaardige wijze' van procederen? Een eenduidig antwoord op deze vraag is niet te geven. Verschillende goede antwoorden zijn hier mogelijk en de wet geeft er daar veelal één van. Het gaat er om dat het mogelijk en noodzakelijk is een onrechtvaardige wijze van procederen, welke soms lijkt voort te vloeien uit de letter van de wet, niet te accepteren. Een sprekend voorbeeld uit de Nederlandse rechtspraak is de zogenaamde appeltruc bij echtscheiding (zie § 3.3.4.1), waarmee de man aan zijn alimentatieplicht kon ontkomen. De Hoge Raad maakte aan deze praktijk een einde.[218]

De vraag wanneer de wijze van procederen onrechtvaardig wordt, is in haar algemeenheid niet te beantwoorden. De beantwoording in het concrete geval hangt sterk samen met – deels reeds behandelde – uitgangpunten als hoor en wederhoor, het decisiebeginsel en het motiveringsvereiste. De gedachte van de processuele rechtvaardigheid is stevig in het geldende procesrecht verankerd, getuige bijvoorbeeld art. 19-21 Rv. De mogelijkheid een rechtsmiddelenverbod terzijde te stellen en de mogelijkheid van hoger beroep aan te vullen bij schending van het beginsel van hoor en wederhoor illustreert hoe belangrijk een rechtvaardige procedure wordt gevonden.[219]

212. Naast – maar niet los van – de rechtvaardige totstandkoming staat de rechtvaardige beslissing. Hiermee doel ik in dit kader op een beslissing die, gegeven de omvang van het geschil, het geldende op het geschil toepasselijke recht en de juistheid van de toepassing daarvan door de rechter, berust op een met de werkelijkheid overeenkomend, in redelijkheid compleet substraat van de relevante feiten.[220] De vraag naar de rechtvaardigheid van het op het geschil toepasselijke recht zelf laat ik hier voor wat zij is.

Het streven naar rechtvaardige beslissingen komt onder meer naar voren in de regels over bewijslastverdeling. Art. 150 Rv laat uitzonderingen toe op

---

216 Jhering 1877, p. 51.

217 Zie G.J. Scholten 1975.

218 Hierover Haardt 1958, p. 13-15 met nadere verwijzingen en HR 26 juni 1959 (*X/IJ*), *NJ* 1961, 553 m.nt. DJV.

219 Zie Asser/Vranken 1995, nr. 233; Snijders & Wendels 2003, nr. 319 met verwijzing naar rechtspraak. Vranken meent dat ook schending van het motiveringsbeginsel zo zwaarwegend is dat op grond daarvan het rechtsmiddelenverbod opzij moet kunnen worden gezet. Anders Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 40.

220 Bijv. J.F. Houwing 1906, p. 15; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 208; Ten Kate 1983, p. 72; Asser 1991, p. 2; Vranken 1999, nr. 90; Klaassen 2001, nr. 1; Giesen 2002, p. 85. Zie ook art. 10 Cc resp. art. 11 NCPC, waarover Giesen 2001, p. 32-33. Vgl. ook Kremer 1999, p. 171-173.

de regel 'wie stelt, bewijst' op grond van bijzondere regels of redelijkheid en billijkheid.[221] Dit geeft de rechter de mogelijkheid de bewijslast in het concrete geval zo in te richten dat de kans dat hetgeen vast komt te staan overeenkomt met de werkelijkheid, optimaal is.[222] Een en ander vindt zijn grens in de partij-autonomie: onweersproken stellingen moeten in beginsel als vaststaand worden aangenomen (art. 149 lid 1 Rv).[223] De werking van het ongeschreven recht kan hier – ook al gebruikt de wetgever in art. 150 Rv de woorden redelijkheid en billijkheid – worden geplaatst in de sleutel van de goede procesorde.

4.3.3 De in Nederland levende rechtsovertuigingen

4.3.3.1 Inleiding

213. Art. 3:12 BW noemt 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' als factor van belang bij de bepaling van wat redelijkheid en billijkheid eisen. Voortbouwend op het uitgangspunt dat de in art. 3:12 BW genoemde factoren evenzeer van belang zijn voor de vaststelling van wat de goede procesorde eist (zie § 4.3.1), ga ik hieronder in op de betekenis van de in Nederland levende rechtsovertuigingen voor de eisen van de goede procesorde.

Bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen gaat het om de in Nederland vigerende opvattingen over wat rechtens is. Ook het geldende recht kan hieronder worden begrepen. Rechtsovertuigingen zijn niet steeds gelijk aan het geldende recht, maar kunnen dat wel zijn.[224] Aldus vormt de rechtspraak een belangrijke kenbron van rechtsovertuigingen. De in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn met name ook te vinden in de doctrine en af te leiden uit het geldende recht. Voorts zou opinie-onderzoek gegevens kunnen verschaffen.[225]

Op het meest algemene niveau gaat het bij 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' om de opvattingen in de Nederlandse maatschappij in het algemeen, te herleiden tot die van de gemiddelde rechtsgenoot, die niets met het te beslissen (soort) geval te maken hoeft te hebben.

Op een minder algemeen niveau gaat het om de rechtsgenoten die wel iets met het gevalstype te maken hebben. Niet voor niets gebruikt de wet een meervoudsvorm: er

221 Zie over dit alles Asser 1992a, nr. 29-34 met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.
222 Vgl. *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 86 (MvT-OS); Giesen 2001, p. 447.
223 Vgl. Giesen 2001, p. 23.
224 Vgl. HR 11 januari 1991 (*Pool en Hulsebosch/St. Joseph*), *NJ* 1992, 650 m.nt. EAA.
225 Rogmans 1999, nr. 24. Vgl. reeds Meijers 1910, p. 19.

> "(…) dient ruimte te bestaan om rekening te houden met rechtsovertuigingen in het bijzonder in de kring van personen, waarin zich het geval heeft afgespeeld, bij voorbeeld een bepaalde kring van beroeps- of bedrijfsgenoten."[226]

De rechtsovertuigingen van een dergelijke kring van potentieel betrokkenen vallen aan te duiden als verkeersopvattingen,[227] welke term ik met Hartkamp[228] zie als een species van 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen'. Deze kring kan overigens zo ruim zijn, dat hij praktisch samenvalt met de kring van alle rechtsgenoten.[229] In onze maatschappij kan vrijwel iedere rechtsgenoot met bijvoorbeeld een wanpresterende bank of een verkeersongeval te maken krijgen.

De rechtsovertuigingen omtrent een bepaalde rechtsvraag kunnen uiteraard zeer wel van elkaar verschillen.[230] In het algemeen zal gelden dat hoe diffuser de rechtsovertuigingen zijn, hoe minder de waarde ervan is voor de bepaling van de inhoud van het ongeschreven recht.[231]

4.3.3.2 De in de maatschappij in het algemeen levende rechtsovertuigingen

214. De opvattingen in de maatschappij in het algemeen over de eisen van een goede procesorde zijn niet zonder meer kenbaar.[232] Opinie-onderzoek zou hier uitkomst kunnen bieden.[233] Het laat zich echter wel raden wat de opvattingen globaal zullen inhouden: procederen moet zo goedkoop, snel en eenvoudig mogelijk zijn, de rechter moet een luisterend oor voor alle betrokkenen hebben en zijn op de waarheid en het geldende recht te baseren beslissing op een ook voor de verliezer bevredigende wijze motiveren. Deze te verwachten globale opvattingen wijzen grofweg in dezelfde richting als hetgeen hierboven bij de behandeling van de rechtsbeginselen is gezegd. Veel zelfstandige relevantie komt de algemene opvattingen dan waarschijnlijk ook niet toe. Waarschijnlijk zullen de rechtsovertuigingen over specifiekere vragen tamelijk diffuus zijn, waardoor ook daarvan de betekenis gering zal zijn.

Relevanter voor de inhoud van de eisen van de goede procesorde dan de maatschappelijke opvattingen over de goede procesorde zelf zijn waarschijnlijk de in de maatschappij levende algemene behoorlijkheidsovertuigingen.[234]

---

226 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1036 (MvT Inv).
227 De term 'verkeersopvattingen' moet worden onderscheiden van het begrip 'de in het verkeer geldende opvattingen'. Zie § 5.3.2.2.
228 Asser/Hartkamp II 2001, nr. 293. In vergelijkbare zin Bloembergen 1965, nr. 129; Rogmans 1999, nr. 12. Kritisch Dubbink 1990, p. 377.
229 Vgl. G.J. Scholten 1983, nr. 89; Rogmans 1999, nr. 14-16.
230 Vgl.*Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035 (MvA II); Asser/Scholten 1974, p. 128-129.
231 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032 (TM).
232 Vgl. Asser/Scholten 1974, p. 127.
233 Meijers 1903, p. 50; Rogmans 1999, nr. 24. Vgl. Meijers 1910, p. 19.
234 Zie Meijers 1910, p. 15. Vgl. met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid J. Wiarda 1947, p. 17.

Ik noem opvattingen als dat liegen niet hoort, dat anderen geen onnodig nadeel mag worden berokkend of dat, hoe hoger de mate van schuld aan bepaald gedrag is, hoe eerder iemand negatieve consequenties van dat gedrag moet aanvaarden. Deze behoorlijkheidsovertuigingen lopen over in de hierboven besproken rechtsbeginselen en zijn mede af te leiden uit het (systeem van het) geldende recht.

4.3.3.3 De verkeersopvattingen van advocaten

215. De verkeersopvattingen van advocaten vormen een belangrijk onderdeel van de in Nederland heersende rechtsovertuigingen met betrekking tot de rechtsverhouding tussen procespartijen. Aldus zijn ze van betekenis voor de inhoud van de eisen van de goede procesorde.

De verkeersopvattingen van advocaten zijn met name kenbaar uit de Gedragsregels voor Advocaten en tuchtrechtelijke uitspraken. De Gedragsregels vormen de neerslag van de opvattingen van de beroepsgroep zelf. Ze binden de tuchtrechter noch de advocaat,[235] maar vormen wel waardevolle richtlijnen voor advocatengedrag en tuchtrechtspraak. Veelvuldig corresponderen tuchtrechtelijke uitspraken dan ook met Gedragsregels.[236] In tuchtrechtelijke uitspraken wordt met regelmaat expliciet een verbinding gelegd tussen de tuchtrechtelijke normen en de goede procesorde.[237]

Tuchtrechtelijke uitspraken zijn niet bindend voor de burgerlijke rechter. Een in het kader van de beroepsregels gegeven oordeel van een tuchtrechter vormt echter als kenbron van verkeersopvattingen wel een mee te wegen factor bij het oordeel van de burgerlijke rechter.[238] Dit geldt mijns inziens ook voor de Gedragsregels zelf. Een voorbeeld van het als verkeersopvatting meewegen van een tuchtrechtelijk oordeel in het kader van art. 3:12 BW vormt het arrest *Kroymans/Sun Alliance*[239] waarin de Hoge Raad voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van een beroep op een polisvoorwaarde betekenis toekent aan de opvattingen van de Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf.

Uit de thans jongste versie van de Gedragsregels voor Advocaten (1992) zijn met name de regels 19 (niet rauwelijks rechtsmaatregelen nemen) en 30 (vereiste van goede trouw aangaande feitelijke mededelingen) van aanzienlijk belang voor de bepaling van hetgeen de goede procesorde binnen de verhouding tussen partijen eist.

---

235 Tuchtrechtelijk bindend is slechts art. 46 Adv.w. Zie Boekman 1998, p. 36.

236 Zie Wijckerheld Bisdom 1979; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 20; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 100. Boekman 1998, p. 36 merkt op dat slechts een enkele maal expliciet naar gedragsregels wordt verwezen.

237 Zie bijv. HvD 2 december 1996, *Adv.bl.* 1997, p. 94.

238 Huijgen (*Onrechtmatige daad VI.1*), aant. 11 met nadere verwijzingen.

239 HR 12 januari 1996 (*Kroymans/Sun Alliance*), *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM.

4.3.3.4 De verkeersopvattingen van en over procespartijen met een bepaalde hoedanigheid

216. Binnen afzonderlijke maatschappelijke geledingen kunnen verschillende opvattingen heersen over wat bij het procederen rechtens geoorloofd is. Zo zal de gemiddelde grote werkgever andere opvattingen hebben over procederen dan de gemiddelde werknemer. Daarnaast kunnen binnen de maatschappij in het algemeen rechtsovertuigingen leven over het procesgedrag dat van een werkgever of werknemer mag worden gevergd.

Het feit dat een rechtssubject op grond van zijn eigenschappen en maatschappelijke positie bij een bepaalde groep hoort, wordt in het verband van het contractenrecht wel aangeduid met de term hoedanigheid.[240] De rechtsovertuigingen van en over partijen met een bepaalde hoedanigheid kunnen invloed hebben op hetgeen de eisen van een goede procesorde in een concreet geval eisen. De hoedanigheid van een procespartij zal echter doorgaans vooral een meer directe rol spelen bij de bepaling van hetgeen de goede procesorde eist. Voor deze rol verwijs ik naar § 4.3.4.6.

Van de verkeersopvattingen van en over partijen met een bepaalde hoedanigheid moet worden onderscheiden gedragsnormering die exclusief geldt voor partijen met een bepaalde hoedanigheid. Een voorbeeld hiervan vormen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten aanzien van de overheid, die ook op procesgedrag toepasselijk zijn op grond van art. 3:14 BW. Wel kunnen deze normen als vindplaats voor verkeersopvattingen fungeren, aangezien ook het geldende recht een uiting van in Nederland levende rechtsovertuigingen vormt.

4.3.3.5 De in de doctrine verdedigde rechtsovertuigingen

217. Ook in de doctrine verdedigde opvattingen kunnen als in Nederland levende rechtsovertuigingen worden beschouwd.[241] De doctrine zal in het bijzonder een rol kunnen spelen wanneer daarin uitgebreide discussie en meningsvorming heeft plaatsgevonden omtrent de inhoud van een gedeelte van het ongeschreven recht waarover nog onduidelijkheid bestaat. Een belangrijk voordeel van de literatuur als vindplaats van de in Nederland levende rechtsovertuigingen is haar goede toegankelijkheid. De in de literatuur verdedigde rechtsopvattingen zijn veel beter kenbaar dan de in de maatschappij levende opvattingen en de verkeersopvattingen. Daarom zal de rol van de literatuur bij de vaststelling van hetgeen de goede procesorde eist verhoudingsgewijs belangrijk zijn.[242] Evenals de andere in Nederland levende rechtsover-

240 Tjittes 1994, p. 2.

241 Bloembergen 2000c, nr. 4. In deze zin over verkeersopvattingen Rogmans 1999, nr. 22.

242 Zie met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid expliciet HR 28 april 2000 (*Erven Van Hese/De Schelde*), *NJ* 2000, 430 m.nt. ARB onder 431.

tuigingen heeft de literatuur als zodanig geen normatieve kracht.[243] Ook hier geldt: hoe sterker en eensgezinder het geluid, hoe meer gewicht het in de schaal legt.[244] Dat dit gewicht vaak niet expliciet gemaakt wordt, doet aan zijn betekenis niet af.[245]

4.3.3.6 Het (systeem van het) geldende recht en de in Nederland levende rechtsovertuigingen

218. Wanneer het geldende recht een duidelijk antwoord geeft op een voorliggende rechtsvraag hebben we te maken met een 'makkelijk geval'.[246] Een dergelijk duidelijk antwoord is bij de vaststelling van de inhoud van een vage norm als de goede procesorde vaak niet voorhanden. De inhoud van het geldende recht is dan onduidelijk. Het wel duidelijke geldende recht heeft dan als kenbron van rechtsovertuigingen betekenis voor het ophelderen van de geconstateerde onduidelijkheid.[247] Deze betekenis is groot: de rechtsovertuigingen die uit het geldende recht spreken hebben naar hun aard meer gezag dan welke rechtsovertuiging dan ook.

Enerzijds spreken uit (het systeem van) wettelijke regels in Nederland levende rechtsovertuigingen.[248] Deze zijn van betekenis voor de inhoud van met deze regels verwante ongeschreven regels. Aldus vormt ook het wettelijk systeem een factor bij het bepalen van wat de eisen van een goede procesorde meebrengen.[249] Een voorbeeld vormt de uit de wet sprekende rechtsovertuiging dat rechtszekerheid in het procesrecht van belang is. Met name hieruit kan de regel worden verklaard, dat een reactie op de conclusie van het Openbaar Ministerie binnen twee weken binnen moet zijn.[250]

Anderzijds zal aan in de maatschappij of in een bepaalde beroepsgroep levende rechtsovertuigingen die niet zijn in te passen in het systeem van het geldende recht geen betekenis kunnen toekomen omdat dit vanuit het oogpunt van rechtseenheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo past de wellicht binnen delen van de advocatuur levende rechtsovertuiging dat men in een civiel proces geen bewijs tegen zichzelf hoeft aan te dragen,[251] niet binnen het geldende recht (zie § 2.3). Omgekeerd geldt dat hoe beter een rechtsovertuiging binnen het

243 Asser/Vranken 1995, nr. 179.
244 Vgl. Asser/Vranken 1995, nr. 180.
245 Asser/Vranken 1995, nr. 171.
246 Asser/Vranken 1995, nr. 85-87. Vgl. H. Drion 1966, p. 406.
247 Van Schilfgaarde 1999, p. 813 plaatst het systeem van het recht naast de in art. 3:12 BW genoemde factoren. Voor de resultaten heeft dit verschil in indeling waarschijnlijk weinig betekenis.
248 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032 (TM).
249 Vgl. Schoordijk 1986, p. 21; W. Snijders 1999b, p. 794; Bloembergen 2000a, nr. 4.
250 HR 2 november 1997 (*M./V.*), *NJ* 1998, 164.
251 Vgl. Klaassen 2001, nr. 33.

systeem van het geldende recht past, hoe meer invloed deze rechtsovertuiging zal hebben op de rechtsvinding.

4.3.4 Overige omstandigheden van het geval

4.3.4.1 Inleiding

219. Als derde determinant voor de bepaling van wat redelijkheid en billijkheid eisen noemt art. 3:12 BW 'de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.' Kisch heeft over de verhouding tussen deze belangen en 'de omstandigheden van het geval' het volgende betoogd:

> "(...) bijzondere omstandigheden zijn óók te noteren in termen van maatschappelijke en persoonlijke belangen, en ik kan geen geval bedenken waarin niet notering én op de ene én op de andere wijze mogelijk zou zijn."[252]

Inderdaad kan hetgeen hierboven als rechtsbeginsel of rechtsovertuiging is besproken in concreto ook als belang worden opgevat. Ik heb er echter voor gekozen de indeling van art. 3:12 BW te volgen en de rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen afzonderlijk te behandelen. Hieronder sluit ik mij in zoverre bij de opvatting van Kisch aan dat ik onder de 'bij het gegeven geval betrokken belangen' alle nog niet aan bod gekomen factoren die bepalend zijn voor de inhoud van de goede procesorde begrijp.

Bij het bepalen van het gewicht dat de verschillende betrokken belangen in een concreet geval in het kader van de goede procesorde moet toekomen, is objectivering vereist. De meningen van de belanghebbenden hieromtrent zullen verschillen en reeds daarom niet beslissend kunnen zijn. Bij dit alles moet niet uit het oog worden verloren dat objectivering tevens waardering inhoudt, waarbij subjectieve elementen niet zijn uit te sluiten.[253] Rechtsvinding is meer dan belangenafweging.[254] Niet efficiëntie, maar rechtvaardigheid staat centraal. Dat met name op het niveau van de rechtsregel efficiëntie een belangrijke determinant van rechtvaardigheid is, doet hieraan niet af.[255]

Objectivering van de belangen kan met name geschieden in het licht van de andere twee in art. 3:12 BW genoemde factoren.[256] De betrokken belangen zijn slechts één van de factoren in het rechtsvindingsproces in het kader van de goede procesorde.[257] Naast rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen zijn

252 Kisch 1955, p. 150.
253 Zie voor dit alles Meijers 1910, p. 18-19; G.J. Wiarda 1973, p. 181.
254 Asser/Vranken 1995, nr. 221.
255 Zie met name Nieuwenhuis 1984; Hol 1993.
256 Vgl. Meijers 1910, p. 18; Wiarda/Koopmans 1999, p. 83.
257 Zie J. Wiarda 1952, p. 456. Vgl. echter p. 467.

met name uit de wet blijkende belangenafwegingen door de wetgever richtinggevend.

4.3.4.2 Maatschappelijke belangen

220. De term 'maatschappelijk belang' – men spreekt ook wel van algemeen belang – zegt op zichzelf weinig.[258] Maatschappelijke belangen zijn in feite steeds (gebundelde) individuele belangen, hetzij van particulieren, hetzij van de staat.[259] Een scherp onderscheid tussen maatschappelijke en persoonlijke belangen valt mijns inziens dan ook niet te maken. In essentie gaat het bij maatschappelijke belangen naar mijn mening om belangen waaraan op min of meer objectieve gronden een bijzondere status toekomt. Deze gronden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat het betrokken belang bij uitstek of zelfs bij uitsluiting in collectief verband kan worden behartigd (bijvoorbeeld werkgelegenheid of milieu), naar zijn aard (in potentie) velen of allen raakt (bijvoorbeeld vrijheid van meningsuiting), of dat aan het belang in kwestie maatschappelijk een buitengewoon hoge waarde wordt gehecht (bijvoorbeeld lichamelijke integriteit, bewegingsvrijheid).[260] De praktische relevantie van de kwalificatie 'maatschappelijk belang' is mijns inziens dat daarmee wordt aangegeven dat een dergelijk belang in het kader van een belangenafweging relatief veel gewicht in de schaal moet leggen.

De bij de goede procesorde betrokken maatschappelijke belangen komen grotendeels tot uitdrukking in de reeds besproken rechtsbeginselen. In de kern gaat het om een toegankelijke, betaalbare, snelle en naar methode en uitkomst zo rechtvaardig mogelijke rechtspraak.[261] Deze maatschappelijke belangen worden ook geacht ten grondslag te liggen aan het systeem van het geschreven procesrecht en komen overeen met persoonlijke belangen van rechtszoekenden.

Ook andere algemene belangen, al dan niet in de Grondwet en het EVRM tot uitdrukking gebracht, kunnen mede bepalend zijn voor wat de goede procesorde in concreto meebrengt. Zo heeft de Hoge Raad het feit dat een nieuw standpunt in appel is opgeworpen ter verdediging van het recht op privéleven (8 EVRM) tegen schending ten processe, relevant geacht voor de vraag of dit standpunt als in strijd met de goede procesorde tardief is.[262]

4.3.4.3 Persoonlijke belangen: algemeen

221. Centraal staat voor mij de stelling van M.E. Storme dat ook in een processuele verhouding "(…) partijen zich mede door de gerechtvaardigde belangen

---

258 Kritsch over het gebruik ervan Asser/Vranken 1995, nr. 136. Vgl. Verburgh 1975, p. 10 met nadere verwijzingen.
259 Vgl. Frenk 1994, p. 113.
260 Zie nader *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 57-60 (Nota II); Verburgh 1975; Dommering 1982.
261 Zuckerman 1999, p. 3-10. Zie ook Asser 1997b, nr. 9.
262 HR 22 januari 1999 (*F./S.*), *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS.

van de wederpartij moeten laten leiden (…)."[263] Deze regel geldt in zijn algemeenheid voor elke rechtsverhouding. Wat hij in concreto meebrengt, hangt steeds af van de omstandigheden van het geval en met name van de vraag, wat in casu *gerechtvaardigde* belangen zijn (zie § 4.2.3.1). Bij een procesverhouding speelt bij de vaststelling hiervan mede een rol dat de tegenstelling tussen de verschillende betrokken persoonlijke belangen op fundamentele wijze op de voorgrond treedt. Procespartijen hebben een geschil en hebben in de eerste plaats te waken voor hun eigen belangen. Ergens houdt echter, ook ten processe, de gerechtvaardigdheid van het dienen van het eigen belang op en begint de plicht oog te hebben voor het belang van de ander. Hiermee verschilt de procesverhouding niet van welke rechtsverhouding dan ook.[264]

Interessant is dat de Hoge Raad bereid blijkt te zijn expliciet betekenis toe te kennen aan de gerechtvaardigde belangen van partijen bij procesrechtelijke rechtsvinding. Bij de beantwoording van de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van de intrekking van een cassatieberoep – een vraag die zich laat plaatsen in het kader van de goede procesorde – overweegt hij dat hierbij "(…) mede rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de verweerder (…)."[265]

4.3.4.4 Persoonlijke belangen: wijze van procederen

222. De persoonlijke belangen voor partijen en de staat bij de wijze van procederen zijn al grotendeels tot uitdrukking gebracht bij behandeling van de rechtsbeginselen, waarnaar ik dan ook moge verwijzen. Samenvattend: partijen hebben over en weer persoonlijk belang bij hoor en wederhoor, toegankelijkheid, rechtszekerheid en een rechtvaardige beslissing, althans worden geacht dat te hebben. Alle betrokken worden voorts geacht belang te hebben bij snelheid en kostenefficiëntie.

4.3.4.5 Persoonlijke belangen: het voorwerp van geschil

223. Op het eerste gezicht lijken de belangen bij toe- en afwijzing van de vordering die voorwerp van geschil is geen relevante rol te kunnen spelen als bij het betrokken geval persoonlijke belangen bij de vaststelling van wat de goede procesorde eist. In veel gevallen zal het belang bij toewijzing van eiser immers als even groot zijn te waarderen als het belang bij afwijzing van gedaagde. De belangen kunnen als het ware tegen elkaar worden weggestreept. Deze gedachte komt helder tot uitdrukking bij het voorbeeld van een vordering tot betaling van een geldsom. Het belang van eiser bij toewijzing van een

263 M.E. Storme 1990, nr. 9.

264 In deze zin ook M.E. Storme 1990, nr. 9. Vgl. Vranken 1996, p. 92-93, die aandacht vraagt voor de alomtegenwoordigheid van relativering en concretisering in de rechtsvinding.

265 HR 18 februari 1994 (*Zoontjens/Kijlstra*), *NJ* 1994, 606 m.nt. HER.

vordering van een bepaald bedrag is even groot als het belang van gedaagde bij afwijzing van die vordering.

Het beeld vertroebelt wanneer het blikveld wordt verruimd naar andere belangen. Als voorbeeld noem ik de wijze waarop in het tweede *Valkenhorst*-arrest hetgeen de goede procesorde van gedaagde verlangt mede wordt ingekleurd aan de hand van de aard van de vordering.[266] Het gaat in deze zaak om een vrouw die van haar moeder informatie vordert omtrent de identiteit van haar biologische vader. In eerste aanleg beroept de moeder zich tevergeefs op haar recht op privacy. In hoger beroep stelt zij zwanger te zijn geworden ten gevolge van een door meerdere personen gepleegd zedenmisdrijf en daarom niet te weten wie de biologische vader is. Het Hof verwerpt het appel, oordelende dat de moeder haar nieuwe stellingen onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt, met name door noch relevante bescheiden over te leggen, noch aan te geven waarom deze ontbreken. De Hoge Raad plaatst dit oordeel in het kader van de goede procesorde en sanctioneert het. Het oordeel van het Hof komt erop neer dat de moeder tekort is geschoten in haar stellast. De omvang hiervan wordt bepaald door de omstandigheden van het geval, waaronder, aldus A-G Vranken, de aard van de vordering.[267] Kennelijk wordt in deze zaak het belang van eiser (wetenschap omtrent de biologische vader) intrinsiek hoger ingeschat dan het belang van gedaagde (moeder die een beroep doet op bescherming van haar privé-leven) en is dit een van de omstandigheden van het geval die bepalend zijn voor wat de eisen van een goede procesorde meebrengen.

4.3.4.6 De hoedanigheid van procespartijen

224. De hoedanigheid van procespartijen kwam al aan de orde bij de behandeling van de in Nederland levende rechtsovertuigingen (zie § 4.3.3.4). Aldaar is opgemerkt dat partijen met een bepaalde hoedanigheid specifieke verkeersopvattingen kunnen hebben en dat over dergelijke partijen specifieke verkeersopvattingen kunnen bestaan. De hoedanigheid van procespartijen kan op deze indirecte wijze invloed hebben op hetgeen de goede procesorde eist. Maar de hoedanigheid van partijen is vooral op zichzelf beschouwd een relevante omstandigheid bij het bepalen van hetgeen de goede procesorde eist.[268]

De hoedanigheden van degenen die bij een rechtsverhouding zijn betrokken zijn voor de wetgever soms aanleiding tot aanpassing van de wederzijdse processuele posities. Als voorbeeld kan hier de bijzondere bewijslastverdeling bij arbeidsongevallen (art. 7:658 BW) dienen. Ook de rechter kan in de hoedanigheid van bepaalde partij aanleiding zien de processuele posities op een

266 HR 3 januari 1997 (*C./M.*), *NJ* 1997, 451 m.nt. JdB.
267 Zie met name ook de conclusie van A-G Vranken sub 13.
268 Zie voor de redelijkheid en billijkheid reeds HR 19 mei 1967 (*Saladin/HBU*), *NJ* 1967, 216 m.nt. GJS.

bepaalde manier in te vullen. Zo kan het feit dat een bepaalde partij uit de aard der zaak bepaalde wetenschap heeft bepalend zijn voor de stel- bewijslastverdeling of voor het oordeel dat nieuwe feiten te laat zijn ingebracht.[269]

Een bijzondere hoedanigheid bezitten overheidslichamen. Rechtspersoonlijkheid bezittende overheidslichamen (art. 2:1 BW) kunnen als civiele procespartij optreden.[270] Een dergelijk optreden vormt de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid. Op grond van art. 3:14 BW dient de overheid zich bij de uitoefening van deze bevoegdheid te houden aan geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Deze verplichting wordt voor de in de afdelingen 3.2-3.5 Awb neergelegde normen nog eens kracht bij gezet door art. 3:1 lid 2 Awb.[271]

Voorzover hier van belang worden de regels van publiekrecht waaraan de overheid zich bij het procederen voor de burgerlijke rechter moet houden gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik noem hier het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb), het verbod op *détournement de pouvoir* (art. 3:3 Awb, dat in dit verband overigens geen zelfstandige betekenis heeft naast het doelcriterium van art. 3:13 lid 2 BW), het gebod van zorgvuldige belangenafweging (art. 3:4 Awb), het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Op de inhoud en implicaties van deze beginselen kan ik op deze plaats niet nader ingaan.[272] Waar het om gaat is dat deze beginselen medebepalend zijn voor de eisen die de goede procesorde aan het procesgedrag van de overheid stelt. De invulling die de goede procesorde met betrekking tot procesgedrag van de overheid krijgt, zal immers moeten stroken met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De betekenis van de (verschillende) hoedanigheid van partijen moet in het verband van de procesverhouding ook weer niet worden overschat, aangezien de gedeelde hoedanigheid van 'procespartij' veel van de potentiële invloed van de (verhouding tussen de) buitenprocessuele hoedanigheden zal overstemmen.

4.3.4.7 Tijdsverloop

225. Ook buiten de gevallen die ik in het kader van het decisiebeginsel (zie § 4.3.2.4) heb geplaatst, heeft de factor tijd invloed op wat de goede procesorde meebrengt. Bij het decisiebeginsel gaat het om tijdsverloop binnen de procedure. Maar ook buitenprocessueel tijdsverloop kan betekenis hebben voor hetgeen de goede procesorde eist. Zo kan het zeer laat initiëren van een procedure meebrengen dat de goede procesorde hoge eisen stelt aan degene

269 Zie met betrekking tot de arts bijv. HR 20 november 1987 (*Timmer/Deutman*), *NJ* 1988, 500 m.nt. WLH en de notaris bijv. HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 m.nt. WMK.
270 Van der Does & Snijders 2001, nr. 26.
271 Zie over deze artikelenVan der Does & Snijders 2001, nr. 13.
272 Zie nader Van der Does & Snijders 2001, nr. 13-17.

die ageert. Een voorbeeld vormt het arrest *ABP/Sun*, waarin de Hoge Raad heeft beslist dat het Hof, gezien het lange tijdsverloop tussen een aanrijding en de daarop betrekking hebbende vordering, een bewijsaanbod uit het oogpunt van de goede procesorde mocht passeren omdat de betreffende partij niet had kunnen volstaan met het algemene aanbod zoals gedaan.[273]

4.3.4.8 Vermijdbaarheid, verwijtbaarheid en vergbaarheid van gedrag

226. Bij de beoordeling van de handelwijze van een procespartij in het kader van de goede procesorde speelt de vermijdbaarheid en verwijtbaarheid van dat handelen een dikwijls impliciete maar niettemin belangrijke rol.[274] Had de handelende partij het beoogde resultaat van zijn gedrag gemakkelijk op een voor de andere betrokkenen minder bezwaarlijke wijze kunnen bereiken, dan is dat een aanwijzing dat aan het handelen wegens strijd met de goede procesorde rechtsgevolg moet worden onthouden.

Een voorbeeld hiervan is het laat inbrengen van een feitelijke stelling. Waren de betrokken feiten kennelijk reeds lang bekend, dan zal dit mede reden zijn de stelling eventueel als tardief terzijde te laten. De stelling had namelijk ook eerder ingenomen kunnen worden. Anders ligt het indien het om net bekend geworden feiten gaat. In dat geval was het laat innemen van de stelling onvermijdbaar en dus niet verwijtbaar. Daarom zal de stelling dan minder snel als tardief terzijde mogen worden gelaten. Iets dergelijks geldt bij het in een laat stadium in hoger beroep naar voren brengen van een getuige die zonder bezwaar eerder had kunnen worden gehoord.[275] Ook de eerdere (pre-) processuele houding van partijen kan gewicht hebben voor de vraag wat de goede procesorde meebrengt. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de rechtspraak over het passeren van late verweren in hoger beroep.[276]

De verwijtbaarheid van procesgedrag in het kader van de eisen van een goede procesorde komt expliciet naar voren in het arrest *Rijpkema/KBS*. Rijpkema verwijt KBS onnodig lang te hebben gewacht met het instellen van incidenteel cassatieberoep tot het moment van schriftelijke toelichting in het principale beroep en bepleit niet-ontvankelijkheid van het incidentele beroep. De Hoge Raad overweegt:

> "Dit beroep op niet-ontvankelijkheid gaat niet op. (…) Van strijd met een goede procesorde kan eerst dan sprake zijn, indien met de zuivering van verstek nodeloos en met het doel het evenwicht in de procedure in cassatie te verstoren is gewacht. Voor de beoordeling of hiervan sprake is zal onder meer van belang zijn of de

273 HR 25 juni 1993 (*ABP/Sun*), *NJ* 1993, 630.
274 Vgl. met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid J. Wiarda 1947, p. 17.
275 Zie bijv. Hof Arnhem 13 februari 2001, *NJ* 2001, 441.
276 Zie HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548 m.nt. WHH; HR 27 september 1991 (*Groenendijk/Stapel*), *NJ* 1991, 801; HR 10 maart 1995 (*Holtrop/Stevens*), *NJ* 1996, 299 m.nt. HJS; HR 22 januari 1999 (*F./S.*), *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS.

gelijktijdigheid van het geven van een schriftelijke toelichting, door de zuivering van het verstek, met het oog op het verkrijgen van een voorsprong in de cassatieprocedure, wordt verstoord."[277]

Van een procespartij kan niet het onmogelijke worden gevraagd, bijvoorbeeld het stellen van feiten waarvan hij onmogelijk op de hoogte kan zijn. Andersom is het gegeven dat een partij iets gemakkelijk(er dan de wederpartij) zou kunnen doen, een argument om aan het nalaten daarvan negatieve gevolgen te verbinden. Ik gaf al het voorbeeld van de tardieve stelling. Daaraan kan worden toegevoegd het stellen van feiten die van belang zijn en waarvan de betrokken partij weet heeft, terwijl de wederpartij uit de aard der zaak niet over deze feiten beschikt.[278]

Aan dit alles voeg ik nog toe dat van partijen in zekere mate consequent en consistent gedrag mag worden verwacht.[279] Ik verwijs naar hetgeen ik in § 4.2.2.4 over rechtsverwerking heb opgemerkt.

In het algemeen lijkt het erop dat er een stijgende aandacht is voor en een toenemend belang wordt gehecht aan de gedachte dat partijen een bijdrage leveren aan de beslechting van hun geschil. Een toenemende invloed van deze visie gaat gepaard met het aanscherpen van aan partijen te stellen gedragseisen.[280] Binnen het kader van de goede procesorde vertaald: de vergbaarheid – en in het verlengde daarvan de vermijdbaarheid en verwijtbaarheid – van gedrag is voor de invulling van de eisen van een goede procesorde van toenemend belang.

4.3.4.9 Andere omstandigheden van het geval

227. Voor de inhoud van de eisen van een goede procesorde kunnen ook omstandigheden die hierboven niet expliciet zijn besproken relevant zijn.[281] Op deze plaats wil ik er slechts op wijzen dat het hierboven gegeven overzicht enuntiatief en niet limitatief is.

4.3.5 De eisen van een goede procesorde: conclusie

228. De term 'eisen van een goede procesorde' vormt een verwijzing naar ongeschreven procesrecht. Het in het kader van de eisen van een goede procesorde ontwikkelde ongeschreven procesrecht vervult ten opzichte van het geschreven procesrecht drie functies. Ten eerste geeft het richting bij de uitleg

277 HR 19 oktober 2001 (*Rijpkema/KBS*), *NJ* 2001, 653.
278 Zie bijv. HR 20 november 1987 (*Timmer/Deutman*), *NJ* 1988, 500 m.nt. WLH.
279 Anders Baumgärtel 1973, p. 363.
280 Vgl. Vranken 1999, nr. 85.
281 Zie bijv. Heemskerk 1980c; Van Mierlo 1998, p. 46; HR 3 januari 1997 (*C./M.*), *NJ* 1997, 451 m.nt. JdB.

van geschreven procesrecht. Ten tweede geldt het ongeschreven procesrecht waar geschreven regels ontbreken. Ten derde is het ongeschreven procesrecht bepalend voor de grenzen van de werking van geschreven regels van procesrecht en de inroepbaarheid van daaruit voortvloeiende bevoegdheden (§ 4.2.2).

In het commune burgerlijk recht verwijzen onder meer de begrippen 'redelijkheid en billijkheid', 'misbruik van bevoegdheid' en 'hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt' naar ongeschreven recht. De eisen van redelijkheid en billijkheid verschillen niet intrinsiek van die van de goede procesorde en leiden in concreto tot dezelfde resultaten. De veelbesproken vraag, of redelijkheid en billijkheid binnen het proces zouden moeten werken, is zo beschouwd zinledig: de eigenlijke vraag is wat het (ongeschreven) recht, onder welke noemer dan ook, van partijen eist (§ 4.2.3.1). In de Nederlandse praktijk worden beide begrippen in beginsel uitsluitend binnen hun eigen domeinen gebruikt. Waar de domeinen van de termen 'redelijkheid en billijkheid' en 'goede procesorde' in elkaar overlopen, waarvan het typische voorbeeld een procedure rond een overeenkomst is, worden beide termen wel gebruikt ter verwijzing naar binnen het proces geldend ongeschreven recht (§ 4.2.3.2).

De preventieve werking van misbruik van processuele bevoegdheden komt overeen met de beperkende werking van de goede procesorde. In concreto leiden beide figuren tot dezelfde resultaten. De repressieve werking van misbruik van bevoegdheid staat hier naast, evenals de twee andere functies van de goede procesorde (§ 4.2.3.4).

De term 'goede procesorde' verwijst naar ongeschreven recht. Voor wat deze eisen in een concreet geval(stype) meebrengen, zijn de omstandigheden van het geval bepalend. Aan de hand van het door art. 3:12 BW geboden kader kunnen deze omstandigheden in beeld worden gebracht (§ 4.3.1).

Van de (proces)rechtsbeginselen zijn hoor en wederhoor, toegankelijkheid, het decisiebeginsel, rechtszekerheid en rechtvaardigheid in belangrijke mate bepalend voor de inhoud van de eisen van een goede procesorde (§ 4.3.2). Van de in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn onder meer de algemene rechtsovertuigingen, de verkeersopvattingen van advocaten en de overtuigingen die spreken uit het geldende recht van belang (§ 4.3.3). Van de overige omstandigheden van het geval noem ik hier als belangrijkste de factoren tijd, kosten en wat van een procespartij in concreto kan worden gevergd of wat hem in concreto kan worden verweten (§ 4.3.4).

In de concrete toepassingen van de eisen van een goede procesorde spelen van geval tot geval verschillende factoren de hoofdrol. De verschillende factoren hebben geen vast gewicht en wijzen ook dikwijls in verschillende richtingen. Pas in een concrete casus blijkt daadwerkelijk wat de goede procesorde eist.

4.4 Gevallen van processuele lasten

4.4.1 Inleiding

229. Procederen door partijen kan worden gezien als het over en weer uitoefenen van bevoegdheden. De grenzen van deze bevoegdheden hebben voor een belangrijk deel het karakter van lasten. Handelen in strijd met een last is rechtens toegestaan maar heeft als negatief te karakteriseren rechtsgevolgen voor de handelende (zie § 2.1.2.2). Lasten vloeien voor een niet onbelangrijk deel voort uit in het kader van de eisen van een goede procesorde ontwikkeld ongeschreven recht.

In het navolgende zullen de belangrijkste voorbeelden van processuele lasten worden besproken. Ik besteed hierbij tevens aandacht aan het Franse, Duitse en Belgische recht. Ik ben mij bewust van de eigenaardigheid van de verschillende processtelsels. Het is mijn bedoeling met de aandacht voor andere stelsels het Nederlandse recht in perspectief te plaatsen en aanknopingspunten te geven voor de waardering en ontwikkeling van het Nederlandse systeem.

Ter wille van de overzichtelijkheid ga ik voorbij aan de binnen de verschillende landen bestaande differentiatiemogelijkheden met betrekking tot de inrichting van de procedure. Voor het Franse recht ga ik uit van het *circuit long*, voor het Belgische van de 'lange debatten' en voor het Duitse recht van het *schriftliches Vorverfahren*. Voor het Nederlandse recht vormt de contentieuze dagvaardingsprocedure het uitgangspunt, maar zal regelmatig worden gerefereerd aan en vergeleken met de verzoekschriftprocedure.

4.4.2 Rechtsingang

4.4.2.1 Herhaalde vordering

230. Degene jegens wie ten tweede male door dezelfde persoon over hetzelfde geschil een procedure wordt begonnen, kan ter afwering van de nieuwe vordering een beroep doen op de bindende kracht, gezag van gewijsde genoemd, van de uitspraak in de eerste procedure. Deze in art. 236 Rv neergelegde regel, die in beginsel analoog van toepassing is in verzoekschriftprocedures,[282] kan worden gebaseerd op het decisiebeginsel.[283] Het Franse (art. 480 NCPC), Belgische (art. 25 Ger.W.) en Duitse (§ 325 ZPO) recht kennen een soortgelijke regel.

Er zijn gevallen waarin meerdere procedures rond hetzelfde feitencomplex spelen, maar waarin art. 236 Rv niet van toepassing is. Voor niet-toepasselijk-

282 HR 30 oktober 1998 (*Van Gasteren/Beemster*), *NJ* 1999, 83; HR 10 september 1999 (*SMW/Gem. Wijchen*), *NJ* 1999, 735.

283 In soortgelijke zin Beukers 1994, p. 36.

heid van art. 236 Rv kunnen uiteenlopende redenen bestaan, die ik hier niet allemaal kan bespreken.[284] In zulke gevallen kan de vraag rijzen in hoeverre het ongeschreven procesrecht een dergelijke pluraliteit toestaat. Ik volsta met een enkel voorbeeld: het herhaald kort geding.[285]

Een in kort geding gegeven oordeel heeft geen gezag van gewijsde.[286] De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat het herhaald op dezelfde gronden instellen van een kort geding strijdig kan zijn met de goede procesorde.[287] A-G Biegman-Hartogh beargumenteert deze regel vanuit het adagium *lites finiri oportet*, dat inhoudelijk kan worden geplaatst binnen het decisiebeginsel.[288] Ook het wettelijk systeem (art. 236 Rv) biedt steun aan deze beslissing. Hiernaast valt te wijzen op het belang van gedaagde om verschoond te blijven van onnodige procedures en op het feit dat van eiser kan worden gevergd dat hij zijn punt voorzover mogelijk binnen één procedure maakt.

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat een herhaald kort geding ook misbruik van procesrecht kan vormen. Aan te nemen valt dat de uit de twee leerstukken voortvloeiende grenzen in concreto samenvallen.

Het gaat hier om een typisch voorbeeld van de derogerende werking van de goede procesorde. Een in abstracto aan het rechtssubject toekomende bevoegdheid (tot het instellen van een kort geding) wordt in concreto begrensd door de eisen van een goede procesorde. Aan welke kant van de grens de agens zich bevindt, wordt bepaald aan de hand van de hierboven genoemde factoren en andere omstandigheden van het geval zoals eventuele nieuwe feiten en de in het geding zijnde belangen.

4.4.2.2 De goede procesorde en art. 3:303 BW

231. In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien dat de regel 'geen belang, geen actie' (art. 3:303 BW) kan worden opgevat als een toepassing van het leerstuk van misbruik van processuele bevoegdheden (§ 3.3.1.6). Vervolgens heb ik eerder in dit hoofstuk geconcludeerd dat (de preventieve kant van) misbruik van bevoegdheid op één lijn staat met de derogerende werking van de goede procesorde en dat de in concreto uit deze twee figuren voortvloeiende grenzen samenvallen (§ 4.2.3.4). Uit dit alles volgt dat in mijn visie de regel van art. 3:303 BW tevens in de sleutel van de derogerende werking van de goede procesorde kan worden geplaatst. Ook hier zullen de grenzen die in concreto uit de verschillende figuren voortvloeien samenvallen. Voor deze opvatting

284 Zie Asser (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 67 met nadere verwijzingen.
285 Vgl. verder bijv. Ktr. Groningen 12 februari 2002, *NJ* 2002, 322.
286 Zie art. 292 Rv en bijv. HR 10 januari 1958 (*Tekinalp/Bakan*), *NJ* 1958, 78 m.nt. LEHR. Vgl. art. 488 NCPC en art. 1039 Ger.W.
287 HR 27 mei 1983 (*Leutscher/Van Tuijn IV*), *NJ* 1983, 600.
288 A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie bij HR 27 mei 1983 (*Leutscher/Van Tuijn IV*), *NJ* 1983, 600.

vind ik steun in het arrest *Europeesche/Ohra* waarin de Hoge Raad overweegt dat

> "(…) het Hof – met juistheid – ervan [is] uitgegaan dat de vraag of rechtens voldoende belang bestaat bij een vordering die – zoals hier – louter strekt tot het verkrijgen van een of meer verklaringen voor recht, moet worden beantwoord door na te gaan wat, gegeven de bijzonderheden van de rechtsverhouding waarin partijen tot elkaar staan, de eisen van een goede procesorde meebrengen."[289]

4.4.3 De positie van eiser in eerste aanleg

4.4.3.1 Inleiding

232. De eiser is degene die het initiatief neemt om een geschil met gedaagde aan de rechter voor te leggen. Hij bepaalt in eerste instantie waarover geprocedeerd gaat worden. Het beginsel van de partij-autonomie doet zich hier sterk gelden: in beginsel kan eenieder tegen een willekeurige ander over een willekeurig onderwerp een procedure beginnen en deze inrichten hoe hij wil. In § 3.3.1 heb ik de grenzen die het leerstuk misbruik van bevoegdheid aan dit uitgangspunt stelt, verkend. In § 4.4.3 ga ik in op de grenzen die het recht via lasten stelt aan de wijze van gedingvoering door eiser.

4.4.3.2 Standpuntbepaling door eiser

233. Eiser bepaalt zijn standpunt primair door hetgeen hij in de dagvaarding stelt. Art. 111 lid 2 sub d Rv vereist vermelding van "de eis en de gronden daarvan". Het gaat hier om de stelplicht, of, preciezer, de stellast of aanvoeringslast.[290] Art. 111 lid 2 sub d Rv komt overeen met art. 5 lid 1 sub 3 Rv (oud), dat bepaalt dat de dagvaarding de eis en de middelen waarop deze steunt, weergeeft. Art. 278 Rv bevat met betrekking tot het verzoekschrift soortgelijke vereisten.[291] Het nieuwe recht lijkt op dit punt geen fundamentele breuk met het oude te vormen. Wel zijn de aanvullingsmogelijkheden minder: de dagvaarding is in principe het enige schriftelijke stuk van eiser.[292] Een verschil is ook dat in het huidige recht de de conclusie van eis is vervallen,

289 HR 27 februari 1998 (*Europeesche/Ohra*), *NJ* 1998, 764 m.nt. MMM. Vgl. met betrekking tot het kort geding HR 29 november 2002 (*Gem. Groningen/Reilman*), *NJ* 2003, 78 m.nt. PAS.

290 Het is immers in beginsel niet verboden om niet of onvoldoende te stellen: zie met name Motulsky 1948, p. 87 nt. 6. Terecht kritisch over de Nederlandse terminologie, M. Storme 1962, nr. 16. Zie over de begrippen plicht en last § 2.1.2. Vgl. bijv. Asser 1992a, nr. 24; Bolard 2002, nr. 2330-2332.

291 Hierover Van den Reek 1997, nr. 43.

292 Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, nr. 2.1.11.1.

maar dit stuk had veelal een pro forma-karakter.[293] Voorzover de conclusie van eis zelfstandige betekenis had (met name het produceren van stukken), is deze opgegaan in de dagvaarding.

De eis is hetgeen eiser vordert. Deze houdt een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving in van de uitspraak die eiser van de rechter verlangt.[294] Bij de gronden van de eis gaat het om rechtsfeiten, dat wil zeggen "(…) die feiten en omstandigheden, waarop de eischer het door hem beweerde recht afleidt (…)."[295] Men spreekt ook wel van feitelijke grondslag.[296] Aangezien eiser hierop zijn vordering rechtens baseert, kan hij in feite niet anders dan de gronden van de eis in dat juridische perspectief presenteren.[297] De feitelijke grondslag zal mede bestaan uit subjectieve rechten.[298] Eiser kan niet volstaan met een bloot en ongestructureerd feitenbestand.[299] Bij bijvoorbeeld een revindicatie zal de feitelijke stelling dat een bepaalde zaak zich onder gedaagde bevindt, onvoldoende zijn. Eiser zal zijn eigendomsrecht in de strijd moeten werpen en dat zal niet in puur feitelijke termen kunnen.

Art. 111 lid 3 Rv vraagt van eiser eventuele preprocessuele verweren van gedaagde in de dagvaarding te vermelden, alsmede zijn bewijsmiddelen met betrekking tot de aldus betwiste gronden van de eis. Of hiermee van eiser ook wordt gevergd meteen bij dagvaarding te reageren op preprocessuele verweren als verjaring van de vordering of nietigheid van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd, is niet zonder meer duidelijk. Een dergelijke eis lijkt wel in overeenstemming met de strekking van het artikellid.[300] In ieder geval wettigt deze bepaling de veronderstelling dat dagvaarden zonder preprocessueeel contact uit den boze is (zie § 3.3.1.11). Preprocessueel stilzwijgen van gedaagde na door eiser te zijn aangesproken betekent dat eiser geen preprocessuele weren kan noemen en dit dus ook niet hoeft.[301] Hij doet er echter verstandig aan dit stilzwijgen zelf wel als feit te vermelden.[302]

234. De Franse, Belgische en Duitse voorschriften over de inhoud van de dagvaarding komen in tamelijk sterke mate met art. 111 lid 2 sub d Rv overeen. Over de *assignation*, de Franse pendant van de dagvaarding, bepaalt art. 56 NCPC dat deze "L'object de la démande, avec un exposé des moyens en fait et en droit" moet bevatten. Met dit laatste wordt niet verwezen naar een

293 Verpaalen 1973, p. 64; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, nr. 143.
294 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 53.
295 HR 25 januari 1907 (*De Jong/Kok*), *W* 8494.
296 Vriesendorp 1970, nr. 33; Tjong Tjin Tai 2002b, p. 31.
297 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 183; Tjong Tjin Tai 2002b, p. 32.
298 Meijers 1915, p. 95-96; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 188; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 137.
299 Krings 1983, nr. 16; Tjong Tjin Tai 2002b, p. 30.
300 Vgl. Weth 1988, p. 144-146 en 154-155.
301 Rb. Arnhem 21 maart 2002 (LJN AE 0449).
302 Ktr. Zutphen 14 mei 2002, *Prg.* 2002, 5887; Van der Heiden 2002 met nadere verwijzingen; Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, nr. 1.5.3.

tegenstelling tussen recht en feit maar naar "(…) *une articulation du fait sur le droit*."[303] Art. 702 sub 3 Ger.W. spreekt met betrekking tot de dagvaarding van "het onderwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering" en § 253 II sub 2 ZPO met betrekking tot de inhoud van het *Klageschrift* van "die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie ein bestimmten Antrag."

Algemeen wordt als essentie van de formulering van de eis en de gronden daarvan gezien dat gedaagde moet weten waartegen hij zich heeft te verdedigen,[304] waaraan ik zou willen toevoegen dat gedaagde moet kunnen weten óf hij zich moet verdedigen.[305] In ieder geval is immers nodig dat het door eiser gestelde het ingeroepen rechtsgevolg kan dragen: de stellingen van eiser moeten concludent zijn.[306] Wanneer zij dit niet zijn, kan gedaagde thuisblijven, aangezien de rechter de vordering dan conform art. 139 Rv zal afwijzen.

De stellingen van eiser moeten, om gedaagde daadwerkelijk te laten weten waartegen hij zich heeft te verdedigen, voldoende concreet zijn.[307] Wat voldoende is, hangt af van de omstandigheden van het geval.[308] Het Bundesgerichtshof vat deze lasten van concludentie en concreetheid als volgt samen:

> "Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. In welchem Maß sie ihr Vorbringen durch die Darlegung konkreter Einzeltatsachen substantieren muß, hängt vom Einzelfall ab."[309]

Zo is bij een revindicatie het stellen van eigendom van een bepaalde zaak en dat deze zich zonder rechtsgrond onder een ander bevindt voldoende, terwijl een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad vergezeld zal moeten gaan van een min of meer uitgebreid relaas omtrent de feiten waarin de onrechtmatigheid zou zijn gelegen.[310] Van belang voor de

303 Bolard 2000, nr. 4. Zie ook Robert e.a. (*NCPC*), art. 6, aant. a.

304 Zie bijv. Vincent & Guinchard 2001, nr. 737; Hoonakker 2002, nr. 1732; M. Storme 1962, nr. 19; M.E. Storme 1990, nr. 101; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 253, Rn. 39; Meijers 1930; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 161; Van den Reek 1997, nr. 5 met nadere verwijzingen. Vgl. bijv. HR 7 december 1990 (*Roham/Planex*), *NJ* 1991, 216; HR 23 oktober 1992 (*G./Nationale Nederlanden*), *NJ* 1992, 814; BGH 12 juli 2001, *NJW* 2002, p. 376.

305 Bovendien moet gedaagde weten tegen wie hij zich moet verdedigen. Het veroorzaken van onduidelijkheid hieromtrent kan in strijd zijn met de eisen van een goede procesorde, aldus Rb. Zutphen 7 november 2002, *NJ* 2003, 104.

306 Motulsky 1948, nr. 84-85 en passim; M.E. Storme 1992b, nr. 15.

307 Zie bijv. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 188. Vgl. bijv. BGH 5 juli 1995, *NJW-RR* 1996, p. 56.

308 Asser (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 5, aant. 7.

309 BGH 13 maart 1996, *NJW* 1996, p. 1827. Zie bijv. ook BGH 17 september 1998, *NJW-RR* 1999, p. 161.

310 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 188.

inhoud van de stellast is tevens wat van gedaagde in het kader van de motivering van zijn betwisting mag worden verwacht (waarover § 4.4.4.2).[311]

235. Het Nederlandse recht is terughoudend in het verbinden van rechtsgevolgen jegens eiser aan onvolledigheid, onduidelijkheid of onbegrijpelijkheid van de (grondslag van de) eis.[312] Naast elkaar staan als sancties in de rechtspraak[313] een beroep op nietigheid van de dagvaarding en de niet-ontvankelijkverklaring van eiser indien het door hem gestelde, ook al zou dit vaststaan, het gevorderde niet kan dragen.[314] Bij het oordeel omtrent de ontvankelijkheid van eiser mag en moet de rechter ook letten op hetgeen na de dagvaarding is aangedragen, met inachtneming van de hierna te noemen grenzen aan de van aanvulling en aanpassing van stellingen.[315] Het beroep op nietigheid wordt afgewezen indien gedaagde niet onredelijk in zijn belangen is geschaad (art. 122 lid 1 Rv). Een dergelijke afwijzing kan zijn grond vinden in het verdere verloop van het geding en de mogelijkheden om daarbij nog tot voldoende stellingen te komen.[316] De inhoudelijke eisen die hier aan eisers gedrag worden gesteld lijken niet intrinsiek te verschillen van die bij de niet-ontvankelijkheid. Op de verhouding tussen de rechtsgevolgen die worden aangeduid met de termen nietigheid en niet-ontvankelijkheid ga ik in § 5.4 in. Op deze plaats kan wel worden geconstateerd dat in beide gevallen aan het door eiser beoogde rechtsgevolg, een beoordeling ten gronde van zijn vordering, niet wordt toegekomen.

In deze paragraaf heb ik de voorschriften over de dagvaarding tot uitgangspunt genomen bij het beschrijven van hetgeen van eiser wordt verlangd bij het innemen van een standpunt. Het gaat hier om de inhoudelijke voorwaarden van de (grondslag van de) eis: de stellast. Bij de beoordeling van het gedrag van eiser in deze moet echter mede rekening worden gehouden met wat zich na de dagvaarding afspeelt. Hiermee kom ik toe aan de temporele lasten die op eiser rusten. Ik behandel deze in het kader van de wijziging van eis.

---

311 HR 17 november 2000 (*Dikmans/Unilever*), *NJ* 2001, 596 m.nt. DA.

312 Vgl. bijv. Asser (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 5, aant. 7-10; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 184-187; Van den Reek 1997, nr. 8.

313 HR 24 mei 1957 (*Van Vliet/Vricon*), *NJ* 1959, 10 m.nt. DJV; HR 30 januari 1959 (*Ruizenaar/Timmermans*), *NJ* 1960, 85 m.nt. LEHR.

314 HR 11 december 1941 (*De Graaf/Ouwehand*), *NJ* 1942, 248; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 208; Asser (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 5, aant. 7. Zie voor een recent voorbeeld Hof Amsterdam 18 december 1997, *NJ* 1998, 594. Het Hof fundeert zijn uitspraak in de goede procesorde. Vgl. Bolard 2002, nr. 2333; M. Storme 1962, nr. 19; Stijns 1990, p. 1008.

315 HR 24 mei 1957 (*Van Vliet/Vricon*), *NJ* 1959, 10 m.nt. DJV. Vgl. Stein/Jonas/Schumann 1996, § 253, Rn. 128.

316 Veegens 1959a.

4.4.3.3 Wijziging van eis

236. Door een wijziging van eis kan eiser tijdens het geding het voorwerp van geschil wijzigen. De wet onderscheidt drie mogelijkheden: vermindering van eis (art. 129 Rv), verandering van eis en vermeerdering van eis (art. 130 Rv). Voor de verzoekschriftprocedure onderscheidt de wet dezelfde drie mogelijkheden (art. 283 Rv).

Het begrip wijziging van eis omvat niet alleen wijziging van de eis zelf (het petitum, de vordering) maar ook wijziging van de aangevoerde gronden (het fundamentum petendi, de feitelijke grondslag), zo volgt uit de tekst van art. 130 lid 1 Rv. Aldus is ook begrijpelijk waarom de Hoge Raad in de arresten *Van Vliet/Vlicon* en *Nicolaye/Grooten* de wetsbepaling over wijziging van eis beslissend acht voor de vraag in hoeverre de rechter rekening mag en moet houden met "(…) feiten, welke in den loop van het geding tot ondersteuning van eisers vordering zijn aangevoerd (…)."[317]

Door wijziging van eis kan het debat tussen eiser en gedaagde op een min of meer nieuw spoor worden gezet. Deze mogelijkheid is zinvol maar kan, vanwege de belangen van de wederpartij bij onder meer snelheid in de procedure en met het oog op hoor en wederhoor, niet onbegrensd zijn. Voorzover de vrijheid tot eiswijziging het processuele debat dient door het een eiser mogelijk te maken zijn positie aan te passen aan de inbreng van de wederpartij (en eventueel nieuwe procedures te voorkomen) valt dit positief te waarderen.[318] Dit geldt niet indien deze vrijheid het mogelijk maakt bepaalde stellingen onnodig laat in te nemen.[319] Bij vermindering van eis en verzoek gaat de wet ervan uit dat deze de belangen van gedaagde niet kan schaden, getuige het feit dat de mogelijkheden hiertoe tijdens de procedure onbegrensd zijn (art. 129 en 283 Rv). Star Busmann en Rutten oordelen:

> "Terecht, want een vermindering der vordering is niet (…) van zodanige aard, dat daardoor de belangen van de gedaagde of van een geregelde procesorde ook maar het geringste gevaar zouden kunnen lopen."[320]

237. Bij verandering en vermeerdering van eis en verzoek ligt dit anders. In het huidige recht is de goede procesorde de wettelijke maatstaf voor de begrenzing van de mogelijkheden hiertoe: "De gedaagde is bevoegd (...) bezwaar te maken, op grond dat de verandering of vermeerdering in strijd is met de eisen van de goede procesorde." Deze regel is in de verzoekschriftprocedure van overeenkomstige toepassing (art. 283 Rv).

---

317 HR 24 mei 1957 (*Van Vliet/Vricon*), *NJ* 1959, 10 m.nt. DJV; HR 1 november 1974 (*Nicolaye/Grooten*), *NJ* 1975, 454 m.nt. GJS.

318 Vgl. bijv. BGH 23 april 1991, *NJW* 1991, p. 2709; BGH 18 mei 1999, *NJW* 1999, p. 2888.

319 Zie bijv. Van den Reek 1997, nr. 6; Vranken 1998a, p. 64.

320 Star Busmann 1955, nr. 197; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 197.

Onder het oude recht werd de mogelijkheid tot verandering of vermeerdering van eis begrensd door de meer uitgewerkte wettelijke norm van art. 134 lid 2 (oud) Rv, op grond waarvan gedaagde of belanghebbende bevoegd is zich te verzetten, "indien hij (…) in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding (…) onredelijk wordt vertraagd." Art. 112 lid 2 en 429i lid 1 (oud) Rv hielden soortgelijke maatstaven in.

Voor de verzoekschriftprocedures waarvoor art. 429i (oud) Rv niet gold, is in de rechtspraak steeds de goede procesorde als maatstaf voor de begrenzing van de mogelijkheden tot eiswijziging genomen.[321] De Hoge Raad heeft over art 429i (oud) Rv zelf geoordeeld dat de strekking van deze bepaling is dat de rechter een verandering of vermeerdering van eis toestaat of afwijst al naar gelang hem dit in het licht van de eisen van een goede procesorde geraden voorkomt.[322]

Op grond van het bovenstaande meen ik de gevolgtrekking te kunnen maken dat de maatstaven op basis waarvan gedaagde of belanghebbende zich onder het oude recht kon verzetten, overeenkomen met en uitwerking vormen van die van de goede procesorde.[323] Er bestaat op dit punt derhalve een zekere continuïteit tussen het huidige en het nieuwe procesrecht. Deze continuïteit bevindt zich op het abstracte niveau van de vage norm.

238. Beslissend is in het algemeen of de stelling in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar laat is ingenomen.[324] Voor de nadere invulling van deze norm kan steun worden gevonden in het in § 4.3 geschetste kader, te beginnen met de algemeen erkende rechtsbeginselen.

Het beginsel van hoor en wederhoor pleit in zoverre voor strengheid bij het begrenzen van de mogelijkheden, dat een gewijzigde eis aan gedaagde bijna altijd beperktere mogelijkheden tot verweer biedt dan de oorspronkelijke. Dit bezwaar kan op zichzelf worden ondervangen door het toestaan van bijvoorbeeld een extra conclusieronde, maar dit soort oplossingen stuit weer op bezwaren in termen van snelheid en kosten.

Het beginsel van toegankelijkheid pleit voor enige soepelheid bij het begrenzen van de mogelijkheden tot wijziging van eis. Een al te strenge normstelling zou betekenen dat eiser dikwijls gedwongen zou worden een nieuwe procedure te beginnen, met alle nadelen – niet alleen voor eiser – van dien.

Het decisiebeginsel pleit voor strengheid voorzover wijziging van eis vertraging oplevert, maar voor soepelheid voorzover deze ervoor zorgt dat

---

321 Zie bijv. HR 5 februari 1965 (*S./L.*), *NJ* 1965, 173; HR 26 juni 1970 (*X./Y.*), *NJ* 1970, 390; HR 19 oktober 1979 (*Huijvenaar/ADS*), *NJ* 1980, 471 m.nt. WHH; HR 13 maart 1987 (*Raghoenath en Dewki/Gem. Rotterdam*), *NJ* 1987, 583 m.nt. WHH.

322 HR 12 oktober 1990 (*Discount/Schouten*), *NJ* 1991, 186; HR 30 maart 1998 (*S./R.*), *NJ* 1998, 349.

323 In deze zin ook de *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 322 (MvT); Ras/Hammerstein 2001, nr. 32 sub b.

324 H.J. Snijders 1992c.

het werkelijke geschil beslecht wordt en dus nieuwe procedures worden voorkomen.

Ook het rechtszekerheidsbeginsel wijst twee kanten op. Het pleit voor strengheid voorzover gedaagde snel weet waar hij aan toe is, maar voor soepelheid voorzover de wet het recht op eiswijziging expliciet tot uitgangspunt neemt.

Het rechtvaardigheidsbeginsel pleit in zoverre voor soepelheid dat dit beginsel eist dat het geschil wordt beslecht op basis van wat werkelijk gebeurd is.[325] Aan de andere kant pleit het echter voor strengheid omdat anders de rechtvaardigheid van het procesverloop in het gedrang komt.

Al met al geven de verschillende rechtsbeginselen dus geen duidelijke richting aan voor de invulling van de eisen van een goede procesorde in dit verband. Ik ga over op de in Nederland levende rechtsovertuigingen.

239. De in de maatschappij levende rechtsovertuigingen over procederen verlangen procesregels die zoveel mogelijk tegemoetkomen aan het wensendrieluik snel-rechtvaardig-goedkoop. Deze wensen, met name die van snelheid, wijzen in de richting van strengheid bij het begrenzen van de mogelijkheden tot eiswijziging.

Snelheid speelt ook een hoofdrol binnen de rechtsovertuigingen die spreken uit het geldende procesrecht. Naast art. 20 lid 2 Rv, dat bepaalt dat partijen over en weer verplicht zijn onredelijke vertraging te voorkomen, noem ik art. 111 lid 3 Rv. Deze bepaling stelt aanvullende eisen, die het oude recht niet kende:

> "Het exploot van dagvaarding vermeldt de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor. Verder vermeldt het exploot de bewijsmiddelen waarover eiser kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen tot staving van de gronden van de eis, behoudens voorzover betwisting door gedaagde redelijkerwijs niet valt te verwachten."

Dit voorschrift heeft de potentie het debat tussen eiser en gedaagde sneller op gang te brengen en op het juiste spoor te krijgen.[326] Het gaat ervan uit dat eiser gedaagde eerst buiten rechte heeft aangesproken. Eventueel inhoudelijk verweer dat gedaagde in dat stadium heeft gevoerd, dient eiser reeds bij dagvaarding te vermelden en kan hem aanleiding geven tot uitbreiding van zijn stellingen.[327] Om terug te komen op het voorbeeld van de revindicatie: als gedaagde voor het proces betoogt dat hijzelf eigenaar van de betreffende zaak is geworden, zal dit voor eiser aanleiding zijn reeds in de dagvaarding zijn eigendomsrecht nader te onderbouwen.

---

325 Van Dijk 1966, p. 19.
326 Voorzichtig vanwege de mogelijkheid dat de praktijk toch tegenvalt is Klaassen 2001, nr. 5.
327 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 285 (Nota).

Tevens gaat art. 111 lid 3 Rv ervan uit dat eiser zich vooraf rekenschap heeft gegeven van zijn bewijspositie. Blijkens de toelichting wil dit artikellid eiser niet geheel beletten later in het geding met aanvullend bewijs te komen.[328] Aanvulling kan met name vereist zijn in het licht van nieuwe weren van gedaagde.

Voor de vraag wat onaanvaardbaar laat is komt tevens betekenis toe aan het feit dat partijen niet steeds recht hebben op een tweede schriftelijke ronde (vgl. art. 132 Rv). Hieruit laat zich immers afleiden dat eiser er niet op mag rekenen dat hij in een later stadium van de procedure in eerste aanleg zijn standpunt kan wijzigen.

Naast bovengenoemde bepalingen lijkt ook de toelichting van de wetgever op art. 111 Rv erop te wijzen dat bij de toetsing van het gedrag van eiser in het kader van de goede procesorde aan het decisiebeginsel en de belangen van de wederpartij bij zo snel en goedkoop mogelijk procederen onder het nieuwe recht meer gewicht moeten toekomen dan gebruikelijk was.[329] De toelichting noemt als voorbeeld dat een kennelijk onnodig laat ingebracht bewijsmiddel op grond van strijd met de eisen van een goede procesorde terzijde kan worden gelaten.[330] Andersom zal ook onder het nieuwe procesrecht eventueel met na de dagvaarding voorgevallen gebeurtenissen rekening kunnen worden gehouden.[331]

De in Nederland levende rechtsovertuigingen en met name voorzover deze spreken uit het systeem van het geldende procesrecht, pleiten voor een strenge invulling van de eisen van een goede procesorde ten aanzien van de begrenzing van de mogelijkheden tot wijziging van eis. Tijd om de blik te wenden naar de overige omstandigheden van het geval.

240. Het wensendrieluik snel-rechtvaardig-goedkoop laat zich ook gelden in het kader van de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Ik constateerde al dat deze factoren overwegend wijzen in de richting van strengheid. Wesseling-van Gent noemt als factoren die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of wijziging van eis moet worden afgewezen wegens strijd met de goede procesorde: het moment van eiswijziging, in het bijzonder of reconventie nog mogelijk is, en de ingrijpendheid van de frontwijziging.[332] Hiermee impliceert zij de regel 'hoe later de eiswijziging, hoe eerder deze in strijd met de eisen van een goede procesorde moet worden geacht'. Deze regel ziet op het aspect van de snelheid. Het gezichtspunt van de ingrijpendheid van de frontverandering kan worden geplaatst

328 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 280 (MvT).
329 Vgl. de wijze waarop Vranken 1999, nr. 89 de van eiser te vergen voortvarendheid invult.
330 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 280 (MvT).
331 Vgl. reeds van Rossem/Cleveringa 1972, p. 166-167.
332 Wesseling-van Gent (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 134, aant. 10. Vgl. A-G Bakels in zijn conclusie sub 3.18 voor HR 21 mei 1999 (*Pleasure/Delray*), *NJ* 2000, 13.

in het kader van de (procedurele) rechtvaardigheid: hoe ingrijpender de wijziging, hoe eerder geoordeeld moet worden dat de positie van verweerder op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt.

De voortvarendheid die van eiser kan worden verlangd vindt haar grens waar de rechtvaardigheid in het gedrang komt doordat eiser onvoldoende in staat is bij te dragen aan een juist oordeel, dat wil zeggen een oordeel dat strookt met wat zich in werkelijkheid heeft afgespeeld.[333] Hij moet voldoende kunnen reageren op het antwoord van gedaagde en in beginsel later gebleken relevantia kunnen inbrengen. Dit betekent bijvoorbeeld dat er meer aanleiding is eiser ruimte te geven tot standpuntaanpassing wanneer gedaagde voor het proces niet gereageerd heeft op een sommatie van eiser, waardoor laatstgenoemde geen idee heeft van de door gedaagde te voeren verweren dan wanneer gedaagde uitgebreid op de sommatie heeft gereageerd, waardoor eiser al bij dagvaarding met de verweren rekening kon houden.

Al met al bieden de verschillende voor de invulling van de eisen van een goede procesorde relevante factoren in het kader van de begrenzing van de mogelijkheden tot eiswijziging geen eenduidig beeld. De omstandigheden van het geval zijn beslissend: in concrete gevallen komt aan de genoemde gezichtspunten immers steeds een andere betekenis toe. Algemene regels zijn hierom moeilijk te geven. Wel valt een algemene richting aan te wijzen: (meer) strengheid lijkt, in het licht van de toegenomen betekenis die aan snelheid en het meteen op tafel brengen van het geschil wordt toegekend, geboden. Gegeven de mogelijkheid in appel in de eerste aanleg gemaakte omissies goed te maken, kan worden gesteld dat strenge normering van de standpuntontwikkeling in eerste aanleg het risico van het stijgen van het appelpercentage in zich draagt.[334] Vranken trekt hieruit – in mijn ogen terecht – de consequentie dat strengheid in eerste aanleg alleen effectief al zijn indien ook de vrijheid tot standpuntwijziging in hoger beroep wordt beperkt.[335]

241. Wat hebben het Franse, Belgische en Duitse recht op het punt van de eiswijziging te bieden? De Franse bepaling omtrent wijziging van eis is niet goed vergelijkbaar met de Nederlandse omdat zij slechts ziet op mutaties van de eis en niet op mutaties van de gronden van de eis.[336] In het Franse procesrecht wordt de vraag hoeveel de nieuwe eis met de oorspronkelijke van doen heeft centraal gesteld als toelaatbaarheidsvoorwaarde voor een *demande additionnelle*. Deze is slechts ontvankelijk indien zij met de "(…) prétentions originaires par un lien suffisant" verbonden is (art. 70 jo. 65 NCPC).[337] In het Bel-

333 Vgl. de discussie weergegeven bij Jauernig 2002, § 28.
334 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 293 (MvA I).
335 Vranken 1999, nr. 89. Vgl. ook Gras 2002, nr. 2 en Rb. Amsterdam 24 april 2002, *NJkort* 2002, 45.
336 Hoonakker 2002, nr. 3005.
337 Zie nader Vincent & Guinchard 2001, nr. 1148 met voorbeelden uit de rechtspraak.

gische recht is de mogelijkheid van uitbreiding of wijziging van de oorspronkelijke vordering beperkt doordat deze (mede)[338] "(…) moet berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd (…)" (art. 807 Ger.W.).[339] Ook hier is de gedachte dat er een inhoudelijk verband tussen de oorspronkelijke en de nieuwe vordering moet zijn.[340]

In het Duitse recht is een *Klageänderung* toegestaan indien de gedaagde ermee instemt of de rechter haar *sachdienlich* vindt (§ 263 ZPO). De instemming van gedaagde volgt reeds uit een inhoudelijke reactie op de nieuwe stellingen van eiser (§ 267 ZPO). Zoals art. 130 Rv in het Nederlandse recht ziet op de eis en de gronden daarvan, heeft § 263 ZPO zowel betrekking op de *Antrag* als op de *Grund*.[341] Buiten het begrip van de *Klageänderung* vallen onder meer aanvullende stellingen die zuiver op de feiten of zuiver op het recht zien en vermindering van eis (§ 264 ZPO). Ook een geheel nieuwe, met de oorspronkelijke cumulerende *Antrag* die op een nieuwe *Grund* berust valt buiten het begrip van de *Klageänderung*. Hierop is § 264 ZPO van overeenkomstige toepassing.[342]

242. In het Duitse systeem ligt, net als in het Nederlandse, besloten dat gedaagde niet steeds met succes bezwaar kan maken tegen een eiswijziging. Systematisch gezien neemt het vereiste van *Sachdienlichkeit* in § 263 ZPO dezelfde plaats in als de goede procesorde in art. 130 Rv. Daarom is het zinvol na te gaan hoe deze eis in de Duitse rechtspraak wordt uitgewerkt. Ik laat het Bundesgerichtshof aan het woord:

> "Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Frage der Sachdienlichkeit allein auf die objektive Beurteilung an, ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung den sachlichen Streitstoff im Rahmen des anhängigen Streitrechtsstreits ausräumt und einen andernfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt (…). Maßgebend ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit. (…) Unter diesem Gesichtspunkt ist nicht die beschleunigte Erledigung dieses Prozesses, sondern die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien entscheidend. Deshalb steht der Sachdienlichkeit einer Klageänderung nicht entgegen, dass im Falle ihrer Zulassung Beweiserhebungen nötig werden und dadurch die Erledigung des Prozesses verzögert würde. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob und inwieweit durch die Zulassung der Klageänderung der sachliche Streitstoff im Rahmen des anhängigen Verfahrens ausgeräumt und einer andernfalls zu gewärtigenden neuen Klage vorgebeugt werden könnte (…). Die Sachdienlichkeit kann

338 De nieuwe vordering mag mede op andere feiten of handeling berusten. Zie Maes 1996, p. 139.

339 In het Belgische recht zijn een aantal wijzigingen van de positie van eiser buiten het regime van de eiswijziging geplaatst (art. 808 Ger.W.). Vorderingen gebaseerd op dit artikel mogen nog in een zeer laat stadium van het debat worden ingebracht (art. 748 § 1 Ger.W.).

340 Van Reepinghen 1964, p. 334.

341 Zöller/Greger 2002, § 263, Rn. 7.

342 BGH 10 januari 1985, *NJW* 1985, p. 1841.

> unter diesem Blickpunkt im Allgemeinen nur dann verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (…)."[343]

Het Bundesgerichtshof stelt voorop dat bij de begrenzing van de mogelijkheid van eiswijziging moet worden bedacht dat afwijzing van een eiswijziging ertoe kan leiden dat eiser een nieuwe procedure aanvangt. Te strikte regels kunnen in dat licht contraproductief zijn. De mogelijkheid een eiswijziging af te wijzen bestaat in zijn visie slechts, wanneer er een volledig nieuw geschilpunt wordt ingebracht dat eigenlijk los staat van de procedure tot dan toe.

Mijn indruk is dat de eisen van een goede procesorde gedaagde meer ruimte bieden zich met succes tegen een eiswijziging te verzetten dan het Duitse concept van de *Sachdienlichkeit*. Het decisiebeginsel en de belangen van partijen spelen in Nederland een andere rol doordat vanuit de procedure in kwestie wordt geredeneerd, terwijl in Duitsland over de aanhangige procedure heen wordt gekeken naar de mogelijkheid van een nieuwe procedure. Ik acht de Nederlandse visie gelukkiger. Het is de verantwoordelijkheid van eiser zijn stellingen op een aanvaardbaar moment op orde te hebben. Dat gedaagde door de ruimere mogelijkheid zich (al dan niet) tegen eiswijziging te verzetten zelf het risico van een eventuele nieuwe procedure kan inschatten en nemen, strookt met de gedachte van de partij-autonomie.

243. De Franse en Belgische rechter kunnen in beginsel niet ambtshalve tegen een eiswijziging optreden.[344] De Duitse rechter komt slechts aan een oordeel omtrent de *Sachdienlichkeit* toe indien gedaagde de eiswijziging niet door *Einwilligung* omarmt (§ 263 ZPO). *Einwilligung* valt reeds aan te nemen indien gedaagde op de *Änderung* ingaat zonder er bezwaar tegen te maken (§ 267 ZPO). Aan ambtshalve toetsing van de *Sachdienlichkeit* komt de Duitse rechter derhalve slechts toe indien gedaagde noch bezwaar maakt noch op de nieuwe stellingen ingaat.

De Nederlandse rechter heeft ruimere bevoegdheden tot ambtshalve optreden. Hij kan wijziging van eis of verzoek op grond van art. 130 lid 1 Rv in fine ambtshalve buiten beschouwing laten op grond van strijd met de goede procesorde. Onder het oude recht had de rechter deze bevoegdheid alleen in verzoekschriftprocedures zonder meer.[345] In dagvaardingsprocedures kon (en moest) de rechter slechts ambtshalve optreden wanneer de eiswijziging

343 BGH 30 november 1999, *NJW* 2000, p. 803 met uitgebreide nadere verwijzingen naar jurisprudentie.

344 Zie bijv. Civ. III 15 juni 1976, *Bull.* III, 267; Soc. 23 november 1995, *D* 1996, Som. p. 135 m.nt. Julien; Cass. 26 oktober 1981, *Pas.* 1982 I, p. 281; Cass. 1 oktober 1990, *Pas.* 1991 I, p. 98.

345 Waarover Van den Reek 1997, nr. 45.

de openbare orde raakte, bijvoorbeeld wanneer het beginsel van hoor en wederhoor geschonden dreigde te worden.[346]

De mogelijkheid die art. 130 lid 1 Rv in fine de Nederlandse rechter voor ambtshalve optreden geeft is volgens de parlementaire geschiedenis "(…) te beschouwen als een uitwerking van de verplichting van de rechter te waken tegen onredelijke vertraging van het geding, neergelegd in artikel 20 (1.3.2), eerste lid."[347] De rechter heeft hier negatieve beslissingsvrijheid (zie § 4.2.2.7): hij kan ingrijpen maar is hiertoe niet verplicht. Mijns inziens zal de rechter zeer terughoudend met deze bevoegdheid moeten omgaan.[348] Art. 130 lid 1 Rv stelt de mogelijkheid van de wederpartij al dan niet bezwaar te maken voorop en dit strookt met de gedachte van de partij-autonomie. Bovendien valt een eiswijziging vanuit het perspectief van de rechtspleging in het algemeen te prefereren boven een geheel nieuwe procedure. Dit laat onverlet dat de rechter ambtshalve moet optreden wanneer de eiswijziging de openbare orde raakt. Negatieve beslissingvrijheid ontbreekt dan. Dit zal met name het geval kunnen zijn wanneer schending van de eis van berechting binnen een redelijke termijn (art. 6 lid 1 EVRM) dreigt.

244. Art. 130 Rv geldt niet voor de zuiver feitelijke aanvullingen of verduidelijkingen. Ook deze zijn in beginsel mogelijk bij conclusie of akte.[349] Ook hiervoor wordt de temporele grens gesteld door de eisen van een goede procesorde en ook hier is beslissend of de stelling in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar laat is ingenomen.[350] Hierbij spelen dezelfde gezichtspunten een rol als de hierboven in het kader van de eiswijziging genoemde. Ik laat daarom afzonderlijke behandeling bij gebrek aan meerwaarde achterwege. In het algemeen kan worden gezegd dat zuiver feitelijke aanvullingen en verduidelijkingen een minder ingrijpend karakter zullen hebben dan eiswijziging, zodat de positie van gedaagde door dergelijke aanvullingen minder snel dan door eiswijziging op onaanvaardbare wijze zal worden aangetast. Dit is met name het geval indien de feitelijke aanvullingen en verduidelijkingen een directe en aansluitende reactie op het antwoord van gedaagde vormen.[351] Hier zijn deze juist gewenst en soms zelfs nodig om aan de stellast te blijven voldoen: deze kan immers als gevolg van het antwoord van gedaagde een zwaardere inhoud krijgen en aldus meer van eiser vergen dan hij bij dagvaarding heft gesteld.[352] Ik laat wederom het Bundesgerichtshof aan het woord:

---

346 Vgl. HR 2 oktober 1998 (*Van Hoek/van der Loo*), *NJ* 1999, 2.
347 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 322 (MvT).
348 Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, nr. 2.3.3 verwachten dat dit in de praktijk ook zal gebeuren.
349 Vgl. Stijns 1990, p. 1008.
350 H.J. Snijders 1992c.
351 Vgl. BGH 23 april 1991, *NJW* 1991, p. 2709; Weth 1988, p. 143; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 18.
352 HR 8 oktober 1999 (*Bovoland/Amersfoortse*), *NJ* 1999, 780.

> "De[r] Grundsatz, daß der Umfang der Darlegungslast sich nach der Einlassung des Gegners richtet, besagt (…), daß der Tatsachenvortrag der Ergänzung bedarf, wenn er infolge der Einlassung des Gegners unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zuläßt."[353]

Op grond van de eisen van een goede procesorde, die zowel de mogelijkheden van eiswijziging als van het inbrengen van nieuwe feiten begrenzen, kan de wederpartij in Nederland effectief optreden tegen wat de Duitsers 'Flucht in die Klageänderung'[354] noemen: oneigenlijk gebruik van de mogelijkheid tot eiswijziging om tardieve feiten het proces in te smokkelen ter onderbouwing van de oorspronkelijke eis.

4.4.3.4 De positie van eiser in eerste aanleg: conclusie

245. Samenvattend kan worden gezegd dat de vrijheid van eiser tot standpuntbepaling in een ongecompliceerde dagvaardingsprocedure op twee manieren wordt begrensd door een last. De eerste last houdt in dat eiser voldoende moet aanvoeren. De tweede last houdt in dat eiser tijdig moet aanvoeren.[355] Wat deze laatste last betekent in relatie tot de normen voor het nemen van conclusies en het produceren van stukken komt aan de orde in § 4.4.5.1 en 4.4.5.2. Met betrekking tot de eerste last verdient nog opmerking dat de rechter kan bevorderen dat eiser aan zijn stellast voldoet door gebruik te maken van zijn in art. 22 Rv genoemde bevoegdheid.[356] Daarnaast valt te wijzen op de daaraan verwante rechterlijke bevoegdheid van art. 120 lid 4 Rv.[357]

Wat de twee genoemde lasten in concreto van eiser vergen, hangt af van wat de eisen van een goede procesorde in de omstandigheden van het geval meebrengen. Ik wees al op het in het algemeen toegenomen gewicht dat in dit verband moet worden gehecht aan het decisiebeginsel en de belangen van betrokkenen bij snelheid. Uitgangspunt moet naar mijn mening zijn, dat eiser zijn positie bij de dagvaarding op zodanige wijze inneemt, dat het geschil na het antwoord van gedaagde min of meer volledig in beeld is.

Naast de twee genoemde lasten staan de in art. 20 lid 2 en 21 Rv neergelegde rechtsplichten, waarover § 2.2 en 2.4. Deze rechtsplichten zien eveneens op de inhoud van het aangevoerde en het tempo van procederen. Bij zowel schending van een last als schending van een rechtsplicht kan de wederpartij rechtsgevolgen inroepen. Schending van de lasten is echter op zichzelf geoorloofd, terwijl schending van de rechtsplichten een onrechtmatige daad vormt en als zodanig verboden is. De respectieve vragen of er sprake is van schen-

353 BGH 28 april 1992, *NJW* 1992, p. 2428. Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 253, Rn. 32.
354 Waarover met name Gounalakis 1995, p. 55-75 met nadere verwijzigingen.
355 Zie voor deze tweedeling ook Weth 1988, p. 198.
356 Vgl. bijv. Gras 1997, p. 120 en 123-124.
357 Zie bijv. Ktr. Delft 21 februari 2002, *Prg.* 2002, 5832 m.nt. A.J.J. van der Heiden.

ding van een rechtsplicht of een last dienen onafhankelijk van elkaar te worden beantwoord. Samenloop is mogelijk. De eiser die zowel onvoldoende als leugenachtige stellingen poneert, zal kunnen worden geconfronteerd met zowel een niet-ontvankelijkverklaring wegens schending van de stellast als een vordering tot schadevergoeding wegens schending van de waarheidsplicht.

4.4.4 De positie van verweerder in eerste aanleg

4.4.4.1 Inleiding

246. Zonder tegenspraak komen eisers stellingen in beginsel vast te staan (art. 149 lid 1 Rv). Op gedaagde rust aldus een betwistingslast.[358] Gedaagde heeft echter geen betwistingsplicht: de verwerende partij is vrij verstek te laten gaan, te zwijgen of zich aan het oordeel van de rechter te refereren.[359] De vrijheid van gedaagde zich al dan niet en naar eigen goeddunken tegen de vorderingen van eiser te verweren laat zich verklaren vanuit de partij-autonomie. Nog steeds geldt:

> "Die Nichtbeantwortung gegnerischer Behauptungen ist (…) die Verwirkung eines Vertheidigungsrechts, nicht die Verletzung einer Mitwirkungspflicht!"[360]

De betwistingslast is zowel inhoudelijk als temporeel bepaald. Hij kan nader worden geanalyseerd in twee lasten die spiegelbeeldig zijn aan de zojuist besproken lasten die in het kader van de standpuntbepaling op eiser rusten: een last om voldoende te betwisten en een last om tijdig te betwisten. Hieronder zal ik ingaan op deze beide beperkingen aan de vrijheid van gedaagde om verweer te voeren.

4.4.4.2 Verweer

247. De conclusie van antwoord is voor gedaagde de belangrijkste gelegenheid voor het voeren van verweer. Het kan het enige stuk zijn waarin verweerder gelegenheid heeft zijn standpunt uiteen te zetten.[361] Op de temporele aspecten van het voeren van verweer kom ik verderop in deze paragraaf nog terug. Ik ga eerst in op de inhoudelijke aspecten. Wat ik hierover opmerk is overigens evenzeer van belang voor de positie van de eiser die in repliek stellingen van

---

358 Bolard 2002, nr. 2334; M.E. Storme 1990, nr. 105-107; § 138 III ZPO.

359 Fundamenteel Bülow 1879, p. 31-34. Zie bijv. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 203; M.E. Storme 1990, nr. 106; Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 24; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 145.

360 Bülow 1879, p. 33.

361 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 144.

gedaagde betwist.[362] Eiser neemt daarbij een soortgelijke positie in als gedaagde bij antwoord ten opzichte van de stellingen van eiser bij dagvaarding.

De conclusie van antwoord moet met redenen zijn omkleed (art. 128 lid 2 Rv). Deze wettelijke motiveringseis wordt door Star Busmann en Rutten geplaatst in het kader van de eisen van een goede procesorde:

> "(…) de eiser, die zelf gehouden is nauwkeurig te omschrijven wat en waarom hij vordert, behoort te mogen rekenen op een voldoende gemotiveerd antwoord van de zijde der wederpartij. Alleen op die wijze kan een ordelijke behandeling der zaak worden verwacht, strokende met de eisen van een goede procesvoering."[363]

Binnen de ontwikkeling van het Nederlandse recht op dit punt neemt het arrest *Batava/Salomonsky* een centrale plaats in.[364] Salomonsky ontvangt van Batava op grond van een daartoe strekkende overeenkomst een jaarlijkse toelage onder de voorwaarde dat hij de belangen van Batava niet zal schaden. Of deze voorwaarde is ingetreden, staat krachtens de overeenkomst ter beoordeling aan de raad van commissarissen van Batava. Op zeker moment staakt Batava de betalingen na een oordeel van de raad van commissarissen dat Salomonsky de belangen van Batava heeft geschaad. Salomonsky vordert in rechte doorbetaling van de toelage. Batava weigert de redenen van het besluit van de raad van commissarissen toe te lichten, stellende dat het aan Salomonsky als eiser is te stellen en zonodig te bewijzen dat hij de belangen van Batava niet heeft geschaad. Hierop oordeelt het hof dat de stellingen van eiser onvoldoende gemotiveerd zijn weersproken. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, overwegende dat "(…) het Hof (…) terecht geen verder bewijs heeft verlangd van eene bewering, welke de Batava onvoldoende had weersproken (…)."[365]

In het kort op *Batava/Salomonsky* volgende arrest *Zuiderent/Bezemer* gaat het om een door eiser wegens wanprestatie bij een koopovereenkomst gevorderde schadevergoeding ter hoogte van het verschil tussen de koopprijs en de marktprijs op het moment van de wanprestatie. Gedaagde ontkent de hoogte van de door eiser gestelde marktprijs. Het Hof gaat aan deze ontkentenis voorbij omdat deze te algemeen gesteld is, aangezien gedaagde

> "(…) niet kon volstaan met een geheel algemene ontkenning der bij dagvaarding gestelde feiten, doch zijnerzijds zich omtrent den marktprijs (…) had behooren uit te laten (…)."[366]

---

362 Vgl. Weth 1988, p. 164.

363 Star Busmann 1955, nr. 207; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 207. In deze zin reeds Star Busmann 1915, p. 129. Zie ook Gras 1997, p. 121; Van den Reek 1997, nr. 9. Vgl. § 138 II ZPO.

364 Zie voor een overzicht van de eerdere rechtspraak Meijers 1926.

365 HR 18 december 1925 (*Batava/Salomonsky*), *NJ* 1926, 228 m.nt. EMM.

366 HR 7 januari 1926 (*Zuiderent/Bezemer*), *NJ* 1926, 258 m.nt. EMM.

248. Gerbrandy neemt in een analyse uit 1952 van de rechtspraak op dit punt als uitgangspunt dat gedaagde moet aangeven wat hij ontkent en waarom.[367] In een aantal gevallen is hiertoe volgens hem voldoende dat gedaagde duidelijk en positief verklaart dat wat eiser stelt niet waar is, namelijk in gevallen waarin deze simpele ontkenning "(...) zijn eigen redengeving in zich draagt."[368] Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer eiser stelt dat gedaagde een brief van hem heeft gekregen en gedaagde ontkent deze ontvangen te hebben, of wanneer eiser stelt door gedaagde geslagen te zijn en gedaagde ontkent dit gedaan te hebben. In gevallen waarin gedaagde niet kan weten of eisers stellingen waar zijn lijkt het redelijk een simpele ontkenning inhoudende dat gedaagde niet weet of eisers stellingen waar zijn, als voldoende te beschouwen.[369] Bovendien kan gedaagde naar mijn mening volstaan met een impliciete betwisting, bijvoorbeeld door het doen van een afwijkend feitelijk relaas, zolang maar voor wederpartij en rechter duidelijk is dát dit een betwisting inhoudt. Het gaat hier om wat betrokkenen redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen mogen afleiden.[370]

Een geheel 'blote' ontkenning ('gedaagde ontkent alle stellingen van eiser behalve voorzover die uitdrukkelijk worden erkend') wordt algemeen als steeds onvoldoende en dus als zinledig beschouwd.[371] Ook een simpele, duidelijke en positieve ontkenning ('deze stelling van eiser is onjuist') wordt vaak onvoldoende geacht om aan de betwistingslast te voldoen. Uit 25 jaar rechtspraak destilleert Gerbrandy[372] in 1952 in het kader van de betwistingslast zes gronden waarop de rechter méér dan dat van gedaagde verlangt. Opgemerkt moet worden – hierover lijkt soms verwarring te bestaan[373] – dat Gerbrandy stelt dat deze zes argumentaties in de praktijk door de rechter gebruikt worden, niet dat deze voldoende of juist zijn.[374]

a. Gedaagde doet zijn verweer steunen op een rechtsgrond, waarvan de juistheid uit bepaalde feiten kan blijken. Als gedaagde bijvoorbeeld de nietigheid van de door eiser gestelde overeenkomst inroept, is het aan hem hiervoor de feitelijke grondslag aan te voeren. Dit argument is voor de gevallen waarin gedaagde een rechtsgrond inroept doorgaans zonder meer overtuigend. Deze groep gevallen staat enigszins los van de andere.[375] In feite is de positie die

367 Gerbrandy 1952, p. 372.
368 Gerbrandy 1952, p. 370.
369 Gerbrandy 1952, p. 385-386.
370 Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 160; Vranken 1990c, nr. 4a; Asser/Vranken 1995, nr. 67.
371 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 614; Hugenholtz/Heemkerk 1998, nr. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 145; M.E. Storme 1990, nr. 107; Baur/Grunsky 2000, nr. 141; Zöller/Greger 2002, § 138, Rn. 10a.
372 Gerbrandy 1952, p. 372-374, waarover ook Van den Reek 1997, nr. 12.
373 Vgl. Van den Reek 1997, nr. 12.
374 Gerbrandy 1952, p. 386-390.
375 Gerbrandy 1952, p. 386. Zie voor voorbeelden Van den Reek 1997, nr. 12.

gedaagde hier inneemt van gelijke aard als de positie van eiser: hij opent een nieuw (deel van het) debat.

b. De stellingen van eiser zijn voorshands zeer aannemelijk (gemaakt) in verhouding tot die van gedaagde. Het verhaal van eiser is simpelweg geloofwaardiger dan dat van gedaagde. Dit argument kan dienstig zijn maar is, bij een weinig terughoudende hantering, gevaarlijk. Huydecoper wijst er terecht op dat het recht op een inhoudelijke beoordeling van stellingen uitgangspunt moet zijn.[376] Dit neemt niet weg dat er grenzen zijn: "Als een stelling klaarblijkelijk onzinnig is, mag die gepasseerd worden."[377] De met een toedrachtsanalyse van een specialist onderbouwde stelling van een verzekeraar dat een ongeluk in scène is gezet wordt onvoldoende betwist door een simpele ontkenning aangevuld met incoherente feitelijke gegevens zoals letsel dat niet past bij de gestelde feitelijke toedracht.[378]

c. Gedaagde kan zich naar de aard der zaak of blijkens de stukken gemakkelijk nader uitlaten over relevante feiten. Gerbrandy maant tot voorzichtigheid: "Dat de gedaagde zich *kan* uitlaten is uiteraard geen reden dat hij dat ook zou *moeten*."[379] Ik zou menen dat dit in zoverre juist is dat degene die kan spreken niet steeds in alle opzichten hoeft te spreken om aan zijn stellast te voldoen. In het algemeen komt het mij echter voor dat de in onderling verband beschouwde kennis omtrent de feiten van eiser respectievelijk verweerder een zeer belangrijk gezichtspunt is bij de invulling van hun respectieve lasten.[380] In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt dit argument bijvoorbeeld impliciet gehanteerd in het kader van de motivering van de betwisting door een ter zake van een beroepsfout gedaagde arts[381] of notaris.[382] De Hoge Raad overweegt in dit kader dat van gedaagde verstrekking van "(…) voldoende feitelijke gegevens kan worden verlangd (…) ter motivering van zijn betwisting (…) ten einde (…) aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen."[383] Het gaat in dit soort gevallen mede om het mitigeren van een onevenredig groot bewijsprobleem en dus -risico aan de zijde van eiser.[384] Een toepassing uit de lagere rechtspraak: wanneer eiser stelt dat zijn ontslag door gedaagde kennelijk onredelijk is en hij gedocumenteerd aanvoert dat het bedrijf van gedaagde niet zo slecht draaide als gedaagde het ter onderbouwing van de ontslagaanvraag deed voorkomen, is het aan gedaagde

376 Huydecoper 2002, p. 212.
377 Huydecoper 2002, p. 212.
378 Rb. 's-Gravenhage 24 april 2002 (LJN AE 7301).
379 Gerbrandy 1952, p. 387.
380 Zie over dit onderlinge verband met name HR 17 november 2000 (*Dikmans/Unilever*), *NJ* 2001, 596 m.nt. DA.
381 HR 20 november 1987 (*Timmer/Deutman*), *NJ* 1988, 500 m.nt. WLH.
382 HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 m.nt. WMK.
383 HR 20 november 1987 (*Timmer/Deutman*), *NJ* 1988, 500 m.nt. WLH; HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 m.nt. WMK.
384 Tjittes 1988; A-G Asser in zijn conclusie sub 2.9 voor HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 m.nt. WMK; Giesen 2001, p. 43.

gegevens aan te voeren ter staving van zijn stelling dat er wel degelijk dragende bedrijfseconomische redenen voor het ontslag waren.[385]

d. Eiser heeft zijn stellingen (uitvoerig) gespecificeerd (en een deel van de gestelde feiten staat vast). Het ligt voor de hand dat een dergelijke proceshouding van eiser invloed kan hebben op de invulling van de voor gedaagde geldende normen.[386] Toch is ook hier voorzichtigheid geboden. Ook wanneer eiser zeer uitvoerig is, blijft het mogelijk dat een simpele, duidelijke en positieve ontkenning uit de aard der zaak moet voldoen. Gerbrandy vraagt zich terecht af waarom gedaagde op een zeer uitgebreide reeks beschuldigingen van onder meer belediging meer zou moeten doen dan zeggen dat het niet waar is.[387] Het argument is echter valide in het geval dat gedaagde ook in staat is meer te doen dan ontkennen. Het wordt bijvoorbeeld gebruikt in gevallen dat eiser gedocumenteerd de waarde van een zaak of de hoogte van een schadepost stelt en gedaagde het bedrag betwist zonder deze betwisting van een onderbouwing door documentatie of eigen berekening vergezeld te doen gaan.[388] Wanneer eiser gedocumenteerd stelt dat de door gedaagde verkochte auto dezelfde is als de auto waaraan hij als verzekeraar rechten kan ontlenen, kan gedaagde niet volstaan met een simpele ontkenning bij gebrek aan wetenschap.[389] Indien eiser met een uitgebreide feitelijke onderbouwing stelt dat er sprake is van het inlenen van werknemers, kan gedaagde niet volstaan met de simpele stelling dat er sprake is van onderaanneming van werk.[390] In alle hier genoemde gevallen staat een deel van de feiten vast: er is een zaak of schadepost, de personen waar het om gaat hebben bij gedaagde werk verricht. Hiermee lijkt ook het waarschijnlijkheidsargument in dit soort gevallen een impliciete rol te kunnen spelen: de vaststaande feiten en de geleverde documentatie maken de stellingen van eiser zo aannemelijk dat gedaagde niet met simpel ontkennen kan volstaan.

e. Gedaagde maakt het de rechter onmogelijk over de zaak te oordelen door geen nadere mededelingen te doen. Dit argument bezigt het Hof in de zaak *Batava/Salomonsky*. Het betrekt de betwistingslast op de verhouding tussen gedaagde en de rechter. Ik zou er de voorkeur aan geven de betwistingslast (in ieder geval mede) in de verhouding tussen eiser en gedaagde te plaatsen als onderdeel van de normering van het partijdebat.[391] Maar los hiervan lijkt dit argument niet sterk. Door schending van de betwistingslast komt het door

385 Rb. Maastricht 22 januari 2003 (LJN AF 3685).
386 Aldus ook Giesen 2002, p. 86.
387 Gerbrandy 1952, p. 389.
388 Zie bijv. Rb. Haarlem 24 juli 2002 (LJN AE 6438); Rb. Maastricht 22 augustus 2002 (LJN AE 9070); Hof Leeuwarden 13 november 2002 (LJN AF 0573); Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2003 (LJN AF 3482).
389 Rb. Maastricht 18 juli 2002 (LJN AE 7412).
390 Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2002 (LJN AF 0954).
391 Zie reeds HR 3 mei 1901 (*Siepman van den Berg/Herklotz*), *W* 7604. Vgl. Tonkens-Gerkema 1991, p. 139. Anders Gras 2003, p. 60.

eiser gestelde vast te staan. Hierdoor komt een rechterlijk oordeel juist dichterbij, zij het ongetwijfeld buiten de bedoeling van gedaagde.[392]

f. Niet zelden ontbreekt een scherp geformuleerde motivering van het oordeel dat gedaagde zijn verweer onvoldoende heeft gemotiveerd en beperkt de rechter zich te beroepen op de niet nader gespecificeerde omstandigheden van het geval. Dat hetgeen in een concreet geval van gedaagde kan worden gevergd, afhangt van de omstandigheden van het geval, lijkt mij juist.[393] De vraag in hoeverre de rechter deze omstandigheden dient te specificeren om tot een voldoende motivering te komen, valt buiten het bestek van dit onderzoek. Een enkel 'onder deze omstandigheden' lijkt echter wel erg mager.[394]

249. Van deze zes door Gerbrandy onderscheiden rechterlijke argumentaties valt die sub a buiten de boot. Hierbij gaat het om een verweer van geheel eigen aard, waarbij gedaagde een positie inneemt die sterk lijkt op die van eiser. Het argument sub e overtuigt om de hierboven bij de bespreking ervan aangegeven redenen niet. Sub f ziet op het ontbreken van argumentatie. De argumenten genoemd sub b, c en d vormen mijns inziens de kern van de gezichtspunten die van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of het verweer voldoende gemotiveerd is. Het gaat om de in onderling verband beschouwde geloofwaardigheid van de respectieve stellingen, de in onderling verband beschouwde inspanningen die partijen hebben verricht om de relevante feiten boven tafel te krijgen en de in onderling verband beschouwde mogelijkheden die partijen naar de aard der zaak hebben om de relevante feiten boven tafel te krijgen.[395] Gras merkt in dit kader terecht op dat van gedaagde niet het onmogelijke mag worden gevergd: als gedaagde aannemelijk kan maken dat hij geen nadere gegevens kent, is dit medebepalend voor de aan hem te stellen eisen.[396]

Vaak zal het gaan om een combinatie van factoren – de aard van een gezichtspuntenbenadering brengt dat mee. Zo overweegt de Hoge Raad in het arrest *TTS/Sigillo*:

> "Gezien het uitvoerig geadstrueerde betoog van TTS dat Intrepid niet heeft bestaan, lag het op de weg van Sigillo in het kader van de motivering van haar betwisting van de stellingen van TTS de omstandigheden aan te geven die meer in haar sfeer dan in die van TTS liggen – dat wil in dit geval zeggen nadere gegevens te verstrekken en de nodige bescheiden in het geding te brengen, waaruit kon blijken van

392 Zie voor andere bestrijding van het argument Gerbrandy 1952, p. 389-390.
393 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 614; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 207; HR 3 januari 1997 (*C./M.*), *NJ* 1997, 451 m.nt. JdB en de conclusie van A-G Vranken bij dit arrest sub 13.
394 Kritisch over de praktijk Gerbrandy 1952, p 390.
395 Vgl. Tjittes 1988; Giesen 2001, p. 43; Gras 2003, p. 60. Zie voor meer rechtspraak bijv. Tjittes 1988; Princen 1990, p. 97-172 en Tonkens-Gerkema 1991.
396 Gras 1997, p. 119.

> het bestaan van Intrepid – en kon Sigillo niet volstaan met een blote ontkenning van deze stelling (…).”[397]

Hier worden de gezichtspunten die hierboven onder c en d zijn behandeld, gecombineerd.

250. De aan gedaagde te stellen eisen zijn niet statisch, maar dynamisch en kunnen in de loop van het proces toenemen. Nadere adstructie door partijen van eerder ingenomen stellingen kan meebrengen dat het handhaven van een aanvankelijk voldoende betwisting niet meer voldoet en nadere motivering nodig is om te voorkomen dat het verweer wordt gepasseerd.[398]

Aan dit alles valt nog toe te voegen, dat de betwisting van gedaagde, evenzeer als de stellingname van eiser, concludent moet zijn. Deze moet de door gedaagde ingenomen conclusie kunnen dragen. Dit is bijvoorbeeld niet het geval wanneer gedaagde concludeert tot afwijzing van de eis terwijl hij slechts stellingen bestrijdt die niet dragend zijn voor de vordering van eiser. Niet-concludent verweer kan qua rechtsgevolgen op één lijn worden gesteld met onvoldoende gemotiveerd verweer: de eis komt voor toewijzing gereed te liggen.[399]

Gedaagde kan met zijn verweer voor verschillende ankers gaan liggen. Tegenstrijdigheid van verweren heeft volgens de Hoge Raad in een arrest van 1938 slechts betekenis

> “(...) indien òf het verweer geheel of gedeeltelijk door de tegenstrijdigheid onverstaanbaar wordt, òf uit een deel van het verweer volgt, dat een ander deel daarvan onjuist moet zijn dan wel niet ernstig gemeend kan zijn (...).”[400]

251. Meijers leidt uit onder meer het arrest *Batava/Salomonsky* af,

> “(…) dat in onze procedure een mededeelingsplicht voor partijen bestaat, krachtens welke telkens als de rechter de overtuiging heeft, dat een partij meer van de geschilpunten afweet, dan hij in zijn conclusie neerschrijft, hij de conclusie als onvoldoende gemotiveerd ter zijde kan stellen.”[401]

Deze analyse van Meijers zou de indruk kunnen wekken dat de rechter hier beslissingsvrijheid ofwel beleidsruimte heeft en naar eigen inzicht de conclusie al dan niet terzijde kan stellen. Van een dergelijke negatieve beslissingsvrijheid (zie voor deze term § 4.2.2.7) is echter mijns inziens geen sprake: als de con-

---

397 HR 1 december 2000 (*TTS/Sigillo*), *NJ* 2001, 45.
398 HR 8 oktober 1999 (*Bovoland/Amersfoortse*), *NJ* 1999, 780.
399 Vgl. Motulsky 1948, nr. 110 en 114.
400 HR 7 april 1938, *NJ* 1938 (*F.M.M.G./G.F.B.*), 1082 m.nt. PS. Vgl. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 209; M.E. Storme 1990, nr. 108; BGH 25 januari 1956, *BGHZ* 19, p. 387.
401 Meijers 1926.

clusie onvoldoende is gemotiveerd moet de rechter deze buiten beschouwing laten, omdat gedaagde zijn betwistingslast heeft geschonden. Wel heeft de rechter een zekere positieve beslissingsvrijheid. In plaats van aan het verweer als onvoldoende gemotiveerd voorbij te gaan en de vordering toe te wijzen kan hij er immers voor kiezen op de voet van art. 22 Rv eiser, gedaagde of beiden te vragen stellingen nader toe te lichten.[402]

Bovendien heeft de rechter beoordelingsvrijheid ofwel interpretatieruimte bij de beantwoording van de vraag óf de conclusie onvoldoende is gemotiveerd.[403] Aangezien dit als een deels feitelijke vraag wordt beschouwd, is toetsing in cassatie slechts beperkt mogelijk[404] en ontstaat er een situatie waarin de rechter in de praktijk in zekere mate een beleid kan voeren als beschikte hij over beslissingsvrijheid.[405] Deze ruimte is niet onbegrensd en lijkt bovendien in de loop der jaren kleiner geworden, zoals Huydecoper laat zien.[406] Zij is echter nog voldoende groot om dezelfde Huydecoper tot de stelling te verleiden dat "(…) rechters zeer verschillend met de gemotiveerde stelplicht omgaan."[407]

Opmerking verdient dat de rechter ambtshalve dient te letten op het voldoende gemotiveerd zijn van het verweer. Het voorschrift van art. 128 lid 2 Rv is van openbare orde.[408]

252. De rechtspraak van het Franse Cour de cassation van de laatste decennia roept twijfel op over de status van de betwistingslast (*charge de la contestation*), die voordien een stevig fundament in rechtspraak[409] en doctrine[410] leek te hebben. In arresten uit 1980 en 1991 overweegt de Franse cassatierechter dat "(…) la cour d'appel n'était pas tenue de considérer que les faits allégués étaient constants au seul motif qu'ils n'avaient pas été expressément contestés (…)."[411] Deze overwegingen laten zich op twee manieren uitleggen. Enerzijds lijken zij als portee te hebben dat bij het ontbreken van een expliciete betwisting de rechter steeds andere opties heeft dan het gestelde als vaststaand te beschouwen.[412] Zo suggereert Normand dat de rechter de vordering rauwelijks kan afwijzen, indien hij meent dat de juistheid van de door eiser gestelde

402 Vgl. HR 18 maart 1994 (*Ciba Geigy/Bovens*), *NJ* 1994, 407.
403 Vgl. Hijma 1989, p. 3; Peletier 1999, p. 5-7; Teuben 2002, p. 44-46.
404 HR 1 december 2000 (*TTS/Sigillo*), *NJ* 2001, 45. Vgl. HR 20 november 1914 (*Van Leeuwen/De Vries*), *NJ* 1915, p. 109; HR 18 december 1925 (*Batava/Salomonsky*), *NJ* 1926, 228 m.nt. EMM.
405 Meijers 1926; Huydecoper 2002, p. 209.
406 Huydecoper 2002, p. 211 en nt. 12.
407 Huydecoper 2002, p. 211.
408 HR 18 april 1902 (*Münchener/Almelo*), *W* 7754; Vriesendorp 1970, nr. 53. Anders Gerbrandy 1952, p. 391. Vgl. Tjittes 1988, p. 1128 nt. 3; Gras 2003, p. 61.
409 Zie bijv. Civ. I 9 december 1963, *JCP* 1964 II 13542 m.nt. Jean Mazeaud; Soc. 16 november 1972, *Bull.* V, 626.
410 Normand 1992, p. 448 met nadere verwijzingen.
411 Civ. I 3 januari 1980, *Bull.* I, 7; Civ. II 10 mei 1991, *Bull.* II, 142.
412 Aldus bijv. Devèze 1980, nr. 78.

feiten onvoldoende vaststaat. De rechter zou volgens hem bevoegd maar niet gehouden zijn nog ambtshalve instructiemaatregelen te gelasten.[413] Hij moet echter oppassen de grenzen van de rechtsstrijd niet te overschrijden. Zo mag de rechter uiteraard niet ambtshalve een rechtsgrond als verjaring voor afwijzing van de vordering aanvullen.[414]

Anderzijds kan de uitspraak aldus worden uitgelegd dat een betwisting niet expliciet (*contestation expresse*) hoeft te zijn, maar dat de rechter op grond van de uitleg van de uitlatingen van gedaagde een *contestation implicite* aanneemt.[415] Deze opvatting van het arrest impliceert dat een dergelijke *contestation implicite* een voldoende betwisting vormt. Lagarde brengt hier tegenin dat een *contestation implicite* in feite geen *contestation* is.[416] Anderzijds past de figuur van de *contestation implicite* binnen de gedachte dat het aan de rechter is de uitlatingen van partijen uit te leggen, zoals ook de figuur van de *reconnaissance implicite* (impliciete erkenning).[417]

Hoe dan ook dreigt een onaangename verrassing voor eiser.[418] Bolard meent daarom dat de rechter partijen op grond van art. 8 en 16 NCPC om uitleg moet vragen.[419] Le Bars wijst echter op een – door hem kritisch bejegende – ongepubliceerde uitspraak waarin het Cour de cassation de feitenrechter weg laat komen met het zonder meer afwijzen van een vordering op grond van het niet vaststaan van het door eiser gestelde, terwijl gedaagde deze stellingen niet heeft bestreden.[420]

In ieder geval laten de arresten van 3 januari 1980 en 10 mei 1991 buiten twijfel dat een expliciete betwisting voldoende is om te voorkomen dat de stellingen van eiser vast komen te staan. De Cour de cassation spreekt hier van *contester expressément*.

253. M.E. Storme werkt de betwistingslast van gedaagde uit voor het Belgische recht en plaatst deze in het kader van de objectieve goede trouw. Hij acht in beginsel een eenvoudige ontkenning voldoende, maar volgens hem is ook naar Belgisch recht een blote ontkenning via tournures als 'met ontkenning van al het andere' van onwaarde.[421] Bij beantwoording van de vraag wanneer een simpele ontkenning onvoldoende is, stelt hij de (mogelijke) wetenschap van gedaagde in relatie tot die van eiser centraal.[422] Als eiser vager stelt dan

413 Normand 1992, p. 449-450.
414 Normand 1992, p. 451.
415 Bolard 1993, nr. 12; Bolard 2002, nr. 2335, gevolgd door Vincent & Guinchard 2001, nr. 550.
416 Lagarde 1994, nr. 90 sub 1.
417 Robert e.a. (*NCPC*), art. 6, aant. d2.
418 Normand 1992, p. 450.
419 Bolard 1993, nr. 12; Bolard 2002, nr. 2335.
420 Le Bars 1999 geeft het arrest in fine weer.
421 M.E. Storme 1990, nr. 107.
422 M.E. Storme 1990, nr. 117.

hij zou moeten kunnen, kan gedaagde volstaan met simpel ontkennen. Krings stelt dat de rechter na een onvoldoende betwisting de vordering niet hoeft toe te wijzen "(…) wanneer het bestaan van het ingeroepen recht hem niet voldoende bewezen voorkomt." Volgens Krings kan de rechter in dat geval ambtshalve tot bewijsinstructie overgaan.[423]

254. Het in Duitsland geldende uitgangspunt lijkt op het Nederlandse en Belgische 'simpele ontkennen', getuige de rechtspraak van het Bundesgerichtshof: "In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Kl. das einfache Bestreiten des Bekl. (…)".[424] Zelfs dit is niet nodig terzake van feiten, waarvan, aldus § 138 III ZPO, "(…) die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht." In het algemeen echter zijn volgens § 138 III ZPO "Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, (…) als zugestanden anzusehen (…)." Een blote ontkenning (*pauschales Bestreiten*) als "Alles was nicht ausdrücklich zugestanden ist, wird bestritten" is zinledig.[425]

De rechter moet de vraag of feiten uitdrukkelijk of impliciet zijn bestreden, beantwoorden aan de hand van uitleg van de uitlatingen van gedaagde.[426] Hét voorbeeld van impliciet bestrijden is dat gedaagde met eisers stellingen onverenigbare uitlatingen over de feiten doet.[427]

255. Ook naar Duits recht is in bijzondere gevallen motivering van de betwisting vereist. Ik laat wederom het Bundesgerichtshof aan het woord:

> "Es bleibt (…) bei dem Grundsatz, daß keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozeßsieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt (…). In bestimmten Fällen erlegt die Rechtsprechung dem Gegner der primär behauptungs- und beweislasteten Partei allerdings eine gewisse (sekundäre) Behauptungslast auf, nämlich vor allem dann, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozeßgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (…)."[428]

In de rechtspraak is in het kader van deze *bestimmte Fälle* een systeem van groepen gevallen ontwikkeld, waarin de gedaagde opheldering moet geven

---

423 Krings 1983, nr. 22. Zo reeds M. Storme 1962, nr. 332. Anders Stijns 1990, p. 1012.
424 BGH 3 februari 1999, *NJW* 1999, p. 1404.
425 Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 27; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 19; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 33.
426 Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 25.
427 Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 26.
428 BGH 11 juni 1990, *NJW* 1990, p. 3151, met verwijzingen naar oudere rechtspraak, waaronder met name BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826. Kritisch over eerstgenoemde uitspraak onder meer Schlosser 1991 en Stürner 1991.

over de feiten.[429] De fundering van deze partijlast wordt wel gezocht in *Treu und Glauben*.[430] Als relevante factoren bij het bepalen van wat deze last in concreto inhoudt, zijn de omstandigheden van het geval beslissend,[431] zoals bijvoorbeeld wat partijen weten of kunnen weten,[432] wat van gedaagde kan worden gevergd (*Zumutbarkeit*)[433] en "(…) wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner (…) vorgetragen hat (…)."[434] De waarschijnlijkheid van de stellingen is hierbij echter van geen belang.[435] Wanneer gedaagde niet aan zijn *sekundäre Behauptungslast* voldoet, is er sprake van een onvoldoende betwisting en komen de feiten conform § 138 III ZPO vast te staan.[436] Een betwisting op grond van gebrek aan wetenschap heeft conform § 138 IV ZPO geen rechtsgevolg wanneer het gaat om door gedaagde verrichte handelingen of door hem waargenomen feiten.

Vrij algemeen wordt in Duitsland de opvatting gehuldigd, dat de aan partijen te stellen eisen in de loop van het proces kunnen toenemen.[437] Wanneer een partij in een volgende ronde zijn stellingen nader toelicht, kan dit betekenen dat een aanvankelijk voldoende betwisting niet meer voldoende is en ook zal moeten worden aangevuld.

Resumerend kan worden gesteld dat het bij de invulling van de betwistingslast met name gaat om de wens dat de beslissing is gebaseerd op een met de werkelijkheid overeenkomend feitencomplex (hierboven geplaatst in het kader van het rechtvaardigheidsbeginsel)[438] en de vraag wat over en weer van partijen kan en mag worden gevergd.[439] Bij dit alles mag niet uit het oog worden verloren dat de stellast van eiser voorop staat. Pas wanneer zijn

---

429 Zie voor deze jurisprudentie onder meer Arens 1983; Stürner 1985; Peters 1990; Schlosser 1991; Stürner 1991 en de overige literatuur genoemd bij Baur/Grunsky 2000, nr. 43.

430 Zie bijv. BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826; BGH 8 juni 1988, *NJW* 1989, p. 162; Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993, § 117 VI 1; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 21; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 138, Rn. 30 en de door Giesen 2001, p. 41, noot 171 genoemde bronnen. Vgl. ook Peters 1990, p. 405.

431 BGH 13 maart 1996, *NJW* 1996, p. 1827; Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 28.

432 Zie bijv. BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826; BGH 13 juli 1962, *NJW* 1962, p. 2149; BGH 8 juni 1988, *NJW* 1989, p. 162; BGH 13 maart 1996, *NJW* 1996, p. 1827.

433 Zie bijv. BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826; BGH 13 juli 1962, *NJW* 1962, p. 2149; BGH 8 juni 1988, *NJW* 1989, p. 162.

434 BGH 3 februari 1999, *NJW* 1999, p. 1404. Vgl. bijv. BGH 6 oktober 1989 *NJW-RR* 1990, p. 78; BGH 13 maart 1996, *NJW* 1996, p. 1827.

435 BGH 13 maart 1996, *NJW* 1996, p. 1827.

436 Stein/Jonas/Leipold 1993, § 138, Rn. 29.

437 Zie bijv. Weth 1988, p. 139-140 en 143; Peters 2000 (*MK*), § 138, Rn. 18; Zöller/Greger 2002, § 277, Rn. 1.

438 In vergelijkbare zin Asser 1992a, nr. 33 i.f. en in zijn conclusie sub 2.9 voor HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 m.nt. WMK; Giesen 2001, p. 43, beide met veel verwijzingen naar jurisprudentie en verdere literatuur over de stellast.

439 In soortgelijke zin Gras 1992, p. 660. Anders Giesen 2001, p. 43, die uit het oog lijkt te verliezen dat het hier gaat om een complex van factoren die elkaar niet onderling hoeven uit te sluiten.

stellingname voldoet aan wat van hem kan worden gevergd, wordt toegekomen aan de vraag of gedaagde een mededelinglast heeft.[440]

256. Thans ga ik over van de inhoudelijke naar de temporele normering van het verweer. Niet bij de conclusie van antwoord gevoerde exceptieve verweren vervallen.[441] Als bij antwoord geen principale weren worden gevoerd, vervalt zelfs het recht in een later stadium van de aanleg nadere principale weren te voeren (art. 128 lid 3 Rv). De gedaagde is aldus gehouden tot concentratie van zijn verweer. Er rust een last op hem tijdig verweer te voeren. Met betrekking tot (een deel van de) de excepties kennen het Franse (art. 74 NCPC) en Belgische (art. 868 Ger.W.) recht soortgelijke regels.[442]

Uit het systeem van het oude recht volgde dat er bij dupliek nog principale verweermiddelen mochten worden aangevuld.[443] Als uitzonderingsregel gold dat weren die zodanig laat zijn opgeworpen dat de wederpartij zich in redelijkheid daarover niet kan uitlaten zonder aanmerkelijke vertraging van het geding op grond van de goede procesorde buiten beschouwing moesten blijven.[444] Meer in het algemeen: stellingen die in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar laat zijn ingenomen, waren ontoelaatbaar.[445]

In abstracto gesteld geldt deze grens ook onder het huidige recht. Ook onder het huidige recht lijken nieuwe principale weren na antwoord in principe toegestaan, zo laat zich uit art. 128 lid 3 Rv afleiden.[446] De concrete invulling van de begrenzende norm zou echter kunnen verschillen. Voor deze invulling kan steun worden gevonden in het in § 4.3 geschetste kader, te beginnen met de algemeen erkende rechtsbeginselen.

Het beginsel van hoor en wederhoor pleit in zoverre voor strengheid bij het begrenzen van de mogelijkheden tot nader verweer na de conclusie van antwoord, dat eiser doorgaans beperktere mogelijkheden heeft om op dit verweer te reageren dan op bij antwoord gevoerd verweer. Dit bezwaar kan op zichzelf worden ondervangen door het toestaan van bijvoorbeeld een extra conclusieronde, maar dit soort oplossingen kent weer bezwaren in termen van snelheid en kosten. Het beginsel van hoor en wederhoor pleit echter voor soepelheid voorzover gedaagde hiermee de mogelijkheid krijgt te reageren op niet-tardieve nieuwe of nader ingevulde standpunten van eiser.

Zowel het beginsel van toegankelijkheid als het decisiebeginsel pleit voor strengheid bij het begrenzen van de mogelijkheden tot nader verweer. Beide vereisen dat de procedure voortvarend verloopt. Spreiding van verweer over meerdere momenten werkt vertragend.

---

440 Motulsky 1948, nr. 107. Zie bijv. BGH 5 mei 1983, *NJW* 1983, p. 2879.
441 Vgl. ook HR 4 oktober 2002 (*Lagerwaard c.s./Overes q.q.*), *RvdW* 2002, 157.
442 Vgl. ook § 282 III ZPO.
443 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 223.
444 Vgl. Wesseling-van Gent (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 141, aant. 7.
445 H.J. Snijders 1992c.
446 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 144.

Het rechtszekerheidsbeginsel wijst twee kanten op. Het pleit voor strengheid voorzover dit bevordert dat eiser snel weet waar hij aan toe is, maar voor soepelheid voorzover de wet het recht op nader verweer in art. 128 lid 3 Rv tot uitgangspunt neemt.

Het rechtvaardigheidsbeginsel pleit in zoverre voor soepelheid dat dit beginsel eist dat het geschil wordt beslecht op basis van wat werkelijk gebeurd is, terwijl het aan de andere kant weer pleit voor strengheid omdat anders de rechtvaardigheid van het procesverloop in het gedrang komt.

Al met al wijzen de verschillende rechtsbeginselen overwegend in de richting van een strenge invulling van de eisen van een goede procesorde in dit verband. Ik ga over op de in Nederland levende rechtsovertuigingen.

257. De in de maatschappij levende rechtsovertuigingen over procederen herleidde ik eerder tot het wensendrieluik snel-rechtvaardig-goedkoop. Deze wensen, met name de eerste, wijzen in de richting van strengheid bij het begrenzen van de mogelijkheden tot nader verweer na antwoord, behalve voorzover de rechtvaardigheid in het gedrag zou kunnen komen doordat gedaagde niet voldoende kan reageren op nieuwe of nader ingevulde standpunten van eiser.

Snelheid speelt ook een hoofdrol binnen de rechtsovertuigingen die spreken uit het geldende procesrecht. Naast art. 20 lid 2 Rv, dat bepaalt dat partijen over en weer verplicht zijn onredelijke vertraging te voorkomen, komt tevens relevantie toe aan het feit dat partijen niet steeds recht hebben op een tweede schriftelijke ronde (vgl. art. 132 Rv). Hieruit kan immers worden afgeleid dat gedaagde er niet op mag rekenen dat hij in een later stadium van de procedure zijn standpunt kan aanvullen. In de parlementaire geschiedenis wordt met betrekking tot de relevante feiten en stellingen gesteld dat in art. 128 Rv "(…) ligt (…) besloten dat de gedaagde deze in beginsel bij conclusie van antwoord dient aan te voeren."[447] In art. 128 lid 5 Rv is bovendien bepaald dat bij antwoord de bewijsmiddelen en getuigen voor de stellingen van gedaagde al moeten worden vermeld. Wel zal ook onder het nieuwe procesrecht eventueel met na antwoord voorgevallen of gebleken gebeurtenissen rekening kunnen worden gehouden.

De in Nederland levende rechtsovertuigingen en met name voorzover deze spreken uit het systeem van het geldende procesrecht, pleiten al met al voor een strenge invulling van de eisen van een goede procesorde ten aanzien van de begrenzing van de mogelijkheden tot nader verweer. Tijd om de blik te wenden naar de overige omstandigheden van het geval.

258. Het eerder genoemde wensendrieluik snel-rechtvaardig-goedkoop laat zich ook gelden in het kader van de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Ik constateerde al dat deze factoren over-

447 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 317 (MvT).

wegend wijzen in de richting van strengheid. De door Wesseling-van Gent in het kader van de wijziging van eis genoemde factoren kunnen ook hier steun bieden.[448] Met het releveren van het moment van handelen impliceert zij de regel 'hoe later het nadere verweer, hoe eerder dit in strijd met de eisen van een goede procesorde moet worden geacht'. Deze regel ziet op het aspect van de snelheid. Het gezichtspunt van de ingrijpendheid van de frontverandering kan worden geplaatst in het kader van de (procedurele) rechtvaardigheid: hoe ingrijpender de wijziging van het standpunt, hoe eerder geoordeeld moet worden dat de positie van eiser op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt.

De voortvarendheid die van verweerder kan worden verlangd vindt haar grens waar de rechtvaardigheid in het gedrang komt doordat eiser onvoldoende in staat is bij te dragen aan een juist oordeel, dat wil zeggen een oordeel dat strookt met wat zich in werkelijkheid heeft afgespeeld.[449] Hij moet voldoende kunnen reageren op late maar niet te late stellingen van eiser en in beginsel later gebleken relevantia kunnen inbrengen. Er is echter in beginsel geen reden waarom gedaagde niet meteen bij antwoord zou moeten melden wat hij dan kan melden, voorzover het belang ervan voor het proces hem op dat moment duidelijk moet zijn. Hier blijkt dat de inhoudelijke en temporele kant van de betwistingslast wel onderscheiden maar niet gescheiden kunnen worden: de inhoud van de nieuwe stelling in relatie tot de stand van het geding is medebepalend voor de vraag of de stelling onaanvaardbaar laat is ingenomen.[450]

259. Al met al wijzen de verschillende voor de invulling van de eisen van een goede procesorde relevante factoren in het kader van de temporele normering van verweer overwegend in de richting van een strenge lijn. De omstandigheden van het geval zijn uiteindelijk beslissend: in concrete gevallen komt aan de genoemde gezichtspunten immers in onderling verband beschouwd steeds een andere betekenis toe. In vergelijking met het oude recht lijkt in het licht van de toegenomen betekenis die er aan snelheid en het meteen op tafel brengen van het geschil wordt toegekend, (meer) strengheid geboden. Ook hier weer geldt: strenge normering van de standpuntontwikkeling in eerste aanleg draagt het risico van het stijgen van het appelpercentage in zich.[451]

Het bovenstaande roept de vraag op of nieuwe stellingen die gedaagde na antwoord naar voren brengt in de regel buiten beschouwing moeten blijven voorzover eiser daarop niet meer voldoende kan reageren. De rechtspraak vergt niet van eiser dat hij een akte neemt om op de nieuwe stellingen in te

448 Wesseling-van Gent (*Burgerlijke rechtsvordering*) (oud), art. 134, aant. 10. Vgl. A-G Bakels in zijn conclusie sub 3.18 voor HR 21 mei 1999 (*Pleasure/Delray*), *NJ* 2000, 13.

449 Vgl. de discussie weergegeven bij Jauernig 2002, § 28.

450 Vgl. Weth 1988, p. 127.

451 Vranken 1999, nr. 89; *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 293 (MvA I).

gaan.[452] In de praktijk is het wel een veilig gebruik een dergelijke akte toch te nemen.[453] Heeft eiser nog wel een mogelijkheid gehad op de nova te reageren – bijvoorbeeld omdat hij toch al een akte nam – dan is hij gehouden de nieuwe stellingen te betwisten, omdat ze anders vast komen te staan.[454]

Star Busmann en Rutten zijn kritisch over het concentratiebeginsel, aangezien art. 348 Rv in hoger beroep ruime mogelijkheden biedt alsnog nieuwe weren te voeren en het systeem aldus inconsequent is. Zij achten het beter ook na antwoord (nieuwe) principale weren steeds toe te laten.[455] Deze zienswijze, die ook voor het nieuwe recht relevantie heeft, staat op gespannen voet met hetgeen hierboven over de invulling van de eisen van een goede procesorde in deze is opgemerkt. Wel legt zij de vinger op een al eerder genoemde zere plek: strengheid in eerste aanleg kan een stijging van het aantal hoger beroepen uitlokken.

Het Belgische recht lijkt zich ook in de richting van een inhoudelijke toetsing van de tijdigheid van het innemen van stellingen, naast de vraag of tijdig is geconcludeerd, te ontwikkelen. In een arrest van 16 februari 2001 overweegt het Hof van Cassatie over art. 747 § 2 Ger.W.

> "(…) dat dit artikel (…) niet uitsluit dat de rechter bij de beoordeling van het bewijsaanbod dat is gedaan in een binnen de bepaalde termijn overgelegde conclusie, rekening kan houden met het feit dat de andere partijen zich over het gedane bewijsaanbod niet meer kunnen uitspreken in een conclusie (…)."[456]

260. Het Duitse recht kent met betrekking tot de inhoud van de *Klageerwiderung* een wettelijke normstelling. Gedaagde – die conform § 276 I ZPO binnen twee weken moet laten weten of hij zich wil verdedigen – moet hierin volgens § 277 I ZPO zijn verweermiddelen naar voren brengen "(…) soweit es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht." Het doel van het voorschrift is het verhinderen van vertragingsgedrag door gedaagde[457] en geeft uitdrukking aan de algemene 'plicht' (in feite gaat het om lasten) tot *Prozeßförderung* (waarover ook § 2.4.5).[458] Uitgangpunt is dat gedaagde in de *Klageerwiderung* zijn verdediging tegen de stellingen van eiser volledig en, in relatie tot de stellingen van eiser, voldoende neerzet:

---

452 HR 9 juni 1972 (*Kraaijeveld/Neesman*), *NJ* 1972, 379 m.nt. DJV. In deze zin ook Hugenholtz/Heemkerk 2002, nr. 73; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 154. Vgl. Van den Reek 1997, nr. 10.

453 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 154.

454 HR 30 juni 1978 (*X./Y.*), *NJ* 1978, 614 m.nt. WHH.

455 Star Busmann 1955, nr. 224; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 224.

456 Cass. 16 februari 2001, nr. RC012G2, rolnr. C990477N.

457 Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 4. Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 277, Rn. 3.

458 Bijv. Baur/Grunsky 2000, Rn. 51; Jauernig 2002, § 28 II 4.

> "Zurückhalten von Argument, Tatsache, Sachkenntnis und Beweisantrag ist zwar in Grenzen durchaus erlaubt (…), aber doch eine Ausnahme von der Grundsätzlichen Obliegenheit (nicht: Pflicht), sich so früh und so vollständig zur Wehr zu setzen, wie es überhaupt zumutbar ist."[459]

Procestactiek is dus niet geheel uitgesloten, zolang deze maar geen vertraging dreigt mee te brengen.[460] Gedaagde hoeft niet alles wat eventueel relevant zou kunnen worden aan te voeren, maar wel datgene wat al relevant is.[461] Het druppelsgewijs informeren van de wederpartij om tijd te winnen is uit den boze,[462] maar het is wel zo dat de eisen die aan de stellingen van partijen worden gesteld in de loop van het proces in het licht van de ontwikkeling van het debat kunnen wijzigen. Als eiser zijn standpunt in reactie op de *Klageerwiderung* nader toelicht, kan dit betekenen dat gedaagde zijnerzijds zijn stellingen nader moet specificeren om aan de daaraan te stellen eisen te blijven voldoen. Dit moet dan natuurlijk ook in het licht van de voor de betwistingslast geldende temporele normen mogelijk zijn.

Naast de inhoud van de stellingen van eiser zijn ook hetgeen overigens al ten processe is geschied (denk aan vragen van de rechter) en de beschikbare termijn (zie § 276 I, tweede zin) relevant voor de aan de *Klageerwiderung* te stellen eisen.[463] Met de termen 'sorgfältig' en 'bedacht' laat de wettekst zien dat met name van belang is wat in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs van gedaagde kan worden gevergd met het oog op de voortgang van het proces.[464] Een punt waar de parlementaire geschiedenis duidelijk over lijkt te zijn, is dat stellingen gepaard moeten gaan met het vermelden van de voor die stellingen beschikbare bewijsmiddelen.[465] Leipold en Weth menen dat gedaagde alle beschikbare bewijsmiddelen moet noemen en dat het aldus niet is toegestaan de bewijsmiddelen druppelsgewijs aan te voeren.[466]

261. Hoe moeilijk de invulling van een open norm als de onderhavige overigens kan liggen, blijkt uit hoe verschillend in de Duitse literatuur wordt geoordeeld over de gedaagde die eerst de vordering van eiser ten gronde

---

459 Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 277, Rn. 3.

460 *BAR Vereinfachungsnovelle*, p. 4; Müther 1998, p. 1335; Prütting 2000 (*MK*), § 277, Rn. 4; Zöller/Greger 2002, § 282, Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 282, Rn. 8.

461 *RE Vereinfachungsnovelle*, p. 37; Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 14; Zöller/Greger 2002, § 277, Rn. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 282, Rn. 7. Vgl. Jauernig 2002, § 28 III.

462 *RE Vereinfachungsnovelle*, p. 37-38; Leipold 1980, p. 240; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 282, Rn. 9.

463 Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 8-10; Prütting 2000 (*MK*), § 277, Rn. 4.

464 Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 12; Prütting 2000 (*MK*), § 277, Rn. 5; Zöller/Greger 2002, § 277, Rn. 1.

465 *RE Vereinfachungsnovelle*, p. 34 en 41. In deze zin ook Weth 1988, p. 166; Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 12.

466 Weth 1988, p. 166; Stein/Jonas/Leipold 1996, § 282, Rn. 19.

bestrijdt en zich pas als dat niet lukt beroept op verjaring. Leipold meent dat een dergelijk verjaringsverweer tardief is, aangezien de mogelijkheid zich op verjaring te beroepen gedaagde al meteen bekend moet zijn geweest,[467] terwijl Hartmann meent dat een beroep op verjaring eerst na het mislukken van een andere verdediging wel degelijk toelaatbaar is.[468] Een beroep op verrekening hoeft volgens Leipold daarentegen niet al bij de *Klageerwiderung* te worden gedaan, als gedaagde meent en mag menen dat zijn verweer tegen de vordering als zodanig kans van slagen heeft.[469] Weth meent dat van gedaagde in ieder geval kan worden gevergd dat hij nieuwe weren waarop hij terug kan vallen al bij antwoord noemt zonder ze uit te hoeven werken.[470]

In het Duitse procesrecht geldt als uitgangspunt ambtshalve[471] *Präklusion* (uitsluiting) van te laat ingebrachte stellingen door de rechter. Hierop zijn uitzonderingen mogelijk (§ 296 I ZPO) "(…) wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts (…) Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt." Van *genügende Entschuldigung* is niet snel sprake: de lat ligt hier hoger dan bij § 296 II ZPO, waar gesproken wordt van *grobe Nachlässigkeit*.[472]

In de rechtspraak en literatuur bestaat discussie over de vraag hoe het begrip *verzögern* moet worden uitgelegd. De concreet/absolute opvatting (duurt het proces langer als de nieuwe stelling nog in aanmerking wordt genomen?) lijkt de voorkeur te genieten boven (aanvullende toetsing aan) de hypothetisch/relatieve (zou het proces korter hebben geduurd als de nieuwe stelling tijdig zou zijn ingenomen?).[473]

262. De norm van § 277 I ZPO kan inspiratie bieden voor de invulling van de eisen van een goede procesorde met betrekking tot het moment van stellingname door gedaagde. De voor de invulling van de norm van § 277 I ZPO relevant geachte gezichtspunten komen deels overeen met de factoren die bij de invulling van de eisen van een goede procesorde in dit verband een rol spelen. In het algemeen wijzen § 277 I ZPO en de eisen van een goede procesorde in dezelfde richting: strengheid ten aanzien van door gedaagde onnodig laat ingenomen standpunten. Als voorbeeld noem ik de mogelijkheid art. 128 lid 5 Rv aldus te interpreteren dat bij antwoord alle beschikbare bewijsmidde-

---

467 Leipold 1980, p. 260; Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 13.

468 Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 282, Rn. 8. Vgl. *BAR Vereinfachungsnovelle*, p. 4; Weth 1988, p. 178 nt. 238 met nadere verwijzingen.

469 Stein/Jonas/Leipold 1996, § 277, Rn. 15. Vgl. BGH 30 mei 1984, *BGHZ* 91, p. 303.

470 Weth 1988, p. 156. Tegen dit soort gedachten Leipold 1980, p. 261.

471 Weth 1988, p. 283.

472 Zöller/Greger 2002, § 296, Rn. 27; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 296, Rn. 53.

473 Zie Weth 1988, p. 207-230; Stein/Jonas/Leipold 1996, § 296, Rn. 49-58; Prütting 2000 (*MK*), § 296, Rn. 73-116; Jauernig 2002, § 28 III 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 296, Rn. 39-42, alle met nadere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur. Over de vraag of de absolute opvatting strijdig is met de eis van hoor en wederhoor zie bijv. BVerfG 5 mei 1987, *JZ* 1988, p. 90 m.nt. Leipold.

len voor de ingenomen stellingen moeten worden genoemd, zoals Leipold en Weth voor de Duitse *Klageerwiderung* verdedigen.

Het komt mij wenselijk voor om de met § 277 I ZPO vergelijkbare norm die thans als ongeschreven recht in het kader van de goede procesorde deel uitmaakt van het Nederlandse burgerlijk procesrecht, te codificeren. Deze wenselijkheid laat zich niet zozeer baseren op het argument van de rechtszekerheid – het is en blijft een vage norm – maar veeleer op de gedachte dat naar mijn verwachting een geschreven norm in dit verband zowel partijen als de rechter zal aansporen tot normconform gedrag en het optreden tegen normschending.

263. Thans kom ik terug op de vraag of door gedaagde na antwoord gevoerde nieuwe verweren in de regel buiten beschouwing moeten blijven. Naar mijn mening kan deze vraag slechts bevestigend te worden beantwoord voorzover het gaat om nieuwe verweren die onnodig laat zijn gevoerd. Het Duitse recht leert dat verweer dat in eerste instantie onnodig laat lijkt te zijn gevoerd dat bij nadere beschouwing niet hoeft te zijn. Zo lijkt een beroep op verrekening bij dupliek onnodig laat, maar kan daar anders over worden gedacht indien er bij antwoord een niet-kansloos ander verweer is gevoerd, zoals het ontkennen van de onrechtmatigheid van het litigieuze gedrag. Het meteen in dat stadium doen van een beroep op verrekening zou de procedure juist onnodig kunnen compliceren en vertragen, aangezien bijvoorbeeld het oordeel dat er inderdaad geen sprake is van onrechtmatigheid een discussie over verrekening zinledig maakt.

Wanneer in een bepaald geval de conclusie is dat een nieuw verweer na antwoord niet onnodig laat is gevoerd, moet de rechter eiser gelegenheid geven op dit verweer te reageren en staat hem niet vrij het verweer als tardief te passeren.

4.4.4.3 Reconventionele vordering

264. De door mij onderzochte stelsels kennen alle de mogelijkheid van een tegenvordering (een zelfstandige pretentie van recht die meer is dan verdediging tegen de vordering van eiser, zie art. 64 NCPC, art. 14 Ger.W.) door gedaagde. De grenzen aan deze mogelijkheid verschillen onderling echter aanzienlijk.

Het Franse recht kent de mogelijkheid van een *demande reconventionelle* (art. 64 NCPC) voorzover er een *lien suffisant* is met de *prétentions originaires* (art. 70 NCPC). Opmerking verdient dat de voorwaarde van een *lien suffisant* zowel geldt voor de wijziging van eis (zie § 4.4.3.3) als voor de reconventionele vordering. Hiermee biedt het Franse recht in eerste aanleg in principe gelijke ruimte aan deze figuren. Beide worden gezien als species van het genus *demandes incidentes* (art. 63 NCPC).

Naar Belgisch recht is een tegenvordering (art. 14 Ger.W.) toegelaten bij conclusie (art. 809 Ger.W.). Connexiteit met de hoofdvordering is niet nodig.[474]

Het Duitse recht stelt voor de *Widerklage* (§ 33 ZPO) de voorwaarde van *Zusammenhang* met de vordering van eiser of het daartegen gevoerde verweer.

Het Nederlandse recht kent voor de eis in reconventie (art. 136 Rv) geen connexiteitstoets.[475] In tegenstelling tot de andere stelsels, die reconventie zelfs in zekere mate ook in hoger beroep toelaten,[476] kan reconventie in Nederland alleen bij antwoord in eerste aanleg worden ingesteld (art. 137 en 353 lid 1 Rv).

265. Opmerkelijk is dat andere stelsels met de regeling voor de reconventie betrekkelijk goed aansluiten bij die van de eiswijziging, terwijl in Nederland de mogelijkheden van eiswijziging en reconventie sterk van elkaar verschillen. Reconventie is naar Nederlands recht verhoudingsgewijs beperkt mogelijk. De vraag is of het Nederlandse recht op dit punt niet al te terughoudend is.

Toegegeven zij dat de wijziging van eis in het Nederlandse recht een ruimere strekking heeft dan in de andere onderzochte stelsels (zie § 4.4.3.3): zij ziet niet alleen op de eis maar ook op de gronden ervan. Toch blijft het merkwaardig dat eiser zelfs in hoger beroep de grenzen van het geschil op ingrijpende wijze kan verleggen, terwijl gedaagde na antwoord min of meer is vastgepind. Dit levert een onevenwichtigheid in de wederzijdse processuele posities op.[477] Bovendien blijkt in § 5.3.5.2 nog een ander nadeel van de geringe mogelijkheden tot het instellen van een reconventionele vordering. Overigens kan gedaagde de beperkte mogelijkheden tot reconventie omzeilen door een zelfstandige vordering in te stellen vervolgens verwijzing (art. 220 Rv) dan wel voeging (art. 222 Rv) te vorderen.

Ik zou ervoor willen pleiten de mogelijkheden tot het instellen van een reconventionele vordering te flexibiliseren op een wijze die analoog is aan de regeling van de wijziging van eis. Een reconventionele vordering zou naar mijn mening moeten zijn toegestaan tenzij deze in het licht van de eisen van een goede procesorde onaanvaardbaar is. Voor de invulling van deze norm in dit kader moge ik verwijzen naar hetgeen in § 4.4.3.3 is opgemerkt over de invulling van de eisen van een goede procesorde ten aanzien van de toelaatbaarheid van een eiswijziging. Naast de daar genoemde factoren zal met name ook het argument dat conventie en reconventie inhoudelijk sterk verweven zijn een belangrijke rol kunnen spelen bij de beantwoording van de toelaatbaarheidsvraag. Met behulp van deze norm kan ook worden voorkomen dat

474 Fettweis 1985, nr. 556; Maes 1996, p. 98.

475 Heemskerk 1972, nr. 92; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 71.

476 Art. 567 NCPC, Fettweis 1985, nr. 561; Cass. 4 december 1989, *RW* 1990-91, p. 305; § 533 ZPO.

477 Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 69.

stellingen die in conventie tardief zouden zijn via de reconventie het proces worden binnengesmokkeld. Tegen een dergelijke 'Flucht in die Widerklage', waarover in Duitsland het nodige te doen is geweest,[478] kan men aldus in Nederland effectief optreden. De hier voorgestelde flexibilisering van de mogelijkheid tot reconventie betekent ten dele een verruiming van de mogelijkheden van gedaagde. Dit lijkt mij, in het licht van de mogelijkheden die eiser tot zijn beschikking heeft, tot meer evenwicht in de wederzijdse processuele posities van eiser en gedaagde te leiden.

Eventuele pogingen van gedaagde met kansloze reconventies zand in de processuele machine te strooien, kunnen worden bestreden via de in § 3.3.1 besproken toepassing van misbruik van bevoegdheid.

4.4.4.4 De positie van verweerder in eerste aanleg: conclusie

266. Samenvattend kan worden gezegd dat de vrijheid van gedaagde tot standpuntbepaling in een ongecompliceerde dagvaardingsprocedure op twee manieren wordt begrensd door een last. De eerste last houdt in dat gedaagde voldoende moet aanvoeren. De tweede last houdt in dat gedaagde tijdig moet aanvoeren.[479] Wat deze laatste last betekent in relatie tot de normen over het nemen van conclusies en het produceren van stukken komt aan de orde in § 4.4.5.1 en 4.4.5.2. Met betrekking tot de eerste last verdient nog opmerking dat de rechter kan bevorderen dat gedaagde aan zijn betwistingslast voldoet door gebruik te maken van zijn in art. 22 Rv genoemde bevoegdheid.[480] Daarnaast valt te wijzen op de daaraan verwante in art. 128 lid 5 Rv genoemde rechterlijke bevoegdheid.

Wat de twee genoemde lasten in concreto van gedaagde vergen, hangt af van de eisen van een goede procesorde in de omstandigheden van het geval meebrengen. Ik wees al op het in het algemeen toegenomen gewicht dat in dit verband aan het decisiebeginsel en de belangen van betrokkenen bij snelheid moet worden gehecht. Uitgangspunt moet naar mijn mening zijn dat gedaagde zijn positie bij antwoord op zodanige wijze inneemt, dat het geschil hierna min of meer volledig in beeld is.

Naast de twee genoemde lasten staan de in art. 20 lid 2 en 21 Rv neergelegde rechtsplichten, waarover § 2.2 en 2.4. Deze rechtsplichten zien evenals genoemde lasten op de inhoud van het aangevoerde en het tempo van procederen. Bij zowel schending van een last als schending van een rechtsplicht kan de wederpartij rechtsgevolgen inroepen. Schending van de lasten is echter op zichzelf geoorloofd, terwijl schending van de rechtsplichten een onrechtmatige daad vormt en als zodanig verboden is. De respectieve vragen of er sprake is van schending van een rechtsplicht of een last dienen onafhankelijk

478 Zie met name Gounalakis 1995, p. 33-53 met nadere verwijzingen.
479 Zie voor deze tweedeling Weth 1988, p. 198.
480 Vgl. bijv. Gras 1997, p. 120 en 123-124.

van elkaar te worden beantwoord. Samenloop is mogelijk. De gedaagde die zowel onvoldoende als leugenachtige stellingen poneert, zal kunnen worden geconfronteerd met zowel passeren van het verweer wegens schending van de betwistingslast als een vordering tot schadevergoeding wegens schending van de waarheidsplicht.

4.4.5 De afwikkeling van de eerste aanleg

4.4.5.1 Het nemen van conclusies

267. Hierboven is ingegaan op de inhoudelijke en temporele normering ten aanzien van de standpuntbepaling van partijen. Voor de processtukken waarin deze standpuntbepaling geschiedt, gelden naast dit alles normen met een meer formeel karakter. Het ten gronde bespreken van al deze normen gaat het kader van dit onderzoek te buiten. Met name de problematiek rond de nietigheid van de dagvaarding en de relativering daarvan laat ik buiten beschouwing. Ik beperk mij op deze plaats tot de hoofdlijnen ten aanzien van het nemen van conclusies.

De Franse *juge de la mise en état* (vergelijkbaar met onze rolrechter) bepaalt in de procedure voor het *tribunal de grande instance* conform art. 764 NCPC de termijnen voor de instructie, waaronder de conclusietermijnen.[481] Partijen moeten hun conclusies aan de wederpartij doen toekomen en een kopie ter griffie deponeren (art. 753 en 816 NCPC).

Wordt een instructietermijn gemist, dan loopt de partij die in verzuim is het risico dat de rechter, op verzoek van de wederpartij of ambtshalve, de instructie sluit (art. 780 NCPC). De rechter is daartoe overigens niet verplicht (art. 780 NCPC). Na het sluiten van de instructie ingediende conclusies zijn ambtshalve niet-ontvankelijk (art. 783 NCPC).[482]

Art. 15 NCPC bepaalt voor het Franse proces in het algemeen dat stellingen en middelen "(…) en temps utile (…)" naar voren moeten worden gebracht. De vraag is wat deze bepaling betekent voor een conclusie die zo kort op het sluiten van de instructie wordt genomen dat de wederpartij in zijn mogelijkheden te antwoorden wordt bemoeilijkt. De late conclusie kan vergezeld zijn van of leiden tot een verzoek tot verdaging van het sluiten van de instructie of heropening van de instructie.[483] De rechter kan of aan een dergelijk verzoek gehoor geven – en dat moet hij gezien het vereiste van hoor en wederhoor ook wel als hij de conclusie toelaat[484] – of de tardieve conclusie ondanks

481 Cadiet 1998, nr. 1732; Vincent & Guinchard 2001, nr. 865.
482 Vgl. Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1369.
483 Waarover Blaisse 1988, nr. 18-22; Lacroix-Andrivet 2002, nr. 3452.
484 Civ. II 9 oktober 1991, *JCP* 1991 IV, p. 428.

het verzoek terzijde leggen.[485] Bij het ontbreken van een verzoek tot heropening gaat een deel van de rechtspraak uit van ambtshalve afwijzing van tardieve conclusies,[486] terwijl een ander deel protest van de wederpartij vereist.[487] De rechter moet hoe dan ook aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordelen of er sprake is van het bemoeilijken van een reactie van de wederpartij.[488] Dit is niet het geval indien de conclusie "(…) ni moyens nouveaux ni prétentions nouvelles (…)"[489] bevat. In dat geval is de conclusie zonder meer toelaatbaar. Bovendien moet de rechter, wil hij tot afwijzing overgaan, onderzoeken of er wel een conclusietermijn is gegeven en verlopen.[490]

268. In België zijn de conclusietermijnen vastgelegd in art. 747 § 1 Ger.W. Overschrijding van deze termijnen kent geen wettelijke sanctie en partijen kunnen ze onderling en stilzwijgend wijzigen (art. 748 § 1 Ger.W.).[491] Deze consensuele wijze van instructie geldt als uitgangspunt.[492] Een conclusie die later dan de in art. 747 § 1 Ger.W. genoemde termijnen is genomen, kan slechts uit de debatten worden geweerd op grond van ongeschreven recht.[493] Wel kan een partij het verwijderen van een conclusie uit het debat eisen als deze in strijd met een tussen partijen overeengekomen termijn is genomen.[494]

De rechter kan bovendien op verzoek van een van partijen conclusietermijnen bepalen (art. 747 § 2 Ger.W.). Conclusies overgelegd[495] na het verstrijken van deze termijnen worden ambtshalve terzijde gelegd (art. 747 § 2 in fine Ger.W.). In de lagere rechtspraak is een tendens waar te nemen dat de scherpe kanten van dit systeem worden versoepeld via het aannemen van een zekere beslissingsvrijheid voor de rechter of een nadere toetsing van de betrokken belangen.[496] Het Hof van Cassatie lijkt van dit laatste echter niet te willen

485 Civ. II 26 november 1990, *JCP* 1991 IV, p. 34.
486 Civ. II 20 maart 1991, *RTDciv.* 1991, p. 799 m.nt. Roger Perrot.
487 Civ. I 4 maart 1981, *RTDciv.* 1981, p. 897 m.nt. Roger Perrot; Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1375.
488 Civ. II 10 november 1982, *JCP* 1983, IV, 32; Civ. III 6 mei 1998, *Procédures* 1998, 167 m.nt. Roger Perrot; Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1373.
489 Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1374.
490 Zie bijv. Civ. II 25 maart 1985, *RTDCiv.* 1986, 183 m.nt. R. Perrot.
491 De Leval 1993, p. 125; Englebert 1997, nr. 36 nt. 43.
492 De Leval 1994, nr. 4; Englebert 1997, nr. 65.
493 Cass. 22 november 1991, *RW* 1991-1992, p. 1029; Cass. 14 februari 1992, *RW* 1991-92, p. 1302. Vgl. M.E. Storme 1990, nr. 66-69.
494 Cass. 1 juni 2001, *RW* 2002-03, p. 134.
495 Over de termen overleggen en neerleggen Englebert 1997, nr. 43-63 en Maes & Brewaeys 2000, p. 102-104.
496 Englebert 1997, nr. 13-31; Maes & Brewaeys 2000, p. 110 onder verwijzing naar onder meer Arbrb. Charleroi 21 mei 1996, *JLMB* 1996, p. 1233.

weten.[497] Wel toelaatbaar is een conclusie die de toepassing van art. 747 Ger.W. zelf ter discussie stelt.[498]

Een andere weg om een onwillige partij tot concluderen te bewegen wordt gevonden in art. 751 § 1 Ger.W., waarmee de wederpartij wordt gedwongen binnen een bepaalde termijn te concluderen op straffe van het meteen wijzen van vonnis.[499]

269. De vraag is wat er moet gebeuren met aanvullende conclusies (dat zijn alle conclusies na de eerste conclusiewisseling) die ten opzichte van de daarvoor gestelde termijnen tijdig zijn ingediend nadat de termijn voor de eerste conclusie is verzuimd. Men kan zich afvragen of in een dergelijk geval wel van een aanvullende conclusie kan worden gesproken. De lagere rechtspraak is in overwegende mate geneigd dergelijke 'aanvullende' conclusies buiten beschouwing te laten.[500] In een arrest van 26 november 1999 overweegt het Hof van Cassatie ten aanzien van een arrest van het Hof Bergen over deze vraag dat dit

> "(…) als algemene regel stelt "dat een partij die haar hoofdconclusie niet tijdig genomen heeft, geen aanvullende conclusie meer mag nemen"; dat het derhalve de aanvullende conclusie van eiser uit het debat weert ofschoon ze ter griffie is neergelegd binnen de termijn, die was vastgesteld in een beschikking tot vaststelling van de termijnen om conclusie te nemen (…)"

en beslist dat het Hof Bergen met deze algemene regel art. 747 § 2 Ger.W. en het recht van verdediging schendt.[501] Volgens De Riemaecker laat zich uit deze beslissing niet gemakkelijk een rechtsregel afleiden: het is veeleer slechts de afkeuring van de door het Hof geformuleerde rechtsregel en daarnaast een impliciete uitnodiging aan de feitenrechter om in te gaan op de omstandigheden van het geval.[502] Zo is er volgens hem inderdaad geen reden een tijdige aanvullende conclusie na verzuim inzake de hoofdconclusie terug te wijzen indien de aanvullende conclusie slechts een antwoord vormt op de hoofdconclusie van de wederpartij.[503]

---

497 Cass. 18 mei 2000, *Pas.* 2000 I, p. 305.
498 Cass. 4 oktober 1996, *P&B* 1997, p. 87 m.nt. Bruno Maes; Cass. 27 januari 2000, *JT* 2000, p. 826.
499 Laenens & Broeckx 1993, p. 923; Maes 1996, p. 145; Englebert 1997, nr. 42; Maes & Brewaeys 2000, p. 115-119.
500 Zie Englebert 1997, nr. 75-78; Maes & Brewaeys 2000, p. 110-111, beide met nadere verwijzingen.
501 Cass. 26 november 1999, *RW* 2000-01, p. 772.
502 A-G De Riemaecker in zijn conclusie sub 9.1 voor Cass. 22 maart 2001, *JT* 2001, p. 519.
503 A-G De Riemaecker in zijn conclusie sub 9.2 voor Cass. 22 maart 2001, *JT* 2001, p. 519.

De interpretatie van De Riemaecker van het arrest van 26 november 1999 lijkt te worden bevestigd door een arrest van 22 maart 2001.[504] Het ging hierbij om de vraag of een binnen de vastgestelde termijn genomen aanvullende conclusie toelaatbaar is indien de voorafgaande hoofdconclusie van dezelfde partij geen enkel middel bevat. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de feitenrechter art. 747 § 2 Ger.W. correct heeft toegepast door te oordelen dat het hier gaat om een niet-rechtsgeldige conclusie in de hoofdzaak en dat hierna niet voor het eerst de volledige argumentatie in een aanvullende conclusie uiteen mag worden gezet.[505] Dit laatste zal ook gelden indien een hoofconclusie totaal achterwege is gebleven. Al met al lijkt met deze rechtspraak in het Belgische recht naast de conclusietermijn ook een inhoudelijke toets met betrekking tot het tijdig innemen van stellingen tot ontwikkeling te worden gebracht.

270. Het Duitse procesrecht kent als algemene regel dat *Versäumung* (het niet binnen de gestelde termijn verrichten[506]) van proceshandelingen als gevolg heeft dat de partij wordt uitgesloten van het recht deze handeling te verrichten (§ 230 ZPO). Dit rechtsgevolg treedt van rechtswege in (§ 231 ZPO). Voor de *Klageerwiderung* en de *Stellungnahme auf die Klageerwiderung* is deze regeling echter niet van belang, omdat de voorschriften omtrent *Präklusion* exclusief beslissend worden geacht voor de vraag of stellingen alsnog kunnen worden ingebracht.[507]

In het nieuwe Nederlandse procesrecht is de eerste conclusie het antwoord van gedaagde. De termijn hiervoor is in beginsel zes weken na de eerste roldatum (art. 128 lid 2 Rv jo. art. 2.7 LRR), evenals voor eventuele nadere conclusies of akten. Uitstel zonder medewerking van de wederpartij wordt slechts verleend op grond van klemmende redenen of overmacht (art. 133 lid 2 Rv jo. art. 2.8 sub b en c LRR). Voor eenstemmige verzoeken gelden soepeler regels (art. 133 lid 2 Rv jo. art. 2.8 sub a en 2.9 LRR). Termijnoverschrijding heeft een door de rechter ambtshalve in acht te nemen verval van het recht de proceshandeling te verrichten ten gevolge (art. 133 lid 4 Rv; art. 1.7 LRR).

De termijnregels voor conclusies en de temporele lasten met betrekking tot de stellingname door partijen lopen in het Nederlandse recht enigszins door elkaar. Wanneer gedaagde de termijn voor antwoord mist verliest hij het recht principaal verweer te voeren (art. 128 lid 3 Rv in fine). Het zou zo kunnen zijn dat verweer dat in het licht van de eisen van een goede procesorde niet tardief is, op grond van bovengenoemde regel toch moet worden gepas-

504 Boularbah & Van Drooghenbroeck 2001, p. 514-515 menen dat de arresten niet te verenigen zijn.

505 Cass. 22 maart 2001, *JT* 2001, p. 519. In deze zin ook Cass. 14 maart 2002, *RW* 2002-03, p. 138.

506 Jauernig 2002, § 31 I.

507 Baur/Grunsky 2000, Rn. 51 II, 1. Zie ook Stein/Jonas/Leipold 1996, § 276, Rn. 46; Prütting 2000 (*MK*), § 276, Rn. 35; Zöller/Greger 2002, § 276, Rn. 12.

seerd. Omgekeerd is het mogelijk dat stellingen in een binnen de daarvoor gestelde termijn genomen conclusie op grond van de eisen van een goede procesorde tardief worden bevonden en aldus worden gepasseerd. Complicerend bij dit alles is de niet helder omlijnde buitenwettelijke mogelijkheid stellingen in te brengen via het nemen van een akte.[508] Deze mogelijkheid kent geen formele temporele grenzen. De toelaatbaarheid van de inhoud als onderdeel van het processuele debat is derhalve geheel afhankelijk van de eisen van een goede procesorde.

4.4.5.2 Het inbrengen van stukken

271. De partij die zich in een Franse procedure op een stuk beroept moet spontaan afschrift geven aan de wederpartij (art. 132 NCPC). Stukken waarvan niet of te laat afschrift aan de wederpartij is gegeven kunnen buiten beschouwing worden gelaten. Art. 135 NCPC geeft "en temps utile" als maatstaf. De uitwerking die in de jurisprudentie is gegeven aan het overeenkomstige begrip in art. 15 NCPC met betrekking tot de tardiviteit van conclusies, geldt ook hier. Beslissend is of het late moment van indiening van het stuk "(…) avait empêché la partie adverse d'y répondre (…)."[509]

In België moeten partijen "(…) hun stukken aan elkaar overleggen, alvorens er gebruik van te maken (…)" (art. 736 Ger.W.). Stukken "(…) die niet ten laatste tegelijk met de conclusies (…) zijn overgelegd, worden ambtshalve uit de debatten geweerd (…)" (art. 740 Ger.W.). Op deze wijze is het regime voor de stukken in overeenstemming gebracht met dat van de conclusies: partijen mogen stukken in het debat brengen zolang ze kunnen concluderen.[510]

272. Wanneer eiser zich in een Nederlands proces op stukken beroept, moet hij hiervan afschrift geven (art. 85 lid 1 Rv). Dit kan in beginsel nog totdat vonnis is bepaald (art. 2.14 LRR).[511] Bij een zodanig laat inbrengen van een stuk dat gedaagde hierop niet voldoende heeft kunnen reageren, kan laatstgenoemde zich erop beroepen dat het stuk buiten beschouwing moet blijven. De rechter kan in plaats van het achterwege laten van het stuk ruimte te geven voor een reactie (art. 85 lid 4 Rv).[512]

508 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 154.
509 Zie bijv. Civ. III 13 januari 1999, *RTDciv.* 2000, p. 157 m.nt. Roger Perrot.
510 Scheers 1993, p. 191; Maes & Brewaeys 2000, p. 101.
511 Vgl. *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 331 (Nota).
512 Zie voor het oude recht HR 24 december 1993 (*W.S./S. en S.*), *NJ* 1994, 194; Vranken 1998c, nr. 4; Wesseling-van Gent (*Burgerlijke rechtsvordering I*) (oud), art. 147, aant. 3. Vgl. HR 15 januari 1993 (*T./L.*), *NJ* 1993, 594; HR 12 februari 1993 (*Michielse/Michielse*), *NJ* 1993, 596 m.nt. HJS.

De Hoge Raad plaatst deze regel en zijn uitwerking expliciet in het kader van de goede procesorde.[513] Bij de invulling van de goede procesorde in dit kader kan steun worden gevonden bij regel 14 lid 1 van de Gedragsregels voor Advocaten 1992, inhoudende dat de advocaat er bij het bepalen van het moment van de indiening van stukken rekening mee moet houden dat de wederpartij een reactie erop voldoende zorgvuldig moet kunnen voorbereiden.

Uitgangspunt is dat de wederpartij een beroep op de tardiviteit van een stuk moet doen.[514] Indien dat beroep terecht is, heeft de rechter positieve beslissingsvrijheid: hij moet óf het stuk uitsluiten, óf een reactie toelaten.

Hiernaast is er ruimte voor ambtshalve optreden van de rechter,[515] hetgeen in verband kan worden gebracht met het openbare orde-karakter van het beginsel van hoor en wederhoor.[516] Dit beginsel valt te beschouwen als de centrale determinant van de werking van de goede procesorde in deze. Voorzover de openbare orde in het geding is, heeft de rechter ook hier geen negatieve maar slechts positieve beslissingsvrijheid: hij moet ingrijpen, of door een reactie toe te laten, of door het stuk uit te sluiten. Slechts indien de wederpartij niet protesteert, terwijl een protest succesvol zou zijn, en de openbare orde in casu niet in het geding komt, heeft de rechter negatieve beslissingsvrijheid: hij kan ingrijpen, maar hoeft dat niet te doen.

Van de last van partijen om stukken waarop een beroep wordt gedaan in te brengen moet worden onderscheiden de mogelijkheid een partij te dwingen stukken die hij onder zich heeft in te brengen. Hierop ben ik in § 2.3.2 ingegaan.

4.4.5.3 Behandeling ter zitting en sluiting van het debat

273. In het Franse proces verwijst de *juge de la mise en état* het geding naar een pleitzitting zodra de staat van de instructie het toelaat (art. 779 NCPC). Hij verklaart de instructie gesloten tegen een datum die zo dicht mogelijk bij de pleitdatum ligt. Conclusies of stukken die na de sluiting van de instructie

513 A-G Asser in zijn conclusie sub 2.5 bij HR 24 december 1993 (*W.S./S. en S.*), *NJ* 1994, 194; Vranken 1998b, nr. 10 met nadere verwijzingen. Zie ook Wiersma & Wiersma 1988, nr. 63. Aldus wordt ook de toepassing van art. 413 Rv nader begrensd. Zie bijv. HR 18 juni 1982 (*Leutscher/Van Tuijn III*), *NJ* 1983, 599; HR 30 juni 1989 (*Upjohn/Van Ommeren-van Heek*), *NJ* 1990, 652 m.nt. CJHB; HR 2 oktober 1998 (*Plataforma/Curaçao en Belvedere*), *NJ* 1999, 1. Zie ook Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 145; E. Korthals Altes (*Burgerlijke rechtsvordering I*), art. 413, aant. 1. Zie nader over dit alles ook Vranken 1998c.

514 HR 24 maart 1933 (*Denteneer/Brouwer*), *NJ* 1933, 1095; HR 24 december 1993 (*W.S./S. en S.*), *NJ* 1994, 194.

515 HR 24 december 1993 (*W.S./S. en S.*), *NJ* 1994, 194; Vranken 1998c, nr. 4; Wesseling-van Gent (*Burgerlijke rechtsvordering I*), art. 147, aant. 3; art. 85 lid 4 Rv jo. Art. 19 Rv.

516 Zie bijv. Vriesendorp 1979a, p. 121. Coenraad 2001, p. 26-29 spreekt ten aanzien van de mogelijkheid tardieve stukken te weren dan wel er een reactie op toe te laten van de versnellende respectievelijk de vertragende werking van het beginsel van hoor en wederhoor.

worden ingediend, worden ambtshalve buiten beschouwing gelaten (art. 783 NCPC). Hierboven kwam al aan de orde dat conclusies en stukken die vlak voor dit moment worden ingediend, eveneens het risico lopen te worden uitgesloten. De rechter kan de sluitingsdatum opschuiven of herroepen, dit laatste alleen in geval van een "(…) cause grave (…)" (art. 784 NCPC).[517]

Op de zitting kan het tot pleiten komen (art. 440 NCPC), maar partijen kunnen het laten bij het fourneren van stukken.[518] Aan het eind van de zitting wordt het processuele debat gesloten en kunnen partijen zich niet meer over de zaak uitlaten (art. 445 NCPC).

Het Belgische procesrecht gaat uit van een verzoek tot het bepalen van de rechtsdag door partijen gezamenlijk (art. 750 § 1 Ger.W.). Bij gebreke van overeenstemming kan een partij de vaststelling van een rechtsdag afdwingen (art. 747 § 2, 750 § 2 Ger.W.).

Conclusies die na (het verzoek om) bepaling van de rechtsdag zijn neergelegd,[519] worden ambtshalve buiten beschouwing gelaten, behoudens – eventueel impliciete[520] – instemming van de andere partij (art. 748 § 1 Ger.W.). Tot dertig dagen voor de rechtsdag kan een partij die al geconcludeerd heeft om een nieuwe conclusietermijn vragen op grond van nova die zulks rechtvaardigen (art. 748 § 2 Ger.W.).[521] Discussie bestaat over de vraag wat niet-concluderen betekent voor het recht om te pleiten.[522] In een arrest van 27 september 2001 overweegt het Hof van Cassatie dat, wanneer de rechter de conclusie van een procespartij uit het debat weert, dit die partij niet belet "(…) om op de vastgestelde rechtsdag te verschijnen en er te pleiten over andere regelmatig neergelegde processtukken (…)."[523] Onduidelijk is hoe het recht op pleidooi in de visie van dit arrest praktisch moet worden beperkt.[524]

Na de pleidooien beveelt de rechter sluiting van de debatten, eventueel met een termijn voor het neerleggen van de dossiers (art. 769 Ger.W.). Hierna binnengekomen stukken worden buiten het beraad gehouden (art. 771 Ger.W.). Partijen kunnen ook voor schriftelijke rechtspleging kiezen (art. 755 Ger.W.). In dat geval zijn de debatten van rechtswege één maand na neerlegging van de dossiers gesloten (art. 769 § 3 Ger.W.). Nu art. 755 § 2 Ger.W. bepaalt dat na neerlegging van de dossiers niets meer mag worden ingebracht, is de vraag wat de praktische betekenis van deze termijn is.

---

517 Zie bijv. Blaisse 1988; Lacroix-Andrivet 2002, nr. 3455-3461.
518 Lacroix-Andrivet 2002, nr. 3467.
519 Over de termen overleggen en neerleggen Englebert 1997, nr. 43-63 en Maes & Brewaeys 2000, p. 102-104.
520 Cass. 6 april 2001, *RW* 2001-02, p. 1101.
521 Nader Maes & Brewaeys 2000, p. 113-114.
522 Zie bijv. De Leval 1994, nr. 25-27; Englebert 1997, nr. 89-133; Maes & Brewaeys 2000, p. 111-112.
523 Cass. 27 september 2001, *P&B* 2002, p. 115 m.nt. Philippe Thion.
524 Nader Thion 2002, nr. 7-9.

274. Het Duitse systeem mikt op het beslechten van het geding in één zitting (§ 272 I ZPO). Mondelinge behandeling staat voorop en mag slechts in uitzonderingsgevallen ontbreken (§ 128 ZPO). Bij de behandeling hebben partijen op grond van § 282 I ZPO hun stellingen "(…) so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht." Bovendien moeten partijen vóór de zitting stellingen, waarop de wederpartij denkelijk niet ineens op de zitting kan reageren, tijdig aan de wederpartij meedelen, zodat deze haar antwoord kan voorbereiden (§ 282 II ZPO). Dit alles geeft uitdrukking aan de algemene 'plicht' (in feite gaat het om lasten) tot *Prozeßförderung* (waarover ook § 2.4.5).[525] Het niet voldoen aan deze lasten kan leiden tot *Präklusion* op de voet van § 296 II ZPO. De rechter kan in strijd met deze norm later ingenomen nieuwe stellingen terzijde laten indien "(…) ihre Zulassung (…) die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht" (§ 296 II ZPO).

In het criterium *grobe Nachlässigkeit* ligt besloten dat opzet het proces te vertragen niet vereist is voor uitsluiting van de stelling. Aan de andere kant is lichte nalatigheid onvoldoende. Een voorbeeld van *grobe Nachlässigkeit* is de situatie, waarin "(…) eine Partei unschwer in der Lage gewesen wäre, sich durch Erkundigungen bei Dritten über eine für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentliche Frage Gewißheit zu verschaffen (…)" en daarmee de vertraging had kunnen voorkomen.[526] Op het begrip *Verzögern* ben ik in § 4.4.4.2 ingegaan.

Na de zitting geldt de absolute *Präklusion* van § 296a ZPO: er kunnen geen *Angriffs- und Verteidigungsmittel* meer worden ingebracht. Het debat is ten einde.[527]

275. In het huidige Nederlandse recht is uitgangspunt dat partijen na antwoord van gedaagde verschijnen (art. 131 Rv). Is dat gebeurd, dan kan de rechter beslissen geen pleidooi toe te staan (art. 134 lid 1 Rv) indien partijen bij hun verschijning hun standpunten in voldoende mate mondeling uiteen hebben kunnen zetten.[528] Bij afwijzing van een verzoek om pleidooi bepaalt de rechter de vonnisdatum. Wordt er gepleit, dan bepaalt de rechter na de pleidooien de datum voor vonnis. De wet gaat uit van initiatief van de rechter voor het

525 Bijv. Baur/Grunsky 2000, Rn. 51; Jauernig 2002, § 28 II 4.

526 BGH 25 maart 1987, *NJW* 1988, p. 62.

527 Zie echter § 283 en 156 ZPO, waarover Schur 2001.

528 Deze regeling is niet strijdig met HR 15 maart 1996 (*Boumans/'t Plenske II*), *NJ* 1997, 341 m.nt. HJS, waarin niet het specifieke pleitrecht als fundamenteel wordt erkend maar het recht van partijen de standpunten mondeling ten overstaan van de rechter uiteen te zetten, hetgeen ook bij de comparatie kan. Zie voor een afwijziging van een verzoek om pleidooi op grond van strijd met de goede procesorde (pleidooi als verkapt rechtsmiddel tegen bindende eindbeslissing) Rb. 's Gravenhage 16 april 2002, *NJkort* 2002, 29.

bepalen van het moment van de uitspraak (art. 229 Rv).[529] Partijen kunnen echter ook onder het nieuwe recht zelf vonnis vragen. De rechter neemt behoudens toestemming van de wederpartij geen kennis van berichten van een partij nadat vonnis is bepaald (art. 2.14 LRR). De rechter kan overigens "(…) ook op bij pleidooi nog gestelde nieuwe feiten acht (…) slaan tenzij regels van een goede procesorde zich daartegen verzetten."[530] In het licht van de eisen van hoor en wederhoor, het decisiebeginsel en de vraag wat van partijen kan worden gevergd, zullen de eisen van een goede procesorde zich spoedig tegen nova bij pleidooi verzetten.

Partijen kunnen de uitspraak doen uitstellen (art. 229 Rv). In verband met het beginsel van partij-autonomie ligt dit voor de hand. De rechter heeft wel ambtshalve te waken voor de redelijke termijn (art. 20 Rv). Doorhaling (art. 247 Rv) is hier het uiterste middel.[531] Art. 7.3 LRR lijkt een mogelijkheid te bieden voor een uitstel op verzoek van één der partijen. Ik vraag mij echter sterk af of een dergelijk uitstel door de beugel van art. 229 Rv kan, dat lijkt uit te gaan van een verzoek van partijen gezamenlijk.

4.4.6 De positie van partijen in hoger beroep

4.4.6.1 Inleiding

276. Het recht op hoger beroep houdt in beginsel het recht op een volledige behandeling in een tweede instantie in.[532] In hoeverre het in hoger beroep daadwerkelijk tot een volledige tweede behandeling komt, hangt af van de afbakening van de rechtsstrijd door partijen. In hoger beroep wordt niet geheel opnieuw begonnen: het gaat om een voortzetting van het debat tussen partijen.[533]

In appel gelden grotendeels dezelfde regels als in eerste aanleg (art. 353 lid 1 Rv). Deels wijken de regels echter af. Bovendien geeft het feit dat er een eerste aanleg aan vooraf is gegaan, de procedure in hoger beroep een eigen karakter. De Hoge Raad omschrijft het aldus, dat "(…) dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak (…)."[534] Kort

529 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 400 (MvT).
530 HR 27 september 1991 (*Groenendijk/Stapel*), *NJ* 1991, 801.
531 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 401 (MvT).
532 Snijders & Wendels 2003, nr. 1 met nadere verwijzingen.
533 Hammerstein 1991, p. 303-304; Ras/Hammerstein 2001, nr. 89; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 206.
534 HR 23 februari 1996 (*Meijburg/Hazewinkel c.s.*), *NJ* 1996, 395.

gezegd biedt het hoger beroep de mogelijkheid tot controle en correctie van hetgeen rechter en partijen in eerste aanleg hebben gedaan en nagelaten.[535]

Het appelprocesrecht heeft veel jurisprudentie opgeleverd waarin de positie van partijen nader wordt omlijnd. Dit maakt het een interessant object van onderzoek, met name om de normering van de procedure in eerste aanleg in perspectief te plaatsen. In § 4.4.6 analyseer ik de op partijen in hoger beroep rustende lasten aan de hand van de hoofdlijnen uit de rechtspraak. Van rechtsvergelijking is grotendeels afgezien vanwege het tamelijk specifieke karakter van de appelprocedures in de ons omringende landen. Ook de extra complicaties van het incidenteel appel blijven buiten beschouwing.

4.4.6.2 Rechtsingang

277. De Nederlandse rechter dient ambtshalve te onderzoeken of een rechtsmiddel binnen de toepasselijke termijn is ingesteld, aangezien beroepstermijnen geacht worden van openbare orde te zijn.[536] De Hoge Raad houdt streng de hand aan de toepasselijke termijnen en is zelfs niet bereid niet-verwijtbare termijnoverschrijdingen te sauveren.[537]

Deze harde lijn heeft forse kritiek opgeleverd. Vranken en H.J. Snijders betogen, mijns inziens terecht, dat aan de rechtszekerheid in de bestaande rechtspraak op dit punt teveel gewicht wordt toegekend en aan de belangen van appellant te weinig.[538]

Het Nederlandse recht loopt op dit terrein ook uit de pas met het recht van de ons omringende landen. In Frankrijk en België heeft de rechtspraak de mogelijkheid aanvaard termijnoverschrijdingen te helen in geval van overmacht.[539] In Duitsland geeft § 233 ZPO de mogelijkheid van *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* wanneer appellant *ohne Verschulden* een beroepstermijn mist.[540] De resultaten waartoe de afweging van de verschillende belangen in deze buitenlandse rechtsstelsels hebben geleid, komen mij bevredigender voor dan de stand van zaken in Nederland. Mijns inziens is het verantwoord en wenselijk uitzonderingsregels te ontwikkelen.[541] De goede procesorde zou hiervoor het kader kunnen bieden.

Rechtsopvolging of statuswijziging bij procespartijen kan tot tijdrovende en kostbare complicaties leiden. In de rechtspraak is ruimte aanwezig geacht

535 Zie nader Snijders & Wendels 2003, nr. 3.
536 Snijders & Wendels 2003, nr. 43 en 325.
537 Snijders & Wendels 2003, nr. 45 en 329-332 met verwijzingen naar rechtspraak.
538 Vranken 1990b; Snijders & Wendels 2003, nr. 333. In vergelijkbare zin de conclusie van A-G Leijten bij het geciteerde arrest en Hammerstein 1991, p. 311.
539 Civ. II 24 oktober 1974, *JCP* 1974, II, 12809 m.nt. HB; Cass. 24 januari 1974, *Pas.* 1974 I, p. 553; Fettweis 1985, nr. 687; Maes 1996, p. 115, beide met nadere verwijzingen.
540 Zie Jauernig 2002, § 31 II met nadere verwijzingen.
541 Anders bijv. Wijckerheld Bisdom 1981, p. 98-99. Postema 1992, p. 283 pleit voor ingrijpen van de wetgever.

voor afwijzing van een beroep op een regel hierover op grond van strijd met de eisen van een goede procesorde. Zo kan een beroep op niet-ontvankelijkheid van een rechtsmiddel wegens het feit dat een rechtsingang is gezocht tegen een erflater in plaats van tegen de erven in strijd zijn met de goede procesorde. Dit zal het geval zijn indien de erven er in de omstandigheden van het geval geen in rechte te respecteren belang bij hebben dat het rechtsmiddel tegen henzelf in plaats van tegen de erflater wordt ingesteld, hetgeen reeds blijkt uit het feit dat de erven zijn verschenen.[542]

Deze gevallen vormen een mooie illustratie van de derogerende werking van de goede procesorde. In de rechtspraak van de Hoge Raad hierover spelen onder meer rechtszekerheid, het decisiebeginsel, eventuele verwijten aan en de belangen van partijen een rol.

4.4.6.3 Rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken

278. Tegen tussenuitspraken kan eventueel tussentijds een rechtsmiddel worden gericht (art. 337 en 401a Rv). Deze mogelijkheid is onder het nieuwe recht van rechterlijke toestemming afhankelijk (art. 337 lid 2, 401a lid 2 Rv).

Het oude Nederlandse recht kende geen toestemmingsvereiste, maar een verbodsmogelijkheid. Tegen een tussenuitspraak die aan een deel van het ten gronde gevorderde of verzochte door een uitdrukkelijk dictum een einde maakte (een gedeeltelijke einduitspraak of kortweg deeluitspraak), moest tussentijds een rechtsmiddel worden gericht, zelfs als de rechter dit had uitgesloten, op straffe van onherroepelijk worden van de uitspraak.[543] Onder het wettelijk appelverbod voor tussenuitspraken van het huidige recht (art. 337 Rv) valt hetzelfde aan te nemen.

Vormt de tussenuitspraak geen gedeeltelijke einduitspraak, dan kan men ook bij het openstellen van tussentijds appel met het richten van bezwaren tegen de tussenuitspraak wachten tot bij het instellen van een rechtsmiddel tegen de einduitspraak.

Rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken kunnen een procedure sterk vertragen en fragmenteren. Anderzijds kan tussentijds beroep betrokkenen ook veel tijd, geld en moeite schelen door niet te hoeven (door)procederen over vragen die achteraf van geen belang blijken.[544] Deze tegenstrijdige overwegingen maken het niet makkelijk te bepalen wat het beste stelsel is.[545] Het verbaast dan ook niet dat in de ons omringende landen op dit gebied verschillende

542 HR 25 september 1992 (*Van Helden-Simon/Molenaar*), *NJ* 1992, 767. Zie nader de uitspraken genoemd in de conclusie van A-G Asser sub 2.6-2.7 voor dit arrest.

543 Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 60; Meijer 2001, p. 540.

544 Zie over deze twee kanten van het tussentijds instellen van rechtsmiddelen Meijer 2001, p. 535-536 met nadere verwijzingen.

545 Vgl. bijv. Ras 1966, nr. 153-162; H.W. Wiersma 1998, nr. 275; *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 460-461 (MvA I), alle met nadere verwijzingen.

keuzes zijn gemaakt. Het Franse en Duitse[546] recht kennen in beginsel alleen de mogelijkheid van tussentijds beroep tegen gedeeltelijke einduitspraken (art. 544, 545, 606 en 608 NCPC resp. § 301 jo. 511, 512, 542 en 557 ZPO). Het Belgische recht is ruimhartig voor het appel en laat tegen alle tussenuitspraken hoger beroep toe (art. 1050 Ger.W.).[547] Tussentijds cassatieberoep is echter uitgesloten (art. 1077 Ger.W.), tenzij het een gedeeltelijke einduitspraak betreft.

279. De mogelijkheid te kiezen tussen tussentijds beroep of wachten tot de einduitspraak heeft in de Nederlandse praktijk meermalen geleid tot pogingen een rechtsmiddel te 'herhalen' door na tussentijds beroep ook bij beroep tegen de einduitspraak bezwaren te richten tegen het tussenvonnis waarvan reeds in beroep was gekomen. Volgens vaste rechtspraak wordt dit 'herhaald beroep' in strijd geacht met de goede procesorde. De door de Hoge Raad in het arrest *Interfood/Lyclama* gegeven motivering is veelzeggend:

> "De eisen van een goede procesorde verzetten zich ertegen dat een tussenarrest waartegen tussentijds beroep in cassatie is ingesteld, nadat dit beroep is verworpen opnieuw aan het oordeel van de Hoge Raad wordt onderworpen. Van de partij die beroep in cassatie instelt en daarmee de continuïteit van het processueel debat doorbreekt en in zoverre het belang van de wederpartij bij een ordelijk verloop van het debat schaadt, mag worden gevergd dat zij daarbij al haar bezwaren tegen de in het tussenarrest gegeven eindbeslissingen in cassatie aan de orde stelt, óók die welke slechts mogelijkerwijs in een later stadium van het processueel debat belang krijgen (…)."[548]

Centraal bij dit oordeel staat een afweging van de processuele belangen van partijen. De mogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen dient tot het bevorderen van een juiste uitspraak, maar daartegenover staat het belang van een efficiënt en eindig debat.

Overigens dwingt een tussentijds beroep niet tot incidenteel beroep. De wederpartij kan zijn eventuele bezwaren tegen de tussenuitspraak – voorzover het althans geen gedeeltelijke einduitspraak is – voor een volgende beroepsgelegenheid bewaren.[549]

---

546 Ik laat de *Beschwerde*, een rechtsmiddel dat in Duitsland een deel van de functies van het Nederlandse hoger beroep vervult, buiten beschouwing. Zie § 567-577a ZPO en de naar haar kern nog steeds actuele analyse van Ras 1966, nr. 136-150.

547 Zie hierover kritisch Broeckx 1995, nr. 277-286 en 988-995.

548 HR 8 juni 2001 (*Interfood/Lyclama*), *NJ* 2001, 432. In deze zin over appel HR 14 december 1973 (*Erven Davids/Ontvanger*), *NJ* 1974, 347 m.nt. WLH; HR 16 oktober 1992 (*Muller Massis/De Vita*), *NJ* 1992, 791.

549 HR 24 september 1993 (*Van de Rakt/Veltman q.q.*), *NJ* 1994, 299 m.nt. HER.

4.4.6.4 Standpuntbepaling door appellant I: grieven

280. De appeldagvaarding is weinig meer dan een entreekaartje.[550] De standpuntbepaling door eiser geschiedt voornamelijk in de conclusie van eis in hoger beroep. Uit art. 343 en 347 lid 1 Rv volgt dat dit stuk, dat ook wel memorie van grieven wordt genoemd, de middelen waarop het hoger beroep is gegrond moet bevatten. Geïntimeerde moet immers weten waartegen hij zich heeft te verweren (zie § 4.4.3.2 omtrent de standpuntbepaling door eiser in eerste aanleg).[551] Om diezelfde reden eist de Hoge Raad met betrekking tot de appeldagvaarding nog wel dat eruit af te leiden valt welke beslissing appellant uiteindelijk van de appelrechter verlangt.[552] Vanwege het beperkte karakter van de appeldagvaarding valt art. 111 lid 3 Rv hier niet toepasselijk te achten.[553] Terzijde merk ik op dat het overweging zou verdienen in navolging van de afschaffing van de conclusie van eis in eerste aanleg ook in hoger beroep de appeldagvaarding en de conclusie van eis in elkaar te schuiven.[554]

Het appel is, als gezegd, in beginsel een nieuwe behandeling van de zaak, die mede dient om gemaakte fouten te kunnen goedmaken.[555] De Hoge Raad overweegt "(…) dat het hoger beroep mede ertoe strekt de appellerende partij de gelegenheid te bieden tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij zelf bij de procesvoering in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten."[556] Van appellant kan naar geldend recht niet worden gevergd dat hij op straffe van terzijdestelling aangeeft waarom hij een nieuwe stelling in hoger beroep heeft verzuimd al in eerste aanleg in te nemen.[557]

281. De 'middelen' (zie art. 343 Rv) die appellant tegen de uitspraak a quo aanvoert, nemen vaak de vorm aan van grieven, maar dat hoeft niet per se. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in het arrest *Leppers/Van de Wouw* "(…) dat het hoger beroep de appellerende partij niet slechts de gelegenheid geeft tot het aanvoeren van grieven tegen hetgeen de eerste rechter heeft beslist, maar ook tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen hij zelf bij de procesvoe-

550 Snijders & Wendels 2003, nr. 138.
551 HR 24 april 1981 (*Jansen/MBI*), *NJ* 1981, 495 m.nt. WHH; HR 21 december 1990 (*Roefs/Fanfare*), *NJ* 1992, 96 m.nt. HJS. Bakels 1990, p. 150 en Hammerstein 1991, p. 307 brengen dit terecht in verband met de eisen van een goede procesorde.
552 HR 15 november 1991 (*Boogaard/NVPI*), *NJ* 1992, 724 m.nt. HJS. Zie nader Ras/Hammerstein 2001, nr. 10.
553 Snijders & Wendels 2003, nr. 129.
554 Aldus ook Snijders & Wendels 2003, nr. 183.
555 Snijders & Wendels 2003, nr. 3.
556 HR 22 januari 1999 (*F./S.*), *NJ* 1999, 715 m.nt. HJS.
557 Zie bijv. HR 11 december 1998 (*NDC/OOC*), *NJ* 1999, 341; HR 1 maart 2002 (*Schneiderberg en Wijnen/Cools*), *NJ* 2003, 355 m.nt. HJS. De Hoge Raad voegt aan dit oordeel toe: "Slechts onder bijzondere omstandigheden kan dit wellicht anders zijn." Wanneer dit laatste zich zou voordoen, is vooralsnog onduidelijk. Zie H.J. Snijders 2003b sub 3.

ring in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten (…)."[558] In het arrest *Jansen/MBI* overweegt hij dat het enkele feit dat geen grieven zijn ontwikkeld niet hoeft te leiden

> "(…) tot de slotsom dat (…) de appellant derhalve niet-ontvankelijk is in zijn hoger beroep. Te bedenken valt daarbij dat het hoger beroep niet alleen dient om een onjuist oordeel van de rechter in eerste aanleg te bestrijden, maar ook om de appellant gelegenheid te geven door hem in eerste aanleg begane fouten en misslagen te herstellen; in het laatste geval is de benaming 'grieven' voor de tegen de bestreden uitspraak aangevoerde bezwaren zelfs minder voor de hand liggend (...)."[559]

Heemskerk definieert de term 'grief' in het voetspoor van deze rechtspraak vanuit de inhoud van de uitspraak waartegen beroep is ingesteld. Is daarin over een bepaald punt beslist, "(...) dan is als regel een grief tegen die beslissing nodig om haar te kunnen aantasten."[560]

Ras en Hammerstein hebben een afwijkende visie op het begrip en zien "(…) alle gronden die appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd (...)"[561] als grieven. In deze opvatting zijn de begrippen grieven en middelen synoniem. Verwarrend genoeg gebruikt de Hoge Raad de term 'grieven' ook wel in de door Ras en Hammerstein verdedigde zin.[562]

In de door Heemskerk verdedigde opvatting, waarbij ik mij aansluit, bestaan er twee species van het genus 'middelen waarop het hoger beroep is gegrond', namelijk enerzijds grieven en anderzijds aanvullende en herstellende gronden.[563] Dit onderscheid in twee soorten middelen congrueert – zie de hierboven geciteerde overweging uit het arrest *Leppers/Van de Wouw* – met het onderscheid tussen de controle en correctie van wat de rechter (grieven) respectievelijk partijen zelf (aanvullende en herstellende middelen) in eerste aanleg hebben gedaan en nagelaten.

282. Het belang van het onderscheid tussen grieven en aanvullende en herstellende gronden is gelegen in het feit dat volgens de rechtspraak de mogelijkheden om na de conclusie van eis met nieuwe middelen tegen de uitspraak a quo op te komen, verschillen al naar gelang het om grieven of andere middelen gaat.

---

558 HR 21 april 1967 (*Leppers/Van de Wouw*), *NJ* 1967, 240.
559 HR 24 april 1981 (*Jansen/MBI*), *NJ* 1981, 495 m.nt. WHH.
560 Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 173. Vgl. Snijders & Wendels 2003, nr. 196.
561 Ras 1992, nr. 16; Ras/Hammerstein 2001, nr. 16. Anders kennelijk Hammerstein 1991, p. 303. Vgl. A-G Vranken in zijn conclusie sub 22 voor HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 370.
562 HR 9 september 1994 (*Gloudemans/De Winter*), *NJ* 1995, 6, waarover kritisch Snijders & Wendels 2003, nr. 169.
563 Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 173. In deze zin kennelijk ook Vranken 1992a; Asser 2003; Snijders & Wendels 2003, nr. 169, 176 en 196.

De mogelijkheden voor grieven na de conclusie van eis zijn zeer beperkt. De wederpartij mag er in beginsel van uitgaan dat diens verweer niet tot nieuwe grieven aanleiding geeft. In beginsel is er dan ook geen ruimte voor nieuwe grieven bij akte, nadere conclusie of pleidooi.[564]

Uitzonderingen op deze 'in beginsel strakke regel'[565] zijn mogelijk. Maatgevend is steeds wat de goede procesorde in het gegeven geval meebrengt,[566] waarbij met name de belangen van betrokkenen en het decisiebeginsel een rol spelen.[567] Als voorbeeld noem ik het laat voeren van een verweer dat, indien gegrond, het einde van een alimentatieplicht zou betekenen. Aangezien bij het passeren van het verweer een nieuwe procedure zou kunnen worden begonnen – bij alimentatie is in beginsel altijd ruimte voor een wijzigingsverzoek – geniet het op proceseconomische gronden (decisiebeginsel) de voorkeur het verweer niet te passeren. Alsdan moeten uiteraard wel mogelijkheden tot wederhoor worden geboden.[568]

Ras en Hammerstein noemen als grond voor een uitzondering later voorgevallen of gebleken feiten.[569] In de hier verdedigde opvatting van het begrip grief zullen zulke feiten doorgaans geen grieven vormen, zodat daarvoor de hieronder te bespreken soepeler regels gelden.

Stemt de wederpartij er ondubbelzinnig in toe latere grieven in het geding te betrekken – hiervan is reeds sprake bij een inhoudelijk antwoord zonder bezwaar tegen het moment van het opwerpen van de grief[570] – dan moet de rechter hierin meegaan.[571]

4.4.6.5 Standpuntbepaling door appellant II: andere middelen

283. Ook de mogelijkheid in hoger beroep andere middelen dan grieven aan te voeren wordt begrensd door de eisen van een goede procesorde.[572] De uitwerking is echter soepeler dan de voor grieven geldende 'in beginsel strakke regel'.

Hét andere middel voor appellant/oorspronkelijk eiser is de wijziging van eis. Art. 130 Rv aangaande de eiswijziging is op grond van art. 353 lid 1 Rv ook van toepassing in hoger beroep. Art. 429*i* (oud) Rv werd in de rechtspraak

---

564 HR 11 november 1983 (*Broere/Olivetti*), *NJ* 1984, 298. Zie nader de rechtspraak genoemd bij Ras/Hammerstein 2001, nr. 28 en 36 benevens Snijders & Wendels 2003, nr. 176-177, 183 en 364.

565 HR 6 april 1991 (*S./F.*), *NJ* 1992, 407 m.nt. JBMV.

566 Ras/Hammerstein 2001, nr. 33.

567 Vgl. Vranken 1992a.

568 Zie HR 6 april 1991 (*S./F.*), *NJ* 1992, 407 m.nt. JBMV, waarover kritisch Snijders & Wendels 2003, nr. 183; herhaald in HR 5 november 1999 (*J./O.*), *NJ* 2000, 65 en HR 7 december 2001 (*De vrouw/De man*), *NJ* 2003, 76 m.nt. DA.

569 Ras 1992, nr. 34; Ras/Hammerstein 2001, nr. 34.

570 HR 15 november 1999 (*Poldervaart/Smit*), *NJ* 2000, 21 m.nt. PAS.

571 Ras/Hammerstein 2001, nr. 28; Snijders & Wendels 2003, nr. 183.

572 Ras/Hammerstein 2001, nr. 29; Snijders & Wendels 2003, nr. 176.

in appel van overeenkomstige toepassing geacht.[573] Ook in procedures waarin art. 429a-r (oud) Rv niet van toepassing waren, gold inhoudelijk hetzelfde.[574] Thans zijn de dagvaardings- en verzoekschriftprocedures op dit punt gelijkgetrokken door art. 362 jo. 283 Rv.

Het richtsnoer bij de vraag of verzet van de wederpartij tegen eiswijziging moet worden gehonoreerd wordt inhoudelijk steeds gevormd door de goede procesorde,[575] waarvan, zoals hierboven bleek (zie § 4.4.3.3), de oude wettelijke criteria een uitwerking vormden.

In hoger beroep zal een eiswijziging eerder in strijd zijn met de eisen van een goede procesorde dan in eerste aanleg.[576] Wijziging van eis lijkt echter op grond van art. 130 lid 1 ('zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen') jo. 353 lid 1 Rv in beginsel ook na de memorie van grieven toegelaten.

Een belangrijk aanknopingspunt bij de begrenzing van de mogelijkheden in het kader van de goede procesorde is de ingrijpendheid van de frontverandering. Heemskerk laat zien dat in de oudere rechtspraak op dit punt veel werd toegelaten.[577] Meer terughoudendheid lijkt op het eerste gezicht wenselijk. H.J. Snijders vraagt in dit verband aandacht voor de mogelijkheid van de verwerking van het recht op eiswijziging.[578] Hiervoor is blijkens de rechtspraak echter niet voldoende dat de stellingen in hoger beroep strijdig zijn met die in eerste aanleg.[579] Naast rechtsverwerking bestaat de mogelijkheid dat appellant afstand heeft gedaan van het recht een bepaald standpunt in te nemen. De eisen omtrent de gedekte weer (waarop ik dadelijk inga) gelden hier analoog.

Het afwijzen van late eiswijzigingen voorkomt dat met een (extreme) eiswijziging in appel het recht van gedaagde op (een volledig) debat (in twee instanties) wordt gefrustreerd. Anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat partijen doorgaans geen van beide bij een geheel nieuwe procedure gebaat zijn.[580] Bij het verdisconteren van de mogelijkheid van een nieuwe procedure is relevant dat de houding aangaande een bepaald feitencomplex in een eerdere procedure medebepalend te achten is voor hetgeen de goede procesorde eist in een tweede procedure waarin ditzelfde feitencomplex een

573 HR 8 juni 1973 (*E./Van H.*), *NJ* 1973, 406 m.nt. DJV; HR 12 oktober 1990 (*Discount/Schouten*), *NJ* 1991, 186.
574 HR 19 oktober 1979 (*Huijvenaar/ADS*), *NJ* 1980, 471 m.nt. WHH.
575 Zie bijv. HR 12 oktober 1990 (*Discount/Schouten*), *NJ* 1991, 186. Vgl. Ras/Hammerstein 2001, nr. 38 en 39; Snijders & Wendels 2003, nr. 366.
576 Ras/Hammerstein 2001, nr. 38; Snijders & Wendels 2003, nr. 189.
577 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 151.
578 Snijders & Wendels 2003, nr. 190. Zie ook A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie sub 3.13 voor HR 8 december 2000 (*Zeegers/Franssen*), *NJ* 2001, 197.
579 HR 8 december 2000 (*Zeegers/Franssen*), *NJ* 2001, 197.
580 Snijders & Wendels 2003, nr. 196 in fine.

rol speelt. Denkbaar is dat eiser door zijn gedrag in een eerdere procedure het recht verspeelt in een nieuwe procedure bepaalde stellingen in te nemen.

Hoe verhoudt de mogelijkheid van eiswijziging zich tot de 'in beginsel strakke regel' met betrekking tot de grieven? Ras en Hammerstein oordelen dat er in feite sprake is van doorbreking van de strakke regel van het grievenstelsel, doordat eiswijziging ook na de memorie van grieven is toegelaten.[581] Dit oordeel hangt samen met hun ruime opvatting van het begrip grief. In de hierboven verdedigde opvatting over het begrip grief zal eiswijziging doorgaans geen grief impliceren, maar een 'ander middel waarop het hoger beroep is gegrond': de rechter in eerste aanleg heeft immers niet over de nieuwe eis of de nieuwe feitelijke grondslag geoordeeld.

284. Hét andere middel om het appel op te gronden van appellant/oorspronkelijk gedaagde is de nieuwe weer. Art. 348 Rv bepaalt dat nieuwe principale weren kunnen worden gevoerd, tenzij deze in eerste aanleg zijn gedekt. Deze regel roept de vraag op wanneer een weer als gedekt geldt. Het antwoord is te vinden in het arrest *Royal Nederland/Campina*:

> "Nu hoger beroep mede ertoe strekt de mogelijkheid te bieden in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen, kan een verweer niet als 'gedekt' worden aangemerkt op de enkele grond dat het desbetreffende verweer 'onverenigbaar' is met de in eerste aanleg door een partij ingenomen proceshouding; daarvoor is uitsluitend plaats indien uit deze proceshouding ondubbelzinnig voortvloeit dat het desbetreffende verweer is prijsgegeven."[582]

Deze overwegingen impliceren dat het recht een verweer te voeren slechts is gedekt, indien er afstand van is gedaan. Dit valt niet spoedig aan te nemen.[583] Buiten het toepassingsgebied van art. 348 Rv – denk aan verweren die pas in appel worden prijsgegeven en verzoekschriftprocedures – kan dezelfde regel rechtstreeks op de figuur afstand van recht worden gebaseerd.[584]

De eisen van een goede procesorde stellen nadere grenzen aan de mogelijkheid nieuwe weren te voeren. Relevante omstandigheden bij de beantwoording van de vraag of een bepaald verweer nog kan worden toegelaten, zijn onder meer het stadium waarin de nieuwe weer is gevoerd en of de nieuwe weer aanvullend onderzoek vergt waarvoor geen ruimte meer is.[585] Hierbij is onder meer relevant hoe het nieuwe standpunt zich verhoudt tot de eerder ingenomen stellingen. Een 'essentiële koerswijziging' zal eerder als tardief terzijde

---

581 Ras 1992, nr. 38; Ras/Hammerstein 2001, nr. 38.

582 HR 19 januari 1996 (*Royal Nederland/Campina*), *NJ* 1996, 709 m.nt. HJS. Zie nader Snijders & Wendels 2003, nr. 198.

583 Zie Snijders & Wendels 2003, nr. 198 met nadere gegevens.

584 Snijders & Wendels 2003, nr. 199.

585 HR 11 april 1986 (*Ennia/Bodde*), *NJ* 1987, 433 m.nt. WHH.

worden gelaten dan stellingen die in de lijn van het reeds gevoerde verweer liggen.[586] Een nieuwe weer waarvan de feitelijke basis verweerder al lang bekend moet zijn geweest, zal verhoudingsgewijs snel als in strijd met de goede procesorde terzijde moeten worden gelaten.[587] Ten Kate meent dat de grenzen die de goede procesorde hier stelt ongeveer overeenkomen met de voor de wijziging van eis geldende normen.[588]

Hetgeen de eisen van de goede procesorde meebrengen met betrekking tot andere middelen dan grieven is voor appellant niet steeds gunstiger dan de 'in beginsel strakke regel' die voor de grieven geldt. Het kan zelfs zo zijn dat een bij memorie van grieven gevoerde nieuwe weer op grond van processuele rechtsverwerking – een toepassing van de beperkende werking van de goede procesorde (zie § 4.2.2.4) – buiten beschouwing moet blijven.[589] Zo geeft het volgende oordeel over een nieuwe weer in appel volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

> "(…) de Rb. heeft kennelijk aangenomen dat Brüning – zo de 'vergissing' waarmee hij in appel zijn herroeping van die bekentenis trachtte te rechtvaardigen al niet in elk geval voor zijn rekening behoort te blijven – dan toch door zijn houding in eerste aanleg zijn recht om zich zo lang na de desbetreffende gebeurtenissen in hoger beroep alsnog op die dwaling te beroepen had verwerkt."[590]

Ook de buitenprocessuele verhouding tussen partijen kan van betekenis zijn voor de grenzen aan de mogelijkheid verweer te voeren. Zo oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Holtrop/Stevens* dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn om eerst bij akte in hoger beroep voeren van het verweer dat een ander dan de aangesprokene debiteur van de betrokken vordering is. Bepalend zijn de omstandigheden van het geval, waaronder met name de houding van de aangesprokene voor en tijdens de procedure.[591] In § 4.2.3.2 heb ik reeds betoogd dat de beoordeling in dit geval zonder inhoudelijk verschil in de sleutel van de eisen van een goede procesorde had kunnen plaatsvinden.[592]

---

586 Zie HR 13 september 1996 (*Nationale Nederlanden/P.*), *NJ* 1997, 637.
587 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 16 april 1997, *NJkort* 1997, 54.
588 A-G Ten Kate in zijn conclusie sub 53 bij HR 11 april 1986 (*Ennia/Bodde*), *NJ* 1987, 433 m.nt. WHH.
589 Anders Snijders & Wendels 2003, nr. 196.
590 HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548 m.nt. WHH. Ook annotator Heemskerk fundeert deze toepassing van rechtsverwerking in de goede procesorde, evenals Ras 1993. Zie tevens A-G Asser in zijn conclusie sub 2.30 voor HR 29 maart 1996 (*C./D.*), *NJ* 1996, 421. Anders Valk 1993, p. 162 noot 7.
591 HR 10 maart 1995 (*Holtrop/Stevens*), *NJ* 1996, 299 m.nt. HJS.
592 Vgl. H.J. Snijders 1999.

285. De vraag is hoe de besproken invulling van de goede procesorde met betrekking tot nieuwe weren zich verhoudt tot de regel die bepaalt dat de grieven bij de conclusie van eis in hoger beroep moeten worden ontwikkeld.

Ras en Hammerstein menen dat een nieuwe weer vrijwel altijd een grief zal vormen, hetgeen voortvloeit uit hun ruime opvatting van het begrip 'grief'.[593] In de hierboven verdedigde opvatting over het begrip grief (zie § 4.4.6.3) ligt dit geheel anders.[594] In het arrest *Maas/Gem. Schijndel* neemt de Hoge Raad aan dat een nieuwe weer mede een grief vormt en dat hiervoor dus de 'in beginsel strakke regel' geldt.[595] Deze uitspraak is strijdig met de hier verdedigde opvatting van het begrip grief, welke mede is gestoeld op de overige rechtspraak van de Hoge Raad. De kritiek van H.J. Snijders op het arrest *Maas/Gem. Schijndel* is vanuit het systeem van de bestaande rechtspraak beschouwd terecht. Inderdaad zou het binnen het systeem van de bestaande rechtspraak zuiverder zijn nieuwe weren op gelijke voet te behandelen met de wijziging van eis en niet op gelijke voet met de grieven. H.J. Snijders pleit ervoor de rechtspraak omtrent de gedekte weren op een lijn te brengen met die over de wijziging van eis door eerstgenoemde rechtspraak te versoepelen.[596]

286. Zelf zou ik er de voorkeur aan geven de regels omtrent nieuwe weren en wijziging van eis op een lijn te brengen met de 'in beginsel strakke regel' die voor grieven geldt.[597] Hiermee wordt recht gedaan aan de wens dat geïntimeerde na de conclusie van eis in hoger beroep weet waartegen hij zich heeft te verdedigen en zich in zijn antwoord dan ook voldoende kan verdedigen. De prominentie van deze wens komt nadrukkelijk naar voren in de wet (art. 347 lid 1 Rv) en de rechtspraak van de Hoge Raad.[598]

Voor de gedachte om de 'in beginsel strakke regel' ook voor de eiswijziging en nieuwe weren te doen gelden vind ik steun in de conform art. 353 lid 1 Rv ook in hoger beroep toepasselijke huidige wettelijke regeling van de eerste aanleg. De huidige wettelijk regeling van de eerste aanleg wordt immers gekenmerkt door de aanscherping van de daarvoor geldende normen en de hoge(re) prioriteit die aan het decisiebeginsel wordt toegekend (zie § 4.4.3.3 en 4.4.4.2). Dit geeft aanleiding de eisen van een goede procesorde ook met betrekking tot andere middelen van hoger beroep thans strenger in te vullen.[599] Een dergelijke ontwikkeling zou kunnen leiden tot een stelsel waarin

---

593 Ras 1992, nr. 32 sub a; Ras/Hammerstein 2001, nr. 32 sub a.

594 Zie Heemskerk 1989. Vgl. A-G Asser in zijn conclusie sub 2.27 bij HR 13 september 1996 (*Nationale Nederlanden/P.*), *NJ* 1997, 637.

595 HR 19 oktober 1990 (*Maas/Gem. Schijndel*), *NJ* 1991, 607 m.nt. HJS. Zie ook HR 1 juli 1988 (*FCI/Joustra), NJ* 1989, 156 m.nt. WHH.

596 Snijders & Wendels 2003, nr. 196.

597 Vgl. Ras/Hammerstein 2001, nr. 35 in fine.

598 HR 24 april 1981 (*Jansen/MBI*), *NJ* 1981, 495 m.nt. WHH.

599 Aldus ook H.J. Snijders 2003a, p. 207; H.J. Snijders 2003b, nr. 3.

de 'in beginsel strakke regel', die in de bestaande rechtspraak alleen voor grieven geldt, de mogelijkheden van appellant tot het aanvoeren van middelen van beroep over de volle breedte normeert.[600]

H.J. Snijders brengt tegen de hier verdedigde opvatting verschillende bezwaren in.[601] Ten eerste zou zij in strijd zijn met art. 130 Rv, dat immers spreekt van een bevoegdheid tot eiswijziging tot de einduitspraak. Hiermee is echter niet gezegd dat de eveneens in art. 130 Rv genoemde grens van de goede procesorde zich niet conform de 'in beginsel strakke regel' laat invullen.

Ten tweede zou het doortrekken van de 'in beginsel strakke regel' inbreuk maken op de devolutieve werking (de gehele zaak wordt van de lagere rechter op de hogere afgewenteld[602]) van het appel. Naar mijn mening zou deze inbreuk pas zorgen hoeven te baren indien appellant de gelegenheid om zijn eis te wijzigen of om nieuwe weren te voeren geheel moet missen. Daarvan is hier echter geen sprake.

Ten derde voert H.J. Snijders het praktische nadeel aan dat de appellant wiens nieuwe weer of eiswijziging tardief wordt bevonden, opnieuw kan beginnen. Voorzover de gewezen appellant echter al niet aanloopt tegen het gezag van gewijsde van de einduitspraak in appel in het eerste geding, acht ik het denkbaar dat hij onder omstandigheden door zijn gedrag in een eerdere procedure het recht verspeelt in een nieuwe procedure bepaalde stellingen in te nemen.

Alles overziend zou ik willen blijven bij het standpunt dat de 'in beginsel strakke regel' de mogelijkheden van appellant tot het aanvoeren van middelen van beroep over de volle breedte dient te normeren.

4.4.6.6 Standpuntbepaling door appellant III: nieuwe feiten en producties

287. De volgende vraag is wanneer in appel ten laatste nieuwe feiten en producties kunnen worden ingebracht. Dit is een andere vraag dan die wanneer ten laatste nieuwe middelen van appel kunnen worden aangevoerd: nieuwe feiten kunnen immers zeer wel slechts een nadere adstructie zijn in het kader van het debat dat zich naar aanleiding van de appelgronden heeft ontwikkeld.[603]

In het algemeen kan worden gezegd dat zuiver feitelijke aanvullingen en verduidelijkingen een minder ingrijpend karakter zullen hebben dan een eiswijziging of een nieuwe weer, zodat de positie van gedaagde door dergelijke aanvullingen minder snel op onaanvaardbare wijze zal worden aangetast. Dit betekent dat een wat mildere invulling van de beperkende werking van de

600 In soortgelijke zin Asser 2003.
601 Snijders & Wendels 2003, nr. 196.
602 Snijders & Wendels 2003, nr. 5, 163 en 216.
603 Ras/Hammerstein 2001, nr. 30; Snijders & Wendels 2003, nr. 184.

goede procesorde in deze voor de hand ligt. Zelfs bij pleidooi zijn nieuwe feiten volgens de rechtspraak niet ontoelaatbaar.[604]

De grenzen volgen ook hier uit de eisen van een goede procesorde. H.J. Snijders merkt voor de toelaatbaarheid van een nieuw feit als beslissend aan of het "(…) alle omstandigheden in aanmerking nemende onaanvaardbaar laat in de procedure naar voren is gebracht."[605] In de rechtspraak worden dikwijls twee meer uitgewerkte maatstaven gehanteerd, namelijk of de tegenpartij voldoende heeft kunnen reageren en of het nieuwe feit een onderzoek nodig maakt waarvoor in het stadium waarin het geding zich bevindt geen plaats meer is.[606] Tot het oordeel dat aan laatstgenoemde maatstaf is voldaan kan onder meer het tijdsverloop sinds het begin van de procedure bijdragen[607] of hoe lang het nieuwe feit geacht mag worden bekend te zijn.[608] Voor de hand ligt dat de inbreng van feiten die niet eerder bekend waren in het licht van het rechtvaardigheidsbeginsel niet snel in strijd wordt geacht met de goede procesorde.[609] Meer in het algemeen kan de verontschuldigbaarheid van de vertraging richtinggevend zijn voor het al dan niet toelaten van nova na de conclusie van eis. Ook het tijdsverloop voor aanvang van een procedure kan invloed hebben op wat van appellant mag worden verwacht. Een pas in hoger beroep in algemene termen gedaan aanbod tot getuigenbewijs in een zaak over een aanrijding die zestien jaar voor de inleidende dagvaarding plaatsvond, mag als strijdig met de goede procesorde worden gepasseerd.[610]

In het algemeen kan worden gezegd dat puur feitelijke nova ter nadere onderbouwing van eerder ingenomen stellingen milder worden bejegend dan grieven, wijziging van eis en nieuwe weren. De nieuwe regeling van de eerste aanleg geeft echter ook op dit punt aanleiding strenger te zijn dan onder het oude recht.[611]

4.4.6.7 Standpuntbepaling door geïntimeerde

288. De memorie van antwoord is de belangrijkste gelegenheid voor geïntimeerde zich te verweren tegen de door appellant aangevoerde middelen van hoger beroep.[612] Daarna kan hij eventueel nog een akte nemen en pleidooi voeren. Met betrekking tot nieuwe feiten gelden de in § 4.4.6.5 besproken,

---

604 HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB.
605 H.J. Snijders 1992c.
606 HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB. Zie nader de rechtspraak vermeld bij Ras/Hammerstein 2001, nr. 29 benevens Snijders & Wendels 2003, nr. 176 en 184.
607 Zie bijv. HR 29 september 1995 (*Muller/Akkerman*), *NJ* 1996, 104.
608 Vgl. HR 27 september 1991 (*Groenendijk/Stapel*), *NJ* 1991, 801.
609 Brunner 1980; Ras/Hammerstein 2001, nr. 34. Vgl. HR 27 september 1991 (*Groenendijk/Stapel*), *NJ* 1991, 801.
610 HR 25 juni 1993 (*ABP/Sun*), *NJ* 1993, 630.
611 Vgl. H.J. Snijders 2003a, p. 207; H.J. Snijders 2003b, nr. 3.
612 Snijders & Wendels 2003, nr. 172.

relatief milde normen. Mildheid betekent echter zeker niet dat er geen grenzen zijn.[613] Ook in hoger beroep geldt de regel dat van appellant niet mag worden gevergd dat hij een akte neemt of pleidooi vraagt uitsluitend om door de wederpartij aangevoerde feiten te betwisten teneinde te voorkomen dat zij ten processe als vaststaand zullen gelden (zie § 4.4.4.2).[614]

Oorspronkelijk eiser of verzoeker kan in hoger beroep ook als geïntimeerde zijn eis wijzigen.[615] De in § 4.4.6.4 besproken invulling van de eisen van een goede procesorde voor eiswijziging door appellant/oorspronkelijk eiser geldt ook hier. Eiswijziging lijkt dus in principe ook nog na antwoord mogelijk. Eiswijziging bij pleidooi zal echter in de regel tardief zijn.[616]

Oorspronkelijk gedaagde kan in beginsel ook na antwoord nieuwe weren voeren, tenzij deze zijn gedekt (art. 348 Rv) of hij hiermee in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. De invulling van de goede procesorde in deze komt overeen met die voor de wijziging van eis door oorspronkelijk eiser als geïntimeerde.[617]

Hetgeen hier is gezegd over de grenzen die de eisen van een goede procesorde stellen aan eiswijziging en nieuwe weren door geïntimeerde is gebaseerd op de bestaande jurisprudentie. Beide zijn na antwoord in principe nog mogelijk. Hierboven verdedigde ik het standpunt dat de 'in beginsel strakke regel' die voor de grieven geldt ook voor eiswijziging en nieuwe weren van appellant dient te gelden. Naar mijn mening is de consequentie van deze opvatting over de positie van eiser dat ook voor geïntimeerde zou moeten gelden dat hij een eiswijziging of nieuwe weren in beginsel bij memorie van antwoord moet inbrengen. De gedachte van de evenwichtige verdeling van de processuele mogelijkheden brengt dit mee.[618] Ik verwijs naar de argumentatie in § 4.4.6.4, in het bijzonder hetgeen is gezegd over de doorwerking van de regeling van de eerste aanleg.

4.4.6.8 De positie van partijen in hoger beroep: conclusie

289. Met betrekking tot de ontwikkeling van het debat in hoger beroep biedt de bestaande rechtspraak het volgende beeld. Voor grieven geldt de 'in beginsel strakke regel': deze moeten, uitzonderingen daargelaten, bij de conclusie van eis in hoger beroep worden ingebracht. Voor nieuwe feiten geldt dat deze steeds toelaatbaar zijn, tenzij de wederpartij hierop onvoldoende heeft kunnen

613 HR 24 mei 1991 (*NOS/Staat*), *NJ* 1991, 675 m.nt. MS.
614 HR 15 september 1995 (*Van Straaten/kinderbescherming*), *NJ* 1996, 20; HR 10 oktober 1997 (*Optimum/De Bruin*), *NJ* 1998, 473 m.nt. JBMV; HR 23 oktober 1998 (*Nedstaal/Kantorenhuis*), *NJ* 1999, 114. Zie ook Snijders & Wendels 2003, nr. 178 en 185.
615 Ras/Hammerstein 2001, nr. 11 en 15.
616 Zie voor een voorbeeld van tardieve wijziging van de feitelijke grondslag HR 6 november 1981 (*Konijnenburg/Protempo*), *NJ* 1982, 228 m.nt. Ma.
617 Ras/Hammerstein 2001, nr. 32 sub b.
618 Vgl. Bakels 1990, p. 150.

reageren of de nieuwe stelling een onderzoek nodig maakt waarvoor in het stadium waarin het geding zich bevindt geen plaats meer is. Het gaat hier om een toepassing van de beperkende werking van de goede procesorde. Ook de mogelijkheid nieuwe weren in te brengen of de eis te wijzigen wordt begrensd door de beperkende werking van de goede procesorde. De normen zijn hier in het algemeen strenger dan die voor nieuwe feiten, maar soepeler dan de 'in beginsel strakke regel'. Op dit laatste zijn uitzonderingen. Zo kan zelfs het recht op het voeren een nieuwe weer bij memorie van grieven worden verwerkt.

In het bovenstaande heb ik verdedigd dat het geldende recht ruimte biedt voor toepassing van de 'in beginsel strakke regel' op de wijziging van eis in appel en op nieuwe weren. Hiermee zou als regel gelden dat partijen in hoger beroep hun (nieuwe) standpunten, uitzonderingen daargelaten, bij hun memories moeten innemen. Deze regel valt naar huidig recht te funderen op de doorwerking van de (nieuwe) normen die de eerste aanleg beheersen (art. 353 lid 1 Rv) bij de invulling van de eisen van een goede procesorde in hoger beroep.[619]

Een nóg strengere lijn is denkbaar: het überhaupt niet steeds zonder meer toelaten van nieuwe stellingen in appel. Een dergelijk stelsel beperkt de mogelijkheden van zelfcorrectie van partijen aanmerkelijk en concentreert het appel rond de controle van de rechter. In de bestaande praktijk is de mogelijkheid tot zelfcorrectie (zeer) ruim. Slechts afstand van recht (waaronder gedekte weren) en strijd met de goede procesorde stellen grenzen. Ook in de door mij verdedigde strenge opvatting van het geldende recht is zelfcorrectie van partijen in beginsel mogelijk, zij het slechts bij de memories.

Dat een verdere beperking van de mogelijkheid op zelfcorrectie zich laat realiseren door een nog verderstrekkende aanscherping van de eisen van een goede procesorde is op zichzelf wel denkbaar, maar gaat binnen het geldende recht (te) ver. Lijkt het mij nog verdedigbaar dat de 'in beginsel strakke regel' op grond van de doorwerking van het procesrecht van de eerste aanleg voor het gehele debat in appel zou moeten gelden, de mogelijkheid van zelfcorrectie in appel is dermate sterk verankerd in het geldende appelprocesrecht (zie met name art. 348 en 353 lid 1 jo. 130 Rv) dat (verdere) beperking van die mogelijkheid ingrijpen van de wetgever vereist.

290. Is een dergelijk ingrijpen wenselijk? Opvallend is dat er weinig rechtspraak is over de temporele normering van het partijdebat in eerste aanleg, zoals beschreven in § 4.4.3-4.4.5. Mijn inschatting is dat dit onder meer komt doordat het in het geheel geen zin heeft elkaar als partijen te houden aan de in eerste aanleg geldende temporele normen met betrekking tot het innemen en wijzigen van de wederzijdse stellingen. De rechtsgevolgen van normschending (het buiten beschouwing blijven van stellingen of stukken) kunnen immers

619 H.J. Snijders 2003a, p. 207; H.J. Snijders 2003b, nr. 3.

in appel worden gerepareerd. Voorstelbaar is zelfs dat een partij die zijn wederpartij dwingt snel te procederen en in dit kader bewerkstelligt dat tardieve stellingen van laatstgenoemde buiten beschouwing blijven, deze opstelling als een boemerang terug krijgt doordat er een appel volgt, waardoor de procedure in zijn geheel juist langer duurt. Merkte ik herhaaldelijk (zie § 4.4.3.3 en 4.4.4.2) op dat strengheid in eerste aanleg het risico van een stijgend appelpercentage in zich draagt, op deze plaats kan daaraan worden toegevoegd dat ruime herstelmogelijkheden in appel in niet onbelangrijke mate de zin aan strengheid in eerste aanleg ontnemen.[620]

In het huidige procesrecht, met zijn extra nadruk op snelheid en de inspanningen die het in eerste aanleg van partijen vergt om het geschil op tafel te krijgen, past het eigenlijk niet dat partijen in appel plompverloren met nieuw materiaal kunnen aankomen dat reeds in eerste aanleg ter tafel had kunnen komen.

In het licht van het bovenstaande zou ik voelen voor een stelsel waarin het mogelijk is nieuwe stellingen en feiten in appel te weren, ook indien deze bij de eerste gelegenheid in appel worden ingebracht.[621] Een dergelijk stelsel kan rechtssystematisch worden gefundeerd in de beperkende werking van de goede procesorde. Ik werk dit kort uit.

De beperkende werking van de goede procesorde levert naar geldend recht een temporele normering van het partijdebat in zowel eerste aanleg als appel op. De normering in appel is echter thans in belangrijke mate onafhankelijk van wat er in eerste aanleg is gedaan en nagelaten: de zelfcorrectiefunctie van het hoger beroep brengt dit met zich mee. Mijn voorstel zou zijn de beperkende werking van de goede procesorde in appel mede te laten bepalen door hetgeen in eerste aanleg al dan niet is geschied. Dit zou de mogelijkheid openen om zelfs een reeds bij memorie van grieven of antwoord ingenomen standpunt of aangevoerd feit op grond van strijd met de goede procesorde niet in aanmerking te nemen. Vergbaarheid, vermijdbaarheid en verwijtbaarheid van het partijgedrag, alsmede het decisiebeginsel krijgen bij de invulling van de goede procesorde in deze een (nog) belangrijkere rol. In deze visie zouden bijvoorbeeld reeds in eerste aanleg voor de hand liggende stellingen of reeds toen bekende en relevante feiten die niet zijn ingebracht, in hoger beroep buiten het debat moeten blijven. Ook is het in deze visie mogelijk dat een reeds bij memorie in hoger beroep beoogde eiswijziging strijdig kan worden geacht met de eisen van de goede procesorde.[622]

Dit stelsel doet recht aan de gedachte dat het hoger beroep niet een geheel opnieuw beginnen is, maar een voortzetting van het debat tussen partijen.[623]

---

620 Aldus ook Boonekamp & Van Maanen 2000, p. 8; Hovens 2001, p. 869; Hovens 2003, p. 38-39.

621 Zo ook Hovens 2001, p. 871; Hovens 2003, p. 39.

622 Anders HR 27 november 1987, *NJ* 1988, 369.

623 Hammerstein 1991, p. 303-304; Ras/Hammerstein 2001, nr. 89.

Hierbij moet het met name mogelijk zijn dat het debat zich verdiept.[624] Dit maakt het onwenselijk dat het debat een geheel andere wending kan krijgen op basis van onnodig achtergehouden feiten, waardoor het eigenlijke geschil pas in tweede aanleg op tafel komt.

Een uiterst belangrijke consequentie van door mij voorgestane stelsel zou zijn dat de temporele normen in eerste aanleg meer indruk op partijen zullen maken, omdat normschendingen niet (steeds) meer in appel kunnen worden gerepareerd. Dit zal enerzijds aansporen om tijdig stellingen te betrekken en anderzijds om de rechtsgevolgen van normschending door de wederpartij daadwerkelijk af de dwingen.

291. Het hier gesuggereerde stelsel houdt niet in dat al hetgeen in eerste aanleg tardief is bevonden dat in hoger beroep zelfs bij memorie ook altijd is. Enige zelfcorrectie van partijen moet mogelijk blijven. Zo zou ik niet willen uitsluiten dat zelfs een eiswijziging die in eerste aanleg tardief is bevonden in hoger beroep wordt toegelaten.[625] Mijns inziens moet deze mogelijkheid wel worden begrensd. In het hier voorgestelde systeem kan het recht op eiswijziging in hoger beroep, ook indien dit reeds bij memorie geschiedt, zijn verwerkt. Een in eerste aanleg tardief bevonden eiswijziging moet naar mijn mening zonder meer worden afgewezen indien deze eerst bij bij akte na memorie geschiedt. Uit de poging in eerste aanleg blijkt dat eiser reeds toen van het belang van de eiswijziging overtuigd was: in dat geval is er geen goede grond hem in appel nog ruimte tot dralen te gunnen. Kortom: in het hier geopperde stelsel blijft de mogelijkheid van eiswijziging in appel – zelfs indien deze in eerste aanleg tardief was – uitgangspunt, maar is het in ruimere mate dan thans mogelijk dat de eiswijziging, zelfs bij memorie in appel, wordt afgewezen wegens strijd met de goede procesorde. De aangescherpte maar nog steeds flexibele eisen van een goede procesorde moeten beslissend zijn. Ik zou het initiatief tot normhandhaving in deze primair in handen van de wederpartij willen leggen. Als leidraad kan het systeem van art. 130 lid 1 Rv dienen: de wederpartij dient in beginsel bezwaar te maken tegen het in een bepaald stadium komen met een eiswijziging, nieuwe weer of nieuw feit. Gaat de wederpartij zonder bezwaar te maken op een tardief novum in, dan wordt het deel van de rechtsstrijd.[626] Gebeurt geen van beide, dan is de rechter bevoegd (in geval de openbare orde, meer in het bijzonder de eis van hoor en wederhoor, in het geding is: verplicht) in te grijpen.

Hammerstein maant tot voorzichtigheid bij het "(…) uithollen van de herkansingsmogelijkheid (…)": fouten van advocaten komen nu eenmaal voor en het is de vraag of het wenselijk is dat die zich oplossen in beroepsaanspra-

624 Zo ook Hovens 2001, p. 871; Hovens 2003, p. 38; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 208.
625 Ras/Hammerstein 2001, nr. 12; Snijders & Wendels 2003, nr. 191.
626 Vgl. met betrekking tot tardieve grieven Ras/Hammerstein 2001, nr. 28; Snijders & Wendels 2003, nr. 183.

kelijkheidsprocedures; bovendien wordt de kans om tot een juiste beslissing te komen kleiner. H.J. Snijders komt een stelsel waarin correctiemogelijkheden van partijen ontbreken onevenwichtig voor: "Het gaat (…) niet aan om rechters wel de mogelijkheid tot correctie te geven maar partijen en hun raadslieden niet."[627] Ik ben het inzoverre met deze bezwaren eens dat het geheel wegnemen van de mogelijkheden van zelfcorrectie te ver gaat. Zoals hierboven betoogd zouden de mogelijkheden hiertoe wat mij betreft echter wel (veel) meer mogen worden teruggedrongen. De kernargumenten hiervoor zijn de strengere regeling van de eerste aanleg, het creëren van effectieve mogelijkheden tot handhaving van deze normen in eerste aanleg alsmede de toegenomen betekenis van het decisiebeginsel en van vergbaarheid, vermijdbaarheid en verwijtbaarheid van gedrag bij de invulling van de eisen van een goede procesorde.

4.5 PROCESSUELE LASTEN: CONCLUSIE

292. De in dit hoofdstuk gedane bevindingen over binnen de rechtsverhouding tussen procespartijen geldende lasten laten zich als volgt samenvatten.

De 'eisen van een goede procesorde' verwijzen naar ongeschreven procesrecht (§ 4.1). Het in het kader van de eisen van een goede procesorde ontwikkelde ongeschreven procesrecht vervult ten opzichte van het geschreven procesrecht drie functies, aan te duiden met de begrippen aanvulling, uitleg en beperking.

De uit het geschreven procesrecht voortvloeiende bevoegdheden van partijen worden begrensd en ingekleurd door de eisen van een goede procesorde. Deze begrenzing en inkleuring dienen met name de belangen van de wederpartij bij een zo snel en fair mogelijk verloop van de procedure. De partijautonomie brengt mee dat er doorgaans een beroep op de eisen van een goede procesorde moet worden gedaan om de rechtsgevolgen ervan te kunnen inroepen. Anders ligt dit waar de openbare orde in het geding is (de rechter moet dan ambtshalve ingrijpen) of de rechter negatieve beslissingsvrijheid heeft (de rechter mag dan ambtshalve ingrijpen).

De eisen van redelijkheid en billijkheid verschillen niet intrinsiek van de eisen van een goede procesorde. Beide verwijzingen naar ongeschreven recht kennen eigen domeinen, die soms overlappen (§ 4.2).

Voor wat de eisen van een goede procesorde in een concreet geval(stype) meebrengen, zijn de omstandigheden van het geval bepalend. Aan de hand van het door art. 3:12 BW geboden kader kunnen de voor de verhouding tussen procespartijen typische omstandigheden in beeld worden gebracht (§ 4.3).

De vrijheid van partijen tot standpuntbepaling in een dagvaardingsprocedure in eerste aanleg wordt op twee manieren begrensd door een last. De eerste

627 H.J. Snijders 2003a, p. 205.

last houdt in dat partijen voldoende moeten aanvoeren. De tweede last houdt in dat partijen voldoende tijdig moeten aanvoeren. De temporele lasten omtrent het nemen van conclusies en het inbrengen van stukken lopen door deze tweede last heen. Met betrekking tot de eerste last verdient nog opmerking dat de rechter kan bevorderen dat partijen aan hun betwistingslast voldoet door gebruik te maken van zijn in art. 22 Rv genoemde bevoegdheid. Daarnaast valt te wijzen op de daaraan verwante in art. 120 lid 4 en 128 lid 5 Rv genoemde rechterlijke bevoegdheden.

Wat de twee genoemde lasten in concreto van partijen vergen, hangt af van de eisen van een goede procesorde in de omstandigheden van het geval meebrengen. Ik wees al op het in het algemeen toegenomen gewicht dat in dit verband aan het decisiebeginsel en de belangen van betrokkenen bij snelheid moet worden gehecht. Uitgangspunt moet naar mijn mening zijn, dat partijen hun positie bij dagvaarding respectievelijk antwoord op zodanige wijze innemen, dat het geschil hierna min of meer volledig in beeld is.

Naast de twee genoemde lasten staan de in art. 20 lid 2 en 21 Rv neergelegde rechtsplichten, waarover § 2.2 en 2.4. Deze rechtsplichten zien evenals genoemde lasten op de inhoud van het aangevoerde en het tempo van procederen. Bij zowel schending van een last als schending van een rechtsplicht kan de wederpartij rechtsgevolgen inroepen. Schending van de lasten is echter op zichzelf geoorloofd, terwijl schending van de rechtsplichten een onrechtmatige daad vormt en als zodanig verboden is. De respectieve vragen of er sprake is van schending van een rechtsplicht of een last dienen onafhankelijk van elkaar te worden beantwoord. Samenloop is mogelijk. Een partij die zowel onvoldoende als leugenachtige stellingen poneert, zal kunnen worden geconfronteerd met zowel passeren van het verweer wegens schending van de betwistingslast als een vordering tot schadevergoeding wegens schending van de waarheidsplicht.

In hoger beroep kunnen partijen naar geldend recht vrijwel iedere lastschending repareren. Met betrekking tot de last tijdig aan te voeren is herstel van in eerste aanleg gepleegde verzuimen in principe zelfs nog na het nemen van de memorie bij akte of pleidooi toegestaan. De door de beperkende werking van de goede procesorde gestelde grenzen zijn hier soepel te noemen. Betoogd kan worden dat de doorwerking van de sinds 1 januari 2002 geldende strengere regels voor de eerste aanleg meebrengen dat de goede procesorde in appel strenger moet worden ingevuld, zodat deze min of meer in overeenstemming komt met de 'in beginsel strakke regel' die in de bestaande rechtspraak nog slechts op grieven wordt toegepast. Wellicht verdient een nog rigoureuzere aanpak de voorkeur en dient zelfcorrectie van partijen in hoger beroep deels onmogelijk te worden gemaakt. Dit zou kunnen geschieden door een aanpassing in het wettelijk systeem, waardoor de mogelijkheid wordt geopend reeds bij memorie in appel betrachte eiswijzigingen, nieuwe weren en nieuwe feiten wegens strijd met de goede procesorde af te wijzen. Het belangrijkste argument voor een dergelijk systeem is dat door het wegnemen

van correctiemogelijkheden in appel van de in eerste aanleg geldende temporele procedurelasten een veel grotere preventieve werking ten aanzien van langzaam procederen zal uitgaan en normhandhaving door de wederpartij laatstgenoemde echt iets kan gaan opleveren.

5 Rechtsgevolgen van normschending

5.1 ALGEMEEN

5.1.1 Inleiding en plan van behandeling

293. In het voorafgaande zijn tussen procespartijen geldende normen geanalyseerd. In dit hoofdstuk staan de rechtsgevolgen van schending van deze normen centraal. Ook is er aandacht voor de wijze waarop deze rechtsgevolgen zich laten realiseren.

In dit onderzoek vormt het onderscheid tussen twee typen normen een van de uitgangspunten (zie § 2.1.2). Normen van het eerste type houden rechtsplichten en daarmee corresponderende rechten in. Schending van dit soort normen is rechtens verboden en dus onrechtmatig. Adressaten van een dergelijke norm hebben de rechtsplicht zich normconform te gedragen. Zij tot wier bescherming de norm strekt, kunnen recht doen gelden op normconform gedrag. Typische rechtsgevolgen van schending van dit type norm zijn de vorderingen tot nakoming (zie § 5.2) en tot schadevergoeding (zie § 5.3).

Normen van het tweede type houden lasten in. Schending van dit soort normen is niet onrechtmatig. Adressaten van een norm van dit tweede type zijn in principe vrij zich al dan niet normconform te gedragen: er is geen rechtsplicht tot normconform gedrag. Normschending heeft echter wel rechtsgevolgen in de rechtsverhouding tussen degene die door de norm is gebonden en zijn wederpartij. De rechtsgevolgen van schending van dit type norm kunnen aldus worden samengevat dat bij normconform gedrag inroepbare rechtsgevolgen niet kunnen worden ingeroepen of aantastbaar zijn bij normschending (zie § 5.4).

Naast de genoemde, uit het commune burgerlijk recht voortvloeiende rechtsgevolgen kent het procesrecht specifieke aan procesgedrag te verbinden sancties. Typische voorbeelden kunnen worden gevonden in de sfeer van de proceskostenveroordeling en het bewijsrecht (zie § 5.5). Hiernaast verdient het rechtsmiddel herroeping, dat redres biedt voor bepaalde vormen van laakbaar procesgedrag, aandacht (zie § 5.6).

Nadat de afzonderlijke behandeling van de genoemde rechtsgevolgen en sancties, alsmede de wijze waarop ze kunnen worden ingeroepen afzonderlijk zijn behandeld, komt de onderlinge verhouding van de verschillende rechts-

gevolgen in het kader van de samenloopproblematiek aan de orde (zie § 5.7). Ten slotte volgen de uit dit hoofdstuk te trekken conclusies (§ 5.8).

5.2 VORDERING TOT NAKOMING

5.2.1 Inleiding

294. De vordering tot nakoming is geregeld in art. 3:296 lid 1 BW:

> "Tenzij uit de wet, uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld."

Een succesvolle vordering tot nakoming leidt tot een rechterlijk verbod (strekkende tot nakoming van een in een nalaten bestaande rechtsplicht) of bevel (strekkende tot nakoming van een in een doen bestaande rechtsplicht).[1]

Voor ontvankelijkheid van een vordering tot nakoming is vereist dat eiser een voldoende belang bij toewijzing in de zin van art. 3:303 BW heeft.[2] Het stellen van een reëel dreigende (voortdurende) schending van een rechtsplicht jegens eiser is hiertoe voldoende.[3] Voor toewijzing is toereikend dat een reëel dreigende (voortdurende) schending van een rechtsplicht jegens eiser komt vast te staan. De rechter heeft hier geen beslissingsvrijheid: steeds wanneer reëel dreigende schending van een rechtsplicht jegens eiser komt vast te staan, zal de rechter tot nakoming veroordelen.[4]

Uit art. 3:296 lid 1 BW blijkt het uitgangspunt dat iedere concrete rechtsplicht tot een veroordeling tot nakoming kan leiden. Dit uitgangspunt geldt niet alleen voor vermogensrechtelijke rechtsplichten, maar, op grond van art. 3:326 BW, voor alle rechtsplichten "(…) voorzover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet." Een vordering tot nakoming is dus in beginsel ook mogelijk voor processuele rechtsplichten. Afwijking van dit uitgangspunt behoeft legitimatie. Dit blijkt niet alleen uit de tekst van art. 3:326 BW, maar volgt vooral ook uit de gedachte van eenheid van recht (zie § 1.2). Deze legitimatie kan eventueel gevonden worden in de aard van de rechtsverhouding tussen procespartijen. "Op grond van procesrechtelijke

---

1 Van Nispen 1978, nr. 4.

2 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 895 (TM); H. Drion 1962, p. 205; Van Nispen 1978, nr. 100. De vraag of er sprake is van een zogenaamd door de bepalingen van de onrechtmatige daad beschermd belang komt geen zelfstandige betekenis toe, zo valt af te leiden uit HR 18 februari 1994 (*Staat/Kabayel*), *NJ* 1995, 718 m.nt. MS. Zie in deze zin Asser/Hartkamp III 2002, nr. 114 met nadere verwijzingen.

3 Van Nispen 1978, nr. 100.

4 H. Drion 1962, p. 209; Van Nispen 1978, nr. 176; Hijma & Olthof 2002, nr. 88; Deurvorst (*Onrechtmatige daad II.1)*, nr. 166 met nadere verwijzigingen.

argumenten kan het aanvaardbaar zijn, dat een uitzondering wordt gemaakt op het gemene burgerlijk recht."[5]

Mijns inziens verzet de rechtsverhouding tussen procespartijen zich naar haar aard niet tegen de inroeping van algemene burgerrechtelijke rechtsgevolgen als nakoming en schadevergoeding ten aanzien van de in deze rechtsverhouding besloten rechtsplichten. Bedacht moet worden dat het bij de rechtsverhouding tussen procespartijen mede gaat om de burgerrechtelijke normering van gedrag, en wel procesgedrag. Dit aspect pleit voor toekenning van de gewoonlijk aan normschending verbonden rechtsgevolgen. In andere aspecten van de rechtsverhouding tussen procespartijen kan ik geen algemene legitimatie voor het tegendeel vinden. Bijzondere legitimatie van het tegendeel kan soms worden gevonden in de regels van de samenloop, waarop ik in § 5.7 inga.

Uit het bovenstaande volgt dat in beginsel iedere concrete processuele rechtsplicht waarvan schending dreigt, tot een veroordeling tot nakoming kan leiden. Thans zal ik van verschillende eerder behandelde processuele rechtsplichten nagaan in hoeverre er ruimte bestaat voor een vordering tot nakoming.

5.2.2 Mogelijkheden voor vorderingen tot nakoming ter zake van processuele rechtsplichten

295. De waarheidsplicht is in § 2.2.7.4 gekarakteriseerd als strekkende tot een nalaten. Kort gezegd gaat het erom dat het partijen niet geoorloofd is een feitelijk onjuiste voorstelling van zaken te geven. Een verbod op schending van de waarheidsplicht lijkt mij principieel mogelijk – evenals een verbod op andere onrechtmatige uitingen ten processe[6] – maar zal vaak niet zinvol zijn. Dreigende schending zal niet vaak blijken en bij daadwerkelijke schending is het leed al geleden. Wel kan een verbod op herhaling van schending door het hernieuwd innemen van het laakbare standpunt dan wel soortgelijke standpunten op straffe van een dwangsom een effectieve prikkel tot rechtmatig procesgedrag vormen. In verband met de eisen van voldoende belang en kenbaarheid van het verbodene is een verbod altijd in zekere mate beperkt en bepaald. Dit maakt dat een kwaadwillige procespartij gemakkelijk niet onder het verbod vallende wegen tot onoorbaar procesgedrag zal kunnen vinden.[7]

---

5 H.J. Snijders 1992a, p. 18.

6 Anders met betrekking tot schending van eer en goede naam ten processe BGH 24 november 1970, *NJW* 1971, p. 284; OLG Celle 2 april 1998, *NJW-RR* 1999, p. 385.Over deze rechtspraak Walter 1986; Palandt/Thomas 2003, Einf vor § 823 Rn. 21. Vgl. OGH 26 november 1998, *JBl.* 1999, 313.

7 Vgl. Langemeijer 1961, p. 93, waarover Van Nispen 1978, nr. 240.

Met betrekking tot de plichten tot getuigen en tot het inbrengen van stukken kent het burgerlijk procesrecht eigen bevelsregels (art. 166 lid 1 jo. 170-174 resp. 843a lid 1 Rv). Het bijzondere van deze bepalingen is dat eerst door het rechterlijk bevel de rechtsplicht van de geadresseerde partij in het leven wordt geroepen. Naast deze bijzondere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft de algemene vordering tot nakoming van art. 3:296 lid 1 BW geen zelfstandige betekenis. De getuigplicht kent een eigen executoriaal regime, dat mijns inziens derogeert aan art. 3:296 BW. Uitspraken op grond van art. 843a Rv leveren zelf een executoriale titel op.

Een verbod op onrechtmatig vertragingsgedrag kan zinvol zijn in combinatie met een dwangsom. Ook hier geldt echter dat de eisen van beperktheid en bepaaldheid van een verbod kunnen meebrengen dat niet door het verbod bestreken vertragingsgedrag een gemakkelijk toevluchtsoord zal vormen.

Hetzelfde geldt voor allerlei gedragingen die misbruik van procesrecht vormen.[8] Een verbod kan in combinatie met een dwangsom zinvol zijn, bij voorbeeld in de sfeer van bis in idem,[9] maar ook een dergelijk verbod zal zich dikwijls gemakkelijk laten omzeilen door de noodzakelijke beperktheid en bepaaldheid ervan. Een generiek verbod voor A om enige rechtsvordering tegen B in te stellen lijkt mij, hoewel onder omstandigheden wellicht zeer wenselijk, in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.[10]

Uit deze confrontatie van processuele rechtsplichten met art. 3:296 lid 1 BW lijkt te volgen dat voor de algemene vordering tot nakoming in dit verband niet vaak zinvol is. De bijzondere bevelen aangaande getuigen en het inbrengen van stukken zijn daarentegen van groot belang. De praktisch belangrijkste mogelijkheid voor een vordering ex art. 3:296 lid 1 BW lijkt een met een dwangsom versterkt verbod op herhaling van bepaald onrechtmatig procesgedrag. De effectiviteit van een dergelijk verbod is afhankelijk van de reikwijdte ervan. Hoe ruimer de formulering, hoe meer gedragingen door het verbod worden gedekt. De grens ten aanzien van de formulering van het verbod volgt uit de eisen van beperktheid en bepaaldheid, die voortvloeien uit het vereiste van belang bij de vordering en kenbaarheid van het verbodene. Waar een uitgesproken met een dwangsom verstekt verbod wordt omzeild door niet door het verbod gedekt onrechtmatig procesgedrag, rest een vordering tot schadevergoeding (zie § 5.3).

8 Over de mogelijkheid van een verbod in deze Meijers 1937, p. 78; Rodenburg 1985, nr. 35 sub 3.

9 Van der Kwaak 2002, p. 579. Zie bijv. Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491.

10 Vgl. Rb. Rotterdam 19 april 2001, *KG* 2001, 124.

5.2.3 Instellen en afwikkeling

296. Een vordering tot nakoming ter zake van procesgedrag laat zich ten opzichte van de procedure waarbinnen dit gedrag zich voordoet op twee manieren inbedden: binnen deze procedure zelf of via een afzonderlijke procedure.

Binnen de procedure zelf kunnen partijen zich voor een vordering tot nakoming op grond van art. 3:296 lid 1 BW primair bedienen van eisvermeerdering en reconventie. Verdedigbaar is dat hier sprake is van samenhang met de hoofdvordering in de zin van art. 223 lid 2 Rv, zodat de vordering tot nakoming als provisionele vordering eerst en vooraf wordt behandeld op de voet van art. 223 lid 1 jo. 209 Rv. Eiser in de hoofdzaak lijkt hierbij in het voordeel ten opzichte van gedaagde vanwege de ruimere mogelijkheden tot eisvermeerdering dan die tot een reconventionele vordering. Ik kom op deze opvallende incongruentie terug bij de behandeling van de vordering tot schadevergoeding (zie § 5.3.5.2). De vraag is of de voor reconventie en in mindere mate ook voor eiswijziging geldende beperkingen hier voor onoverkomelijke problemen zorgen. Het is de rechter in het kader van art. 20 lid 1 en 22 Rv immers in ruime mate toegestaan maatregelen te nemen die neerkomen op een verbod of bevel ten aanzien van een procespartij. Te verdedigen valt dat de rechter, wanneer het gaat om een situatie waarin op de betreffende partij een rechtsplicht tot bepaald procesgedrag rust, zelfs gehouden is een dergelijke maatregel te nemen. Aangezien het de wederpartij steeds vrij staat (art. 20 lid 1 Rv is hierin expliciet, maar ik zie geen reden waarom dit ook niet bij art. 22 Rv zou gelden) de rechter een hiertoe strekkend verzoek te doen, lijkt het langs deze weg mogelijk om ook buiten de beperkingen die er voor vermeerdering van eis en reconventie bestaan een rechterlijk verbod of bevel ter zake van procesgedrag van de wederpartij te krijgen.

Het bijzondere bevel inzake de getuigplicht kan de rechter zonodig steeds geven wanneer een getuigenverhoor is bevolen. Het bijzondere bevel op grond van art. 843a Rv kan, zo meen ik te mogen afleiden uit art. 22 Rv en art. 1923 (oud) BW, in elke stand van de procedure worden gevorderd en gegeven.

Als afzonderlijke procedure tot verkrijging van een bevel tot nakoming van processuele rechtsplichten leent zich in het bijzonder de kort gedingprocedure bij de voorzieningenrechter. Vorderingen voor de voorzieningenrechter inzake processuele rechtsplichten kunnen zowel betrekking hebben op toekomstige als lopende procedures. Wanneer het gaat om een vordering met betrekking tot een lopende procedure kan de vraag rijzen of eiser wel (spoedeisend) belang heeft bij de voorziening in verband met de eventuele mogelijkheid zich tot de rechter in de hoofdprocedure te wenden.

Voorzover de hoofdprocedure geen mogelijkheid (meer) biedt voor een vordering tot nakoming inzake een processuele rechtsplicht valt nog te denken aan het initiëren van een afzonderlijke bodemprocedure gevolgd door een vordering tot voeging (art. 222 lid 1 Rv).

Een bevel tot nakoming van processuele rechtsplichten kan worden versterkt met een dwangsom. Alleen voor de getuigplicht van partijen is dit twijfelachtig, zoals reeds eerder aan de orde kwam (zie § 2.3.3.5). Een vordering op grond van art. 843a Rv kan worden voorafgegaan door een conservatoir beslag tot afgifte (art. 730 Rv).[11]

5.2.4 De personele reikwijdte van een verbod of bevel jegens een procespartij

297. Binnen een procedure zelf kan alleen een vordering tot nakoming jegens de processuele wederpartij worden ingesteld. De getuigplicht vormt hierop de enige uitzondering. De vraag rijst wat de betekenis van een bevel tot nakoming jegens een procespartij is voor het gedrag van haar procesvertegenwoordiger. Kan bevelscontrair gedrag van de procesvertegenwoordiger schending opleveren van een tot de partij zelf gericht bevel?

In de meeste procedures is vertegenwoordiging door een procureur verplicht (art. 79 Rv). Aan deze procesvertegenwoordiging ligt een overeenkomst van lastgeving (art. 7:414 BW) ten grondslag.[12] Deze lastgevingsovereenkomst houdt naar haar aard de bevoegdheid in procesrechtshandelingen[13] te verrichten in naam van de lastgever (art. 7:414 lid 2 BW). Aldus is er sprake van vertegenwoordiging krachtens volmacht.[14] Het is mogelijk en soms noodzakelijk dat een ander dan de advocaat met wie de lastgevingsovereenkomst is gesloten, als procureur optreedt.[15] Deze substitutie (subvolmacht)[16] laat zich baseren op art. 3:64 sub a jo. 3:79 BW.[17]

Een procesvertegenwoordiger zal uit de aard der zaak kennis hebben van jegens de door hem vertegenwoordigde partij uitgesproken bevelen. Naar mijn mening rust op de procesvertegenwoordiger jegens de wederpartij op grond van genoemde wetenschap en zijn bijzondere positie de ongeschreven rechtsplicht zich aan dergelijke niet tot hemzelf gerichte bevelen te houden. Doet

---

11 Vzngr. Rb. 's-Hertogenbosch 27 maart 2002, *JBPr* 2002, 10 m.nt. J.G.A. Linssen; Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 744; Van den Reek 1997, nr. 136. Vgl. Hoyng 1991, p. 108-111; Asser/Vranken 1995, nr. 24.

12 HR 1 maart 1974 (cassatie in het belang der wet), *NJ* 1975, 6; Rutgers 1980, p. 191; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 97.

13 Rutgers 1980, p. 188 en 198; Wessels 1991, p. 346; H.J. Snijders 1992a, p. 32-34; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 97.

14 W.C.L. van der Grinten 1993, nr. 11.

15 Zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam 8 februari 1996, *NJ* 1998, 265.

16 Asser/Van der Grinten I 1990, nr. 34.

17 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 271 (TM). Kritisch hierover Van Schaick 1999, nr. 26. Van Schaick voert aan dat het bij een opdracht aan een advocaat en procureur doorgaans om opdracht niet-lastgeving gaat, zich baserend op *Parl. Gesch. Inv. Boek 7*, p. 318 (TM). Wat hier ook van zij, bij procesvertegenwoordiging gaat het noodzakelijkerwijs om volmacht, omdat procederen hoofdzakelijk geschiedt door het verrichten van (processuele) rechtshandelingen. Ook zijn kennelijke twijfel omtrent de overeenkomstige toepassing van Titel 3.3. BW op procesrechtelijke rechtshandelingen deel ik niet.

hij dit niet, dan is hij hiervoor persoonlijk aansprakelijk jegens de wederpartij.[18] Eventuele dwangsommen verbeurt hij uiteraard niet.

298. Een andere vraag is of de partij zelf door schending van het bevel door haar procesvertegenwoordiger geacht wordt onrechtmatig te hebben gehandeld. De procespartij heeft zeggenschap over de wijze waarop haar procesvertegenwoordiger diens opdracht uitvoert (art. 7:402 lid 1 BW). Een bevel aan een procespartij houdt daarom mijns inziens mede in dat de partij er zorg voor moet dragen dat de procesvertegenwoordiger zich onthoudt van schending van het bevel. Hiermee levert schending van het bevel door de procesvertegenwoordiger op indirecte wijze schending van het bevel en dus een onrechtmatige daad van de partij op.

Ook op meer directe wijze laat zich betogen dat bij schending van een bevel jegens een procespartij door haar procesvertegenwoordiger sprake is van onrechtmatig handelen van eerstgenoemde. De grondslag is hier niet art. 6:172 BW. Dit ziet op aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde, waartoe geen eigen onrechtmatig gedrag harerzijds is vereist.[19] Art. 6:172 BW houdt een zuiver kwalitatieve aansprakelijkheid in.[20] De grondslag voor de hier verdedigde stelling dat een partij 'door' haar procesvertegenwoordiger onrechtmatig kan handelen, is mijns inziens dat in zijn functievervulling verrichte gedragingen van de procesvertegenwoordiger in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de partij zelf hebben te gelden.[21] Hiermee wil ik een regel zoals die in het arrest *Reuvers/Gem. Zwolle*[22] voor de onrechtmatige daad van rechtspersonen is geformuleerd ook aannemen voor onrechtmatige daden van natuurlijke personen.[23] Met betrekking tot de procesvertegenwoordiger lijkt de Hoge Raad reeds in deze zin te hebben beslist in een arrest van 26 juni 1959, waarin hij met betrekking tot misbruik van het recht op hoger beroep overweegt dat "(…) hierbij buiten aanmerking moet blijven of de advocaat al dan niet heeft gehandeld met medeweten en instemming van zijn cliënt, vermits (…) deze wijze van procederen van den advocaat aan den cliënt in zijn verhouding tot de wederpartij moet worden toegerekend (…)."[24] Voor de gedachte om procesgedrag van de vertegenwoordiger als dat van de partij

18 Vgl. Bydlinski 1986, p. 637; Van den Akker 2001, p. 113.
19 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 627 (MvA II).
20 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 732 (TM).
21 De termen 'vereenzelviging' en 'toerekening' zijn in dit verband eerder verwarrend dan verhelderend, zoals Sieburgh 2001, p. 585 terecht opmerkt.
22 HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB.
23 Evenzo Asser/Van der Grinten I 1973, p. 94; Asser/Van der Grinten I 1990, nr. 168; Van Schilfgaarde 1979, p. 77-78; Wachter 1984, p. 84; Schoordijk 1987, p. 106; Bloembergen 2001, nr. 82; Klaassen 1991, p. 71; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 157. Vgl. reeds Asser/Scholten II 1940, p. 46-48. Zie ook de beschouwingen van Van Schilfgaarde 1980, p. 250-254. Anders Meijers 1932, p. 572; Janssen 1990, p. 65 en 69.
24 HR 26 juni 1959 (*X./IJ.*), *NJ* 1961, 553 m.nt. DJV. Zo ook kennelijk Van den Akker 2001, p. 104.

zelf te beschouwen kan ook steun worden ontleend aan het feit dat in het kader van de herroeping in de literatuur wordt verdedigd, dat onder het begrip 'wederpartij' uit art. 382 sub a Rv mede de procesvertegenwoordiger moet worden begrepen.[25]

299. Ik zie de grondslag voor het laten gelden van gedrag van de in functie handelende procesvertegenwoordiger als dat van de partij zelf overigens niet in de vertegenwoordiging – deze ziet slechts op rechtshandelingen als zodanig – maar op een normatief daderschapsbegrip,[26] dat ook doorklinkt in de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Reuvers/Gem. Zwolle*.[27] De grens tussen al of niet doen gelden van gedrag van de procesvertegenwoordiger als dat van de vertegenwoordigde moet mijns inziens niet louter worden bepaald aan de hand van het in concreto bestaan van vertegenwoordigingsbevoegdheid of van de vraag of het litigieuze handelen een (proces)rechtshandeling is. Beslissend is of het handelen van de procesvertegenwoordiger in het maatschappelijk verkeer als gedrag van de partij zelf heeft te gelden. Voorzover het gaat om handelen – en niet slechts het verrichten van rechtshandelingen[28] – in de vervulling van zijn functie als procesvertegenwoordiger zal dit in beginsel het geval zijn. Dit leidt tot de conclusie dat onrechtmatige proces(rechts)handelingen van procesvertegenwoordigers in beginsel (mede) als handelen van de vertegenwoordigde partij zelf hebben te gelden. Schending van een aan een partij gericht rechterlijk bevel door een procesvertegenwoordiger wordt aldus beschouwd als onrechtmatig handelen van de partij zelf, waardoor deze laatste eventuele dwangsommen waarmee het bevel is versterkt, verbeurt.

Los van dit alles is het natuurlijk ook mogelijk in een afzonderlijke (eventueel op grond van art. 222 Rv met de oorspronkelijke procedure te voegen) procedure een vordering ex art. 3:296 lid 1 BW tegen een procesvertegenwoordiger in te stellen.

5.3 VORDERING TOT SCHADEVERGOEDING

5.3.1 Inleiding

300. "Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt,

25 Van Boneval Faure V 1900, p. 317; Cleveringa 1935, p. 188; Ten Kate 1962, p. 247; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 930; Wedeven (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 382, aant. 11 en impliciet ook *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 475 (MvT).

26 In deze zin ook Asser/Van der Grinten I 1973, p. 94; Oldenhuis 1998, nr. 70 met nadere verwijzingen. Anders kennelijk Asser/Scholten II 1940, p. 47; Böhtlingk 1954, p. 12-14.

27 HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB.

28 Vgl. Oldenhuis 1998, nr. 71.

te vergoeden." Aldus formuleert art. 6:162 lid 1 BW de voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: relatieve onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade en causaal verband.

In voorgaande hoofdstukken is beschreven wanneer er sprake is van een onrechtmatige daad van een procespartij jegens haar wederpartij. Daarom kunnen onrechtmatigheid en relativiteit hier als gegeven worden beschouwd. Hieronder ga ik in op de overige vereisten voor aansprakelijkheid voor processuele onrechtmatige daden. Met betrekking tot de onrechtmatigheid zij nog opgemerkt dat het aan de gelaedeerde partij is te stellen en (in beginsel) zonodig te bewijzen dat jegens haar onrechtmatig is gehandeld.[29] Een bijzonderheid in deze is dat het veelal zal gaan om processuele feiten, waarvan de rechter geen bewijs mag eisen.[30]

Zolang het om processuele gedragingen gaat, is voor de aansprakelijkheid van de partij niet van belang dat de gedraging feitelijk door haar procesvertegenwoordiger is verricht. Hierboven (§ 5.2.4) concludeerde ik reeds, dat onrechtmatige proces(rechts)handelingen van procesvertegenwoordigers (mede) als handelingen van de vertegenwoordigde partij zelf kunnen worden beschouwd. Bovendien kan een zodanige aansprakelijkheid van de partij zelf voor toerekenbare onrechtmatige daden van haar procesvertegenwoordiger ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden worden gebaseerd op art. 6:172 BW. Aansprakelijkheid van de partij op deze laatste grond gaat steeds gepaard met aansprakelijkheid van de procesvertegenwoordiger zelf.[31] Het gaat bij de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:172 BW mijns inziens niet noodzakelijkerwijs om rechtshandelingen,[32] wat processuele handelingen overigens doorgaans wel zijn.

Thans ga ik over tot de behandeling van de aansprakelijkheidsvereisten toerekenbaarheid, schade en causaal verband.

5.3.2 Toerekenbaarheid

301. Art. 6:162 lid 1 BW noemt als eis voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad dat deze de dader kan worden toegerekend. Het begrip toerekening ziet

29 Van Dam 2000, nr. 839; Giesen 2001, p. 113; C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 2, aant. 96 en 104.

30 HR 21 november 1930 (*International Perfumery Company/Parfumerie Parisienne*), *NJ* 1931, p. 218 m.nt. EMM; Suijling I-2 1928, nr. 389; Scheltema 1940, p. 27-30; Veegens 1973a, p. 43-44; M. Storme 1962, nr. 323; M. Storme 1986, nr. 42c; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 206; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 291, Rn. 5.

31 Oldenhuis 1998, nr. 74: Asser/Hartkamp III 2002 , nr. 157.

32 Zo ook, onderling afwijkend in de uitwerking, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 732 (MvA II); Klaassen 1991, p. 76; Oldenhuis 1998, nr. 71; Spier 2000, nr. 94; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 156. Anders Janssen 1990, p. 68.

op de eis dat er een gekwalificeerd verband is tussen dader en gedraging.[33] Art. 6:162 lid 3 BW noemt drie gronden waarop een dergelijke band aanwezig kan worden geacht:

> "Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt."

De stellast ten aanzien van de toerekenbaarheid ligt bij eiser.[34] Dikwijls zullen stellingen die een onrechtmatige daad behelzen tevens de toerekenbaarheid daarvan inhouden.[35] De verdeling van de bewijslast "(…) dient te geschieden naar de algemene regels van het bewijsrecht."[36] Ik kom hierop terug bij de behandeling van de verschillende toerekeningsgronden.

Toerekening krachtens de wet heeft voor processuele onrechtmatige daden nauwelijks praktische betekenis.[37] Ik laat haar daarom onbesproken en beperk mij tot de toerekeningsgronden schuld en de in het verkeer geldende opvattingen.

5.3.2.1 Toerekening krachtens schuld

302. Voor toerekening krachtens schuld is plaats indien de dader omtrent zijn onrechtmatig handelen persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.[38] Ik meen dat dit reeds is af te leiden uit de tekst van art. 6:162 lid 3 BW, dat immers spreekt van "(…) te wijten (…) aan zijn schuld (…)." Dit leert echter nog niet wat onder schuld in de zin van verwijtbaarheid moet worden verstaan.

In de Toelichting bij het ontwerp van art. 6:162 BW wordt opgemerkt, dat wanneer iemand redelijkerwijs "(…) kon en mocht (…) menen dat zijn gedraging niet onrechtmatig was (…) hem ten deze generlei verwijt treft."[39] Hieruit valt a contrario af te leiden dat aan de persoon die weet of behoort te weten dat zijn gedraging onrechtmatig is, zijn daad krachtens schuld valt toe te rekenen.[40] Toetsing aan deze regel omtrent toerekening krachtens schuld behoort, voorzover ik kan overzien, bij alle gevallen van een eigen processuele onrechtmatige daad tot de mogelijkheden.

---

33 Sieburgh 2000, p. 98: Asser/Hartkamp III 2002, nr. 69.
34 Asser 1992, nr. 51; Van Maanen 2000, nr. 74; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 77.
35 Schut 1997, p. 97; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 77.
36 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 618 (TM).
37 Bedacht zij dat bij kwalitatieve aansprakelijkheden geen sprake is van toerekening krachtens de wet. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 627 (MvA II).
38 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 628 (EV I, Antwoord); Sieburgh 2000, p. 150; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 70-71.
39 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 619 (TM).
40 Sieburgh 2000, p. 151; C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 15.

Toetsing van de aanwezigheid van schuld dient te geschieden ten aanzien van de concrete dader. Aan de hand van zijn persoonlijke kenmerken – en niet die van een abstracte maatman – moet worden onderzocht of zijn onrechtmatig handelen achterwege had kunnen en moeten blijven.[41]

In veel gevallen van onrechtmatig procesgedrag van een partij of een procesvertegenwoordiger zal toetsing aan de bovengenoemde regel tot de conclusie leiden, dat de onrechtmatige daad krachtens schuld kan worden toegerekend. Een procesvertegenwoordiger die bijvoorbeeld de waarheidsplicht schendt – dat wil zeggen stellingen inneemt waarvan hij de onjuistheid kent of behoort te kennen – of een kansloze vordering instelt, zal niet gemakkelijk met vrucht kunnen beweren dat hijzelf wist noch behoorde te weten dat zijn gedrag onrechtmatig was. Met betrekking tot feitelijke stellingen waarvan hij de onjuistheid behoort te kennen zou hij wellicht een beroep kunnen doen op onjuiste voorlichting door de door hem vertegenwoordigde partij[42] of onmogelijkheid van onderzoek door tijdsdruk.[43]

Met betrekking tot juridisch onverdedigbare stellingen, bijvoorbeeld de ostentatief onjuiste stelling dat bepaald handelen onrechtmatig is, zal er nauwelijks ruimte meer zijn voor een vruchtbaar betoog van de procesvertegenwoordiger dat het innemen van de onverdedigbare stelling hem niet kan worden verweten indien eenmaal de drempel van de onrechtmatigheid met betrekking tot het innemen van deze stelling is genomen. Dwaling van een procesvertegenwoordiger omtrent de rechtmatigheid van dit soort gedrag zal, vanwege zijn bijzondere juridische kennis en inzicht,[44] alsmede zijn bijzondere onderzoeksplicht op het terrein van het recht,[45] vrijwel nooit verschoonbaar zijn.

Ook een partij die in persoon procedeert zal met betrekking tot onrechtmatige feitelijke stellingen in weinig gevallen met vrucht een beroep kunnen doen op het ontbreken van schuld. Bij het innemen van stellingen waarvan een partij de onjuistheid behoorde te kennen zou zij misschien een beroep kunnen doen op onjuiste voorlichting door derden of onmogelijkheid van onderzoek.[46] Bij het onrechtmatig innemen van juridische stellingen lijkt een beroep op het ontbreken van schuld van een in persoon procederende partij meer kans van slagen te hebben dan een dergelijk beroep van een procesvertegenwoordiger omdat eerstgenoemde in de regel bijzondere juridische kennis en inzicht zal ontberen.[47] Haar schuld kan echter ook zijn gelegen in een verwijtbaar gebrek aan onderzoek, gelegen in het niet inschakelen van een

41 Sieburgh 2000, p. 153, 157, 160-162; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 76. Anders Schut 1997, p. 94-98; Van Dam 2000, nr. 908-909 en 917.
42 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 20.
43 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 67.
44 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 17.3.
45 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 32.
46 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 20 en 67.
47 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 18.

deskundige.[48] Al met al is er ook hier weinig ruimte voor het aannemen van verschoonbare dwaling.

Bij onrechtmatig handelen van een procespartij dat is gelegen in de wijze van aansturen van haar procesvertegenwoordiger zal eerstgenoemde daarvan in de regel een verwijt kunnen worden gemaakt. Bij het verschaffen van gegevens waarvan een partij objectief gezien de onjuistheid behoorde te kennen zou zij misschien een beroep kunnen doen op onjuiste voorlichting door derden of onmogelijkheid van onderzoek.[49]

303. De stellast ten aanzien van de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad rust op de benadeelde. Dikwijls zullen feitelijke stellingen die een onrechtmatige daad behelzen tevens de toerekenbaarheid daarvan op grond van schuld inhouden.[50] Indien in een dergelijk geval de onrechtmatigheid komt vast te staan, wordt schuld dikwijls vermoed aanwezig te zijn.[51] Het is dan aan de aangesprokene tegenbewijs aan te bieden (art. 151 lid 2 Rv) ten aanzien van hulpfeiten waaruit de schuld is afgeleid[52] of andere feiten te stellen en zonodig te bewijzen waaruit volgt dat schuld ontbreekt.

Toerekening krachtens schuld is mogelijk bij een onrechtmatige daad van de procesvertegenwoordiger, van een zonder vertegenwoordiger procederende partij of bij een onrechtmatige daad van een partij die gelegen is in het nalaten te voorkomen dat haar procesvertegenwoordiger laakbaar handelt. In het eerste geval ziet de toerekening op de procesvertegenwoordiger, in de twee andere gevallen op de partij zelf.

Handelen van een procesvertegenwoordiger in de vervulling van zijn functie heeft te gelden als handelen van de vertegenwoordigde partij zelf, zo bleek in § 5.2.4. Bij onrechtmatig handelen van de procesvertegenwoordiger is toerekening krachtens schuld ten aanzien van de partij zelf niet mogelijk. Schuld van de procesvertegenwoordiger kan niet gelden als schuld van de vertegenwoordigde partij zelf. Dit komt omdat de aanwezigheid van schuld afhangt van de concrete kenmerken van de dader zelf, zoals kennis en kunde.[53] Bij onrechtmatig gedrag van een procesvertegenwoordiger dat heeft te gelden als onrechtmatig gedrag van de partij zelf, moet de vraag of de onrechtmatige daad aan laatstgenoemde kan worden toegerekend derhalve steeds worden beantwoord aan de hand van de in het verkeer geldende opvattingen. Dit punt is met name van belang voor gevallen waarin de onrecht-

48 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 26-29.
49 Vgl. C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 20 en 67.
50 Meijers 1936, p. 5; Veegens 1973a, p. 98; Schut 1997, p. 97; Van Maanen 2000, nr. 74; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 77.
51 Grünebaum 1904, p. 143; Meijers 1948, p. 301; Veegens 1973a, p. 98; Sieburgh 2000, p. 167; Giesen 2001, p. 114; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 77; C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 57.
52 Asser 1992a, nr. 19.
53 Sieburgh 2000, p. 166; Sieburgh 2001, p. 585. Anders Van Dam 2000, nr. 908, 909 en 917.

matige daad niet aan de procesvertegenwoordiger kan worden toegerekend. Dan is immers wegens het ontbreken van de toerekenbaarheid niet voldaan aan de vereisten van aansprakelijkheid van de procesvertegenwoordiger zelf en evenmin aan de vereisten voor kwalitatieve aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde partij op grond van art. 6:172 BW.

5.3.2.2 Toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen

304. Art. 6:162 lid 3 BW noemt "(…) de in het verkeer geldende opvattingen (…)" als zelfstandige toerekeningsgrond naast schuld en de wet. Hoewel schuld en de in het verkeer geldende opvattingen systematisch gezien gelijkwaardige alternatieven zijn,[54] heeft schuld als toerekeningsgrond het praktische primaat, gezien de hoeveelheid gevallen waarin het in rechte aannemen van onrechtmatigheid gepaard gaat met een rechterlijk vermoeden van toerekenbaarheid krachtens schuld. In de praktijk wordt aan de vraag of op grond van de in het verkeer geldende opvattingen kan worden toegerekend derhalve pas toegekomen in gevallen waarin geen ruimte is voor toerekening op grond van schuld.

Het praktische primaat van schuld als toerekeningsgrond klinkt door in de wijze waarop de literatuur de verschillende toerekeningsgronden in hun onderlinge verhouding presenteert.[55] De prominentie van schuld als toerekeningsgrond heeft ook een historische oorzaak: de in het verkeer geldende opvattingen hebben hun intrede als grond voor toerekening van een onrechtmatige daad – op enkele anticiperende uitspraken van de Hoge Raad na[56] – eerst met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek gedaan, terwijl schuld op een lange traditie kan bogen.[57] Met betrekking tot de toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen stelt de Minister van Justitie dan ook dat het gaat om "(…) uitzonderingsgevallen, zoals ook uit de toelichting blijkt."[58]

De vraag of een processuele onrechtmatige daad op grond van de in het verkeer geldende opvattingen kan worden toegerekend komt in beeld wanneer toerekening op grond van schuld niet mogelijk is. In de vorige paragraaf bleek dat de toerekening op grond van de in het verkeer geldende opvattingen met name van belang is bij onrechtmatig gedrag van een procesvertegenwoordiger dat heeft te gelden als onrechtmatig gedrag van de partij zelf maar dat niet als onrechtmatige daad aan eerstgenoemde kan worden toegerekend. Hier is namelijk noch sprake van aansprakelijkheid van de procesvertegenwoordiger

54 Sieburgh 2000, p. 209-210. Vgl. Rogmans 1999, nr. 51.
55 Vgl. C.H.M. Jansen 1996, nr. 24; Schut 1997, p. 98; Van Dam 2000, nr. 917; Van Maanen 2000, nr. 73-74; Sieburgh 2000, p. 147; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 86.
56 Asser/Hartkamp III 2002, nr. 91.
57 Zie Sieburgh 2000, p. 101-146.
58 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1347 (VC II, Minister Korthals Altes).

op grond van art. 6:162 BW noch van kwalitatieve aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde partij op grond van art. 6:172 BW, terwijl de partij zelf geen schuld kan hebben omdat het niet gaat om haar eigen gedrag maar om gedrag dat als het hare heeft te gelden. Hiernaast is de vraag naar toerekening krachtens in het verkeer geldende opvattingen relevant voor de aansprakelijkheid voor niet krachtens schuld toe te rekenen onrechtmatig procesgedrag van in persoon procederende partijen of van procesvertegenwoordigers.

305. De uitdrukking 'de in het verkeer geldende opvattingen' in art. 6:162 lid 3 BW verwijst naar ongeschreven recht.[59] Dat het hier om rechtsregels[60] gaat, volgt uit het feit dat aan de in het verkeer geldende opvattingen als grond voor toerekening van een onrechtmatige daad geen facultatieve maar een imperatieve rol toekomt. De in het verkeer geldende opvattingen verwijzen naar een op een bepaald moment intern consistent begrip, op basis waarvan de vraag of op grond ervan kan worden toegerekend steeds volmondig bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord. Als op grond van de in het verkeer geldende opvattingen kan worden toegerekend, moet worden toegerekend[61] en als op grond van de in het verkeer geldende opvattingen niet kan worden toegerekend, mag niet op deze grond worden toegerekend.

In § 4.3.3.1 heb ik betoogd dat de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' geen recht inhouden. Dit begrip verwijst, evenals zijn species 'verkeersopvattingen', naar de in (delen van) de maatschappij levende opvattingen over wat rechtens is. Dat dit begrip geen recht inhoudt, volgt reeds uit het feit dat zijn inhoud niet intern consistent hoeft te zijn: rechtsovertuigingen kunnen van persoon tot persoon verschillen.[62] De eis van interne consistentie waaraan het begrip 'de in het verkeer geldende opvattingen' als verwijzing naar ongeschreven recht moet voldoen, brengt mee dat dit begrip niet louter kan worden opgevat als 'in (een deel van de) de maatschappij bestaande opvattingen over wat rechtens is', omdat deze doorgaans niet intern consistent zijn. De onderlinge verhouding tussen de begrippen is mijns inziens aldus. De in Nederland levende rechtsovertuigingen (waaronder de verkeersopvattingen) vormen een factor bij het vinden van de 'in het verkeer geldende opvattingen' in de zin van art. 6:162 lid 3 BW, op vergelijkbare wijze als zij een factor vormen bij de vaststelling van wat de goede procesorde eist (zie § 4.3.3).[63] Op deze wijze bieden de in de maatschappij levende – en zich dus ook wijzigende – opvattingen een inspiratie voor ontwikkeling en verandering van de toerekeningsregels

59 Rossel 1994, p. 337; Bloembergen 1998, nr. 4; Sieburgh 2000, p. 211; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 92. Anders kennelijk Rogmans 1987, p. 146.

60 Zie voor een voorbeeld van een dergelijke regel HR 27 april 2001 (*Oerlemans/Driessen*), *NJ* 2002, 213 m.nt. JH.

61 Vgl. Wery 1964, p. 28; Rossel 1994, p. 335.

62 Rossel 1994, p. 337. Vgl. Sieburgh 2000, p. 208 en 244.

63 Vgl. Wery 1964, p. 30, waartegen *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 266 (VV II en MvA II); Rossel 1994, p. 343-344.

van art. 6:162 lid 3 BW buiten schuld en wet. Op de vraag hoe deze opvattingen kunnen worden gevonden ben ik al eerder ingegaan (zie § 4.3.3). Omdat de feitelijk bestaande rechtsovertuigingen (waaronder de verkeersopvattingen) slechts een van de factoren zijn bij de bepaling van de ongeschreven rechtsregels van 'de in het verkeer geldende opvattingen' in de zin van art. 6:162 lid 3 BW was het wellicht duidelijker geweest, indien de wetgever dit tot uitdrukking had laten komen door te spreken van toerekening 'krachtens ongeschreven recht'.[64]

306. Het bovenstaande roept de vraag op welke factoren naast de feitelijk bestaande rechtsovertuigingen de inhoud bepalen van 'de in het verkeer geldende opvattingen' in art. 6:162 lid 3 BW. Naar mijn mening kan hier worden teruggevallen op de overige door art. 3:12 BW genoemde factoren: algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Ik werk de drie factoren kort uit.

Een algemeen erkend rechtsbeginsel dat in bepaalde gevallen toerekening krachtens verkeersopvattingen (mede) kan funderen is het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel. Wordt onrechtmatige daad van type A doorgaans op grond van verkeersopvattingen aan dadertype X toegerekend, dan biedt het gelijkheidsbeginsel steun voor toerekening van een op type A gelijkende onrechtmatige daad aan dadertype X. Wordt een onrechtmatige daad van type B met risico op schade Q doorgaans op grond van verkeersopvattingen aan dadertype Y toegerekend, dan biedt het gelijkheidsbeginsel steun voor toerekening van onrechtmatige daden van type B aan dadertype Y wanneer de kans op schade groter dan Q is.

Onder de in Nederland levende rechtsovertuigingen schaar ik ten eerste de in de maatschappij in het algemeen en bij (groepen) betrokkenen bestaande rechtsovertuigingen (in het laatste geval spreek ik van verkeersopvattingen, zie § 4.3.3.1). Voor de vraag of onrechtmatig procesgedrag buiten schuld kan worden toegerekend, zullen de verkeersopvattingen van advocaten en rechtzoekenden waarschijnlijk een weinig coherent beeld geven, waardoor deze factor voor de beantwoording van de voorliggende vraag geen groot gewicht kan toekomen.

Ten tweede vormt de doctrine de neerslag van in Nederland levende rechtsovertuigingen (zie § 4.3.3.5).[65] De in de literatuur verdedigde opvattingen kunnen medebepalend zijn voor toerekening buiten schuld, zeker wanneer er sprake is van een duidelijke heersende leer.

Ten derde zijn de in Nederland levende rechtsovertuigingen kenbaar uit het (systeem van het) geldende recht (zie § 4.3.3.6). Sieburgh laat zien hoe voor de invulling van de toerekeningsgrond 'de in het verkeer geldende opvattin-

64 Aldus ook Bloembergen 1998, nr. 4.
65 Vgl. Rossel 1994, p. 341.

gen' kan worden aangeknoopt bij kenmerken van het stelsel van kwalitatieve aansprakelijkheden.[66] Hierbij gaat het steeds om een dader met een gekwalificeerde hoedanigheid en een gekwalificeerd feit. Zo is bij art. 6:172 BW 'vertegenwoordigde' de hoedanigheid van de kwalitatief aansprakelijke persoon en 'gedraging ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden' het gekwalificeerde feit. Sieburgh lijkt overigens van mening te zijn dat de door haar voorgestane wijze van aanknoping bij het stelsel van het delictuele aansprakelijkheidsrecht geen ruimte laat voor andere determinanten van toerekening krachtens verkeersopvattingen.[67] Uit hetgeen ik betoog, blijkt dat ik hier anders over denk. Mijns inziens is de hele scala van in art. 3:12 BW genoemde factoren potentieel relevant voor de bepaling van 'de in het verkeer geldende opvattingen' als bedoeld in art. 6:162 lid 3 BW.

Ik ga over op de behandeling van de derde factor van art. 3:12 BW, de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze factor laat zich ruim opvatten als verwijzende naar de overige omstandigheden van het geval (zie § 4.3.4.1). Ik noem er één. Anders dan Sieburgh[68] lijkt mij denkbaar dat de hoedanigheid van de gelaedeerde gewicht in de schaal legt bij de beantwoording van de vraag of een bepaald type onrechtmatige daad op grond van verkeersopvattingen aan de dader moet worden toegerekend, al is het maar omdat de relevantie van de hoedanigheid van de dader pas reliëf krijgt door hoe deze zich verhoudt tot de hoedanigheid van de gelaedeerde. Denkbaar is bijvoorbeeld dat onrechtmatige besluiten de overheid in verhouding tot de burger steeds krachtens verkeersopvattingen worden toegerekend, maar jegens openbare lichamen alleen krachtens schuld.

307. Wat betekent deze scala van factoren nu voor de vraag of onrechtmatig procesgedrag buiten schuld aan de dader kan worden toegerekend? Ik onderscheid drie situaties.

Een in persoon procederende partij kan in haar hoedanigheid van procespartij onrechtmatig (proces)gedrag vertonen. Dit berokkent anderen zeer waarschijnlijk nadeel. Bovendien heeft zij ervan afgezien uit voorzorg deskundige bijstand in te roepen, die de kans op onrechtmatig procesgedrag zou kunnen verkleinen.[69] Van de in Nederland levende rechtsovertuigingen lijkt met name relevant dat onrechtmatige executie, te beschouwen als verwant aan onrechtmatig procesgedrag, in beginsel krachtens verkeersopvattingen aan de dader wordt toegerekend.[70] Zowel de hoedanigheid van de dader, aard van de gedraging als de uit het systeem van het aansprakelijkheidsrecht

66 Sieburgh 2000, p. 215-226.
67 Sieburgh 2000, p. 226 en 245.
68 Sieburgh 2000, p. 226-227.
69 Vgl. Sieburgh 2000, p. 240.
70 C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 43 met nadere verwijzigingen.

sprekende rechtsovertuigingen pleiten voor toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen.

Ten tweede de situatie van onrechtmatig procesgedrag van een procesvertegenwoordiger dat heeft te gelden als eigen onrechtmatig gedrag van de vertegenwoordigde partij. De hoedanigheid van vertegenwoordigde biedt steun voor toerekening krachtens verkeersopvattingen, evenals de aard van het onrechtmatige gedrag, dat immers anderen zeer waarschijnlijk nadeel oplevert. Ook voor deze groep gevallen levert het feit dat bij het verwante casustype van de onrechtmatige executie krachtens de in het verkeer geldende opvattingen wordt toegerekend een argument voor toerekening krachtens verkeersopvattingen.

Ten derde de aansprakelijkheid van de procesvertegenwoordiger voor zijn eigen onrechtmatige procesgedrag. Kenmerkend voor de procesvertegenwoordiger is dat hij andermans belangen behartigt. In literatuur en rechtspraak wordt vrijwel unaniem aangenomen dat in dit soort gevallen voor toerekening buiten schuld aan de dader zelf geen plaats is.[71] De hoedanigheid van vertegenwoordiger pleit ook niet voor toerekening krachtens verkeersopvattingen. Wel zouden aan de aard van de gedraging – eenzijdige veroorzaking van een grote kans op schade – en de hoedanigheid van deskundige op het terrein waarop het onrechtmatige gedrag betrekking heeft, argumenten voor toerekening krachtens verkeersopvattingen kunnen worden ontleend.[72]

308. Al met al zou ik willen verdedigen dat onrechtmatig procesgedrag buiten schuld steeds aan de procespartij zelf kan worden toegerekend, maar niet aan de procesvertegenwoordiger. Dit sluit het beste aan bij het systeem van het aansprakelijkheidsrecht en de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Dit brengt mee dat een procespartij ook buiten schuld steeds aansprakelijk is voor onrechtmatig procesgedrag van haarzelf of haar procesvertegenwoordiger. Als zij via een procesvertegenwoordiger procedeert, is het mogelijk dat zij aansprakelijk is voor onrechtmatig procesgedrag van haar vertegenwoordiger, terwijl laatstgenoemde niet aansprakelijk is. Dit is het geval indien het procesgedrag niet aan de vertegenwoordiger is toe te rekenen in de zin van art. 6:162 lid 3 BW. De aansprakelijkheid van de partij is in dat geval, bij gebreke van toerekenbaarheid, niet te baseren op art. 6:172 BW, maar op het feit dat gedrag van procesvertegenwoordigers als gedrag van de partij zelf heeft te gelden. Het onrechtmatige gedrag dat als het hare geldt wordt vervolgens op grond van verkeersopvattingen aan de partij toegerekend. Na deze beschouwingen moge ik herhalen dat het ontbreken van schuld bij onrechtmatig procesgedrag zeldzaam zal zijn (zie § 5.3.2.1).

De stellast met betrekking tot de toerekenbaarheid rust op de benadeelde. Wanneer komt vast te staan dat voor toerekening krachtens schuld geen plaats

71 C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162 lid 3, aant. 46.1 met nadere verwijzigingen.
72 Vgl. Sieburgh 2000, p. 235 en 240; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 92b-92c.

is, kan de rechter, mede op basis van de feiten die zich ten processe hebben voorgedaan, ambtshalve de rechtsvraag beantwoorden of de onrechtmatige daad krachtens de in het verkeer geldende opvattingen aan de dader kan worden toegerekend.[73]

5.3.3 Causaal verband en schade

309. Indien vaststaat dat een procespartij of procesvertegenwoordiger toerekenbaar onrechtmatig jegens de wederpartij heeft gehandeld, wordt de vraag relevant of de geconstateerde fout (toerekenbare onrechtmatige daad) schade heeft veroorzaakt.

Schade is het verschil tussen de feitelijke toestand en de toestand zoals die zou zijn geweest indien de onrechtmatige gedraging achterwege zou zijn gebleven, voorzover dit verschil een vermindering vormt die op grond van afdeling 6.1.10 BW voor vergoeding in aanmerking komt. Wat schade in een concreet geval is, wordt dus bepaald door een vergelijking van een feitelijke en een hypothetische situatie. Hoe de hypothetische situatie er uitziet, wordt bepaald door vragen van causaal verband: was wat is gebeurd ook gebeurd zonder de onrechtmatige daad, of niet? Met andere woorden: was de fout *condicio sine qua non* voor de gestelde schade?[74]

Of een fout *condicio sine qua non* voor de gestelde schade is geweest, moet per gestelde schadepost worden bekeken. Ontkennende beantwoording van deze vraag leidt mede tot de conclusie, dat in zoverre van schade geen sprake is. Schade is een causaal begrip: als er geen causaal verband tussen fout en 'schade' is, kan niet van schade worden gesproken.[75]

Bij de eis van causaal verband gaat het om de vraag of de gestelde schade ook zou zijn opgetreden indien de normschending achterwege zou zijn gebleven. Absolute zekerheid is hier niet te geven, omdat het steeds om vergelijking met een hypothetische situatie gaat.[76] Voldoende is dat eiser – op hem ligt in beginsel de stel- en bewijslast[77] – causaal verband voldoende aannemelijk maakt.

Problemen van causaal verband in de zin van *condicio sine qua non* zijn dikwijls bewijsproblemen. Dat komt omdat niet zelden onduidelijk is hoe de situatie bij het achterwege blijven van normschending er uit zou hebben gezien. Deze problematiek doet zich ook voor bij onrechtmatig procesgedrag. Enkele voorbeelden van vragen die zich kunnen voordoen zijn: hoeveel proceskosten

---

73 Sieburgh 2000, p. 243; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 77 en 92d.
74 Bloembergen 1965, nr. 12-14.
75 Bloembergen 1965, nr. 12; Akkermans 2002, p. 25-27.
76 Akkermans 2002, p. 100.
77 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 346 (TM); Hofmann/Drion 1959, p. 124; Asser/Hartkamp I 2000, nr. 416 en 434a; Giesen 2001, p. 116 met nadere verwijzingen.

zouden er zijn bespaard bij het achterwege blijven van het onrechtmatige vertragingsgedrag? Hoe was de procedure verlopen indien er wel was voldaan aan de plicht stukken in te brengen of te getuigen? Wat is de invloed van een bepaalde schending van de waarheidsplicht op het procesverloop geweest? Aangezien het hier in tegenstelling tot bij onrechtmatigheid en toerekening (zie § 5.3.1) doorgaans niet om processuele feiten gaat, zal hier bij verweer bewijs moeten worden geleverd.

Gelukkig is de vraag naar het *condicio sine qua non*-verband niet altijd problematisch. Bij het onrechtmatig instellen van een vordering kan er in beginsel vanuit worden gegaan dat in de hypothetische situatie het gehele proces moet worden weggedacht. Bij schending van de waarheidsplicht ter zake van een irrelevant blijkend feit binnen een overigens rechtmatig gevoerde procedure is in beginsel aan te nemen dat deze fout geen schade heeft veroorzaakt.

310. Het Nederlandse recht komt een eiser met bewijsproblemen met betrekking tot het *condicio sine qua non*-verband in zekere mate tegemoet met de zogenaamde omkeringsregel. Deze in de rechtspraak ontwikkelde "(…) bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel (…)",[78] bepaalt dat indien

> "(…) door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan (…)."[79]

De precieze reikwijdte van deze regel is aan discussie onderhevig.[80] Naar aanleiding van deze discussie heeft de Hoge Raad gepoogd de reikwijdte van de regel nader te omlijnen. De omkeringsregel kan, aldus de Hoge Raad, alleen toepassing vinden "(…) als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander

78 HR 29 november 2002 (*TFS c.s./NS c.s.*), *RvdW* 2002, 190. Rutgers 2003, p. 313 is kritisch over de fundering van de omkeringsregel in de redelijkheid en billijkheid. Rutgers neemt aan dat in art. 150 Rv 'bijzondere regel' verwijst naar regels van geschreven en ongeschreven recht en dat 'redelijkheid en billijkheid' hier naast staan. De omkeringsregel zou dan als een bijzondere regel van ongeschreven recht naast de redelijkheid en billijkheid staan. Zelf zou ik willen verdedigen dat (ook) 'redelijkheid en billijkheid' verwijzen naar ongeschreven recht en dus mede naar ongeschreven regels. Zo beschouwd is het funderen van de omkeringsregel in de redelijkheid en billijkheid verre van opmerkelijk. Vgl. *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 89 (MvA II).

79 HR 26 januari 1996 (*Mr H./Franken*), *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK, herhaald in tal van latere arresten. Zie voor een overzicht Akkermans 2002.

80 Zie voor een overzicht Akkermans 2002 met nadere verwijzingen.

te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot."[81] In ieder geval is het aan eiser te stellen en zonodig te bewijzen dat er een tegen een specifiek gevaar beschermende norm is geschonden en dit specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt.[82]

Normen ten aanzien van procesgedrag strekken ertoe partijen te beschermen tegen te lange duur, te hoge kosten en onjuiste uitkomst van processen. Schending van deze normen verhoogt het gevaar ter zake van genoemde schadeposten aanmerkelijk. Het probleem voor de partij die zich in het onderhavige kader op de omkeringsregel wil beroepen, is dat hij moet stellen en zonodig bewijzen dat een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade zich heeft verwezenlijkt. Hij moet dus eerst aannemelijk maken dat bijvoorbeeld meer kosten zijn gemaakt of dat de procedure langer heeft geduurd dan in de hypothetische situatie zonder normschending het geval zou zijn geweest. In de praktijk zal dit met name kunnen geschieden aan de hand van vergelijkingsmateriaal in de vorm van gelijksoortige procedures. Zodra eiser een en ander voldoende aannemelijk heeft gemaakt, zal daarmee mijns inziens in het licht van de omkeringsregel tevens het causale verband gegeven zijn. Kan eiser niet aannemelijk maken dat een van genoemde risico's zich heeft verwezenlijkt, dan rust op hem stel- en bewijslast ten aanzien van zowel schade als causaal verband. Het gemak waarmee de rechter een ongewoon lange procesduur of ongewoon hoge kosten voldoende aannemelijk acht, is aldus bepalend voor het voordeel dat eiser van de omkeringsregel heeft.

In sommige gevallen blijft onduidelijk hoe de hypothetische situatie zonder normschending zou zijn. Onduidelijk kan bijvoorbeeld blijven hoe een bepaalde procedure zou zijn afgelopen zonder de schending van de waarheidsplicht die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan. In dergelijke gevallen kan proportionele aansprakelijkheid een aanvaardbare oplossing bieden. De Hoge Raad heeft de proportionele benadering aanvaard en lijkt haar te plaatsen in het kader van de schadebegroting. In gevallen van onzekerheid over de hypothetische situatie moet de schade worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen met betrekking tot de hypothetische situatie.[83]

5.3.4 Schadevergoeding

311. Indien aan de voorwaarden van art. 6:162 lid 1 BW is voldaan, bestaat een verbintenis tot schadevergoeding. De inhoud van deze verplichting wordt vooral bepaald door afdeling 6.1.10 BW. In het onderstaande ga ik in op de inhoud van de verbintenis tot schadevergoeding bij onrechtmatig procesgedrag.

---

81 HR 29 november 2002 (*TFS cs./NS c.s.*), *RvdW* 2002, 190.

82 HR 29 november 2002 (*TFS cs./NS c.s.*), *RvdW* 2002, 190. Vgl. HR 19 januari 2001 (*Ter Hofte/Oude Monnink*), *NJ* 2001, 524 m.nt. JBMV; Sieburgh 2001, p. 589-590.

83 HR 24 oktober 1997 (*Baijings/Mr. H.*), *NJ* 1998, 257 m.nt. PAS.

De wet onderscheidt tussen vermogensschade en ander nadeel. Ik zal deze twee schadesoorten hieronder afzonderlijk behandelen. Aansluitend loop ik kort enige andere aspecten van het schadevergoedingsrecht langs op relevante bijzonderheden.

5.3.4.1 Vermogensschade

312. Vermogensschade laat zich omschrijven als schade die het vermogen raakt of als schade die zich in geld laat uitdrukken.[84] Wanneer vaststaat dat iemand door een fout jegens hem schade heeft geleden, is uitgangspunt dat deze schade door de aansprakelijke volledig moet worden vergoed.[85] Het doel van schadevergoeding is immers om de benadeelde zoveel mogelijk in de situatie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd, wanneer de fout achterwege was gebleven.[86] Het is aan de rechter de schade in het licht van dit doel te begroten of, als zij niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, te schatten (art. 6:97 BW). Het doel van schadevergoeding brengt mee dat in beginsel zoveel mogelijk moet worden uitgegaan van de door de benadeelde concreet geleden schade. Hieraan doet niet af dat deze soms moeilijk kan worden vastgesteld omdat de hypothetische situatie zonder normschending enigszins onzeker is, zoals bij omzetderving. In dergelijke gevallen is het aan de rechter de schade te schatten. Ik kom aan het slot van deze paragraaf nog op de schadebegroting terug.

De meest in het oog springende vermogensschade die processuele onrechtmatige daden kunnen meebrengen wordt ongetwijfeld gevormd door de proceskosten. Toch is er meer dan dat. Zo kan een proces tegen een concurrent worden geïnitieerd met het doel hem als zodanig te schaden, wat bedrijfseconomische vermogensschade – bijvoorbeeld door het mislopen van orders – ten gevolge kan hebben. Onrechtmatige rechtsvorderingen kunnen ernstige gevolgen hebben voor de (beurs)waarde van een onderneming of de reputatie van een persoon. Binnen het bestek van het onderhavige onderzoek kan ik niet nader ingaan op deze gevolgschade. Ik beperk mij tot het wijzen op de mogelijkheden in deze. Hieronder zal ik ingaan op de problematiek van de vergoedbaarheid van proceskosten als vermogensschade.

Proceskosten definieer ik als kosten waarvoor de proceskostenveroordeling krachtens art. 237-240 Rv een vergoeding pleegt in te houden (vgl. art. 241 Rv). Hieronder vallen vaste rechten (griffierechten), deurwaarderskosten, getuigentaxen, salarissen en verschotten (onkosten) van deskundigen, reiskosten en salarissen en (overige) verschotten van de procureur (dan wel advocaat bij de Hoge Raad of gemachtigde).[87] In deze laatste post worden, vanwege

84 Lindenbergh 1998, p. 80-82; Lindenbergh/Bloembergen 2001, nr. 41.
85 Bloembergen 1965, nr. 84; Hartlief 2000, nr. 196; Bloembergen/Lindenbergh 2001, nr. 11.
86 Asser/Hartkamp I 2000, nr. 415; Bloembergen/Lindenbergh 2001, nr. 6 en 10.
87 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 3.

het bepaalde in art. 239 Rv, tevens het salaris en de verschotten van de advocaat verdisconteerd, wanneer dit een ander dan de procureur is.[88]

313. De vergoeding van proceskosten als vermogensschade lijkt op het eerste gezicht alleen van belang te zijn indien jegens een verliezende partij onrechtmatig is gehandeld. Een winnende partij heeft immers meestal – zie art. 237 lid 1 Rv – reeds een proceskostenveroordeling in haar voordeel. Het probleem is echter dat een proceskostenveroordeling doorgaans niet voor alle posten een volledige vergoeding inhoudt. Zo wordt in de praktijk de proceskostenveroordeling met betrekking tot het salaris van de procesvertegenwoordiger vastgesteld aan de hand van het zogenaamde liquidatietarief. Op grond hiervan levert elke verrichte werkzaamheid een bepaald aantal punten op. Het puntentotaal wordt vervolgens vermenigvuldigd met een forfaitair bedrag, waarvan de hoogte afhankelijk is van het belang van de zaak.[89] Het product van de punten en het forfaitaire bedrag is het bedrag dat doorgaans in de proceskostenveroordeling wordt toegewezen voor de post salaris van de procesvertegenwoordiger. Ondanks het feit dat deze door de Nederlandse Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak vastgestelde tarieven niet bindend zijn,[90] wordt er zelden van afgeweken. Het resultaat van deze praktijk is dat de winnende partij veelal slechts een deel van de werkelijke kosten van rechtsbijstand vergoed krijgt.[91]

Eerder stelde ik vast dat verliezend procederen niet eo ipso een onrechtmatige daad oplevert (zie § 3.3.1.4). Verliezend procederen levert in de regel echter wel een proceskostenveroordeling op. Uit deze twee gegevens volgt dat de proceskostenveroordeling niet gebaseerd is op onrechtmatige daad.[92] Algemeen wordt aangenomen dat billijke risicotoedeling de grondslag vormt van de regel dat de verliezer betaalt.[93]

De regeling van de proceskostenveroordeling staat zowel qua grondslag – billijkheid – als qua inhoud – deels forfaitaire vergoeding – naast de vorde-

88 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 121.

89 NOvA 2002, nr. 5.1; Teuben 2002, p. 7.

90 HR 3 april 1998 (*Lindeboom/Beusmans*), *NJ* 1998, 571; NOvA 2002, nr. 5.1.

91 Wesseling-van Gent 1993, p. 4; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 125; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 121; Stein/Rueb 2002, p. 175; Teuben 2002, p. 7; Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 96, aant. 198. Hiertegen Haardt 1945, p. 206-207 (hierop terugkomend in Haardt 1985, p. 705).

92 Hartogh 1875, p. 117-118; Haardt 1945, p. 16-19; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 367-368; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 402; Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 1. Vgl. Van Boneval Faure II 1900, p. 261-264. Anders nog De Pinto II-1 1857, p. 144 en recentelijk weer Stein/Rueb 2002, p. 177, waar voor de grondslag een parallel wordt getrokken met krachtens verkeersopvattingen toegerekende onrechtmatige executie en voor de hoogte van de vergoeding met de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW.

93 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 402; Ingelse & Mölenberg 1998, p. 1142; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 117. Vgl. Haardt 1945, p. 19; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 369; *Parl. Gesch. Wijz. Rv*, p. 36 (MvT Inv). Hartogh 1875, p. 119 neemt als grondslag de rechtszekerheid aan.

ring tot schadevergoeding, die als grondslag onrechtmatige daad en als inhoud volledige vergoeding kent. Komen in een bepaald geval beide regels voor toepassing in aanmerking, doordat er door proceswinst recht bestaat op een proceskostenveroordeling en door onrechtmatig procederen van de wederpartij recht op schadevergoeding, dan kunnen deze beide rechtsgevolgen in beginsel cumulatief worden ingeroepen. Bij samenloop van rechtsregels is cumulatie van rechtsgevolgen immers uitgangspunt.[94] Op de problematiek van de eventuele dubbele vergoeding van dezelfde kosten c.q. schade kom ik later terug (zie § 5.3.4.4).

314. Art. 6:96 lid 2 sub c in fine BW en art. 241 Rv bepalen dat de regels betreffende proceskosten exclusieve werking hebben ten opzichte van art. 6:96 lid 2 BW. Staat dit aan de hierboven ingenomen stelling dat cumulatie mogelijk is, in de weg?

Art. 6:96 lid 2 sub c in fine BW en art. 241 Rv willen vergoedbaarheid van de daar bedoelde proceskosten uitsluiten voorzover daarvan sprake zou zijn op grond van een schadevergoedingsplicht waarvan het bestaan voorwerp van de procedure vormde. Zonder deze barrière zouden namelijk alle proceskosten als schade ten gevolge van de litigieuze normschending kunnen worden opgevoerd. Aldus zou met betrekking tot de vergoedbaarheid dezelfde situatie ontstaan als wanneer zou worden aangenomen dat verliezend procederen eo ipso onrechtmatig is. Procederen vormt echter in beginsel rechtmatig gedrag, onafhankelijk van de uitkomst van het geding. Daarom komen de ten gevolge van procederen door anderen gemaakte kosten niet voor vergoeding in aanmerking als schade uit een litigieuze normschending: zij zijn immers rechtmatig veroorzaakt.

Wanneer de proceskosten echter zijn veroorzaakt door onrechtmatig gedrag dat in het procederen zelf is gelegen, ligt het anders. Het gaat nu niet meer om rechtmatig maar om onrechtmatig veroorzaakte proceskosten. Voor deze situatie beogen de art. 6:96 lid 2 sub c in fine BW en art. 241 Rv geen vergoedingsbarrière op te werpen, zo valt uit de parlementaire geschiedenis af te leiden.[95] Ook in de literatuur is de heersende opvatting dat bij onrechtmatig procesgedrag de regeling van de proceskosten geen exclusieve werking toekomt en de volledige schade op grond van onrechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking komt, ook voorzover deze bestaat uit proceskosten die niet op grond van een proceskostenveroordeling voor vergoeding in aanmerking komen.[96]

---

94 Van der Wiel *(Onrechtmatige daad II.2)*, aant. 2 met nadere verwijzingen.

95 *Parl. Gesch. Wijz. Rv*, p. 36 (MvT Inv). Zie reeds *Kamerstukken II* 1868/69, 37, nr. 3, p. 190-191 (MvT).

96 R.J. Polak 1941, p. 774-775; Haardt 1945, p. 114-115; Cleveringa 1964, p. 242; Bloembergen 1965, nr. 153; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 369; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 121. Vgl. Van Boneval Faure II 1900, p. 263. Anders Brands 1990, p. 51; Wesseling-van Gent 1993, p. 7.

Uit het arrest *Vaston/Smith* blijkt dat ook de Hoge Raad de mogelijkheid van integrale vergoeding van onrechtmatig veroorzaakte proceskosten erkent. In deze zaak vordert Vaston in reconventie vergoeding van proceskosten buiten art. 241 Rv op grond van het feit dat Smith hem ten onrechte in rechte heeft betrokken. De Hoge Raad oordeelt dat deze reconventionele vordering niet toewijsbaar is:

> "Het enkele feit dat Vaston ten onrechte Smith in rechte heeft betrokken en dientengevolge bij vonnis in het ongelijk is gesteld, geeft wel grond voor een veroordeling van Vaston in de proceskosten van Smith, maar geen grond om Vaston daarnaast te veroordelen in de door Smith afzonderlijk in reconventie gevorderde kosten, door hem aangeduid als buitengerechtelijke kosten. Het Hof heeft geen feiten vastgesteld waaruit aansprakelijkheid van Vaston voor laatstgenoemde kosten op een andere grond dan de art. 56 en 57 zou volgen."[97]

Uit deze laatste zin laat zich afleiden dat de Hoge Raad van opvatting is dat de reconventionele vordering van Vaston wel toewijsbaar was geweest als er een toerekenbare onrechtmatige daad van Smith jegens Vaston was komen vast te staan.

Op grond van het bovenstaande concludeer ik dat art. 6:96 lid 2 sub c in fine BW en art. 241 Rv niet in de weg staan aan integrale vergoeding van proceskosten als vermogensschade op grond van aansprakelijkheid voor onrechtmatig procesgedrag. Deze conclusie strookt met de situatie in Frankrijk,[98] België[99] en Duitsland.[100]

315. Naast de proceskosten staan de zogenaamde buitengerechtelijke kosten. Dit zijn de in art. 6:96 lid 2 sub b en c BW genoemde kosten waarvoor art. 237-240 Rv na een proces geen vergoeding plegen in te houden. De vergoedbaarheid van buitengerechtelijke kosten hangt af van de toewijzing van de vordering die in de procedure voorwerp van geschil vormt. Het is vaak niet gemakkelijk buitengerechtelijke kosten van proceskosten te onderscheiden.[101] Een extra complicatie is dat een deel van de kosten die voorafgaand aan een proces als vergoedbaar conform art. 6:96 lid 2 sub b en c BW zijn aan te merken, 'van kleur verschieten'[102] zodra het tot een proces komt en als proceskosten moe-

97 HR 27 juni 1997 (*Vaston./Smith*), *NJ* 1997, 651.
98 Brun & Clerc-Renaud 2000, nr. 12.
99 Cass. 24 april 1978, *Pas*. 1978 I, p. 955, *RW* 1978-79, k. 2669; Arbrb. Bergen 10 november 1998, *JLMB* 2000, p. 124, waar wordt geredeneerd dat de regeling van de delictuele aansprakelijkheid derogeert aan die van de proceskostenveroordeling.
100 *Materialien*, p. 197 (Begründung des Entwurfs); Zeiss 1967, p. 708; Stein/Jonas/Bork 1993, vor § 91, Rn. 14; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, Übers vor § 91, Rn. 43 en 68.
101 Lindenbergh 2000, p. 27-30 geeft een overzicht van de opvattingen hieromtrent. Zie tevens Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 96, aant. 199.
102 Brunner 1988b, nr. 3.

ten worden aangemerkt. Een voorbeeld hiervan vormt preprocessuele rechtsbijstand.[103]

Als het tot een procedure komt, zal degene die buitengerechtelijke kosten vordert moeten stellen en bewijzen dat het niet gaat om proceskosten.[104] Voorzover komt vast te staan dat het om proceskosten gaat, is eiser afhankelijk van een gunstige proceskostenveroordeling. Indien deze achterwege blijft of geen volledige vergoeding biedt, kan slechts verhaal worden gevonden via een op onrechtmatig procesgedrag gegronde vordering tot schadevergoeding.

316. De begroting van door onrechtmatig procederen ontstane schade in de vorm van proceskosten moet mijns inziens geschieden aan de hand van de werkelijk gemaakte kosten. Er is geen aanleiding van het uitgangspunt van concrete schadebegroting[105] af te wijken. Aldus is er in beginsel (zie § 5.3.4.5) geen ruimte voor het betoog van de laedens dat gelaedeerde wel een erg dure advocaat heeft en dat geabstraheerd moet worden naar een redelijk uurtarief. Wel kan er eventueel een beroep worden gedaan op de rechterlijke matigingsbevoegdheid van art. 6:109 lid 1 BW.

De concrete proceskosten zullen zich doorgaans vrij gemakkelijk en nauwkeurig uit de administratie van de procesvertegenwoordigers laten afleiden. Toch zal de rechter tot een schatting moeten overgaan voorzover de vraag rijst hoeveel proceskosten er zouden zijn gemaakt in de hypothetische situatie zonder onrechtmatig procesgedrag. Het is immers niet steeds zo dat in de hypothetische situatie de gehele procedure kan worden weggedacht. Zo is in gevallen van onrechtmatige vertraging denkbaar dat de kern van het verweer niet onrechtmatig is, maar wel de wijze waarop de procedure rond dit verweer is gerekt en gecompliceerd. Alsdan moeten de werkelijke proceskosten worden vergeleken met de hypothetische proceskosten bij rechtmatig procederen. Het verschil tussen beide bedragen vormt de schadepost 'proceskosten', zij het dat er nog rekening moet worden gehouden met een eventuele proceskostenveroordeling. Ik kom hierop in § 5.3.4.4 terug.

Een lastig probleem vormt de vergoeding van kosten die gemoeid zijn met de afwikkeling van een geslaagde vordering op grond van onrechtmatig procesgedrag. Betoogd kan worden dat deze zijn veroorzaakt door het initiële onrechtmatige procesgedrag en dus integraal moeten worden vergoed. Anderzijds kan betoogd worden dat voor dit stuk de gewone regels inzake de proceskostenveroordeling van toepassing zijn, aangezien het onrechtmatig procederen hier voorwerp van geschil is. Beide redeneringen lijken houdbaar, de eerste levert mijns inziens de meest wenselijke resultaten op.

---

103 HR 3 april 1987 (*L en L/Drenth*), *NJ* 1988, 275 m.nt. CJHB.
104 HR 26 maart 1993 (*Roozen/Blaricum*), *NJ* 1995, 42; Lindenbergh 2000, p. 28, nt. 60.
105 Hartlief 2000, nr. 207; Bloembergen/Lindenbergh 2001, nr. 36.

Ik herhaal met nadruk dat proceskosten niet de enige vorm van vermogensschade vormen die door onrechtmatig procederen kan worden veroorzaakt.[106] Ik noemde al het mislopen van orders en verlies van (beurs)waarde van een bedrijf. De begroting van deze vermogensschade dient te geschieden op de wijze die voor deze schadeposten in het algemeen geldt. Derhalve verwijs ik naar de rechtspraak en literatuur hieromtrent.[107]

5.3.4.2 Ander nadeel: smartengeld

317. Bij 'ander nadeel' gaat het om, zoals Lindenbergh het samenvat, 'vermindering van iemands welzijn'.[108] De vergoeding van ander nadeel wordt 'smartengeld' genoemd.[109] Art. 6:95 BW bepaalt dat ander nadeel dan vermogensschade "(…) moet worden vergoed (…) voorzover de wet op vergoeding hiervan recht geeft." De twee in het onderhavige kader relevante wettelijke grondslagen voor smartengeld staan in art. 6:106 lid 1 sub a en b BW.

Ten eerste bestaat recht op vergoeding van ander nadeel "(…) indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen (…)" (art. 6:106 lid 1 sub a BW). Hiervan is sprake indien "(…) de aangesprokene zich als doel had gesteld aan een ander dit ideële nadeel toe te brengen (…)."[110] Dat iemand onrechtmatige processuele handelingen verricht met het doel het welzijn van een ander te verminderen laat zich goed denken. Talloze slepende (serie)procedures tussen buren zijn hiervan de sombere getuigen.

Het oogmerk om eens anders welzijn te verminderen zal niet snel vast komen te staan, zodat het praktisch belang van deze bepaling (ook) in het onderhavige verband betrekkelijk gering kan worden geacht.[111] Dit zou slechts anders kunnen zijn wanneer onder het oogmerk-begrip van art. 6:106 lid 1 sub a BW ook andere, lichtere vormen van opzet – bijvoorbeeld bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans (voorwaardelijk opzet)[112] op vermindering van welzijn – zouden worden begrepen. De wettekst noch de parlementaire geschiedenis lijken echter ruimte voor een dergelijke opvatting te laten.[113]

106 Scheltema 1932, p. 189; Scheltema 1935, p. 318; R.J. Polak 1941, p. 774-775; Haardt 1945, p. 114-115.
107 Zie bijv. Hartlief 2000, nr. 206-211; Asser/Hartkamp I 2002, nr. 415-421; Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 97, alle met nadere verwijzingen.
108 Lindenbergh 1998, p. 84.
109 Lindenbergh 1998, p. 1.
110 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 378 (TM).
111 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380 (MvA II); Lindenbergh 1998, p. 97-98; Van Nispen 2003, nr. 25.
112 Zie HR (strafkamer) 9 november 1954, *NJ* 1955, 55 m.nt. WP.
113 Lindenbergh 1998, p. 100.

Ten tweede bestaat recht op smartengeld indien de benadeelde "(…) lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast (…)" (art. 6:106 lid 1 sub b BW).

Lichamelijk letsel lijkt mij bij onrechtmatig procesgedrag uitgesloten. Voorzover dergelijke schade rond een procedure ontstaat (denk aan fysiek geweld tussen betrokkenen), zal een onrechtmatige daad die deze schade heeft veroorzaakt niet specifiek processueel van karakter zijn. Ik laat dit punt verder rusten.

'Eer en goede naam' staat voor de waarde die iemand als mens toekomt. Bij eer gaat het om de (eigen)waarde van de persoon op zichzelf, bij goede naam om de waarde die de persoon in de ogen van anderen heeft.[114] Zeer wel denkbaar is dat de eer of goede naam van een procespartij door onrechtmatig procesgedrag van de wederpartij wordt geschaad. Dit zal met name kunnen gebeuren doordat laatstgenoemde stellingen inneemt waarvan hij weet of behoort te weten dat deze onwaar zijn. Als voorbeeld noem ik de huisarts die een procedure begint tegen een concurrerend collega op grond van de stelling dat laatstgenoemde zijn ambt uitoefent zonder de vereiste papieren, terwijl eiser weet dat dit onwaar is. Het instellen van een dergelijke actie levert schending van eer en goede naam en daarmee grond voor smartengeld op. Van belang is in het oog te houden dat hiernaast recht zal bestaan op vergoeding van vermogensschade als proceskosten en omzetderving.[115]

318. Wanneer sprake is van andere aantasting van de persoon is niet erg duidelijk. Vast staat dat een al te ruime interpretatie van deze categorie niet te verenigen is met het wettelijk uitgangspunt dat alleen in bepaalde in de wet genoemde gevallen recht op smartengeld bestaat (art. 6:95 BW).[116] Met dit uitgangspunt in het achterhoofd zal ik twee erkende vormen bespreken van andere aantasting van de persoon die uit onrechtmatig procesgedrag zouden kunnen voortvloeien, geestelijk letsel en schending van het recht op privacy. Daarna ga ik in op de vraag of er hiernaast in het kader van het meer omvattende begrip 'schending van persoonlijkheidsrechten' ruimte te vinden is voor vergoeding van ten gevolge van onrechtmatig procesgedrag ontstaan 'ander nadeel'.

Ten eerste vormt geestelijk letsel een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW.[117] De aanwezigheid van zodanig geestelijk letsel wordt in de rechtspraak echter niet snel aangenomen. Het enkele zich gekwetst voelen of een meer of minder sterk psychisch onbehagen is op zichzelf onvol-

114 Lindenbergh 1998, p. 104-105; Verheij 2002, nr. 234.
115 Lindenbergh 1999, p. 1690-1691.
116 Lindenbergh 1998, p. 130-131; Lindenbergh 1999, p. 1693.
117 Zie bijv. HR 13 januari 1995 (*Ontvanger/Bos*), *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB.

doende.[118] In het algemeen kan geestelijk letsel slechts worden vastgesteld als er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.[119] Op zichzelf is goed denkbaar dat onrechtmatig procesgedrag, met name wanneer dat ligt in de treitersfeer, zodanig geestelijk letsel teweegbrengt.[120]

Ten tweede kan schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (privacy) een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW vormen.[121] In het kader van onrechtmatig procesgedrag kan worden gedacht aan het ten processe op tafel brengen van privacygevoelige gegevens zonder dat dit relevantie voor het geschil heeft. Schending van het recht op privacy kan samenlopen met het schaden van eer en goede naam.[122]

Rechten als dat op privacy en lichamelijke integriteit worden gezien als persoonlijkheidsrechten. Persoonlijkheidsrechten laten zich definiëren als betrekking hebbend op "(…) de waarde, de integriteit, de identiteit en de autonomie van de menselijke persoon (…)."[123] De vraag is of deze categorie nog anders dan op de reeds besproken gronden ruimte biedt voor vergoeding van ten gevolge van onrechtmatig procesgedrag ontstaan 'ander nadeel'.

319. De gedachte dat de categorie 'aantasting van de persoon' in art. 6:106 lid 1 sub b BW niet te ruim moet worden opgevat, brengt mee dat de in aanleg open categorie 'schending van persoonlijkheidsrechten' zekere beperkingen moet kennen.[124] Lindenbergh bepleit dat aard en ernst van het geschonden belang, aard en ernst van de gevolgen van schending, aard en wijze van schending en de beschikbaarheid van andere vormen van redres in onderlinge samenhang bepalend moeten zijn voor de beantwoording van de vraag of schending van een persoonlijkheidsrecht recht op smartengeld oplevert.[125]

Lindenbergh suggereert dat bepaalde processuele rechten als persoonlijkheidsrechten kunnen worden opgevat.[126] Een voorbeeld is het recht op een procedure binnen een redelijke termijn. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft meerdere malen vergoeding van immateriële schade voor schending van dit recht door de rechter toegekend.[127] Dit biedt steun aan de gedachte dat dit recht ook binnen de verhouding tussen partijen een zodanig belang vertegenwoordigt, dat bij schending vergoeding van immateriële schade op haar plaats kan zijn. Ook de ernst van de gevolgen van schending

118 Zie bijv. HR 13 januari 1995 (*Ontvanger/Bos*), *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB. Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 389 (EV I).
119 HR 22 februari 2002 (*Woudsend/V.*), *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV, in navolging van de literatuur genoemd bij Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 106, aant. 27.2.
120 Vgl. HR 9 mei 2003 (*Beliën/Prov. Noord-Brabant*), *RvdW* 2003, 92.
121 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380 (MvA II); Lindenbergh 1998, p. 109; Verheij 2002, nr. 237.
122 Vgl. Verheij 2002, nr. 222.
123 Lindenbergh 1999, p. 1669.
124 Lindenbergh 1998, p. 151-152.
125 Lindenbergh 1998, p. 156-157; Lindenbergh 1999, p. 1694-1696.
126 Lindenbergh 1999, p. 1674 en 1692. Evenzo impliciet Van Emmerik 1997, p. 324.
127 Van Emmerik 1997, p. 211-214.

van dit recht (eindeloos moeten procederen kan een leven behoorlijk ontwrichten), het mogelijk directe verband tussen het rekken van de procedure en de vermindering van het welzijn van gelaedeerde en de afwezigheid van andere redresmogelijkheden wijzen in deze richting.

Ook met betrekking tot andere processuele rechten, zoals het niet bestookt worden met kansloze procedures, kan een dergelijke redenering worden gevolgd. De voorwaarde voor de vergoeding van immateriële schade, namelijk dat deze schade komt vast te staan, wordt in de praktijk gemakkelijk (en vaak impliciet) genomen[128] en hoeft dus ook hier geen obstakel van betekenis te zijn.

Al met al is er de nodige ruimte om tot vergoeding van ten gevolge van onrechtmatig procesgedrag ontstaan 'ander nadeel' te komen. Het oogmerk dergelijk nadeel toe te brengen, aantasting van eer of goede naam, geestelijk letsel en schending van het recht op privacy vormen betrekkelijk uitgewerkte en daardoor werkbare aanknopingspunten. In hoeverre overige schendingen van persoonlijkheidsrechten als gevolg van onrechtmatig procesgedrag grond voor smartengeld kunnen geven, is moeilijk te zeggen. De opzet van het wettelijk stelsel maant tot terughoudendheid, maar enige ruimte lijkt er wel te zijn.

De rechter bepaalt de hoogte van smartengeld naar billijkheid (art. 6:106 lid 1 BW). Dit wil echter niet zeggen dat het uitgangspunt van volledige vergoeding niet telt.[129] Er wordt slechts mee tot uitdrukking gebracht dat de mogelijkheid een vermindering van welzijn in geld uit te drukken en met geld te compenseren naar haar aard beperkt en in zekere mate arbitrair is.

5.3.4.3 Schadevergoedingsverminderende factoren I: toerekening naar redelijkheid

320. Art. 6:98 BW geeft ruimte voor het betoog dat bepaalde schade in redelijkheid niet (geheel[130]) als gevolg van het onrechtmatige procesgedrag aan de laedens kan worden toegerekend. Te denken valt aan onwaarschijnlijke en/of in termen van causaliteit ver verwijderde gevolgen. Het feit dat het bij procesgedrag steeds gaat om gedrag dat heeft te gelden als gedrag van de partij zelf en dus steeds om aansprakelijkheid uit eigen onrechtmatige daad brengt mijns inziens mee dat een beroep van de laedens op art. 6:98 BW in dit verband niet spoedig kan worden gehonoreerd. Een betoog van de laedens dat gelaedeerde wel een uitzonderlijk dure advocaat heeft en dat daarom slechts redelijke advocatenkosten kunnen worden toegerekend, geef ik in het kader van art. 6:98 BW weinig kans. Meer in het algemeen zou ik verweren omtrent abnormaal hoge of onnodige proceskosten eerder willen plaatsen in het kader van 'eigen schuld', waarover § 5.3.4.5. De relevantie van art. 6:98 BW beperkt zich naar

128 Lindenbergh 1998, p. 223-225; Verheij 2002, nr. 357 sub 3.
129 Lindenbergh 1998, p. 60-61.
130 Asser/Hartkamp I 2000, nr. 437.

mijn mening tot de discussie over schade die verder in de causale keten ligt, zoals bijvoorbeeld het mislukken van een overname ten gevolge van waardedaling van een bedrijf ten gevolge van een onrechtmatige claim.

5.3.4.4 Schadevergoedingsverminderende factoren II: voordeelstoerekening

321. Art. 6:100 BW inzake de voordeelstoerekening bepaalt dat indien een bepaalde gebeurtenis naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening wordt gebracht, voorzover dit redelijk is.

Bloembergen[131] en Bolt[132] verdedigen dat het beter is voordeelstoerekening niet als onderdeel van de schadebegroting te beschouwen. Ook het systeem van de wet lijkt er vanuit te gaan dat eventuele voordeelstoerekening geschiedt na de schadebegroting. Ik volg deze beschouwingswijze.

Voordeel kan worden gezien als het spiegelbeeld van schade. Het kan worden omschreven als vermeerdering, waaronder begrepen het uitblijven van vermindering.[133] Ik beperk mij op deze plaats tot vermogensvermeerdering.[134] Wat voordeel in een concreet geval is, wordt bepaald door de vergelijking van de feitelijke situatie met de hypothetische situatie waarin normschending achterwege is gebleven. Hiermee is voordeel tevens een causaal begrip. Voor voordeelstoerekening is derhalve slechts plaats indien de normschending *condicio sine qua non* voor het voordeel is.[135]

Het belangrijkste en enige hier te behandelen vermogensvoordeel dat een proces kan opleveren – afgezien van een gunstige uitspraak met betrekking tot het voorwerp van geschil – is een proceskostenveroordeling ten laste van de wederpartij.

Gezien het vereiste *condicio sine qua non*-verband is voor voordeelstoerekening slechts ruimte indien en voorzover de proceskostenveroordeling ziet op proceskosten die veroorzaakt zijn door het onrechtmatig procesgedrag waar de verbintenis tot schadevergoeding op ziet. Degene die op toerekenbaar onrechtmatige wijze een vordering instelt, is schadeplichtig jegens gedaagde en zal als verliezer tevens tot de proceskosten worden veroordeeld. Het instellen van de vordering is *condicio sine qua non* voor de kostenveroordeling en deze kan dus in haar geheel als voordeel bij het bepalen van de schadevergoeding in rekening worden gebracht. Ook wanneer iemand een procedure eerst onrechtmatig vertraagt en vervolgens verliest, terwijl het ingenomen standpunt op zichzelf verdedigbaar was, zal hij schadeplichtig zijn en in de proceskosten

131 Bloembergen 1965, nr. 218.
132 Bolt 1989, p. 7-8 en 183-185.
133 Bloembergen 1965, nr. 218. In soortgelijke zin Bolt 1989, p. 5.
134 Vgl. Bloembergen 1965, nr. 218 nt. 5; Bolt 1989, p. 5; Lindenbergh 1998, p. 279-287 over de mogelijkheid van toerekening van 'vermeerdering van welzijn'.
135 Bloembergen 1965, nr. 223 sub b; Bolt 1989, p. 189; Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 100, aant. 4.1.

worden veroordeeld. In dit geval zijn echter niet alle proceskosten onrechtmatig veroorzaakt. Slechts voorzover het onrechtmatige vertragingsgedrag *condicio sine qua non* voor de in de kostenveroordeling begrepen proceskosten was, mag de kostenveroordeling als voordeel bij de bepaling van de schadevergoeding worden betrokken.

Voordeel wordt bij de bepaling van schadevergoeding slechts in aanmerking genomen "(…) voorzover dit redelijk is (…)" (art. 6:100 BW). Deze algemene beperking, die kan worden gezien als een analogie van art. 6:98 BW, biedt geen grond om een proceskostenveroordeling niet als voordeel toe te rekenen. Het gaat immers om een vergoeding van dezelfde kosten door dezelfde persoon. Niet-toerekening zou tot onredelijke en onwenselijke dubbele vergoeding leiden.

5.3.4.5 Schadevergoedingsverminderende factoren III: 'eigen schuld'

322. Art. 6:101 lid 1 BW bepaalt dat de vergoedingsplicht van de laedens naar evenredigheid wordt verminderd indien en voorzover de schade "(…) mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend (…)", dit tenzij de billijkheid een andere verdeling van de schade vergt.

Ter verkenning van de betekenis van art. 6:101 lid 1 BW voor de bepaling van schadevergoeding voor onrechtmatig procesgedrag neem ik als eerste voorbeeld de schade veroorzaakt door onrechtmatige vertraging door gedaagde. Stel dat vast komt te staan dat eiser vanwege de vertraging € 10.000 meer aan proceskosten heeft gemaakt dan in een normaal verlopende soortgelijke procedure, welke 'eigen schuld'-verweren van gedaagde laten zich dan denken?

Gedaagde kan betogen dat een deel van de vertraging is veroorzaakt door eiser, waardoor een evenredig deel van de extra proceskosten voor eigen rekening moet blijven. In essentie lijkt dit eerder een beroep op het ontbreken van *condicio sine qua non*-verband dan een 'eigen schuld'-verweer.

Voorts kan gedaagde betogen dat eiser ongewoon veel kosten heeft gemaakt ten gevolge van het vertragingsgedrag. Voorzover het maken van deze kosten aan een vrijwillige keuze van eiser kan worden toegerekend, is sprake van 'eigen schuld', meer in het bijzonder van schending van de schadebeperkingslast.[136]

Als tweede voorbeeld neem ik een onrechtmatig ingestelde vordering. De procedure heeft gedaagde € 30.000 gekost, terwijl € 15.000 de gebruikelijke kosten van een vergelijkbare procedure zijn. Op het ontbreken van causaal verband kan oorspronkelijk eiser zich dan (behoudens uitzonderlijke omstandigheden) niet beroepen, omdat een dergelijk beroep zal stranden op het

136 Van een rechtsplicht tot schadebeperking is geen sprake. Zie Bloembergen 1965, nr. 274. Zie over de begrippen plicht en last § 2.1.2

betoog dat de kosten niet zouden zijn gemaakt als de vordering niet zou zijn ingesteld. Wel kan eiser zich met betrekking tot onnodige of uitzonderlijk hoge kosten op 'eigen schuld' beroepen, nu in dit geval de schade zowel in causaal verband staat met het instellen van de vordering als met "(…) een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend (…)" (art. 6:101 lid 1 BW), namelijk het maken van onnodig hoge kosten. Ook hier gaat het om schending van de schadebeperkingslast.

Voor wat betreft de rol van 'eigen schuld'-verweren in het kader van aansprakelijkheid voor procesgedrag wil ik het bij deze voorbeelden laten. Opvallend is met name dat dit type verweer zich soms zowel in het kleed van de 'eigen schuld' als dat van het ontbreken van *condicio sine qua non*-verband voor een deel van de schade laat hullen.[137]

5.3.5 Instellen en afwikkeling

323. Van groot praktisch belang is de vraag hoe een vordering op grond van onrechtmatig procesgedrag zich laat afwikkelen. Degene die een vordering ter zake van onrechtmatig procesgedrag wil instellen, zal willen voorkomen dat hij zich van een nieuwe procedure moet bedienen. De daarmee gemoeide kosten en tijd zullen vaak niet opwegen tegen de kans op proceswinst. Ook de bewijsvoordelen bij afwikkeling binnen de procedure zelf zijn voor gelaedeerde groot. Binnen de procedure zelf zal het veelal zal gaan om processuele feiten, waarvan de rechter geen bewijs mag eisen,[138] terwijl er in een nieuwe procedure in beginsel 'gewoon' zal moeten worden bewezen. Daarom ligt het voor de hand dat de gelaedeerde zal zoeken naar mogelijkheden om zijn vordering geldend te maken binnen de procedure waarin het onrechtmatige procesgedrag zich heeft voorgedaan.

Het geldende burgerlijk procesrecht biedt deze mogelijkheden, zij het in enigszins beperkte mate. Eiser in de procedure waarin het onrechtmatige procesgedrag zich heeft voorgedaan kan zich bedienen van een eiswijziging (art. 130 Rv). Gedaagde heeft de mogelijkheid van een eis in reconventie (art. 136-138 Rv). Richt de vordering zich niet tegen de wederpartij (maar (ook) tegen diens procesvertegenwoordiger) of zijn bovengenoemde mogelijkheden niet (meer) beschikbaar, dan bestaat de mogelijkheid een afzonderlijke procedure te entameren, gecombineerd met een vordering tot verwijzing of voeging. Op deze mogelijkheden ga ik hieronder in.

---

137 Zie over dit fenomeen A-G Vranken in zijn conclusie sub 19-22 bij HR 31 december 1993 (*K./ABN AMRO*), *NJ* 1994, 275; Boonekamp (*Schadevergoeding*), art. 98, aant. 44.2 en art. 101, aant. 7.4.

138 Scheltema 1940, p. 27-30; M. Storme 1962, nr. 323; M. Storme 1986, nr. 42c; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 206; Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003, § 291, Rn. 5.

5.3.5.1 Wijziging van eis

324. De mogelijkheden van de eisende partij in een civiele procedure om haar eis te wijzigen of te vermeerderen zijn ruim te noemen. Ik verwijs naar het in § 4.4.3.3 en § 4.4.6.5 besprokene. Eiswijziging kan zowel in eerste aanleg als in hoger beroep geschieden (art. 353 lid 1 jo. 130 lid 1 Rv). Een wijziging van eis blijft (slechts) buiten beschouwing indien gedaagde een gegrond beroep doet op de eisen van een goede procesorde of de rechter ambtshalve strijd met deze eisen aanneemt (art. 130 lid 1 Rv). Een belangrijke factor bij de bepaling van wat de eisen van een goede procesorde in deze meebrengen, bleek in § 4.4.3.3 en § 4.4.6.5: de relatie tussen de nieuwe en de oorspronkelijke eis. Gezien de nauwe band tussen een vordering op grond van onrechtmatig procesgedrag en de lopende procedure is een strenge normstelling in deze niet geïndiceerd. Ook valt het belang van eiser deze claim binnen de lopende procedure af te handelen in beginsel zwaarder te waarderen dan het 'belang' van gedaagde bij een afzonderlijke procedure. Ten slotte pleiten efficiency-overwegingen voor het in ruime mate toelaten van eiswijziging ter zake van onrechtmatig procederen: de rechter voor wie het proces zich afspeelt, heeft uit de aard der zaak kennis van de relevante feiten. Indien de schadeomvang nog niet duidelijk is, kan een schadestaatprocedure uitkomst bieden.

5.3.5.2 Vordering in reconventie

325. Een vordering in reconventie is, zo zagen we in § 4.4.4.3, een zelfstandige pretentie van recht die meer is dan verweer tegen de vordering van eiser. Een dergelijke vordering kan naar Nederlands burgerlijk procesrecht slechts worden ingesteld bij antwoord in eerste aanleg (art. 137 en 353 lid 1 Rv). Deze beperkte mogelijkheid steekt bepaald mager af tegen de mogelijkheden tot wijziging van eis. Met deze merkwaardige incongruentie loopt het Nederlandse burgerlijk procesrecht uit de pas met het recht van Frankrijk, België en Duitsland, zo constateerde ik reeds in § 4.4.4.3. Genoemde stelsels laten de reconventionele vordering in ruim(er)e mate toe, ook in hoger beroep. Zij brengen daarmee de mogelijkheid van eiswijziging en reconventie min of meer op een lijn en erkennen aldus dat beide vorderingen als mogelijkheden de grenzen van het geschil te verruimen elkaars spiegelbeeld zijn. In § 4.4.4.3 heb ik bepleit om de reconventionele vordering ook in Nederland in ruimere mate toe te laten dan thans het geval is.

De beperkte mogelijkheden voor een reconventionele vordering in het geldende Nederlandse recht betekenen dat gedaagde slechts bij antwoord in eerste aanleg een vordering op grond van onrechtmatig procesgedrag binnen dezelfde procedure kan instellen. Voorzover het onrechtmatig procesgedrag bestaat uit onrechtmatig ageren, is dit geen probleem, nu dit gedrag zich uit

de aard der zaak afspeelt vóór antwoord en de vermoede onrechtmatigheid ervan derhalve bij antwoord al reden kan geven voor een tegenvordering.[139]

Anders ligt het bij onrechtmatig procesgedrag dat zich in een latere fase van de procedure afspeelt of wanneer de onrechtmatigheid van de vordering van eiser pas na antwoord in beeld komt. Op dat moment is reconventie niet meer mogelijk en moet gedaagde zich in beginsel behelpen met het entameren van een afzonderlijke procedure.

326. Is er een sluipweg om de beperkingen van de reconventionele vordering te omzeilen? Betoogd zou kunnen worden dat een vordering tot schadevergoeding ter zake van onrechtmatig procesgedrag niet zozeer als zelfstandige pretentie van recht moet worden gezien als wel als een sequeel van de oorspronkelijke procedure dat hiermee onafscheidelijk is verbonden. Daarom zou deze vordering, zo valt te betogen, in dezelfde mate moeten kunnen worden ingesteld als de vordering op grond van onverschuldigde betaling van oorspronkelijk gedaagde als appellant of opposant ten aanzien van de voldoening aan een uitspraak in eerste aanleg. Laatstgenoemde vordering geldt als "(…) niet (…) eene van den eisch tot vernietiging zelfstandige vordering (…)."[140] Of de analogie tussen laatstgenoemde vordering op grond van onverschuldigde betaling en de vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatig procesgedrag sterk genoeg is om ook bij laatstgenoemde vordering de beperkingen van de reconventie niet van toepassing te achten, moet echter worden betwijfeld.[141]

In een kleine groep gevallen kan de door onrechtmatig procesgedrag gelaedeerde zich bedienen van een beroep op verrekening. Dit geldt wanneer een door eiser ingestelde geldvordering toewijsbaar is, maar hij in het geding toerekenbaar onrechtmatig schade heeft toegebracht aan gedaagde, waardoor een verbintenis tot schadevergoeding is ontstaan. In een dergelijk geval staat, uitzonderingen daargelaten,[142] een beroep van gedaagde op verrekening open tot het beloop van de vordering die voorwerp van geding vormt. Dit verweer kan in beginsel op elk moment in de procedure worden ingeroepen, ook in hoger beroep, tenzij dit zo laat geschiedt dat het in strijd is met de eisen van de goede procesorde. Deze mogelijkheid strekt voor deze kleine groep gevallen in temporeel opzicht verder dan de mogelijkheid van een reconventionele vordering, die ten laatste bij antwoord kan worden ingesteld. Art. 6:136 BW, dat stelt dat een verrekeningsverweer kan worden gepasseerd wanneer de gegrondheid van het verrekeningsverweer niet eenvoudig is vast te stellen, hoeft in het onderhavige soort gevallen in principe niet voor veel problemen

139 Vgl. Blei Weissmann 1979, p. 83.

140 HR 20 maart 1913 (*Verbeek/Salida*), *NJ* 1913, p. 636.

141 Vgl. met betrekking tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige executie Snijders & Wendels 2003, nr. 136.

142 Zie bijv. art. 6:135 BW.

te zorgen voorzover het gaat om het bestaan van de vordering van verweerder. De hiervoor bepalende feiten hebben zich immers onder de ogen van de rechter afgespeeld. Wel problematisch kan art. 6:136 BW voor verweerder zijn als het gaat om de omvang van zijn vordering. Er is geen probleem als deze ontegenzeggelijk groter is dan die van eiser: in dat geval is verrekening zonder meer toelaatbaar.[143] In andere gevallen kan de rechter het beroep op verrekening passeren. Bij vorderingen ter zake van onrechtmatig procesgedrag ligt het gezien de aard van de vordering niet voor de hand dat de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt. De vraag naar de gegrondheid van de vordering zal de rechter immers doorgaans duidelijk moeten zijn, aangezien de relevante feiten zich onder zijn ogen hebben afgespeeld. Slechts de omvang is nog kwestieus. Het zou weinig efficiënt zijn deze vordering voorwerp te maken van een nieuwe procedure.[144]

5.3.5.3 Verwijzing of voeging van een afzonderlijke zaak tegen dezelfde wederpartij

327. Indien er geen ruimte (meer) is voor een eiswijziging of een reconventionele vordering, moet degene die een vordering op grond van onrechtmatig procederen tegen dezelfde wederpartij wil instellen zich behelpen met het entameren van een afzonderlijke procedure. Geschiedt dit bij dezelfde rechter, dan kan eiser bij dagvaarding of incidentele conclusie vóór antwoord voeging met de oorspronkelijke zaak vorderen (art. 222 lid 1 jo. 220 lid 2 Rv). Van de door art. 222 lid 1 Rv vereiste verknochtheid (connexiteit) van de twee zaken zal bij vorderingen op grond van onrechtmatig procederen dikwijls sprake zijn. Van verknochtheid kan worden gesproken indien gezamenlijke behandeling van de zaken doelmatig is.[145] Dat zal in dit soort gevallen vrijwel altijd zo zijn. Het oordeel in de tweede zaak is immers afhankelijk van hetgeen zich bij de behandeling van de eerste zaak heeft afgespeeld. Bovendien is de rechter in de oorspronkelijke zaak uit de aard der zaak op de hoogte van het procesgedrag waarop de nieuwe vordering betrekking heeft, hetgeen bewijsvoering gemakkelijker of deels zelfs overbodig maakt en waardoor hij de beslissingen op elkaar kan afstemmen.

Wanneer de vordering op grond van onrechtmatig procesgedrag wordt ingesteld bij een andere rechter dan die de oorspronkelijke zaak behandelt, dan kan eiser bij dagvaarding of incidentele conclusie vóór antwoord verwijzing vorderen naar de rechter die de oorspronkelijke zaak behandelt (art. 220 Rv). Van de ook hier vereiste verknochtheid (art. 220 lid 1 Rv) van de twee zaken zal bij vorderingen op grond van onrechtmatig procederen om de hiervoor genoemde redenen doorgaans sprake zijn.

---

143 HR 12 juni 1931 (*Engelberts/Jurriaanse*), *NJ* 1931, p. 1345 m.nt. EMM; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 490 (TM).

144 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 510 (MvA II).

145 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 102.

Heemskerk neemt aan dat na verwijzing van een verknochte zaak niet nog afzonderlijk voeging hoeft te worden gevorderd. Zijns inziens impliceert verwijzing voeging.[146]

Voeging heeft tot gevolg dat beide zaken gelijktijdig worden behandeld en dat telkens met één processtuk kan worden volstaan.[147] Toch blijven het twee zelfstandige zaken,[148] wat onder meer betekent dat er afzonderlijk rechtsmiddelen tegen de verschillende beslissingen moeten worden gericht.[149]

5.3.5.4 Instellen en afwikkeling van een eis tegen een andere wederpartij

328. Ook wanneer een nieuwe vordering op grond van onrechtmatig procesgedrag zich niet (slechts) tot de wederpartij richt maar (tevens) tot een derde, met name de procesvertegenwoordiger, kan verwijzing of voeging op grond van verknochtheid worden gevorderd. Hiervoor is immers geen identiteit van partijen vereist,[150] terwijl van verknochtheid op de in de vorige paragraaf besproken gronden in dit soort gevallen steeds sprake zal zijn. Het resultaat zal zijn dat de zaken gelijktijdig kunnen worden behandeld, maar hun zelfstandigheid niet verliezen. De verschillende betrokkenen worden geen partij in elkaars zaak.[151]

De vraag rijst of er geen eenvoudiger wijze is een derde, meer in het bijzonder de procesvertegenwoordiger, aan te spreken. Kan hij wellicht bij de oorspronkelijke procedure worden betrokken? De wet biedt op het eerste gezicht slechts beperkte mogelijkheden tot het rechtstreeks gedwongen betrekken van een derde bij een lopende procedure.[152] Art. 118 Rv, bedoeld als oproepingsvoorschrift voor de specifieke gevallen waarin oproeping van derden is voorgeschreven,[153] lijkt echter als opening te worden gebruikt om derden in gevallen waarin dat geraden voorkomt gedwongen in een lopende procedure te betrekken.[154] In de oudere literatuur wordt ook los van art.

146 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 101. Anders Star Busmann/Rutten 1972, nr. 320.
147 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 184.
148 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 321; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 102; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 184; Wesseling-van Gent (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 158, aant. 7 en art. 159, aant. 5.
149 HR 22 juli 1948 (*A.W.R./J.H.N.*), *NJ* 1948, 618; HR 21 november 1997 (*De Eendracht/Häse*), *NJ* 1999, 146.
150 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 386 (MvT AW); Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 645; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 319; Wesseling-van Gent (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 159, aant. 5.
151 HR 21 mei 1999 (*Rinsma/Van Bakel en APR*), *NJ* 2000, 291 m.nt. JBMV.
152 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 58.
153 *Parl. Gesch. Wijz. Rv*, p. 18-19 (MvT Inv; MvA I Inv).
154 Vranken 2000, nr. 4; De Folter 2001, p. 16-17 en 30; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 182; Haardt (*Burgelijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 285-288, aant. 3.

118 Rv wel betoogd dat een gedwongen deelname van derden als gedaagde naar geldend recht mogelijk is.[155]

Tegen de mogelijkheid een derde onvrijwillig als gedaagde in een lopende procedure te betrekken – hetzij door oorspronkelijk eiser, hetzij door oorspronkelijk gedaagde op grond van een door haar ingestelde eis – zie ik geen principieel bezwaar. Dat er geen expliciete wettelijke grondslag is, hoeft mijns inziens niet aan het aannemen van deze mogelijkheid in de weg te staan. Subjectieve cumulatie meteen bij aanvang van het geding is zonder meer toegelaten en het zonder meer afwijzen van subjectieve cumulatie na aanvang van het geding lijkt mij hiermee moeilijk in overeenstemming te brengen.

329. Binnen het onderhavige kader zal het meestal gaan om aansprakelijkstelling van de rechtshulpverlener van de wederpartij. De argumenten die voor de mogelijkheid van onvrijwillige deelname pleiten zijn deels dezelfde als die steun bieden aan het aannemen van connexiteit bij voeging en tussenkomst. Het oordeel in de zaak tegen de derde is afhankelijk van hetgeen zich bij de behandeling van de eerste zaak afspeelt. De rechter in de oorspronkelijke zaak is uit de aard der zaak op de hoogte van het procesgedrag waarop de nieuwe vordering betrekking heeft, hetgeen bewijsvoering gemakkelijker of zelfs overbodig maakt en waardoor hij de beslissingen op elkaar kan afstemmen. De gedwongene komt in beginsel niet in een nadeliger positie dan wanneer er een afzonderlijke procedure tegen haar wordt begonnen – het feit dat de procedure sneller verloopt mag niet als zodanig gelden. Gezamenlijke afwikkeling van de twee procedures zal ook voor alle partijen goedkoper zijn en de rechter minder werk opleveren. De enige complicatie is dat wanneer de procesvertegenwoordiger zelf partij wordt in de procedure waarin hij als vertegenwoordiger optreedt, verwarring dreigt over de hoedanigheid waarin hij optreedt. Daarom ligt het in dat geval voor de hand dat hij als procesvertegenwoordiger wordt vervangen. Wisseling van procesvertegenwoordigers is aan de orde van de dag en heeft procedureel weinig om het lijf. Wel brengt een dergelijke wisseling van de wacht waarschijnlijk enige extra kosten met zich mee, al is het maar omdat de nieuwe procesvertegenwoordiger zich in de procedure moet inwerken. Deze extra kosten zullen echter doorgaans niet opwegen tegen de door alle betrokkenen te maken kosten bij een nieuwe procedure. Gedwongen tussenkomst is hier, samengevat, in alle opzichten doelmatig.[156]

Op grond van het bovenstaande zou ik willen aannemen dat het in beginsel mogelijk is een derde die in een procedure onrechtmatig procesgedrag vertoont

155 K. Wiersma 1952, p. 403-411 en 415, bijgevallen door Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 746 en Star Busmann/Rutten 1972, nr. 340; vgl. reeds Van Boneval Faure V 1900, p. 410-411.

156 Vgl. de argumenten en het positieve oordeel van K. Wiersma 1952; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 746; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 340; De Folter 2001, p. 30 en 205; Haardt (*Burgelijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 285-288, aant. 3.

gedwongen in deze procedure te betrekken. Wel moeten er temporele grenzen worden gesteld aan deze mogelijkheid. Het betrekken van een derde in een lopende procedure kan op grond van strijd met de goede procesorde tardief zijn. Gezichtspunten hierbij zijn de mogelijkheden van verdediging die de derde in het kader van de lopende procedure nog kunnen worden geboden, de wederzijdse afstemmingsmogelijkheden tussen de gedaagden en in hoeverre eiser het van hem vergbare tempo bij het dagvaarden van de derde heeft betracht. Gedwongen tussenkomst eerst in hoger beroep lijkt mij in het licht van het bovenstaande onaanvaardbaar.

5.4 Het onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen

5.4.1 Inleiding

330. Proceshandelingen van partijen zijn rechtshandelingen.[157] Proceshandelingen zijn immers handelingen gericht op rechtsgevolg. Het ontkennen van stellingen is gericht op het rechtsgevolg dat deze niet vast komen te staan, het leveren van bewijs op het vast komen te staan van feiten, het opwerpen van een bevoegdheidsincident op onbevoegdverklaring door de rechter.

Het inzicht dat een proces in feite een sequentie van tegenover elkaar gestelde rechtshandelingen van partijen – en de rechter – is, opent het blikveld naar het in de praktijk belangrijkste rechtsgevolg dat in het procesrecht aan normschending kan worden toegekend: het onthouden van rechtsgevolg aan een processuele rechtshandeling.

Dit niet toekennen van rechtsgevolg krijgt technisch op verschillende wijzen vorm. Bekend zijn de nietigheid van de dagvaarding en de niet-ontvankelijkheid als rechtsgevolg van normschending bij het instellen van een vordering. Minder bekend is hoe de rechtsgevolgen van een handelen in strijd met de eisen van een goede procesorde moeten worden geduid. Evenmin duidelijk is hoe het zit met de rechtsgevolgen van onrechtmatig procesgedrag als rechtshandeling. In deze paragraaf zal ik proberen het beeld op het terrein van het onthouden van rechtsgevolgen aan proceshandelingen enigszins op te klaren.

5.4.2 Nietigheid van procesrechtshandelingen

331. De vaststelling dat proceshandelingen rechtshandelingen zijn, roept de vraag op naar de mogelijkheid van nietigheid van proceshandelingen.

Volgens Heemskerk betekent nietigheid van een proceshandeling "(…) dat die handeling het beoogde rechtsgevolg mist, omdat die handeling een

157 Heemskerk 1971, p. 307-308; Heemskerk 1974, p. 24; Rutgers 1980, p. 188. Vgl. Wessels 1991, p. 346-347; H.J. Snijders 1992a, p. 32.

gebrek vertoont."[158] Deze definitie komt overeen met de definitie die Hartkamp geeft voor nietigheid van vermogensrechtelijke rechtshandelingen.[159]

Twee begrippen eisen hier de aandacht op: 'het missen van het beoogde rechtsgevolg' en 'gebrek'. Ik begin met het eerste.

Mist een processuele rechtshandeling die een gebrek vertoont, steeds het met de handeling beoogde rechtsgevolg? Geenszins. In feite gaat het veelal niet om nietigheden maar om vernietigbaarheden.[160] Verder beperken art. 66 lid 1 en 122 lid 1 Rv het beroep op nietigheid bij exploten in het algemeen en dagvaardingen in het bijzonder tot de gevallen waarin de wederpartij door het gebrek onredelijk is benadeeld. Hiermee wordt het wegens normschending ontzeggen van rechtsgevolg aan proceshandelingen beperkt tot situaties waarin de wederpartij nadeel heeft van de normschending. Anders gezegd: zonder redelijk belang komt de wederpartij geen beroep op nietigheid toe. In deze bepalingen kan een toepassing van het leerstuk misbruik van bevoegdheid worden gezien, analoog aan de mogelijkheid dat een beroep op een vermogensrechtelijke nietigheidsgrond naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[161]

Wanneer is er sprake van een gebrek dat tot nietigheid leidt? Het gaat hier om de vraag naar nietigheidsgronden. Hieromtrent bepaalt art. 65 Rv:

> "Een exploot of akte van rechtspleging kan slechts nietig worden verklaard, indien dit exploot of deze akte lijdt aan een gebrek dat uitdrukkelijk met nietigheid wordt bedreigd of indien de nietigheid voortvloeit uit de aard van het gebrek."

Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt met 'akten van rechtspleging' verwezen naar "(…) andere proceshandelingen (…)."[162] Hieruit kan worden geconcludeerd dat de bepaling geldt voor alle proceshandelingen.[163]

Twee nietigheidsgronden voor processuele rechtshandelingen dus: uitdrukkelijke bedreiging met nietigheid en nietigheid die voortvloeit uit de aard van het gebrek. Uitdrukkelijk met nietigheid bedreigde gebreken bestaan binnen het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met name voor exploten (art. 45-64 Rv) en dagvaardingen (art. 111-119 Rv). Er bestaan hier overigens ruime herstelmogelijkheden (art. 66 lid 2, art. 120 leden 2 en 3 en art. 123 lid 1 Rv).

Nietigheden die voortvloeien uit de aard van het gebrek (substantiële nietigheden) worden als zodanig zelden aangenomen.[164] Over de reikwijdte van deze nietigheidsgrond bestaat onduidelijkheid. Asser meent dat het er

---

158 Heemskerk 1971, p. 309.
159 Asser/Hartkamp II 2001, nr. 456. Vgl. Hijma 1988, p. 110.
160 Heemskerk 1971, p. 337; Asser 2000, p. 9.
161 Zie bijv. Asser/Hartkamp II 2001, nr. 317 en 489; Van Dam 2001, nr. 144.
162 *Parl. Gesch. Herz. Rv.*, p. 215-216 (MvT).
163 Zie bijv. reeds Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 481; Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 90, aant. 2.
164 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 138.

om gaat of "(…) het defect in of het ontbreken van een proceshandeling voor het voortbestaan en het verder verloop van de procedure (…) van wezenlijke betekenis is (…)."[165] In deze opvatting zal er inderdaad niet snel sprake zijn van een substantiële nietigheid.

Heemskerk laat zien dat ook buiten het nietigheidsleerstuk rechtsgevolg aan processuele handelingen wordt onthouden. Hij noemt de onbevoegdheid van de rechter en de niet-ontvankelijkheid van eiser. Op grond van het feit dat ook hier het beoogde rechtsgevolg aan de handeling wordt onthouden, maakt Heemskerk de volgende constatering: "Een principieel verschil met nietigheid kan ik niet zien."[166] Met deze constatering in het achterhoofd ga ik over op de behandeling van andere figuren dan nietigheid waarbij rechtsgevolg aan proceshandelingen wordt onthouden.

5.4.3 Niet-ontvankelijkheid

332. Niet-ontvankelijkverklaring is een van de beslissingen waarmee een instantie kan eindigen. Zij wordt doorgaans gesteld tegenover de ontzegging van de eis. Heemskerk duidt het onderscheid aldus: "Voor niet-ontvankelijkverklaring is aanleiding, als de vordering niet kan slagen om een reden, die buiten de zaak zelf is gelegen (…)."[167] Dit impliceert dat wanneer een vordering niet kan slagen om een reden die de zaak zelf betreft, ontzegging van de eis moet volgen. Ik sluit mij in deze bij Heemskerk aan.

In de praktijk komt het onderscheid tussen niet-ontvankelijkheid en ontzegging van de eis vaak niet uit de verf doordat beide worden samengevat onder de noemer 'afwijzing van de eis'.[168] Op deze plaats past het niet om diep in te gaan op de al lange tijd omstreden afgrenzing van de twee termen.[169] Waar het mij om gaat, zijn de rechtsgevolgen van niet-ontvankelijkheid, die in feite ook bepalen wat niet-ontvankelijkheid is. Om toch enig idee te geven van het bereik van het begrip zal ik eerst enkele voorbeelden geven van gevallen waarin niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken.

Een belangrijke categorie gevallen vormt het na de termijn instellen van een rechtsmiddel. Aan de zaak zelf wordt dan niet toegekomen omdat de termijn waarbinnen het rechtsmiddel had moeten worden ingesteld, is verstreken.[170] Een verwante groep vormen de zaken waarin het verkeerde rechtsmiddel is ingesteld, waarbij eveneens met voorbijgaan aan de zaak zelf tot

165 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Boek I, titel 1, afd. 7, aant. 3.
166 Heemskerk 1971, p. 312.
167 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 118. Instemmend Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 160.
168 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 160.
169 Zie hierover bijv. Meijers 1918, p. 151-155; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 326-328.
170 Zij bijv. Asser 2000, p. 10; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 243.

niet-ontvankelijkheid wordt gekomen.[171] Ook tot niet-ontvankelijkheid leidt het ontbreken van middelen waarop het rechtsmiddel is gegrond in de memorie van grieven en de cassatiedagvaarding.[172] Ten slotte noem ik de tardieve vordering in reconventie.[173]

Gebrek aan belang in de zin van art. 3:303 BW leidt eveneens tot niet-ontvankelijkheid.[174] In het licht van de bovengenoemde definitie van ontvankelijkheid lijkt dit juist: niet aan de hand van wat omtrent de zaak is komen vast te staan, maar aan de hand van de stellingen van eiser moet worden beoordeeld of er voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW. Zo bezien faalt de vordering inderdaad om een reden die buiten de zaak zelf is gelegen: op haar feitelijke merites hoeft niet te worden ingegaan (zie § 3.3.1.6).

In de literatuur wordt nogal eens geoordeeld dat niet-ontvankelijkheid een van de rechtsgevolgen van misbruik van procesrecht is.[175] Ook met betrekking tot het initiëren van een geding lijkt mij dit te algemeen gesteld. Uit de hier gebruikte definitie laat zich afleiden dat voor niet-ontvankelijkheid slechts plaats is als het geding wordt beëindigd zonder dat op de zaak zelf is ingegaan. Dat is bij misbruik van processuele bevoegdheid soms, maar niet steeds het geval. Zoals zojuist aangegeven, kan het geding worden beëindigd dat zonder op de zaak zelf wordt ingegaan indien het gaat om toepassing van art. 3:303 BW, waarvan eerder (zie § 3.3.1.6) werd vastgesteld dat het een specialis van art. 3:13 BW is. Dit is het geval indien het gaat om een onrechtmatige vordering waarbij het ingeroepen rechtsgevolg niet wordt gedragen door de gestelde feiten. In dit geval hoeft niet op de zaak zelf te worden ingegaan: uit eisers stellingen volgt reeds dat de vordering moet worden afgewezen. Het geding kan echter niet worden beëindigd zonder dat op de zaak zelf wordt ingegaan indien de gestelde feiten het ingeroepen rechtsgevolg kunnen dragen, maar eiser van deze feiten niet mocht menen dat ze juist zijn. Dit laatste kan immers eerst blijken wanneer het debat over de feiten is losgebarsten. Het eindoordeel van de rechter zal in dit soort gevallen ontzegging van de eis zijn, terwijl tevens sprake is van misbruik van bevoegdheid.

333. Ik kom terug op de vraag wat niet-ontvankelijkheid eigenlijk is. Nemen we aan dat de dagvaarding als rechtshandeling is gericht op het initiëren van een geding over een bepaalde zaak tegen een bepaalde gedaagde, dan kan worden gezegd dat bij niet-ontvankelijkheid dit rechtsgevolg niet intreedt,

---

171 Zie bijv. HR 24 mei 1996 (*Zonweg/Staat*), *NJ* 1996, 538.

172 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 261 en 279.

173 Heemskerk 1972, nr. 77.

174 Jongbloed (*Vermogensrecht*), art. 303, aant. 6. Zie bijv. HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten en Mbarka/VCWO*), *NJ* 1998, 853.

175 Meijers 1937, p. 80; Gerbrandy 1959, p. 384; A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 26 juni 1959 (*X./IJ.*), *NJ* 1961, 553 m.nt. DJV; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7; Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Boek I, titel 1, aant. 3; Van Nispen (*Onrechtmatige daad II-B*) (oud), aant. 198. Vgl. Scheltema 1935, p. 330; Haardt 1958, p. 14.

daar aan het geding over de zaak niet wordt toegekomen. Aldus bezien houdt niet-ontvankelijkheid in dat aan de dagvaarding rechtsgevolg wordt onthouden. Zo oordeelt ook Asser over niet-ontvankelijkheid: "Daar waar de proceshandeling op zichzelf geldig is – aan alle formaliteiten is voldaan – kan haar nochtans het beoogde rechtsgevolg worden ontzegd."[176]

Confronteer ik de conclusie dat bij niet-ontvankelijkheid rechtsgevolg aan de dagvaarding wordt onthouden met de in § 5.4.2 geciteerde stelling van Heemskerk dat er geen principieel verschil met nietigheid is, dan kan ik deze stelling slechts beamen. Verschillen in de aard van de gebreken die naar de heersende opvatting tot nietigheid dan wel tot niet-ontvankelijkheid leiden, maken de tweedeling niet noodzakelijk, daar de rechtsgevolgen in principe overeenkomen. "In wezen, (…)" zo vervolgt Heemskerk terecht, "(…) maakt het geen verschil of een gebrek van een proceshandeling leidt tot nietigverklaring (…) of tot niet-ontvankelijkverklaring."[177] Dat dit ook in de praktijk wordt erkend, wordt goed geïllustreerd door het arrest *Van Vliet/Vlicon*,[178] waarin nietigheid van de dagvaarding en niet-ontvankelijkheid van de eis als rechtsgevolg van niet-concludente stellingen worden gepresenteerd als volwaardige alternatieven (zie § 4.4.3.2).

5.4.4 Verval van recht

334. De term 'verval' wordt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gebruikt bij de aanduiding van aan bepaalde proceshandelingen te stellen eisen. De vraag is wat 'verval' inhoudt.

Enkele belangrijke voorbeelden van gebruik van het begrip 'verval' in de wet: art. 11 en 110 lid 1 Rv (exceptie van onbevoegdheid voor alle weren op straffe van verval); art. 125 lid 2 Rv (verval aanhangigheid bij gebreke van tijdige inschrijving ter rolle); art. 128 lid 3 Rv (verval recht op niet bij antwoord aangevoerde excepties en op (nader) principaal verweer bij gebreke daarvan bij antwoord); art. 133 lid 4 Rv (recht op proceshandeling vervalt door verloop termijn); art. 339 lid 3 en 410 lid 1 Rv (incidenteel rechtsmiddel op straffe van verval bij antwoord).

De gemeenschappelijke noemer waaronder deze gevallen kunnen worden gebracht is tijdsverloop. Na een bepaald moment kan een bepaalde processuele handeling niet meer geldig worden verricht. Op de partij rust dus een last de handeling tijdig te verrichten.

Zodra het verval is ingetreden kan de betreffende proceshandeling niet meer geldig worden verricht. Een proceshandeling na verval levert door het

176 Asser 2000, p. 10.
177 Heemskerk 1971, p. 312.
178 HR 24 mei 1957 (*Van Vliet/Vlicon*), *NJ* 1959, 10 m.nt. DJV. Zie ook Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 208.

verval niet het beoogde rechtsgevolg op.[179] Ook hier ziet Heemskerk geen principieel verschil met nietigheid[180] en ook hierin zou ik hem willen volgen.

5.4.5 Onbenoemde gevallen van het onthouden van rechtsgevolgen

335. De hierboven besproken voorbeelden van nietigheid, niet-ontvankelijkheid en verval zijn niet de enige gevallen waarin aan processuele rechtshandelingen geen rechtsgevolg toekomt. Ik noem drie voorbeelden.

Een onvoldoende gemotiveerde betwisting van stellingen mist het rechtsgevolg dat de stellingen door de wederpartij zullen moeten worden bewezen (art. 128 lid 2 jo. 149 lid 1 Rv).

Wanneer de rechter een eiswijziging (art. 130 lid 1 Rv) afwijst wegens strijd met de eisen van een goede procesorde, heeft de rechtshandeling die de eiswijziging beoogde geen rechtsgevolg: het voorwerp van geschil wordt niet in beoogde zin gewijzigd.

Ook een in het licht van de eisen van een goede procesorde tardieve grief mist het beoogde rechtsgevolg: het tegen de uitspraak a quo bestaande bezwaar wordt niet in het processuele debat betrokken.

5.4.6 Tussenbalans

336. Het (in zekere mate) onthouden van rechtsgevolg aan een processuele rechtshandeling is een rechtsgevolg van het niet inachtnemen van voor een dergelijke rechtshandeling geldende voorwaarden. Het niet inachtnemen van deze voorwaarden vormt een normschending, zonder dat dit op zichzelf een onrechtmatige daad is. Het gaat hier om normen die een last inhouden. Het rechtsgevolg van het niet inachtnemen van de last bij het verrichten van een processuele rechtshandeling is dat de rechtsgevolgen (deels) niet intreden. Technisch krijgt deze sanctie op verschillende manieren vorm: via begrippen als nietigheid, niet-ontvankelijkheid en verval of zonder dat daaraan expliciet een term wordt gekoppeld.

Heemskerk, denkend vanuit het nietigheidsleerstuk, ziet tussen deze verschillende vormen van het onthouden van rechtsgevolg aan processuele handelingen geen principieel verschil.[181] Nu de verschillende vormen de revue zijn gepasseerd, kan de opvatting van Heemkerk in breder perspectief worden geplaatst. De vraag rijst, of de verschillende vormgevingen van het onthouden van rechtsgevolg onder de noemer van de nietigheid zijn te brengen.

---

179 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 27.
180 Heemskerk 1971, p. 310-312.
181 Heemskerk 1971, p. 310-312.

Wat is nietigheid? Meijers duidt het algemene rechtsbegrip 'nietigheid' als volgt: "Al naarmate een rechtshandeling de beoogde rechtsgevolgen heeft of niet heeft, beschouwt men haar als geldig of nietig."[182] Nietigheid is, kortom, het niet hebben van rechtsgevolg.[183] Onder dit algemene nietigheidsbegrip laten de hierboven besproken vormen van het onthouden van rechtsgevolg zich moeiteloos plaatsen. Maar hoeveel terminologische ruimte laat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering?

337. In de terminologie van art. 65 Rv is voor nietigheid van een processuele rechtshandeling ruimte indien er sprake is van "(…) een gebrek dat uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of indien de nietigheid voortvloeit uit de aard van het gebrek." Dit laatste wordt substantiële nietigheid genoemd.[184] Kunnen de besproken gevallen van het onthouden van rechtsgevolg onder deze algemene beschrijving van de processuele nietigheidsgronden worden gebracht? Dit vraagt om toetsing. Deze ik zal uitvoeren in het licht van de uitgangspunten dat niet vereist is dat de wet de term nietigheid gebruikt[185] en dat 'gebrek' een open begrip is, dat niet principieel beperkt is tot 'formaliteiten'.[186]

Eerst onderzoek ik de niet-ontvankelijkheid aan de hand van twee voorbeelden. Art. 339 lid 1 Rv stelt over het instellen van hoger beroep: "De termijn van beroep is drie maanden (…)." Een na afloop van deze termijn ingesteld beroep is in de gebruikelijke terminologie niet-ontvankelijk. Het verschil in rechtsgevolg tussen een tijdig en een te laat ingesteld hoger beroep is dat tijdige instelling aanhangigheid meebrengt, en ontijdige niet. De instellingshandeling heeft dus het daarmee beoogde rechtsgevolg – aanhangigheid – wel of niet al naar gelang zij tijdig is verricht. Aan een te late instellingshandeling wordt rechtsgevolg onthouden en zij kan daarom naar mijn mening nietig genoemd worden. Deze nietigheid kan in het systeem van art. 65 Rv worden ingebed door aan te nemen dat zij volgt uit de aard van het gebrek: het is onaanvaardbaar dat een na de termijn ingesteld hoger beroep toch tot het rechtsgevolg 'aanhangigheid' voert.

Iets soortgelijks geldt voor art. 3:303 BW, luidende: "Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe." Het instellen van een rechtsvordering zonder voldoende belang leidt in de gebruikelijke terminologie tot niet-ontvankelijkheid. Evenzeer kan echter worden gezegd dat het gebruikelijke rechtsgevolg van de instellingshandeling – het inhoudelijk ingaan op de vordering – niet intreedt door het gebrek aan belang. Ook dit onthouden van rechtsgevolg kan mijns inziens zonder bezwaar nietigheid worden genoemd.

182 Meijers 1948, p. 227.
183 Zie bijv. ook Eggens 1939, p. 325.
184 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 61.
185 Heemskerk 1971, p. 310-311.
186 Heemskerk 1971, p. 313-315.

Ook deze nietigheid kan in het systeem van art. 65 Rv worden ingebed door aan te nemen dat zij volgt uit de aard van het gebrek: het is onaanvaardbaar dat een rechtsvordering zonder belang leidt tot het rechtsgevolg 'inhoudelijke behandeling van de zaak'.

Ook bij verval slaagt deze exercitie. Het aanvoeren van een exceptie van onbevoegdheid mist rechtsgevolg indien dit niet geschiedt voor alle weren (art. 11 en 110 lid 1 Rv). Beide artikelen spreken van "(…) op straffe van verval (…)." Het lijkt niet gewaagd hierin een uitdrukkelijke bedreiging met nietigheid te zien. Hetzelfde geldt voor art. 133 lid 4 Rv, dat bepaalt dat het recht om een proceshandeling te verrichten vervalt na ommekomst van de daartoe gestelde termijn.

De onbenoemde gevallen van het ontbreken van rechtsgevolg laten zich als 'substantiële nietigheid' beschouwen. Wanneer eenmaal vaststaat dat een betwisting onvoldoende gemotiveerd is of een eiswijziging in strijd is met de eisen van een goede procesorde, volgt dat de betwisting niet voorkomt dat de door de wederpartij gestelde feiten (zo deze niet leiden tot rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan) komen vast te staan of dat de eis ongewijzigd blijft. De wet laat geen andere keus dan dat het met de proceshandeling beoogde rechtsgevolg – voorkomen dat de door de wederpartij gestelde feiten vast komen te staan – uitblijft.

338. De opbrengst van het voorafgaande is dit: de sanctie 'ontbreken van rechtsgevolg', verborgen in tal van bijzondere regels en figuren, valt te herleiden tot één begrip, dat van de nietigheid. Deze sanctie volgt op schending van lasten die in tussen partijen geldende normen zijn neergelegd. Een indeling van deze lasten in formele en materiële is vruchteloos.[187] Steeds staat centraal dat de vrijheid elkaars processuele positie te beïnvloeden, wordt beperkt in het belang van de ander.

Ten slotte is het nog van belang erop te wijzen dat het, evenals in het burgerlijk recht, soms gaat om nietigheid van rechtswege, soms om vernietigbaarheid. Zo gaat het bij termijnoverschrijding bij het instellen van hoger beroep om nietigheid van rechtswege van de instellingshandeling: de rechter moet ambtshalve op de inachtneming van de termijn letten.[188] Bij gebrek aan belang gaat het soms om nietigheid, soms om vernietigbaarheid.[189] Een onvoldoende gemotiveerde betwisting moet de rechter ambtshalve buiten beschouwing laten en is deze dus nietig.[190]

---

187 Vgl. Heemskerk 1971, p. 313-315.

188 Zie bijv. HR 12 maart 1954 (*Carmiggelt/Stougie*), *NJ* 1954, 256.

189 Resp. HR 30 maart 1951 (*De V./Van de H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH en HR 24 november 1978 (*Sunclass/Dernison*), *NJ* 1980, 88 m.nt. WHH. Zie nader Heemskerk 1980a.

190 HR 18 april 1902 (*Münchener/Almelo*), *W* 7754; Vriesendorp 1970, nr. 53. Anders Gerbrandy 1952, p. 391. Vgl. Tjittes 1988, p. 1128 nt. 3; Gras 2003, p. 61.

Ook overige onderdelen van de burgerrechtelijke nietigheidsleer lenen zich voor toepassing binnen het procesrecht. Zo moet het rechtsmiddel waarbij niet alleen tegen een einduitspraak maar ook opnieuw tegen een tussenuitspraak wordt geklaagd, voor wat dit laatste betreft buiten beschouwing blijven (zie § 4.4.6.3) en dus nietig worden geacht. In feite gaat het hier om een partiële nietigheid (art. 3:41 BW).

5.4.7 Nietigheid van onrechtmatige procesrechtshandelingen

339. Het onrechtmatigheidsbegrip ziet op alle handelingen, ook rechtshandelingen. Een rechtshandeling is onrechtmatig indien het verrichten ervan schending van een rechtsplicht vormt. De vraag is of de onrechtmatigheid van een rechtshandeling haar geldigheid beïnvloedt.

Meijers gaat uit van een algemene regel welke luidt:

> "een rechtshandeling, waarmee een rechtsplicht geschonden wordt, kan door dengene, te wiens behoeve de rechtsplicht geschapen is, als nietig beschouwd worden; wanneer de wet wenscht, dat de handeling, niettegenstaande haar onrechtmatigheid, nog haar gevolgen behoudt, moet zij dit uitdrukkelijk bepalen."[191]

H. Drion kan zich niet in een dergelijke algemene regel vinden. Zijns inziens kan de vraag of een onrechtmatige rechtshandeling nietig is, "(…) niet in het algemeen (…) worden beantwoord (…)" aan de hand van het leerstuk van de onrechtmatige daad:

> "Of de onbehoorlijkheid van enig optreden leidt tot nietigheid van het daarmee beoogde rechtsgevolg, moet men telkens aan de hand van de wettelijke bepalingen, waarop dat rechtsgevolg wordt gebaseerd, onderzoeken."[192]

De visie van H. Drion lijkt mij de juiste. Bij deze benadering worden de gedragings- en rechtshandelingsaspecten van een handeling die deze beide heeft onderscheiden en elk op hun merites beoordeeld. Bij de onrechtmatigheidsvraag gaat het erom of een rechtsplicht is geschonden, bij de nietigheidsvraag of een last is veronachtzaamd. Dat deze twee normschendingen zich tegelijkertijd kunnen voordoen, doet niet af aan het feit dat het om te onderscheiden normen gaat. In hoeverre de rechtsgevolgen van de twee normschendingen cumulatief kunnen worden ingeroepen, is een vraag van samenloop die aan de orde komt in § 5.7.4.

---

191 Meijers 1937, p. 79.
192 Hofmann/Drion 1959, p. 182.

5.5 RECHTERLIJKE SANCTIES

5.5.1 Inleiding

340. De bovengenoemde rechtsgevolgen worden, al dan niet op initiatief van een partij, door de rechter aan normschending verbonden. De rechter heeft hier geen beslissingsvrijheid: als de normschending vaststaat, moet het rechtsgevolg volgen. Iets anders is dat de rechter wel beoordelingsruimte heeft bij de vaststelling óf van normschending sprake is. Zo heeft de rechter bij de beantwoording van de vraag of een stelling voldoende gemotiveerd is weersproken wel beoordelingsruimte, maar geen beslissingsvrijheid (zie voor deze terminologie § 4.2.2.7).

Naast de reeds besproken groep rechtsgevolgen waarbij beslissingsvrijheid ontbreekt, staan processuele rechtsgevolgen die de rechter kan doen intreden op grond van hem toekomende beslissingsvrijheid. Ik zou hierbij willen spreken van rechterlijke sancties. Ik bespreek de sancties, mogelijk in het kader van de proceskostenveroordeling en de mogelijkheden die de rechter in bepaalde gevallen heeft aan partijgedrag bewijsrechtelijke sancties te verbinden.

5.5.2 De proceskostenveroordeling

5.5.2.1 Inleiding

341. "De partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld." Aldus geeft art. 237 lid 1 Rv de hoofdregel van de proceskostenveroordeling: de verliezer betaalt.[193] Toepassing van deze hoofdregel kan achterwege blijven indien er gronden zijn voor 'compensatie van kosten', bijvoorbeeld als partijen verwanten zijn of indien er geen duidelijke winnaar is (art. 237 lid 1 Rv), of indien er sprake is van nodeloos gemaakte kosten, waarover later meer.

De rechter spreekt steeds een proceskostenveroordeling uit, ook als de kosten niet expliciet zijn gevorderd,[194] tenzij partijen uitdrukkelijk hebben verklaard geen kostenveroordeling te wensen.[195]

Procesverlies impliceert niet dat de verliezer onrechtmatig heeft geprocedeerd, zo bleek reeds eerder (zie hoofdstuk 3). De grondslag voor de regel 'de verliezer betaalt' is niet aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar

193 Zie nader over wanneer er sprake is van 'in het ongelijk gesteld' Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 4.

194 HR 28 november 1986 (*Raad voor de Kinderbescherming/Milutinovic*), *NJ* 1987, 380.

195 HR 12 juni 1936 (*Nederlandsche Trustmaatschappij/Paleis voor Volksvlijt*), *NJ* 1936, 996.

billijke risicotoedeling.[196] In zoverre vormt de proceskostenveroordeling dan ook geen eventuele sanctie maar een direct rechtsgevolg van procesverlies. De vraag rijst of en in hoeverre dit ruimte laat voor het hanteren van de proceskostenveroordeling als sanctie voor laakbaar procesgedrag.

5.5.2.2 Omvang van de proceskostenveroordeling

342. Proceskosten, dikwijls en ook in de wet kortweg aangeduid als 'kosten', zijn de kosten waarvoor de proceskostenveroordeling krachtens art. 237-240 Rv een vergoeding pleegt in te houden (vgl. art. 241 Rv). Hieronder vallen vaste rechten (griffierecht), deurwaarderskosten, getuigentaxen, salarissen en verschotten (onkosten) van deskundigen, reiskosten en salarissen en (overige) verschotten van de procureur (dan wel advocaat bij de Hoge Raad of gemachtigde).[197] In deze laatste post worden, vanwege het bepaalde in art. 239 Rv, tevens het salaris en de verschotten van de advocaat verdisconteerd, wanneer dit een ander dan de procureur is.[198]

Het eerder besproken (zie § 5.3.4.1) liquidatietarief met betrekking tot advocatenkosten betekent dat de winnende partij veelal slechts een deel van de werkelijke kosten van rechtsbijstand vergoed krijgt.[199] Op zichzelf belet niets de rechter echter van het liquidatietarief af te wijken indien hem dit geraden voorkomt: het is slechts een de rechter niet bindende richtlijn.[200]

5.5.2.3 De proceskostenveroordeling als sanctie I: afwijking van het liquidatietarief

343. Het feit dat de rechter in principe vrij is af te wijken van het liquidatietarief opent de mogelijkheid een dergelijke afwijking bij wijze van sanctie toe te passen.

In de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat "(…) een volledige vergoedingsplicht (…) denkbaar [is] in 'buitengewone omstandigheden' (…). Daarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad."[201]

Hierboven heb ik laten zien dat in geval van onrechtmatig procesgedrag een vordering tot schadevergoeding op grond van het commune aansprakelijkheidsrecht ontstaat. De vergoedbare schade omvat (niet-geliquideerde) proces-

196 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 402; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 117. Anders Stein/Rueb 2002, p. 177.

197 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 3.

198 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 121.

199 Wesseling-van Gent 1993, p. 4; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 125; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 121; Stein/Rueb 2002, p. 175; Teuben 2002, p. 7; Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 96, aant. 198. Hiertegen Haardt 1945, p. 206-207 (hierop terugkomend in Haardt 1985, p. 705).

200 HR 3 april 1998 (*Lindeboom/Beusmans*), *NJ* 1998, 571.

201 *Parl. Gesch. Wijz. Rv*, p. 36 (MvT Inv).

kosten, maar is daartoe niet beperkt. De geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis suggereert dat bij elke afwijking van het liquidatietarief een dergelijke rechtsgrond nodig is. Deze suggestie lijkt mij onjuist. De rechter is, zo blijkt uit het arrest *Lindeboom/Beusmans*,[202] vrij om van het liquidatietarief af te wijken. Daartoe is de aanwezigheid van een rechtsgrond als onrechtmatige daad niet vereist. Het staat de rechter vrij om van het liquidatietarief af te wijken, of de partij die in de proceskosten wordt veroordeeld nu onrechtmatig heeft gehandeld of niet. Voorzover er sprake is van onrechtmatig handelen van de tot de proceskosten veroordeelde partij moet, zoals hierboven reeds bleek, een eventuele proceskostenveroordeling als voordeel in de zin van art. 6:100 BW in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. Dit betekent dat afwijking van het liquidatietarief in geval van onrechtmatig procesgedrag de benadeelde uiteindelijk niet in een gunstiger positie brengt. Wel is het zo dat door een dergelijke afwijking eventuele aan een schadevergoedingsvordering verbonden afwikkelingsproblemen kunnen worden geëcarteerd (zie § 5.5.2.5).

Los van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen van de tot de proceskosten veroordeelde partij, biedt afwijking van het liquidatietarief een sanctiemogelijkheid tegen door de rechter afkeurenswaardig bevonden procesgedrag. In tegenstelling tot toewijzing van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering is afwijking van het liquidatietarief een sanctie ten aanzien waarvan de rechter beslissingsvrijheid heeft. Ik kan mij dan ook niet vinden in het betoog van Ingelse en Mölenberg, die menen dat de rechter in geval van onrechtmatig procesgedrag een volledige proceskostenvergoeding móet toekennen.[203] De rechter mag dit steeds, maar moet dit nimmer.[204] Hij is op dit punt vrij en hoeft zich dus ook niet om een onderzoek naar en debat over de (on)rechtmatigheid van het procesgedrag te bekommeren. Slechts wanneer een partij zich op het standpunt stelt dat haar wederpartij onrechtmatig heeft geprocedeerd is een debat over de aansprakelijkheidsvraag noodzakelijk. Leidt dit debat tot vaststelling van aansprakelijkheid, dan moet de rechter schadevergoeding toekennen.

In de praktijk blijkt de rechter overigens zeer terughoudend om te gaan met zijn bevoegdheid om van het liquidatietarief af te wijken. De overheersende opvatting lijkt dat, zoals het Hof 's-Gravenhage het formuleert, "(…) hoewel het liquidatietarief is vervat in een niet bindende richtlijn, slechts in bijzondere omstandigheden aanleiding bestaat om daarvan af te wijken."[205] Het gevolg van deze opvatting is dat zelden[206] van het liquidatietarief wordt afgeweken.

---

202 HR 3 april 1998 (*Lindeboom/Beusmans*), *NJ* 1998, 571.
203 Ingelse & Mölenberg 1998, p. 1144-1145.
204 Vgl. Wesseling-Van Gent 1993, p. 5-6; Van Schaick 2000, p. 315.
205 Hof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128.
206 Anders dan door (niet zeldzame) fouten bij de toepassing ervan, waarover A-G Bakels in zijn conclusie sub 2.13 voor HR 3 april 1998 (*Lindeboom/Beusmans*), *NJ* 1998, 571.

5.5.2.4 De proceskostenveroordeling als sanctie II: nodeloos gemaakte kosten

344. Behalve de gevallen waarin compensatie van kosten is aangewezen kent art. 237 lid 1 Rv nog een grond waarop kan worden afgeweken van de regel 'de verliezer betaalt', zo blijkt uit de slotzin van het artikellid: "Ook kan de rechter de kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte." De rechter heeft in deze, getuige het woord 'kan', beslissingsvrijheid.[207] De slotzin van art. 237 lid 1 Rv is aan het toenmalige art. 56 Rv toegevoegd in 1879.[208]

De vraag wanneer er sprake is van nodeloos gemaakte kosten is niet gemakkelijk te beantwoorden. Volgens Asser "(…) zou men wellicht kunnen zeggen, dat – naast de gevallen, waarin bepaaldelijk fouten worden gemaakt (…) – nodeloos zijn de kosten, ontstaan door een onredelijke en onsportieve houding van de partij."[209] Het gaat hier om een morele waardering van procesgedrag[210] waarbij de rechter in hoge mate vrij is. Van onrechtmatigheid hoeft geen sprake te zijn.

Uit de slotzin van art. 237 lid 1 Rv volgen vier te onderscheiden situaties, welke ik achtereenvolgens zal behandelen. Mogelijke samenloop met compensatie van kosten (art. 237 lid 1, tweede zin Rv) laat ik buiten beschouwing.

Ten eerste de situatie waarin degene die het proces wint zelf nodeloos kosten heeft gemaakt. In dat geval kan de rechter door toepassing van de bepaling deze 'nodeloos aangewende kosten' buiten de ten gunste van de winnaar strekkende kostenveroordeling laten. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de winnaar onnodige bewijsmiddelen heeft gebruikt.[211]

Ten tweede de situatie waarin de verliezende partij nodeloos veel kosten heeft gemaakt. Alsdan kan de bepaling geen toepassing vinden, aangezien de proceskosten van de verliezende partij op grond van de hoofdregel 'de verliezer betaalt' al voor haar rekening blijven.

Ten derde de situatie waarin de winnende partij nodeloos kosten heeft veroorzaakt voor de verliezer. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het voeren van de procedure in feite overbodig is.[212] De slotzin van art. 237 lid 1 Rv lijkt de mogelijkheid te openen deze kosten op een ten gunste van de winnaar strekkende proceskostenveroordeling in mindering te brengen. De vraag of deze verrekening geschiedt op basis van werkelijke of geliquideerde kosten is ter discretie van de rechter. In de praktijk gaat de toepassing van de bepaling in dit soort gevallen nog verder: zij wordt als grondslag gebruikt om een

207 HR 19 december 1958 (*Winters/Winters*), *NJ* 1959, 129.
208 Wet van 23 april 1879, *Stb.* 1879, 75.
209 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 7.
210 Haardt 1945, p. 21.
211 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 402. Zie bijv. Ktr. Eindhoven 18 april 1985, *NJ* 1986, 35.
212 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 1985, *NJ* 1985, 616.

kostenveroordeling ten gunste van de verliezer uit te spreken.[213] Dit lijkt in strijd met de tekst van de wet, die immers spreekt van kosten "(…) voor rekening laten (…)" terwijl het hier gaat om een voor rekening brengen.[214] De Hoge Raad heeft deze praktijk echter meermalen bevestigd.[215] De parlementaire geschiedenis is op dit punt innerlijk tegenstrijdig.[216]

Ten vierde de situatie waarin de verliezende partij nodeloos kosten heeft veroorzaakt voor de winnaar. Een proceskostenveroordeling ten gunste van de winnaar zal ook deze kosten omvatten, zij het in beginsel in geliquideerde vorm. Aangezien de rechter de mogelijkheid van het liquidatietarief af te wijken toch al heeft, lijkt de slotzin van art. 237 lid 1 Rv de winnaar niets extra te bieden te hebben: ook deze bepaling laat de rechter beslissingsvrijheid.

Uit deze analyse blijkt dat de bevoegdheid van de rechter nodeloos gemaakte kosten te laten voor degene die ze heeft aangewend of veroorzaakt in twee situaties relevant is: wanneer de winnaar zelf nodeloze kosten heeft gemaakt en wanneer de winnaar nodeloze kosten voor de verliezer heeft veroorzaakt. In het eerste geval is er grond om de proceskostenveroordeling overeenkomstig de nodeloze kosten te verminderen, in het tweede geval wordt aangenomen dat zelfs een verwijzing van de winnaar in de kosten van de verliezer tot de mogelijkheden behoort. Naar mijn mening kan alleen in een van deze twee gevallen een referte of erkenning leiden tot afwijking van de regel 'de verliezer betaalt'. De nodeloosheid van de kosten is het beslissende criterium, zodat het refereren of erkennen in deze in feite geen zelfstandige betekenis toekomt.[217] Indien gedaagde het op een proces heeft laten aankomen, kan een referte hem niet buiten de kosten houden, nu deze voor eiser noodzakelijk zijn gemaakt.[218] Wanneer een voor het proces weigerachtige gedaagde na dagvaarding terstond betaalt waardoor eiser het proces verliest, zijn alle kosten van gedaagde nodeloos gemaakt en alle kosten van eiser nodeloos veroorzaakt, zodat ook na referte een kostenveroordeling van de winnende gedaagde in de rede ligt.[219]

5.5.2.5 De proceskostenveroordeling als sanctie III: beoordeling

345. De proceskostenveroordeling zelf valt niet als rechtsgevolg van procesgedrag te beschouwen. Zij is in essentie een rechtsgevolg van de uitkomst van de procedure. De regeling van de proceskostenveroordeling laat echter wel ruimte om de proceskostenveroordeling aan te passen naar aanleiding van

213 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 22 mei 2002, *NJ* 2002, 588.
214 Haardt 1945, p. 20.
215 Zie bijv. HR 23 december 1955 (*Stroes/Van Dun*), *NJ* 1956, 164.
216 Vgl. *Kamerstukken II* 1877/78, 146, nr. 3, p. 3 (MvT) met *Kamerstukken II* 1878/79, 33, nr. 1, p. 4 (MvA), waarover Haardt 1945, p. 20-21 nt. 5.
217 Aldus kennelijk ook Haardt 1945, p. 26-27. Vgl. § 93 ZPO.
218 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 5 nt 1.
219 Vgl. Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 373.

het gedrag van partijen. Deze ruimte is gelegen in de rechterlijke vrijheid bij de kostenbegroting en de bepaling omtrent nodeloze kosten.

De rechter is in hoge mate vrij bij de benutting van deze ruimte. Hij hoeft niet aan te sluiten bij het onrechtmatigheids- of misbruikbegrip bij de beoordeling van het procesgedrag.[220] De rechter heeft beslissingsvrijheid ten aanzien van het benutten van de mogelijkheden in deze. Daarom lijkt mij de conclusie gerechtvaardigd dat het hier niet hoeft te gaan om sancties tegen onrechtmatig procesgedrag.[221]

Dit laatste wil echter niet zeggen dat de rechter de ruimte niet als zodanig kan benutten. Een partij die getroffen wordt door onrechtmatig procesgedrag van haar processuele wederpartij mag hopen dat de rechter dat doet en in het voorgevallene aanleiding ziet de proceskostenveroordeling binnen de hem ten dienste staande mogelijkheden aan te passen.[222] Als daarmee de benadeelde partij (in belangrijke mate) schadeloos wordt gesteld, bespaart haar dit de wellicht moeizame weg van de op onrechtmatige daad gebaseerde vordering – tenzij zij deze reeds door eisvermeerdering of reconventie was ingeslagen.

Dit laatste punt laat zich illustreren aan de hand van het Franse art. 700 NCPC. Op grond van dit artikel kan een in (een deel van) de kosten veroordeelde partij op vordering van de wederpartij[223] mede veroordeeld worden tot betaling van 'frais irrépétibles' (kosten en schade van de wederpartij niet begrepen in de proceskostenveroordeling) zonder dat daarvoor vaststelling van *abus de procédure* is vereist.[224] De rechter heeft in deze beslissingvrijheid.[225] Art. 700 NCPC kan het de benadeelde partij een stuk makkelijker maken redres te vinden voor haar processchade. Helaas schijnt de Franse rechter in de praktijk nogal zuinig te zijn bij de begroting van de 'frais irrépétibles', hetgeen afdoet aan de effectiviteit van de bepaling.[226] De Franse praktijk laat ook zien dat de feitenrechter het onderscheid tussen delictuele aansprakelijkheid en het hanteren van zijn bevoegdheden in het kader van art. 700 NCPC nogal eens verwart.[227] Interessant en mijns inziens te waarderen is dat de Franse cassatierechter toestaat dat een expliciet op één van deze beide gronden gebaseerde vordering op de andere grond wordt toegewezen, kennelijk vanuit de gedachte dat dit recht doet aan de wensen van de eisende partij.[228]

220 Vgl. Meijers 1937, p. 80; Blei Weissmann 1979, p. 82; Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Boek I, titel 1, aant. 3.
221 Vgl. Scheltema 1932, p. 189; Scheltema 1935, p. 318; R.J. Polak 1941, p. 773; Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), art. 56, aant. 7.
222 Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 88-89.
223 Brun & Clerc-Renaud 2000, nr. 16 en 41-42.
224 Cadiet 1998, nr. 105; Brun & Clerc-Renaud 2000, nr. 13.
225 Civ. II 2 oktober 2002, *D* 2002, p. 2916.
226 Cadiet 1998, nr. 105.
227 Brun & Clerc-Renaud 2000, nr. 12.
228 Zie de rechtspraak geciteerd bij Brun & Clerc-Renaud 2000, nr. 12.

5.5.3 Sancties in de sfeer van het bewijsrecht

5.5.3.1 De gevolgtrekking die de rechter geraden acht

346. Een aantal bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 21, 22, 88 lid 4, 162 lid 2, 164 lid 3, 179 lid 4, 196 lid 2 en 198 lid 3 Rv) verbindt aan bepaald gedrag de consequentie dat de rechter daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.

Genoemde bevoegdheid van de rechter bestaat slechts in geval van normschending. Indien zodanige normschending plaatsvindt, komt hem bij de toepassing van de bevoegdheid beslissingsvrijheid toe: hij kan gevolgtrekkingen maken, maar hoeft dat niet. Volgens Vranken is deze sanctie dan ook veel te vrijblijvend.[229]

Wat kan het maken van gevolgtrekkingen inhouden? In beginsel van alles, zo lijkt uit de parlementaire geschiedenis van het nieuwe Boek 1 te volgen: "Met de formulering dat de rechter uit een verzuim van een partij de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht, kan tot redelijke resultaten worden gekomen."[230] Voorzover het te sanctioneren partijgedrag ziet op de feitengaring kan de mogelijke gevolgtrekking een vermoeden ten nadele van de verzakende partij zijn[231] of een omkering van de bewijslast.[232] Het verschil is dat in het tweede geval bewijs moet worden geleverd en in het eerste geval 'slechts' tegenbewijs,[233] waarover hieronder meer.

Zowel de beslissingsvrijheid van de rechter als de vage formulering maken dat deze sanctie voor partijen geen middel effectief is om elkaar aan de onderling geldende normen te houden. Deze beide kenmerken maken anderzijds wel dat de rechter door het hanteren van deze sanctie bij kan dragen aan een fair procesverloop.

5.5.3.2 Bewijslastomkering

347. Art. 150 Rv geeft als regel voor de bewijslastverdeling dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van het door haar gestelde de bewijslast daarvan draagt, tenzij uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. De in art. 150 Rv genoemde uitzonderingen op de hoofdregel dat 'wie stelt, bewijst' geven ruimte om de bewijslastverde-

---

229 Vranken 1999, nr. 86.

230 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 370 (NvW-1). Zie voor een overzicht van de mogelijkheden Giesen 2001, p. 27-30.

231 Star Busmann/Rutten 1972, nr. 208 en 263; Asser 1992, nr. 20; Van den Reek 1997, nr. 16; Klassen 2002, p. 1453-1454; *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 51 (MvT); *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 154 (MvT) en 370 (NvW-1). Zie bijv. HR 5 december 1980 (*Kools/Stichting Pensioenfonds Huisartsen*), *NJ* 1982, 200.

232 Asser 1992, nr. 20 en 27.

233 Giesen 2001, p. 14 met nadere verwijzingen.

ling aan te passen naar aanleiding van het procesgedrag van partijen. Dit kan door middel van zogenaamde bewijslastomkering.

Wat is bewijslastomkering? Zij dient te worden onderscheiden van het rechterlijk vermoeden. Bij het vermoeden neemt de rechter een bepaald feit aan en is het aan de wederpartij om tegenbewijs te leveren. Bij omkering van de bewijslast is het aan een partij om te bewijzen dat het door haar wederpartij gestelde onjuist is.[234]

Bewijslastomkering geschiedt op grond van een daartoe strekkende rechtsregel. De rechter heeft daarom in beginsel geen beslissingsvrijheid: de bewijslast dient te worden omgekeerd of niet. Slechts in één groep gevallen acht de Hoge Raad beslissingsvrijheid ten aanzien van bewijslastomkering aanwezig. Het gaat om gevallen waarin de wederpartij niet aan haar betwistingslast heeft voldaan. Ik geef twee voorbeelden.

In het arrest *Vermaat c.s./Aamar*[235] gaat het om een werknemer die op staande voet is ontslagen omdat hij niet op tijd is teruggekeerd van vakantie. Hij verweert zich met de stelling dat hij wegens ziekte niet tot reizen in staat was. De werkgever brengt hier tegenin dat de werknemer niet in staat was een verklaring van een arts te overleggen. De Hoge Raad overweegt:

> "De bewijslast ter zake van het tot reizen in staat zijn rust in beginsel op de werkgever. De omstandigheden van het geval kunnen echter anders meebrengen. In dit verband kan van belang zijn of de werknemer voldoende heeft gesteld om duidelijk te maken welke pogingen hij heeft gedaan om een verklaring (…) te verkrijgen en om welke reden die pogingen geen resultaat hebben gehad. In het licht van het belang dat de werkgever (…) heeft, dienen aan deze stelplicht zware eisen te worden gesteld."

In het arrest *Schepers/De Bruijn*[236] gaat het om een beweerde beroepsfout van een arts. Twee weken na een buikoperatie krijgt patiënte De Bruijn ten gevolge van een coïtus een nabloeding met complicaties. De tot schadevergoeding aangesproken arts, Schepers, verweert zich met de stelling dat hij de patiënte had geadviseerd tot zes weken na de operatie geen coïtus te hebben. De Bruijn ontkent dit. Het Hof draagt het bewijs van de stelling op aan de arts. In cassatie klaagt de arts dat de bewijslast van zijn beweerde tekortkoming op de patiënte rust en het bewijs van het achterwege blijven van de waarschuwing dus aan haar had moeten worden opgedragen. Deze klacht faalt, aldus de Hoge Raad. Het oordeel van het Hof moet aldus worden begrepen

> "(…) dat het hof de betwisting door Schepers van de stelling van De Bruijn dat hij meerbedoeld advies niet had gegeven, onvoldoende geadstrueerd heeft geacht

234 Zie bijv. A-G Asser in zijn conclusie sub 2.11 bij HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 m.nt. WMK.

235 HR 11 december 1987 (*Vermaat c.s./Aamar*), *NJ* 1988, 339 m.nt. PAS.

236 HR 18 februari 1994 (*Schepers/De Bruijn*), *NJ* 1994, 368.

> en daarom Schepers heeft belast met het bewijs dat hij het advies inderdaad heeft gegeven. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (…)."

348. In de twee besproken gevallen neemt de Hoge Raad impliciet aan dat op het verzaken van een betwistingslast niet noodzakelijkerwijs het onthouden van rechtsgevolg aan de betwisting moet volgen, zodat de stellingen van de wederpartij vast komen te staan, maar dat het mogelijk is in plaats daarvan de bewijslast om te keren. De rechter heeft de vrijheid op twee onderscheiden manieren op het schenden van de betwistingslast te reageren: door te oordelen dat de stellingen van de wederpartij zijn komen vast te staan of door de bewijslast ten aanzien van die stellingen om te keren.[237] De reikwijdte van deze laatste mogelijkheid is onduidelijk. In de twee besproken arresten lijkt zij te worden beperkt tot het aan de orde zijnde gevalstype.

Belangrijker dan de precieze reikwijdte van de mogelijkheid is de vraag of bewijslastomkering als sanctie op het niet nakomen van een betwistingslast wel past in het systeem van het procesrecht. Onvoldoende gemotiveerd betwiste feiten moet de rechter – behoudens de uitzondering van art. 149 lid 1 in fine Rv – als vaststaand beschouwen (art. 149 Rv). Aan bewijslevering met betrekking tot die feiten kan dan niet meer worden toegekomen. Het is dus van tweeën een: of voldoende betwisting en dus een bewijsopdracht voor degene op wie de bewijslast conform art. 150 Rv rust, of onvoldoende betwisting en dus vaststaande feiten, waarna voor bewijslevering geen plaats meer is, laat staan voor een aanpassing van de bewijslast.[238]

Ruimte voor de bewijslastomkering als sanctie zou eventueel denkbaar zijn bij een aanvullende betwisting na een onvoldoende betwistend antwoord. Indien deze aanvullende betwisting tardief wordt bevonden (waarover § 4.3), valt het doek voor het debat over de betreffende feiten en komen ze vast te staan: een tardieve proceshandeling heeft immers geen rechtsgevolg. Indien de aanvullende betwisting echter tijdig wordt bevonden, zou als sanctie voor de onnodig late maar niet te late betwisting wellicht bewijslastomkering mogelijk zijn. De grond hiervoor zou moeten worden gevonden in wat redelijkheid en billijkheid (art. 150 Rv) op grond van de processuele omstandigheden

---

237 Vgl. Giesen 2001, p. 40.

238 HR 18 december 1925 (*Zuiderent/Bezemer*), *NJ* 1926, 228 m.nt. EMM; HR 27 februari 1927 (*De Vries/Ontvanger*), *NJ* 1924, 495; HR 24 juni 1927 (*Spaarbank/Juffer Tette Alberda Gasthuis*), *NJ* 1927, 1043; HR 14 juni 1929 (*Honstra/Van Kerkhoff*), *NJ* 1929, 1611; HR 11 december 1930 (*M./T.*), *NJ* 1931, 738; HR 10 december 1943 (*J.W./Hofdsynagoge Amsterdam*), *NJ* 1944, 240; HR 24 januari 1975 (*Laurens/Niemeijer*), *NJ* 1976, 90 m.nt. WLH; HR 12 mei 1989 (*Dolmans/Wouters*), *NJ* 1989, 596; HR 13 januari 1995 (*De Heel/Korver*), *NJ* 1997, 175 m.nt. CJHB; HR 27 november 1998 (*Veenbrink/Baarsma*), *NJ* 1999, 148. Grünebaum 1904, p. 55 nt 1; Gras 1997, p. 117; Giesen 2001, p. 43-44. Anders Kan 1921, p. 8; W.L. Haardt in zijn noot onder HR 20 november 1987 (*Timmer/Deutman*), *NJ* 1988, 500; Tjittes 1988, p. 1130; A-G Asser in zijn conclusie sub 2.8 voor HR 12 mei 1989 (*Dolmans/Wouters*), *NJ* 1989, 596; M.E. Storme 1990, nr. 107. Gezien de eerdergenoemde arresten is het arrest *De Heel/Korver* niet zo revolutionair als Van Dunné 1995, p. 672 en Bolt 1996, p. 141 lijken te menen.

meebrengen.[239] Ik vraag mij af of dit alles niet al te subtiel is. Wellicht is het beter het systeem van regels en sancties wat kaler en dus inzichtelijker te houden en uit te gaan van het stramien: voldoende en tijdige betwisting leidt tot een bewijsopdracht, schending van de last van tijdige en voldoende gemotiveerde betwisting leidt tot het vaststaan van de betreffende feiten op grond van art. 149 Rv.[240] In dit laatste geval is het debat over deze feiten afgesloten en is er dus ook geen ruimte meer voor tegenbewijs.[241]

5.5.3.3 Sanctiemogelijkheden bij de bewijswaardering

349. "De waardering van het bewijs is aan de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt." Aldus formuleert art. 152 lid 2 Rv het uitgangspunt van vrije bewijswaardering. Behoudens waarderingsregels als art. 164 lid 2 Rv bepaalt de rechter of iets al dan niet bewezen is. De subjectieve overtuiging van de rechter is beslissend. Wel wordt de rechter tot een zekere objectivering gedwongen door een motiveringsplicht ter zake.[242]

De rechterlijke vrijheid bij de bewijswaardering maakt het in principe mogelijk dat de rechter rekening houdt met hoe partijen zich ten processe gedragen. Het ligt voor de hand dat een rechter bewijsmiddelen van een partij die zich door haar obstructieve gedrag ongeloofwaardig maakt met andere ogen bekijkt dan die van een partij die op coöperatieve wijze procedeert. Juist door de rechterlijke vrijheid is echter moeilijk te achterhalen in hoeverre dit ook daadwerkelijk gebeurt.

5.6 HERROEPING

5.6.1 Inleiding

350. Rechtsmiddelen geven partijen en soms derden de mogelijkheid een rechterlijke uitspraak voorwerp van debat te maken met als mogelijk resultaat dat de uitspraak wordt teruggedraaid. Bij gewone rechtsmiddelen als hoger beroep en verzet is er ruimte voor een voortgezette behandeling van het geschil zelf. Het buitengewone rechtsmiddel herroeping kan slechts worden aangewend op grond van, kort gezegd, laakbaar procesgedrag van de wederpartij (art. 382 Rv). Een succesvolle vordering tot herroeping heeft ten gevolge dat het geding heropend wordt (art. 387 Rv). Dit maakt dit rechtsmiddel een

239 Vgl. A-G Asser in zijn conclusie sub 2.9 voor HR 12 mei 1989 (*Dolmans/Wouters*), *NJ* 1989, 596.

240 Zo ook Giesen 2001, p. 44. Anders A-G Asser in zijn conclusie sub 2.11 voor HR 12 mei 1989 (*Dolmans/Wouters*), *NJ* 1989, 596.

241 Giesen 2001, p. 44. Brunner 1997 in fine.

242 HR 16 oktober 1998 (*Finkenburgh/Van Mansum*), *NJ* 1999, 7.

potentieel belangrijk wapen van de procespartij die met laakbaar gedrag van de wederpartij wordt geconfronteerd, indien dit gedrag de oorzaak van de voor gelaedeerde ongunstige uitkomst van de procedure is. Heeft degene die is geconfronteerd met laakbaar procesgedrag van haar wederpartij de procedure gewonnen, dan heeft zij geen baat bij herroeping, aangezien de uitkomst van de procedure reeds in haar voordeel is.

5.6.2 Gronden voor herroeping

351. Art. 382 Rv noemt als gronden voor herroeping: a) het vonnis berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd, b) het vonnis berust op valse stukken en c) de vorderende partij heeft na het vonnis beslissende stukken in handen gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden.

Van de eerstgenoemde grond, bedrog, is volgens de Hoge Raad sprake

> "(…) wanneer een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden. Dit zal zich onder meer voordoen wanneer een partij feiten als hiervoor vermeldt verzwijgt, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs behoorde te zijn."[243]

Het bedrog van art. 382 sub a Rv wordt in de literatuur en de parlementaire geschiedenis in verband gebracht met de 'waarheidsplicht' van art. 21 Rv. Dit verband is hierboven in § 2.2.4 aan de orde gekomen. Ik zou menen dat het aldaar besprokene de conclusie rechtvaardigt dat schending van de verplichtingen die uit art. 21 Rv voortvloeien steeds bedrog in de zin van art. 382 Rv oplevert.[244] Dit betekent echter niet dat iedere schending van art. 21 Rv grond voor herroeping oplevert. Voor de ontvankelijkheid van een vordering tot herroeping is immers nodig dat het gestelde bedrog een voor de bedrogene in enig opzicht nadelige beslissing heeft veroorzaakt.[245] De vraag is of bedrog steeds een schending van art 21 Rv oplevert. Er zijn wellicht gevallen van oneerlijke proceshouding denkbaar die buiten het bereik van art. 21 Rv vallen. In ieder geval zal bij bedrog in de zin van art. 382 sub a Rv steeds sprake zijn van een onrechtmatige daad.[246]

De in art. 382 sub b Rv genoemde grond (het vonnis berust op valse stukken) is geen species van de grond 'bedrog', alhoewel er wel sprake is van

---

243 HR 4 oktober 1996 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1998, 45 m.nt. HJS onder 46.
244 Onjuist lijkt mij dan ook Gem. Hof NA en Aruba 22 februari 2000, *NJ* 2000, 424.
245 Ten Kate 1962, p. 157-170.
246 Ten Kate 1962, p. 225; *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 479 (MvT).

overlap.[247] De valsheid van de stukken hoeft immers geen verband te houden met (onrechtmatig gedrag van) de wederpartij, die deze stukken volkomen te goeder trouw kan hebben ingebracht.[248] Voorzover deze grond zelfstandige betekenis heeft en er dus geen sprake is van onrechtmatig handelen van de wederpartij, betwist Ten Kate zijn bestaansrecht op mijns inziens goede gronden.[249]

Ook voor de in art. 382 sub c Rv genoemde grond (achtergehouden stukken van beslissende aard) geldt dat deze overlapt met bedrog. De vraag is echter of er naast deze overlap nog zelfstandige betekenis aan deze grond toekomt. De parlementaire geschiedenis leert dat deze zou moeten liggen in het feit dat bij de sub a genoemde grond *dolus* vereist is, terwijl bij de sub c genoemde grond *culpa* voldoende is.[250] Ten Kate meent dat dergelijke zelfstandige betekenis van de sub c genoemde grond onwenselijk is.[251] Zelf ben ik van mening dat deze zelfstandige betekenis, zo die er ooit geweest is, aan art. 382 sub c Rv is komen te ontvallen. Uit de zojuist geciteerde overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Goosen/Goosen* blijkt dat voor bedrog in de zin van art. 382 sub a Rv geen opzet is vereist. Dit maakt het mogelijk de grond sub c geheel onder sub a te begrijpen. Ook in gevallen als bedoeld sub c zal er steeds sprake zijn van onrechtmatig handelen.[252]

Op grond van het bovenstaande laten de gronden voor herroeping zich, een kleine uitzondering met betwistbaar bestaansrecht daargelaten, naar mijn mening samenvatten als onrechtmatig procesgedrag in de vorm van bedrog van de wederpartij dat een voor gelaedeerde ongunstige uitspraak heeft veroorzaakt.

5.6.3 Afwikkeling van een vordering tot herroeping

352. Een ontvankelijke vordering tot herroeping heeft als gevolg dat het geding geheel of gedeeltelijk wordt heropend (art. 387 Rv). Partijen krijgen de gelegenheid hun stellingen en verweren te wijzigen en aan te vullen en de tenuitvoerlegging van het vonnis a quo wordt geschorst (art. 387 en 388 lid 1 Rv). Indien de rechter in het heropende geding tot een ander oordeel komt, doet hij daarin opnieuw uitspraak met herroeping van het bestreden vonnis voorzover nodig (art. 389 Rv). In dit geval verdwijnt een deel van de door het onrechtmatige procesgedrag veroorzaakte schade.

---

247 Ten Kate 1962, p. 262.
248 Van Boneval Faure V 1900, p. 320; Cleveringa 1935, p 189; Ten Kate 1962, p. 262; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 934; *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 479 (MvT).
249 Ten Kate 1962, p. 252-254.
250 Van den Honert 1839, p. 424.
251 Ten Kate 1962, p. 273-74.
252 Anders *Parl. Gesch. Rv*, p. 479 (MvT).

5.7 SAMENLOOP VAN RECHTSGEVOLGEN

5.7.1 Inleiding

353. Hierboven zijn verschillende mogelijke rechtsgevolgen van (dreigende) schending van tussen procespartijen geldende normen besproken. Deze pluraliteit van mogelijke rechtsgevolgen roept de vraag op of en in hoeverre de verschillende rechtsgevolgen naast elkaar kunnen worden ingeroepen.

De hier aangesneden problematiek staat bekend als die van de samenloop. De dogmatiek rond dit leerstuk heeft zich in belangrijke mate ontwikkeld rond de samenloop van onrechtmatige daad met andere figuren, in het bijzonder wanprestatie. In de discussie hierover is het vizier nagenoeg uitsluitend gericht op de vordering tot schadevergoeding. Samenloop is echter een veel algemener vraagstuk, dat opduikt op de meest uiteenlopende plaatsen als de samenloop van bijzondere overeenkomsten (art. 6:215 BW) en de samenloop van rechtsmiddelen (zie onder meer art. 335 Rv). Om de samenloopproblematiek in het onderhavige kader op vruchtbare wijze te kunnen bespreken is het nodig er kort op een meer algemeen niveau op in te gaan.

Uitgangspunt moet steeds zijn de vraag welke rechtsgevolgen de betrokken partij wil inroepen of de rechter ambtshalve tot stand kan of moet brengen. Pas wanneer het gaat om meerdere rechtsgevolgen komt de samenloopproblematiek in beeld. Onverschillig is hierbij, of deze rechtsgevolgen op een of meerdere rechtsregels gebaseerd zijn. De vragen blijven immers hetzelfde: kunnen en mogen de rechtsgevolgen naast elkaar bestaan (cumulatie)? Of moet een keuze worden gemaakt (alternativiteit)? Of moet één van de rechtsgevolgen op grond van het recht met uitsluiting van andere intreden (exclusiviteit)?[253]

Met de figuren cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit zijn de drie mogelijke oplossingen voor een geval van samenloop van rechtsgevolgen genoemd in de volgorde waarin ze in aanmerking moeten worden genomen. Cumulatie is uitgangspunt. Wanneer de verschillende in te roepen rechtsgevolgen niet goed naast elkaar kunnen bestaan, is er grond voor alternativiteit. Voor exclusiviteit is volgens de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke gevallen ruimte:

> "Naar in de rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt is aanvaard, kan van exclusieve werking slechts sprake zijn indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt."[254]

In het navolgende zal ik onderzoeken in hoeverre de verschillende aan schending van processuele normen te verbinden rechtsgevolgen naast elkaar kunnen worden ingeroepen.

---

253 Van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.2*), aant. 2 met nadere verwijzingen.

254 HR 15 november 2002 (*AVO/Petri*), *NJ* 2003, 48 m.nt. JBMV. Zie reeds HR 28 juni 1957 (*Erba/Amsterdamse Bank*), *NJ* 1957, 51 m.nt. LEHR.

5.7.2 Samenloop met vordering tot nakoming

354. Een bevel tot nakoming van processuele rechtsplichten tegenover de wederpartij kan ten eerste samenlopen met een tweede bevel tot nakoming. Voorzover een tweede vordering ziet op dezelfde rechtsplicht heeft de agens hierbij geen belang. Voorzover deze ziet op een andere rechtsplicht bestaat er geen bezwaar de tweede vordering naast de eerste toe te wijzen.

Vervolgens kan een vordering tot nakoming samenlopen met een vordering tot schadevergoeding. Deze twee kunnen zeer wel naast elkaar bestaan: de vordering tot schadevergoeding ziet op gedrag dat reeds heeft plaatsgevonden en de vordering tot nakoming op toekomstig gedrag.[255] Bij schending van een met een dwangsom versterkt bevel, hetgeen een onrechtmatige daad vormt, cumuleren de verbeurde dwangsom en de schadevergoeding. De dwangsom kan niet als voordeel op de schadevergoeding uit onrechtmatige daad in mindering worden gebracht.[256]

Een processuele rechtshandeling die schending van een rechtsplicht vormt, kan tegelijkertijd een last schenden. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een tardieve leugen. In deze gevallen sorteert de rechtshandeling geen effect. Toch kan een verbod dienstig zijn vanwege eventuele aan (herhaling van) de nietige rechtshandeling verbonden nadelen. Verbod en niet-toekenning van rechtsgevolg cumuleren dan.

Sancties in de sfeer van het bewijsrecht kunnen het belang aan een vordering tot nakoming ontnemen. Zo kan een rechterlijk vermoeden ertoe leiden dat het dwingen van de wederpartij om te getuigen overbodig is geworden omdat het daarmee te verwerven bewijsmateriaal door het vermoeden niet meer nodig is.

5.7.3 Samenloop met vordering tot schadevergoeding

355. Binnen een feitencomplex kunnen verschillende gronden tot schadevergoeding samenlopen. Zo kan bij onrechtmatig vertragingsgedrag gelijktijdig sprake zijn van onrechtmatig handelen van de partij zelf en kwalitatieve aansprakelijkheid voor een fout van haar procesvertegenwoordiger. De gedachte dat schade slechts één keer vergoed dient te worden, leidt tot de conclusie dat sprake moet zijn van alternativiteit van rechtsgevolgen.[257] Andere redeneringen die tot hetzelfde resultaat leiden, zijn mogelijk. Zo betoogt een aantal schrijvers dat in dit soort gevallen sprake is van een 'gemengd vorderingsrecht', waarmee

255 Bloembergen 1965, nr. 91.
256 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 906-907 (MvA II).
257 W. Snijders 1973, p. 459; Brunner 1984, p. 12.

wordt bedoeld dat er sprake is van één verbintenis tot schadevergoeding die berust op meerdere rechtsgronden.[258]

Gedrag dat schending van een last vormt, kan tegelijkertijd een onrechtmatige daad inhouden. Zo kan een tardief opgeworpen incident tevens toerekenbaar onrechtmatig vertragingsgedrag vormen. De rechtsgevolgen van de twee geschonden normen – niet in aanmerking nemen van het incident wegens tardiviteit en schadevergoeding wegens onrechtmatigheid – kunnen naast elkaar worden ingeroepen.

Op de verhouding tussen kostenveroordeling en de vordering tot schadevergoeding ben ik hierboven in § 5.3.4.1 reeds ingegaan. Ik concludeerde daar dat de regeling van de proceskostenveroordeling in het algemeen exclusieve werking heeft ten opzichte van het vorderen van proceskosten als schade, maar niet ten opzichte van een vordering tot schadevergoeding gebaseerd op onrechtmatig procesgedrag. Een dergelijke vordering tot schadevergoeding kan cumuleren met een proceskostenveroordeling met dien verstande dat dezelfde kosten niet twee maal vergoed kunnen worden. In zoverre is er sprake van alternativiteit, te effectueren door de proceskostenveroordeling als voordeel toe te rekenen bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding (§ 5.3.4.4).

5.7.4 Samenloop met het onthouden van rechtsgevolg

356. Hierboven kwam reeds aan de orde dat het niet inachtnemen van een last tegelijkertijd een onrechtmatige daad kan vormen. De verschillende rechtsgevolgen (niet toekennen van rechtsgevolg aan de gedraging en schadevergoeding) kunnen dan eventueel cumuleren. Dikwijls zal evenwel de nietigheid van een proceshandeling juist (deels) voorkomen dat er schade ontstaat.

Voor het overige sluit het onthouden van rechtsgevolg aan een procesrechtshandeling bepaalde sancties juist uit. In § 5.5.3 bleek dat aan sancties in het kader van de bewijslevering niet meer kan worden toegekomen indien aan stellingen of betwistingen geen rechtsgevolg wordt verbonden. Van een samenloopprobleem is hier geen sprake, omdat de twee gedragscomplexen elkaar uitsluiten. Alleen als wordt aanvaard dat onvoldoende betwisting naast het onthouden van rechtsgevolg aan de betwisting kan leiden tot bewijslastomkering (zie § 5.5.3.2) is sprake van alternativiteit van deze twee rechtsgevolgen.

---

258 K. Wiersma 1960, p. 234-235; W. Snijders 1973, p. 459-463; Bloembergen/Lindenbergh 2001, nr. 23.

5.7.5 Samenloop met herroeping

5.7.5.1 Inleiding

357. In veel gevallen van onrechtmatig procesgedrag zal de uiteindelijke winnaar van een procedure getroffen worden door de schadelijke gevolgen van het onrechtmatige procesgedrag van haar wederpartij. Indien het echter de verliezer is die door onrechtmatig procesgedrag van haar wederpartij is getroffen, rijst de vraag of het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de weg staat aan een op onrechtmatige daad gebaseerde actie harerzijds. Het slagen van een dergelijke actie kan immers de gevolgen van de oorspronkelijke uitspraak ongedaan maken en aldus een doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen betekenen. In het navolgende onderzoek ik in hoeverre dit betekent dat herroeping in dit soort gevallen de uitsluitende weg naar redres is.

5.7.5.2 Vordering tot schadevergoeding na herroeping

358. In § 5.6.2 concludeerde ik dat de gronden voor herroeping veelal neerkomen op onrechtmatig procesgedrag. Dit betekent dat heropening van een geding naar aanleiding van een herroepingsvordering meestal het oordeel impliceert dat onrechtmatig is gehandeld. Indien de heropening leidt tot een nieuwe uitspraak met gedeeltelijke herroeping van de bestreden uitspraak, zal veelal tevens vast staan dat het (toerekenbaar) onrechtmatige handelen van de wederpartij schade heeft veroorzaakt. Het gaat hierbij met name om de in het eerste geding gemaakte kosten. Ik zie geen reden waarom deze schade niet op grond van onrechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking zou komen. Inbreuk op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wordt hier niet gemaakt, aangezien het bestreden oordeel reeds via een wettelijk rechtsmiddel ten val is gebracht. Ook de parlementaire geschiedenis lijkt deze mogelijkheid te erkennen.[259]

5.7.5.3 Vordering tot schadevergoeding na afwijzing vordering tot herroeping

359. Indien een vordering tot herroeping is afgewezen, ligt er een rechterlijk oordeel over de (on)rechtmatigheid van het procesgedrag van de wederpartij van degene die herroeping heeft gevorderd. Voorzover dit oordeel inhoudt dat er geen grond voor herroeping aanwezig is, staat het gezag van gewijsde van dit oordeel in de weg aan een op hetzelfde onrechtmatig procesgedrag gebaseerde vordering.[260] Voorzover dit oordeel inhoudt dat er wel onrechtmatig is gehandeld, maar dit geen *condicio sine qua non* voor de uitkomst van

259 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 479 (MvT).
260 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 929.

het geding is geweest, is er nog wel ruimte voor een vordering tot schadevergoeding op grond van dit onrechtmatig procesgedrag, maar is uitgesloten dat de negatieve uitkomst van het geding als schade voor vergoeding in aanmerking komt.

5.7.5.4 Vordering tot schadevergoeding in plaats van vordering tot herroeping

360. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen pleit tegen de mogelijkheid om door middel van een op onrechtmatige daad gegronde vordering een in kracht van gewijsde gegane uitspraak opnieuw aan een rechterlijk oordeel te onderwerpen. De mogelijkheid die het rechtsmiddel herroeping hier biedt, dient naar mijn mening exclusief worden opgevat.[261] Nu herroeping, anders dan onder het oude recht, ook mogelijk is bij in eerste aanleg gewezen vonnissen, is aan een aanvullende actie op grond van onrechtmatige daad geen behoefte meer voorzover het gaat om de in art. 382 Rv genoemde gronden. De mogelijkheid van een dergelijke actie met de bijbehorende verjaringstermijnen zou ook de termijn van art. 383 lid 1 Rv op onaanvaardbare wijze doorkruisen. Ook voor een executieverbod op grond van art. 438 Rv[262] bij processueel bedrog is geen ruimte meer, nu steeds een vordering tot herroeping heeft opengestaan.

Dit alles staat echter niet in de weg aan een vordering tot schadevergoeding waarbij de uitkomst van het geding onverlet wordt gelaten. Ook de verliezer van een procedure kan door onrechtmatig procesgedrag van haar wederpartij geschaad zijn anders dan door de uitkomst van het geding. Indien niet de uitkomst maar slechts de wijze van procederen voorwerp van een nieuwe procedure wordt gemaakt, staat het gesloten systeem van rechtsmiddelen hieraan niet in de weg.[263]

5.8 RECHTSGEVOLGEN VAN NORMSCHENDING: CONCLUSIE

361. Een vordering tot nakoming van processuele rechtsplichten op grond van art. 3:296 lid 1 BW is mogelijk (§ 5.2.1). Zij zal met name zinvol zijn in combinatie met een dwangsom ter voorkoming van herhaling. De bijzondere

---

261 Aldus ook Meijers 1925, p. 140; Ten Kate 1962, p. 226-227. Zie in deze zin ook een deel van de lagere rechtspraak geciteerd bij Van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.2*), aant. 8. Anders Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 929; Vranken 2001, p. 48.

262 Zie voor het oude recht HR 5 november 1993 (*De Wit/Van den Berg*), *NJ* 1994, 154 m.nt. PAS.

263 Zo ook kennelijk Ten Kate 1962, p. 235-236. Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 929 meent dat een actie op grond van onrechtmatige daad slechts mogelijk is indien er sprake is van een herroepingsgrond. Cleveringa miskent, evenals Veegens 1973b, dat niet elke vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad door een verliezer van een procedure wegens in die procedure door de wederpartij vertoond onrechtmatig procesgedrag beoogt het gezag van gewijsde te doorbreken.

bevelen van art. 166 lid 1 en 843a Rv lijken intussen het grootste praktisch belang te hebben (§ 5.2.2). Een vordering tot nakoming kan in ruime mate binnen de procedure zelf worden ingebed (§ 5.2.3). Schending van een aan een partij gericht bevel door een procesvertegenwoordiger heeft te gelden als schending door de partij zelf (§ 5.2.4).

Onrechtmatig procesgedrag kan aansprakelijkheid opleveren. Hiertoe moet voldaan zijn aan de overige aansprakelijkheidsvoorwaarden toerekenbaarheid, schade en causaal verband (§ 5.3.1). Onrechtmatig procesgedrag van de partij zelf kan haar doorgaans krachtens schuld worden toegerekend. Evenzo kan onrechtmatig procesgedrag van de procesvertegenwoordiger hem doorgaans krachtens schuld worden toegerekend (§ 5.3.2.1). Onrechtmatig procesgedrag van de procesvertegenwoordiger heeft bovendien te gelden als gedrag van de partij zelf en kan laatstgenoemde steeds krachtens verkeersopvattingen worden toegerekend (§ 5.3.2.2). Bij bewijsproblemen in het kader van het causaal verband kunnen de omkeringsregel en de leer van de proportionele aansprakelijkheid gelaedeerde wellicht enige hulp bieden (§ 5.3.3).

De inhoud van de verbintenis tot vergoeding van de door onrechtmatig procesgedrag veroorzaakte schade wordt bepaald volgens de regels van afdeling 6.1.10 BW. Voor wat betreft vermogensschade staan art. 6:96 lid 2 sub c in fine BW en art. 241 Rv daaraan niet in de weg. Deze bepalingen beogen slechts in de weg te staan aan schadevergoeding voor rechtmatig veroorzaakte proceskosten. De door onrechtmatig procesgedrag veroorzaakte vermogensschade kan overigens ook bestaan uit vervolgschade als het mislopen van orders of verlies van beurswaarde (§ 5.3.4.1). Onrechtmatig procesgedrag kan ook recht geven op smartengeld, met name in geval van schending van eer en goede naam of een andere aantasting van de persoon. De mogelijkheden die deze laatste grond biedt zijn onzeker, maar in potentie ruim (§ 5.3.4.2). Ook bij door onrechtmatig procesgedrag veroorzaakte schade kunnen de leerstukken toerekening naar redelijkheid, voordeelstoerekening en eigen schuld grond vormen om de omvang van schadevergoeding te verminderen. Bij de voordeelstoerekening kan met name gedacht worden aan de proceskostenveroordeling ten gunste van gelaedeerde (§ 5.3.4.4).

Instellen en afwikkeling van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatig procesgedrag geschiedt idealiter binnen de procedure waarin het gedrag zich heeft voorgedaan. Dit is voor gelaedeerde niet alleen voordelig vanuit het oogpunt van tijd en kosten, maar vooral ook vanuit het oogpunt van bewijslevering. Bij onrechtmatig procesgedrag binnen de procedure zelf zal het immers veelal gaan om processuele feiten, waarvan de rechter geen bewijs mag vragen. De mogelijkheden van eiswijziging zijn ruimer dan die van reconventie, zodat oorspronkelijk eiser meer mogelijkheden heeft voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding binnen de procedure zelf. Er zijn echter sluipwegen aan te wijzen waarlangs aan de beperkingen van reconventie valt te ontkomen, zoals verwijzing en voeging (§ 5.3.5).

Proceshandelingen van partijen zijn rechtshandelingen. Het onthouden van rechtsgevolg aan procesrechtshandelingen is in de praktijk het belangrijkste rechtsgevolg van schending van processuele normen. Het gaat hierbij steeds om normen die lasten inhouden (§ 5.4.1). Het onthouden van rechtsgevolg doet zich voor als nietigheid (§ 5.4.2), als niet-ontvankelijkheid (§ 5.4.3), verval van recht (§ 5.4.4) en zonder dat hierop een etiket wordt geplakt (§ 5.4.5). Inhoudelijk kunnen al deze verschijningsvormen van het onthouden van rechtsgevolg aan procesrechtshandelingen worden herleid tot het nietigheidsbegrip. Nietigheid betekent immers niet meer of minder dan het niet hebben van rechtsgevolg (§ 5.4.6). Onrechtmatige procesrechtshandelingen zijn niet eo ipso nietig. De nietigheid van een onrechtmatige procesrechtshandeling hangt af van de vraag of er, naast een rechtsplicht, ook een last is geschonden (§ 5.4.7).

Naast bovengenoemde door partijen afdwingbare rechtsgevolgen staan de door de rechter op basis van hem toekomende beslissingsvrijheid te treffen sancties. Zo kan de rechter in het kader van de proceskostenveroordeling door afwijking van het liquidatietarief of toewijzing van vergoeding van nodeloze kosten gevolgen verbinden aan door hem laakbaar bevonden procesgedrag (§ 5.5.2). Verder zijn er enige sanctiemogelijkheden in de sfeer van het bewijsrecht (§ 5.5.3).

Het rechtsmiddel herroeping biedt de partij die een procedure heeft verloren als gevolg van bepaalde vormen van onrechtmatig procesgedrag de mogelijkheid hiervoor redres te vinden. Een geslaagde vordering tot herroeping heeft tot gevolg dat procedure wordt heropend (§ 5.6).

De verschillende in dit hoofdstuk behandelde figuren kunnen samenlopen. Voorzover de rechtsgevolgen van de betrokken figuren naast elkaar kunnen bestaan, is er geen probleem en kunnen ze cumuleren: de rechthebbende kan ze naast elkaar inroepen. Indien de rechtsgevolgen niet naast elkaar kunnen bestaan, is er sprake van alternativiteit: de rechthebbende kan kiezen welk rechtsgevolg hij inroept. Wanneer een rechtsgevolg op grond van het recht met uitsluiting van andere moet intreden, is er sprake van exclusiviteit: de rechthebbende kan alleen dit rechtsgevolg inroepen (§ 5.7).

6 De rechtsverhouding tussen procespartijen: conclusie

362. Wat houdt de rechtsverhouding tussen procespartijen in? In dit boek heb ik de belangrijkste normen die deel uitmaken van de rechtsverhouding tussen procespartijen, de rechtsgevolgen van schending van deze normen en de wijze waarop deze rechtsgevolgen zich laten effectueren, beschreven. Ik heb mij hierbij in beginsel beperkt tot de contentieuze dagvaardingsprocedure op tegenspraak naar geldend Nederlands recht. De resultaten van het onderzoek laten zich als volgt samenvatten.

Binnen de tussen procespartijen geldende normen laten zich twee soorten onderscheiden: normen die een rechtsplicht inhouden en normen die een last inhouden. Schending van een rechtsplicht is door het objectieve recht verboden en aldus een onrechtmatige daad. Schending van een last is niet door het objectieve recht verboden maar levert degene op wie de last rust een (negatief) rechtsgevolg op (§ 2.1).

Uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering volgen een aantal tussen partijen geldende rechtsplichten: de waarheidsplicht, de plicht gegevens in te brengen en de plicht onredelijke vertraging te voorkomen.

Op partijen rust een geobjectiveerd subjectieve waarheidsplicht (art. 21 Rv) die inhoudt dat partijen te goeder trouw dienen te zijn ten aanzien van hun feitelijke stellingen. Partijen mogen geen stellingen innemen waarvan zij de onjuistheid kennen of behoren te kennen. De waarheidsplicht laat het recht van partijen er het zwijgen toe te doen in beginsel onverlet. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden noopt de waarheidsplicht tot spreken (§ 2.2).

Partijen kunnen elkaar in zekere mate verplichten gegevensdragers in te brengen (art. 843a Rv). De belangrijkste beperkingen zijn de eis dat de gegevensdrager (bewijsrechtelijke) relevantie moet hebben voor het geschil ten behoeve waarvan afgifte wordt gevorderd en de weigeringsgronden in verband met het verschoningsrecht. Het Nederlandse recht kent een voor partijen geldende getuigplicht. De plicht om gegevensdragers in te brengen en de getuigplicht ontstaan pas door een rechterlijk bevel. Partijen hebben dus niet de plicht spontaan gegevens in te brengen: steeds gaat het initiatief van de wederpartij of de rechter uit (§ 2.3).

Tussen partijen geldt ook een plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging (art. 20 lid 2 Rv). De invulling van de plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval. De parlementaire geschiedenis en de Franse en Belgische jurisprudentie bieden hiertoe aanknopingspunten (§ 2.4).

363. Uit het leerstuk van misbruik van bevoegdheid kunnen tal van normen worden afgeleid die de processuele bevoegdheden van partijen beperken. Deze normen houden deels lasten (preventieve functie van misbruik van bevoegdheid), deels rechtsplichten (repressieve functie van misbruik van bevoegdheid) in (§ 3.1).

In het Franse, Belgische en Nederlandse recht worden diverse criteria gebruikt bij de beantwoording van de vraag of van misbruik sprake is. De uit de criteria voortvloeiende grenzen verschillen onderling niet wezenlijk. De wijze waarop met behulp van de misbruikfiguur grenzen aan bijzondere bevoegdheden worden gesteld komt overeen met de wijze waarop de in het kader van de onrechtmatige daad ontwikkelde normen grenzen stellen aan de vrijheid van het individu in het algemeen. Zowel bij de misbruik- als de onrechtmatigheidsvraag gaat het dikwijls om een beoordeling van de omstandigheden van het geval in het kader van een min of meer vage norm. Deze norm biedt steun bij het ordenen en wegen van de verschillende omstandigheden. De soepelheid van dit systeem vereist controle door het stellen van hoge motiveringseisen (§ 3.2).

Uit de misbruikfiguur vloeien tal van grenzen aan processuele bevoegdheden voort. Zo houdt art. 3:303 BW, een specialis van art. 3:13 BW, de last in dat een eis gepaard moet gaan met een voldoende belang. Voorts vormt het instellen van een vordering waarvan eiser wist of behoorde te weten dat deze kansloos is, misbruik van bevoegdheid en daarmee een onrechtmatige daad. Op soortgelijke wijze kan misbruik worden gemaakt van de bevoegdheid verweer te voeren, een rechtsmiddel in te stellen of bewijs te leveren. Voor de invulling van de uit de misbruikfiguur voortvloeiende beperkingen van processuele bevoegdheden kan steun worden ontleend aan de Franse en Belgische rechtspraak (§ 3.3).

364. De 'eisen van een goede procesorde' verwijzen naar ongeschreven procesrecht (§ 4.1). Het in het kader van de eisen van een goede procesorde ontwikkelde ongeschreven procesrecht vervult ten opzichte van het geschreven procesrecht drie functies, aan te duiden met de begrippen aanvulling, uitleg en beperking.

De uit het geschreven procesrecht voortvloeiende bevoegdheden van partijen worden begrensd en ingekleurd door de eisen van een goede procesorde. Deze begrenzing en inkleuring dienen met name de belangen van de wederpartij bij een zo snel en fair mogelijk verloop van de procedure. De partijautonomie brengt mee dat er doorgaans een beroep op de eisen van een goede procesorde moet worden gedaan om de rechtsgevolgen ervan te kunnen inroepen. Anders ligt dit waar de openbare orde in het geding is (de rechter moet dan ambtshalve ingrijpen) of de rechter negatieve beslissingsvrijheid heeft (de rechter mag dan ambtshalve ingrijpen).

De eisen van redelijkheid en billijkheid verschillen niet intrinsiek van de eisen van een goede procesorde. Beide verwijzingen naar ongeschreven recht kennen eigen domeinen, die soms overlappen (§ 4.2).

Voor wat de eisen van een goede procesorde in een concreet geval(stype) meebrengen, zijn de omstandigheden van het geval bepalend. Aan de hand van het door art. 3:12 BW geboden kader kunnen de voor de verhouding tussen procespartijen typische omstandigheden in beeld worden gebracht (§ 4.3).

De vrijheid van partijen tot standpuntbepaling in een dagvaardingsprocedure in eerste aanleg wordt op twee manieren begrensd door een last. De eerste last houdt in dat partijen voldoende moeten aanvoeren. De tweede last houdt in dat partijen voldoende tijdig moeten aanvoeren. De temporele lasten omtrent het nemen van conclusies en het inbrengen van stukken lopen door deze tweede last heen. Met betrekking tot de eerste last verdient nog opmerking dat de rechter kan bevorderen dat partijen aan hun betwistingslast voldoen door gebruik te maken van zijn in art. 22 Rv genoemde bevoegdheid. Daarnaast valt te wijzen op de daaraan verwante in art. 120 lid 4 en 128 lid 5 Rv genoemde rechterlijke bevoegdheden.

Wat de twee genoemde lasten in concreto van partijen vergen, hangt af van wat de eisen van een goede procesorde in de omstandigheden van het geval meebrengen. Te wijzen valt op het in het algemeen toegenomen gewicht dat in dit verband aan het decisiebeginsel en de belangen van betrokkenen bij snelheid moet worden gehecht. Uitgangspunt moet naar mijn mening zijn dat partijen hun positie bij dagvaarding respectievelijk antwoord op zodanige wijze innemen, dat het geschil hierna min of meer volledig in beeld is (§ 4.4.3-4.4.4).

In hoger beroep kunnen partijen naar geldend recht vrijwel iedere lastschending uit de eerste aanleg repareren. Schending van de last om tijdig aan te voeren in eerste aanleg is in principe zelfs nog na het nemen van de memorie bij akte of pleidooi in hoger beroep toegestaan. De door de beperkende werking van de goede procesorde gestelde grenzen, die blijken uit de onder het oude procesrecht gevormde jurisprudentie, zijn hier soepel te noemen. Betoogd kan worden dat de doorwerking van de sinds 1 januari 2002 geldende strengere regels voor de eerste aanleg meebrengt dat de eisen van een goede procesorde in appel strenger moeten worden ingevuld, zodat deze min of meer in overeenstemming komen met de 'in beginsel strakke regel' die in de bestaande rechtspraak nog slechts op grieven wordt toegepast. Wellicht verdient een nog rigoureuzere aanpak de voorkeur en dient zelfcorrectie van partijen in hoger beroep deels onmogelijk te worden gemaakt (§ 4.4.6).

365. Tegen (dreigend) onrechtmatig procesgedrag kan worden opgetreden met een vordering tot nakoming. Dit zal met name zinvol kunnen zijn in combinatie met een dwangsom ter voorkoming van herhaling. De bijzondere bevelen van art. 166 lid 1 (getuigen) en 843a Rv (inbrengen gegevensdragers) lijken intussen het grootste praktische belang te hebben. Afwikkeling van een

vordering tot nakoming van een processuele rechtsplicht lijkt vrijwel steeds in de procedure waarop de vordering betrekking heeft te kunnen geschieden (§ 5.2).

Onrechtmatig procesgedrag kan aansprakelijkheid opleveren. Hiertoe moet voldaan zijn aan de overige aansprakelijkheidsvoorwaarden toerekenbaarheid, schade en causaal verband. Afwikkeling van een dergelijke claim geschiedt idealiter binnen de procedure waarop zij betrekking heeft. Het huidige procesrecht lijkt dit echter soms onmogelijk te maken (§ 5.3).

Proceshandelingen van partijen zijn rechtshandelingen. Het onthouden van rechtsgevolg aan procesrechtshandelingen is in de praktijk het belangrijkste rechtsgevolg van schending van processuele normen. Inhoudelijk kunnen de verschillende verschijningsvormen van het onthouden van rechtsgevolg aan procesrechtshandelingen worden herleid tot het nietigheidsbegrip. Nietigheid betekent immers niet meer of minder dan het niet hebben van rechtsgevolg (§ 5.4).

Naast bovengenoemde door partijen afdwingbare rechtsgevolgen staan de de sancties die door de rechter op basis van hem toekomende beslissingsvrijheid kan treffen. Zo kan de rechter in het kader van de proceskostenveroordeling door afwijking van het liquidatietarief of toewijzing van vergoeding van nodeloze kosten gevolgen verbinden aan door hem laakbaar bevonden procesgedrag. Verder zijn er enige sanctiemogelijkheden in de sfeer van het bewijsrecht (§ 5.5).

Het rechtsmiddel herroeping biedt de partij die een procedure heeft verloren als gevolg van bepaalde vormen van onrechtmatig procesgedrag de mogelijkheid hiervoor redres te vinden (§ 5.6).

366. De in dit boek beschreven normen en hun rechtsgevolgen geven partijen belangrijke wapens in handen om de wederpartij te dwingen bij te dragen aan een aanvaardbaar procesverloop, of om de wederpartij de negatieve consequenties van normschending te doen dragen. Mijn indruk – gebaseerd op een *argumentum e silentio*: een gebrek aan rechtspraak op dit punt – is dat van deze wapens veel meer gebruik kan worden gemaakt dan thans gebeurt. De oorzaak van het spaarzame gebruik is niet zonder meer duidelijk. Gedacht kan worden aan onbekendheid met de mogelijkheden in deze of de *Gesetz des Wiedersehens*, die inhoudt dat advocaten niet tegen elkaars wangedrag zouden durven op te treden omdat ze elkaar nog jarenlang professioneel zullen tegenkomen.[1] Voorzover de *Gesetz des Wiedersehens* opgeld zou doen, dient er met kracht op te worden gewezen dat de advocaat die normschendingen van de (procesvertegenwoordiger van de) wederpartij laat passeren, zijn cliënt tekort doet.

1 Luhmann 1989, p. 39.

Het antwoord op de vraag hoe de problemen van de burgerlijke procedure (te traag, te duur, niet steeds fair in verloop en afloop) kunnen worden opgelost, wordt tegenwoordig in belangrijke mate gezocht in het uitbreiden van de invloed van de rechter. Deze methode kent echter haar grenzen, die samenhangen met het karakter van het burgerlijk proces. Het proces is van partijen; hun positie is, hoe men het ook wendt of keert, in beginsel autonoom. De in dit boek beschreven normen bieden partijen de nodige handvatten zelf de strijd aan te binden met door de wederpartij veroorzaakte traagheid, kostbaarheid en oneerlijkheid. Wellicht kan een toenemend beroep op en enige aanscherping van deze normen een bijdrage leveren in de strijd tegen te lange, te dure en onbevredigend verlopende civiele procedures.

Summary[■]

The Legal Relationship between Litigating Parties

How is the legal relationship between litigating parties to be characterised? This book describes the most important norms that are part of that legal relationship, as well as the legal consequences of the violation of these norms and the way in which these legal consequences are effectuated. The results of my research may be summarised as follows.

There are two types of norms that apply between litigating parties: some norms impose a legal obligation, whereas others constitute a burden. The violation of a legal obligation is prohibited by law and is therefore a tort. The violation of a burden is not prohibited by the law, but has (negative) legal consequences for the person on whom the burden lies (Section 2.1).

The Code of Civil Procedure (henceforth CCP) contains a number of legal obligations applicable between litigating parties: the obligation to tell the truth, to provide information and to avoid unreasonable delay.

Litigating parties have an objectified subjective obligation to tell the truth (Article 21 CCP), which means that parties' statements of fact must be made in good faith. Parties may not make statements of which they know or ought to know that they are incorrect. In principle, the obligation to tell the truth does not compromise parties' right to remain silent. Only in exceptional circumstances does the obligation to tell the truth lead to an obligation to speak (Section 2.2).

Litigating parties can to a certain extent oblige each other to submit data carriers (Article 843a CCP). The most important restrictions are the grounds for refusal pertaining to nondisclosure and the requirement that the data must have evidential relevance for the dispute in which their submission is claimed. Dutch law imposes upon parties an obligation to testify. The obligation to submit data carriers and the obligation to testify are created by a court order. Parties are not obliged to spontaneously submit information. The other party or the court has to take the initiative (Section 2.3).

Litigating parties are also obliged to avoid creating unreasonable delay (Article 20, paragraph 2 CCP). How this obligation is met is determined by

---

■ Translated by Tony Foster.

the circumstances of the case. The Parliamentary Records and French and Belgian case law provide reference points for this (Section 2.4).

From the doctrine of abuse of power derive a large number of norms limiting parties' procedural powers. Some of these norms entail a burden (the preventative function of abuse of power), others legal obligations (repressive function of abuse of power) (Section 3.1).

French, Belgian and Dutch law apply various criteria to establish whether abuse of power has occurred. The limitations that result from these criteria are not fundamentally different. The way in which the abuse of power prohibition limits special powers corresponds with the norms developed in the law of tort to limit the freedom of the individual in general. Answering the question whether an abuse of power or a tort has occurred often involves an assessment of the circumstances of the case by using a more or less open norm. This norm offers guidance in organising and weighing the different circumstances. The flexibility of this system must be checked by imposing high standards on the giving of reasons (Section 3.2).

The construct of abuse of power entails various limitations on procedural powers. For example, Article 303 of Book 3 of the Dutch Civil Code, a lex specialis of Article 13 of that same Book, requires that a only a party with a sufficient interest may bring a claim. Furthermore, an abuse of power and therefore a tort exists where a plaintiff brings a claim of which he knows or ought to know that it does not stand a chance. Similarly, parties sometimes abuse their power to put up a defence, to institute a legal remedy or to bring forward evidence. For the way in which limitations on procedural powers deriving from the construct of abuse of power are implemented, one may draw on French and Belgian case law (Section 3.3).

The demands of proper procedure refer to unwritten procedural law (Section 4.1). The unwritten procedural law that has arisen from the demands of due process fulfils three functions with regard to written procedural law: it supplements, explains or restricts it.

A party's powers deriving from written procedural law are delimited and coloured by the demands of due process. This is primarily to protect the other party's interest in swift and fair proceedings. The autonomy of parties means that a party generally has to invoke the demands of due process in order to realise their legal effects. This is not the case if the public order is at risk – the judge is then required to act *ex officio* – or if the judge has negative discretion – the judge may act *ex officio*.

The demands of reasonableness and fairness are not intrinsically different from those of due process. Both references to unwritten law have their own domains, which sometimes overlap (Section 4.2).

The demands of due process in a concrete, individual, case or type of case are determined by the circumstances of the case. The framework provided by Article 3 of Book 12 of the Dutch Civil Code offers litigating parties insight into the circumstances typical for their procedural relationship (Section 4.3).

Parties' freedom to determine their position in a summons procedure in the first instance is limited by burdens in two ways. The first burden is that parties have to sufficiently substantiate their claims. The second burden is that parties have to present their submissions in time. The temporal burdens regarding the presentation of statements and the submission of documents interferes with this second burden. As for the first burden, it should be noted that the judge may stimulate parties to comply with their burden to dispute by exercising the power granted to him in Article 22 of the CCP. Closely related to this are the court powers laid down in Articles 120(4) and 128(5) of the CCP.

What these two burdens demand from the litigating parties *in concreto* depends on the demands of due process in view of the circumstances of the case. In this context, reference may be made to the increased importance of the decision principle and parties' interest in expedience. In my opinion, the starting-point should be that parties, in their summons and statement of defence, establish their position such that the dispute is clear from there on (Sections 4.4.3-4.4.4).

In appeal, parties are legally allowed to repair virtually any violation in first instance of the burdens imposed upon them. The violation of the burden to present submissions in time in first instance is even possible, in principle at least, after the statement by instrument or counsel's plea in appeal. The limits imposed by the restrictive effect of due process, which may be distilled from case law under the former law of procedure, are lenient. One could argue that the effect of the stricter rules for the procedure in first instance, in force since 1 January 2002, should be that the demands of due process in appeal are observed more strictly, so that they are more or less brought in line with the "strict-in-principle rule", which in present procedure only applies to the grounds of appeal. Perhaps an even more rigorous approach, no longer always allowing parties to correct themselves in appeal, is to be preferred (Section 4.4.6).

Unlawful or potentially unlawful behaviour during proceedings may be countered with a claim for performance. This will be particularly effective in combination with a judicial penalty to prevent any subsequent violation. The special orders of Articles 166, paragraph 1 (witnesses) and 843a CCP (submission of data carriers) have proven to be the most important in practice. The settlement of a claim for performance of a procedural legal obligation is almost always possible during the proceeding to which the claim pertains (Section 5.2).

Unlawful behaviour during proceedings may give rise to liability, provided the other conditions, imputability, damage and causal connection, are present. Ideally, the settlement of such a claim will take place within the procedure to which it pertains. However, at times current procedural law seems to make this impossible (Section 5.3).

Procedural acts by parties are juristic acts. Depriving procedural acts from their legal consequence appears to be the most important legal consequence

of a violation of a procedural norm. Substantively, the different manifestations of deprivation of legal consequences all derive from the concept of nullity. Nullity, after all, is nothing more or less than the absence of legal consequence (Section 5.4).

In addition to the abovementioned legal consequences enforceable by parties, the judge may impose sanctions, thus exercising his discretionary powers. For example, when adjudicating on the costs of the proceedings, the judge may attach consequences to what he considers reprehensible behaviour by parties by deviating from the existing standard basis of taxation or by awarding unnecessary costs. Furthermore, there are sanctions in the sphere of the law of evidence (Section 5.5).

The legal remedy of revocation offers redress to the party that has lost the procedure as a result of certain forms of unlawful procedural behaviour (Section 5.6).

The norms described in this book and their legal consequences give litigating parties important tools to force their opponents to contribute to an acceptable course of the proceedings or, in case of violation of these norms, to make them carry the consequences thereof. It is my impression, gained from an *argumentum e silentio*, the absence of case law, that these tools could be used more often than they are at present. The reason why they are used so frugally is not clear-cut. Ignorance might play a role, or the *Gesetz des Wiedersehens* (the "we'll-meet -again rule"), which states that attorneys are afraid to act against each other's misconduct because they will be meeting professionally for many years to come. If the *Gesetz des Wiedersehens* is indeed a contributing factor, lawyers should be aware that any attorney who allows the other party or the other party's counsel to get away with violations of norms is failing his client.

Nowadays, increasing the judge's influence is considered an important solution to how the problems of civil procedure (too slow, too expensive, unfair as to how it is conducted as well as to its outcome) may be overcome. However, there are limits to this method. These limits have to do with the nature of litigation. Litigation belongs to the parties: their position is basically autonomous, whichever way one looks at it. The norms described in this book provide litigating parties with useful tools to combat tardiness, high costs and dishonesty by the other party. An increased appeal to and a tightening of these norms may contribute to the fight against civil procedures that are too long, too expensive and therefore dissatisfactory.

Aangehaalde literatuur

Aaftink 1974
H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.

Aaftink 1976
H.A.M. Aaftink, 'Misbruik van recht en rechtswerking', *NJB* 1976, p. 753-766.

Aaftink 1980
H.A.M. Aaftink, 'Rechtsverwerking en afstand van recht' (preadvies VVSRBN), *TPR* 1980, p. 793-830.

Abas 1972
P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972.

Van den Akker 2001
E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Akkermans 2002
A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij bewijs van causaal verband* (inaug. rede Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Alkema 1978
E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Alkema 1988
Evert Albert Alkema, 'The third-party applicability or "Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights', in: Franz Matscher & Herbert Petzold (red.), *Proteting Human Rights: The European Dimension* (G.J. Wiarda-bundel), Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymans Verlag 1988, p. 33-45.

Alkema 1990
E.A. Alkema, noot onder HR 29 juni 1990 (*Trakzel/gem. Amsterdam*), *NJ* 1990, 337.

Alkema 1995
E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1995 I, p. 1-129.

Arens 1983
Peter Arens, 'Zur Aufklärungspflicht der nicht beweislasteten Partei im Zivilprozeß', *ZZP* 96 (1983), p. 1-24.

Asser 1991
W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken* (preadvies NVvP), Deventer: Kluwer 1991.

Asser 1992a
W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (Monografie Nieuw BW A-24), Deventer: Kluwer 1992.

Asser 1992b
W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid* (inaug. rede Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992.
Asser 1997a
W.D.H. Asser, 'Doelstellingen van het burgerlijk procesrecht', in: J.G.A. Linssen & J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 5-20.
Asser 1997b
W.D.H. Asser, 'Mijn broeders hoeder?' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 513-533.
Asser 1999
W.D.H. Asser, 'Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering' (preadvies NVvP), in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
Asser 2000
W.D.H. Asser, *Fair, redelijk en billijk* (inaug. rede Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2000.
Asser 2003
W.D.H. Asser, noot onder HR 7 december 2001 (*De vrouw/De man*), *NJ* 2003, 76.
Asser, Groen & Vranken 2003
W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, met medewerking van I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans* (interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud)
W.D.H. Asser, 'Eerste Boek, Eerste titel, Algemeene bepalingen', in: W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, *Boek 1 oud,* Deventer: Kluwer (losbl.).
Asser/Anema & Verdam 1953
A. Anema, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,vijfde deel, Van bewijs*, vijfde druk met medewerking van P.J. Verdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.
Asser/Van Dam, Mijnssen & Van Velten 2002
C.C. van Dam , F.H.J. Mijnssen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht, deel II, zakelijke rechten*, veertiende druk, Deventer: Kluwer 2002.
Asser/Van der Grinten I 1973
W.C.L. van der Grinten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, deel I, De vertegenwoordiging*, vierde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
Asser/Van der Grinten I 1990
W.C.L. van der Grinten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, deel I, De vertegenwoordiging*, zevende druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
Asser/Hartkamp I 2000
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel I, De verbintenis in het algemeen*, elfde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Asser/Hartkamp II 2001
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, elfde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Hartkamp III 2002
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel III, De verbintenis uit de wet*, elfde druk met medewerking van C.H. Sieburgh, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Asser/Mijnssen & De Haan 2001
F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, m.m.v. C.C. van Dam, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht, deel I, Algemeen goederenrecht*, veertiende druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Rutten III 1983
L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijke recht, Verbintenissenrecht, deel III, De verbintenis uit de wet*, zesde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel **, derde druk met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Scholten II 1940
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Personenrecht,deel II, Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940.

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

Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989
Noël Dejean de la Bâtie, *Aubry & Rau, Droit civil français, Tome VI-2, Responsabilité délictuelle*, achtste druk, Paris: Librairies Techniques 1989.

Van Baars 1971
Johan van Baars, *Point d'intérêt, point d'action* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1971.

De Baets 2000
P. De Baets, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen* (APR), Antwerpen: Kluwer 2000.

Bakels 1990
F.B. Bakels, 'Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over het hoger beroep in burgerlijke zaken', *WPNR* 5951 (1990), p. 145-150.

Ballon & Van den Eynden 1966
Luc Ballon & Stefaan Van den Eynden, 'Het tergend en roekeloos geding', *JF* 3 (1966-67), p. 37-46.

Bar 1996
Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, München: C.H. Beck 1996.

BAR Vereinfachungsnovelle
Bericht und Antrag des Rechtsausschusses zur Vereinfachungsnovelle, *BT-Drucks.* 7/5250.

Barendrecht & Van den Reek 1994
J.M. Barendrecht & WA.J.P. van den Reek, 'Exhibitieplicht en bewijsbeslag', *WPNR* 6155 (1994), p. 739-745.
Le Bars 1999
Thierry le Bars, 'La théorie du fait constant', *JCP* 1999 I, 178.
Baumbach/Lauterbach/Hartmann 2003
Peter Hartmann, in: Adolf Baumbach, *Zivilprozeßordnung*, voortgezet door Wolfgang Lauterbach, 61e druk bewerkt door Jan Albers en Peter Hartmann, München: C.H. Beck 2003.
Baumgärtel 1973
Gottfried Baumgärtel, 'Treu und Glauben im Zivilprozeß', *ZZP* 86 (1973), p. 353-272.
Baur/Grunsky 2000
Fritz Baur, *Zivilprozeßrecht*, voorgezet door Wolfgang Grunsky, tiende druk, Neuwied und Kriftel: Luchterhand 2000.
Beekhuis 1964
J.H. Beekhuis, noot onder HR 1 februari 1963 (*Roos en Pino/Escomptobank en Staat*), *NJ* 1964, 157.
Beijer 2002 (*T&C Rv*)
F.M. Beijer, in: C.J.J.C. van Nispen e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2002.
Van den Berg 2000
P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.
Ten Berg-Koolen 1986
J. ten Berg-Koolen, 'De goede procesorde in het burgerlijk-procesrecht', *NJB* 1986, p. 113-119.
Bernhardt 1963
Wolfgang Bernhardt, 'Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß' *JZ* 1963, p. 245-247.
De Bersaques 1953
André De Bersaques, noot onder Cour d'appel Gent 20 november 1950, *RCJB* 1953, p. 270-287.
Beukers 1994
Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal?* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
Blaisse 1988
Alain Blaisse, 'Le problème des pièces et conclusions tardives', *JCP* 1988 I, 3317.
Blary-Clément 1991
Édith Blary-Clément, 'Spécificités et sanctions des manoeuvres dilatoires dans le procès civil', *JCP* 1991 I, 3534.
Blei Weissmann 1979
Y.G. Blei Weissmann, 'Spreken is zilver, maar zwijgen een onrechtmatige daad ?', *Prg.* 1979, p. 81-91.
Bloembergen 1964
A.R. Bloembergen, 'Onrechtmatige daad; Publicatie van het vonnis; recht op rectificatie', *NJB* 1964, p. 337-345 en 374-381; herdrukt in: Y.G. Blei Weissmann e.a. (red.), *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 33-49.

Bloembergen 1965
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Æ.E. Kluwer 1965.
Bloembergen 1993
A.R. Bloembergen, 'boekbespreking' (bespreking van Lankhorst 1992), *RMThemis* 1993, p. 142-145.
Bloembergen 1998
A.R. Bloembergen, noot onder HR 20 februari 1998 (*B./Staat*), *NJ* 1998, 526.
Bloembergen 2000a
A.R. Bloembergen, noot onder HR 25 juni 1999 (*B. senior/B. junior*), *NJ* 2000, 16.
Bloembergen 2000b
A.R. Bloembergen, noot onder HR 5 november 1999 (*L.M/C.M.*), *NJ* 2000, 63.
Bloembergen 2000c
A.R. Bloembergen, noot onder HR 28 april 2000 (*Rouwhof/Eternit*), *NJ* 2000, 431.
Bloembergen 2001
A.R. Bloembergen, in: A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks burgerlijk recht 3), derde druk, Deventer: Kluwer 2001.
Bloembergen/Lindenbergh 2001
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografie Nieuw BW B-34), tweede druk bewerkt door S.D. Lindenbergh, Deventer: Kluwer 2001.
Boekman 1998
S. Boekman, *Het huidige advocatentuchtrecht*, tweede druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
Böhtlingk 1954
F.R. Böthlingk, *Het leerstuk der vertegenwoordiging* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: A. Jongbloed & zoon 1954.
Bolard 1993
Georges Bolard, 'Les principes directeurs du procès civil', *JCP* 1993 I, 3693.
Bolard 2000
Georges Bolard, 'Les écritures qualificatives', *JCP* 2000 I, 214.
Bolard 2002
Georges Bolard, in: Serge Guinchard (red.), *Droit et pratique de la procédure civile*, tweede druk, Paris: Dalloz 2002.
Boll 1913
V.G.A. Boll, *Misbruik van recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Oosthoek 1913.
Bolt 1989
A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.
Bolt 1996
A.T. Bolt, in: A.T. Bolt & J. Spier, met medewerking van O.A. Haazen, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1996 I.
Bolt & Spier 1996
A.T. Bolt & J. Spier, in: A.T. Bolt & J. Spier, met medewerking van O.A. Haazen, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1996 I.
Van Boneval Faure I 1893
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht, I*, derde druk, Leiden: E.J. Brill 1893.

Van Boneval Faure II 1900
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht, II*, vierde druk, Leiden: E.J. Brill 1900.
Van Boneval Faure IV-1 1896
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht, IV-1*, tweede druk, Leiden: E.J. Brill 1896.
Van Boneval Faure V 1900
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht, V*, tweede druk, Leiden: E.J. Brill 1900.
Boonekamp (*Schadevergoeding*)
R.J.B. Boonekamp, in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Boonekamp & Van Maanen 2000
R.J.B. Boonekamp & C.J.J. van Maanen, 'Het procesmodel van het ontwerp', *TCR* 2000, p. 6-11.
Bosch-Boesjes 1991
J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.
Bosch-Boesjes 2002 (*T&C Rv*)
J.E. Bosch-Boesjes, in: C.J.J.C. van Nispen e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering, tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2002.
Boukema 1966
C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966.
Boularbah & Van Drooghenbroek 2001
Hakim Boularbah & Jean-François van Drooghenbroek, 'La Cour de Cassation et les fausses conclusions additionelles', *JT* 2001, p. 513-516.
Brands 1990
H.J. Brands, 'Proceskostenverhaal bij wege van onrechtmatige daads-actie', in: T.A.W. Sterk & H. Carels (red.), *Leidse Procesrechtelijke Geschriften*, vijfde jaargang, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 43-51.
Bregstein 1953
M.H. Bregstein, 'Beantwoording rechtsvraag', *WPNR* 4297 (1953), p. 258-259.
Brenninkmeijer 1991
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces', *NJCM-Bulletin* 1991, p. 629-647.
Brenninkmeijer 1993
A.F.M. Brenninkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als publiekrecht* (inaug. rede Amserdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
Brethe de la Gressaye 1925
Jean Brethe de la Gressaye, noot onder Req. 7 mei en 24 november 1924, *S* 1925, II, 217.
Van den Brink 2002
V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
Broeckx 1995
Karen Broeckx, *het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubele aanleg in het civiele geding* (diss. Antwerpen UIA), Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU 1995.
Brun & Clerc-Renaud 2000
Philippe Brun & Laurence Clerc-Renaud, 'Frais irrépétibles', in: *Rép. pr. civ.*

Brunner 1968
C.J.H. Brunner, 'Modernisering van het burgerlijk proces' (preadvies NOvA), *Adv.bl.* 1968, p. 497-514.
Brunner 1977
C.J.H. Brunner, 'Abuse of rights in Dutch law', *LLR* 37 (1977), p. 729-745.
Brunner 1978
C.J.H. Brunner, 'Boekbespreking' (bespreking van Hofmann/Van Opstall 1976), *RMThemis* 1976, p. 158-163.
Brunner 1980
C.J.H. Brunner, noot onder HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *NJ* 1980, 34.
Brunner 1984
C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, tweede druk, Arnhem: Gouda Quint 1984.
Brunner 1988a
C.J.H. Brunner, 'Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven', *WPNR* 5885 (1988), p. 454-460.
Brunner 1988b
C.J.H. Brunner, noot onder HR 3 april 1987 (*L en L/Drenth*), *NJ* 1988, 275.
Brunner 1992
C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100.
Brunner 1997
C.J.H. Brunner, noot onder HR 13 januari 1995 (*De Heel/Korver*), *NJ* 1997, 175.
Brunner 1999
C.J.H. Brunner, in: *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks burgerlijk recht 4), Deventer: Kluwer 1999.
Bruyneel 1979
André Bruyneel, noot onder Cass. 30 oktober 1978, *JT* 1979, p. 369-378.
Bulk 1998
Marjolijn Bulk, *Rectificatie en uitingsvrijheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998.
Bülow 1879
Oskar von Bülow, 'Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten', *AcP* 62 (1879), p. 1-96.
Bydlinski 1986
Franz Bydlinski, 'Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen', *JBl.* 1986, p. 626-639.

Cadiet 1992
Loïc Cadiet, 'Abus de droit' in: *Rép. dr. civ.*
Cadiet 1998
Loïc Cadiet, *Droit judiciaire privé*, tweede druk, Paris: Litec 1998.
Campion 1925
L. Campion, *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelles/Paris: Émile Bruylant/LGDJ 1925.
Castermans 1992
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 1992.

Chorus 1987
J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter* (inaug. rede Leiden), Deventer: Kluwer 1987.
Clausewitz 1834
Carl von Clausewitz, *Vom Kriege*, derde deel, Berlin: Ferdinand Dümmler 1834.
Cleiren 1989
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.
Cleveringa 1935
R.P. Cleveringa, 'De gronden voor requeste-civiel', in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: Deventer 1935, p. 177-220.
Cleveringa 1964
R.P. Cleveringa, 'Het belang der vordering', *RMThemis* 1964, p. 219-277.
De Cocq 1959
G.A. de Cocq, 'Gebruik en misbruik van procesrecht', *Adv.bl.* 1959, p. 388-396.
Coenraad 2000
L.M. Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.
Coenraad 2001
L.M. Coenraad, 'Presto ma non troppo', in: A.W. Jongbloed (red.), *Beschouwingen over het nieuwe procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 21-30.
Cohen Jehoram 1960
H. Cohen Jehoram, 'Enige praeliminaire opmerkingen betreffende de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens', *AA* IX (1959-60), p. 117-126.
Van Compernolle 1981
J. Van Compernolle, 'La production forcée de documents dans le Code judiciaire', *Ann. dr. Louvain* 1981, p. 89-105.
Courtieu 1997
Guy Courtieu, 'Droit à réparation: Abus du droit d'agir en justice', in: *Juris-Classeur Responsabilité civile*, Fasc. 131-3, Paris: Juris-Classeur (losbl.).

Dabin & Lagasse 1955
Jean Dabin & André Lagasse, 'Examen de jurisprudence (1951-1955): La résponsabilité délictuelle et quasi délictuelle', *RCJB* 1955, p. 216-278.
Dabin & Lagasse 1959
Jean Dabin & André Lagasse, 'Examen de jurisprudence (1955-1959): La résponsabilité délictuelle et quasi délictuelle', *RCJB* 1959, p. 175-226.
Dabin & Lagasse 1963
Jean Dabin & André Lagasse, 'Examen de jurisprudence (1959-1963): La résponsabilité délictuelle et quasi délictuelle', *RCJB* 1963, p. 257-309.
Daigre 1979
Jean-Jacques Daigre, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Paris: Presses Universitaires de France 1979.
Dalcq 1967
R.O. Dalcq, *Traité de la reponsabilité civile I, Les causes de la responsabilité*, tweede druk, Bruxelles: Larcier 1967.

Van Dam 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.
Van Dam 1995
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten* (preadvies NVVR), Deventer: Kluwer 1995.
Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
Van Dam 2001
C.C. van Dam, in: A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht 3), derde druk, Deventer: Kluwer 2001.
Davids 1999
W.J.M. Davids, *Burenrecht* (Mon. Nieuw BW B-26), derde druk, Deventer: Kluwer 1999.
Degenkolb 1877
Heinrich Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig: Breitkopf & Härtel 1877.
Dekkers 1959
René Dekkers, noot onder Hof Liège 31 januari 1956, *RCJB* 1959, p. 141-157.
Derrida, Godé & Sortais 1991
Fernand Derrida, Pierre Godé & Jean-Pierre Sortais, met medewerking van Adrienne Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, derde druk, Paris/Nice: Dalloz/CRAJEFE 1991.
Desdevises 1979
Yvon Desdevises, 'L'abus du droit d'agir en justice avec succès', *D* 1979, IV, p. 21-22.
Deurvorst (*Onrechtmatige daad II.1*)
T.E. Deurvorst, 'II.1 Rechtsvorderingen', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Devèze 1980
Jean Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile* (diss. Toulouse), Grenoble: SRT 1980.
Diephuis IX 1855
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, negende deel, Groningen: J.B. Wolters 1855.
Diephuis II 1872
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, tweede deel, Groningen: J.B. Wolters 1872.
Diephuis III 1874
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, derde deel, Groningen: J.B. Wolters 1874.
Van Dijk 1966
V.J.A. van Dijk, *Nova in het burgerlijk geding* (inaug. rede Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966.
Van Dijk & Van Hoof 1998
P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, derde druk, Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International 1998.

Van der Does & Snijders 2001
J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (Mon. Nieuw BW A-26), Deventer: Kluwer 2001.
Dommering 1982
E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht* (Mon. Nieuw BW A-7), Deventer: Kluwer 1982.
Dommering 1983
E.J. Dommering, 'Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1983 I, tweede stuk, p. 151-239.
Dölle 1964
Hans Dölle, 'Pflicht zur redlichen Prozessführung?' in: Bernard Aubin e.a. (red.), *Festschrift für Otto Riese*, Karlsruhe: C.F. Müller 1964, p. 279-294.
H. Drion 1958
H. Drion, *Aansprakelijkheid voor andermans fouten* (inaug. rede Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhof 1958.
H. Drion 1962
H. Drion, 'Rechterlijk bevel en verbod', *RMThemis* 1962, p. 203-240; herdrukt in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 97-126.
H. Drion 1966
H. Drion, 'Bewijzen in het recht', *RMThemis* 1966, p. 406-431.
H. Drion 1967
H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht* (preadvies VVSRBN), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967; herdrukt in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 231-257.
H. Drion 1972
H. Drion, 'Algemene problemen', in: H. Drion & J.L.P. Cahen, *De dwaling in het privaatrecht* (preadvies BCN), s.l.: s.n. 1972, herdrukt in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 301-360.
J. Drion 1947
J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 3992-3996 (1947), p. 245-280; herdrukt in: J. Drion, *Verzamelde geschriften*, Leiden/Deventer: Universitaire Pers Leiden/Kluwer 1968, p. 55-98.
Drzemczewski 1977
Andrew Drzemczewski, 'The domestic status of the European Convention on human rights: new dimensions', *LIEI* 1977, p. 1-75.
Dubbink 1990
C.W. Dubbink, 'De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:12 NBW', *WPNR* 5963-5964, p. 359-378.
Van Dunné 1971
J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.
Van Dunné 1995
J.M. van Dunné, 'De bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid', *AA* 44 (1995), p. 664-675.
Van Dunné 2001
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2001.

Duquesne e.a. 1970
Antoine Duquesne e.a., 'La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionel', *Ann. dr. Liège* 1970, p. 195-293.

Eggens 1937
J. Eggens, 'Een nieuwe toepassing van het beginsel der goede trouw', *WPNR* 3506 (1937), p. 105-108; herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 1,* Haarlem: F. Bohn 1958, p. 425-431.
Eggens 1939
J. Eggens, 'Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', *WPNR* 3629-3630 (1939), p. 325-340; herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 2,* Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1959, p. 30-43.
Eggens 1941
J. Eggens, *Het "misbruik van recht" en de vrijheid*, diesrede Batavia 1941; herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 2,* Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1959, p. 70-81.
Eggens 1947
J. Eggens, 'Over het wezen van het misbruik van recht', *WPNR* 3989-3991 (1941), p. 221-239; herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 2,* Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1959, p. 116-132; tevens herdrukt in H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Belvédère 1998, p. 285-301.
Eggens 1950
J. Eggens, 'De bronnen van de verbintenis', *WPNR* 4158-4160 (1950), p. 441-468; herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 2,* Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1959, p. 236-256; tevens herdrukt in H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Belvédère 1998, p. 362-382.
Eggens 1951
J. Eggens, 'De Beginselen van het burgerlijk bewijs' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1951 I, p. 3-49; herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 2,* Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1959, p. 280-313; tevens herdrukt in H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Belvédère 1998, p. 406-439.
Eggens 1962
J. Eggens, 'Iets over de verhouding tussen wet en recht, in verband met 'ongerechtvaardigde verrijking en 'misbruik van dwangpositie'' (afscheidsrede Amsterdam UvA), *WPNR* 4704-4705 (1962), p. 1-16; herdrukt in H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Belvédère 1998, p. 474-489.
Eide 1984
Asbjørn Eide, 'The international human rights system', in: Asbjørn Eide e.a. (red.), *Food as a human right*, Tokyo: The United Nations University 1984.
Eissen 1961
Marc-André Eissen, 'La Convention et les devoirs de l'individu' in: *Al protection internationale des droits de l'homme dans le cadre Européen*, Paris: Dalloz 1961, p. 167-194.
Eissen 1971
Marc-André Eissen, 'La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les obligations de l'individu: une mise à jour' in: Karel Vasak & Jean Graven (red.), *René Cassin amicorum discipulorum liber III*, Paris: A Pedone 1971, p. 151-162.

Van Emde Boas 1965
M.J. van Emde Boas, *De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Nederlandse rechtsorde* (preadvies VVSRBN), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965.
Van Emmerik 1997
M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.
Englebert 1997
Jacques Englebert, 'Sanctions et pouvoirs du juge dans la mise en átat', *TBBR* 1997, p. 261-310.
Van Erp 1990
J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
Eshuis 1998
R.J.J. Eshuis, *Een kwestie van tijd* (Onderzoek en beleid 171), Den Haag: WODC 1998.
Esser/Schmidt 1995
Josef Esser, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1*, voorgezet door Eike Schmidt, achtste druk, Heidelbrg: C.F. Müller 1995.

Fagnart & Denève 1986
Jean-Luc Fagnart & Myriam Denève, 'Chronique de jurisprudence. Responsabilité civile 1976-1984', *JT* 1986, p. 297-316 en 321-328.
Fasching 1990
Hans W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, tweede druk, Wien: Manz 1990.
Fettweis 1985
Albert Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Liège: Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales 1985.
Fikentscher 1997
Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, negende druk, Berlin/New York: De Gruyter 1997.
Fischer 1979
Bianca Fischer, *Divergierende Selbstbelastungspflichten nach geltendem Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1979.
Fisselier 1979
Alain Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil* (diss. Rennes), Grenoble: Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales de Grenoble 1979.
De Folter 2001
M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
Frenk 1994
N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.
Freudenthal 2002
M. Freudenthal, 'Internationale bewijsverkrijging: van Haagse en Europese samenwerking', *NIPR* 2002, p. 109-122.
Fricero 2002
Natalie Fricero, in: Serge Guinchard (red.), *Droit et pratique de la procédure civile*, tweede druk, Paris: Dalloz 2002.

Funke 1982
A.P. Funke, 'Behoort het burgerlijk procesrecht verder gedeformaliseerd te worden?', in: G.J. Scholten e.a., *Naar behoren* (jubileumbundel Juridisch Gezelschap Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 33-49.
Funke 1983
A.P. Funke, 'Deformaliseringstendensen in het burgerlijk procesrecht', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 59-70.

Gambaro 1995
Antonio Gambaro, 'Abuse of rights in civil law tradition', *ERPL* 1995, p. 561-570.
Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991
Huguete Geinger, Philippe Colle & Christian van Buggenhout, 'Overzicht van rechtspraak 1975-1989: Het faillissement en het gerechtelijk akkoord', *TPR* 1991, p. 407-695.
Gerbrandy 1952
S. Gerbrandy, 'Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken', *NJB* 1952, p. 369-392.
Gerbrandy 1959
S. Gerbrandy, 'Gebruik en misbruik van procesrecht' (Preadvies NOvA), *Adv.bl.* 1959, p. 325-387.
Gerbrandy 1961
S. Gerbrandy, 'Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht' (preadvies VVWR), *Hand. VVWR* 1961, p. 3-42.
Gerbrandy 1992
S. Gerbrandy,'Redelijkheid en bilijkheid op de drempel', *WPNR* 6061 (1992), p. 635-640.
Gerhardt 1969
Walter Gerhardt, 'Beweisvereitelung im Zivilprozeßrecht', *AcP* 169 (1969), p. 289-316.
Van Gerven 1973
Walter van Gerven, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht I: Algemeen Deel*, Antwerpen/Utrecht: Standaard 1973.
Van Gerven 1980
Walter van Gerven, 'Variaties op het thema misbruik', *WPNR* 5504 (1980), p. 62-76.
Van Gerven 1983
Van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Brussel/Zwolle: Story recht/W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
Ghestin & Goubeaux 1994
Jacques Ghestin & Gilles Goubeaux, met medewerking van Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, vierde druk, Paris: LGDJ 1994.
Giesen 2001
I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Giesen 2002
I. Giesen, 'De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002, p. 85-92.
Goldschmidt 1925
James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin: Julius Springer 1925.

Gottwald 1979a
Peter Gottwald, 'Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozeß', *BB* 1979, p. 1780-1787.
Gottwald 1979b
Peter Gottwald, noot onder BGH 20 juni 1977, *ZZP* 92 (1979), p. 362-369.
Gounalakis 1995
Kathrin Gounalakis, *Die flücht vor Präklusion bei verspätetem Vorbringen im Zivilprozeß* (diss. Frankfurt am Main), Köln e.a.: Carl Heymanns 1995.
J.W.M. van der Grinten 1984
J.W.M. van der Grinten, 'Misbruik van Recht in het nieuw BW', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 367-390.
W.C.L. van der Grinten 1958
W.C.L. van der Grinten, noot onder HR 15 november 1957 (*Baris/Riezenkamp*), *AA* VIII (1957-58), p. 103-107.
W.C.L. van der Grinten 1965
W.C.L. van der Grinten, 'Handelen te goeder trouw', in: F.F.X. Cerutti e.a. (red.), *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis* (Hermesdorf-bundel), Deventer: Æ.E. Kluwer 1965, p. 155-171.
W.C.L. van der Grinten 1983
W.C.L. van der Grinten, 'Verbintenissenrecht volgens het NBW', *NJB* 1983, p. 1234-1238.
W.C.L. van der Grinten 1969
W.C.L. van der Grinten, , 'Marginale toetsing', in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer/Zwolle: Kluwer/Tjeenk Willink 1969, p. 109-123.
W.C.L. van der Grinten 1993
W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving* (Mon. Nieuw BW B-81), Deventer: Kluwer 1993.
Gras 1992
E. Gras, 'De vraag naar het bewijsrisico', *WPNR* 6062 (1992), p. 653-662.
Gras 1994
E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994.
Gras 1997
E. Gras, 'Nieuwe ontwikkelingen aangaande stelplicht, adstructieplicht, bewijslast en bewijswaardering in het burgerlijk geding?', in: A.L. Mohr e.a. (red.), *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 109-132.
Gras 2002
E. Gras, noot onder Rb. Amsterdam 15 mei 2002, *JBpr* 2002, 13.
Gras 2003
E. Gras, 'Goede procesorde en redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk proces', in: M.W. Heselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 39-69.
Grossmann 1935
Käthe Grossmann, 'Bestaat er een plicht der partijen in het Nederlands burgerlijk proces hare verklaringen naar waarheid af te leggen?', *RM* 1935, p. 503-527.

Grünebaum 1904
A. Grünebaum, *Het karakter van den bewijslast in het burgerlijk geding* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1904.
Guldener 1979
Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, derde druk, Zürich: Schulthess Polygrapischer Verlag 1979.
Gutt & Stranart-Thilly 1974
Etienne Gutt & Anne-Marie Stranart-Thilly, 'Examen de jurisprudence', *RCJB* 1974, p. 89-186.

Haardt 1945
W.L. Haardt, *De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945.
Haardt 1958
W.L. Haardt, *Fair play in het burgerlijk geding* (inaug. rede Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.
Haardt 1970
W.L. Haardt, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 137-151.
Haardt 1972
W.L. Haardt, 'Informeel privaatrecht', in: C.H. Beekhuis e.a., *Van Opstall-bundel*, Deventer: Kluwer 1972, p. 69-75.
Haardt 1984
W.L. Haardt, 'Het burgerlijk geding. – 'Fair Play' revisited', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 11-18.
Haardt 1985
W.L. Haardt, 'De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding 1945-1985', *AA* 34 (1985), p. 704-710.
Haardt (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud)
W.L. Haardt, 'Eerste Boek, Derde titel, Zeventiende afdeling. Van voeging en tusschenkomst', in: W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, *Boek 1 oud*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Haardt & Gerretsen (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud)
W.L. Haardt & J. Gerretsen, 'Eerste Boek, Derde titel, Zesde afdeling. Getuigen', in: W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, *Boek 1 oud*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Habscheid 1990
Walther J. Habscheid, met medewerking van Stephen Berti, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtorganisationsrecht*, tweede druk, Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn 1990.
Hamaker 1906
H.J. Hamaker, 'Beschouwingen over bewijsrecht', *RM* 25 (1906), p. 1-100; herdrukt in W.L.P.A. Molengraaff & C.W. Star Busmann (red.), *Verspreide geschriften van mr. H.J. Hamaker, deel V, bewijsrecht*, Haarlem: F. Bohn 1912, p. 50-144.
Hammerstein 1989
A. Hammerstein, 'te goeder trouw procederen', *TPR* 1989, p. 1595-1613.

Hammerstein 1991
A. Hammerstein, 'Hoger beroep in civiele zaken', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart* (Leijten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 301-313.
Hammerstein 1997
A. Hammerstein, 'Informatieplicht van partijen en bewijsgaring', in: J.G.A. Linssen & J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 91-99.
Hammerstein 2002
A. Hammerstein, 'Appelprocesrecht en het nieuwe recht', *TCR* 2002, p. 49-51.
Hartkamp 1992
A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (inaug. rede Utrecht), Deventer: Kluwer 1992.
Hartlief 1997
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (inaug. rede Leiden), Deventer: Kluwer 1997.
Hartlief 1999
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd* (diesrede Leiden), Deventer: Kluwer 1999.
Hartlief 2000
T. Hartlief, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), tweede druk, Deventer: Kluwer 2000.
Hartogh 1875
A.K.F. Hartogh, 'Is het wenselijk de bepalingen onzer burgerlijke wetgeving omtrent de veroordeeling in de proceskosten te wijzigen, zoo ja in welken zin? (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1875 I, p. 113-161.
Hébraud & Raynaud 1959
Pierre Hébraud & Pierre Raynaud, 'Chronique de procédure civile', *RTDciv.* 57 (1959), p. 143-162.
Heemskerk 1971
W.H. Heemskerk, 'Nietigheid in het burgerlijk procesrecht', *RMThemis* 1971, p. 307-341.
Heemskerk 1972
W.H. Heemskerk, *De eis in reconventie* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: VUGA 1972.
Heemskerk 1974
W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering* (inaug. rede Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1974.
Heemskerk 1977
W.H. Heemskerk, noot onder HR 6 april 1976 (*Gfra/Van Hensbergen*), *NJ* 1977, 194.
Heemkerk 1980a
W.H. Heemskerk, noot onder HR 24 november 1978 (*Sunclass/Dernison*), *NJ* 1980, 88.
Heemskerk 1980b
W.H. Heemskerk, noot onder HR 18 mei 1979 (*Hulskorte/Van der Lek*), *NJ* 1980, 213.
Heemskerk 1980c
W.H. Heemskerk, noot onder HR 7 maart 1980 (*Kuiterman/ECW*), *NJ* 1980, 611.
Heemskerk 1981
W.H. Heemskerk, noot onder HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548.
Heemskerk 1985a
W.H. Heemskerk, noot onder HR 22 juni 1984 (*Panholzer/Cancuk*), *NJ* 1985, 188.

Heemskerk 1985b
W.H. Heemskerk, noot onder HR 16 november 1984 (*Ciba Geigy/Voorbraak*), *NJ* 1985, 547.
Heemskerk 1989
W.H. Heemskerk, noot onder HR 1 juli 1988 (*FCI/Joustra*), *NJ* 1989, 156.
Van der Heiden 2002
A.J.J. van der Heiden, noot onder Ktr. Delft 21 februari 2002, *Prg.* 2002, 5832.
Hellwig II 1907
Konrad Hellwig, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts*, Zweiter Band, Leipzig: Deichert 1907.
Hellwig 1912
Konrad Hellwig, *System des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Erster Teil, Leipzig: Deichert 1912.
Van der Helm & Wesseling-van Gent 1996
I. van der Helm & E.M. Wesseling-van Gent, 'De redelijke termijn in civiele procedures, *Trema* 1996, p. 125-134.
Helmich 1945
W.B. Helmich, *De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinsche, Fransche en Nederlandsche recht* (diss. Nijmegen), s.n.: s.l. 1945.
Henckel 1970
Wolfram Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen: Otto Schwartz 1970.
Henny 1857
G.J.B. Henny, *De bekentenis volgens de Nederlandsche wetgeving* (diss. Leiden), Zutphen: Willem Thieme 1857.
Heringa (*EVRM T&C*)
A.W. Heringa, 'Art. 6 Eerlijk proces', in: A.W. heringa e.a. (red.), *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: rechtspraak & commentaar*, Lelystad: Vermande (losbl.).
Hess 1999
Burkhard Hess, 'Abuse of procedure in Germany and Austria', in: Michele Taruffo (red.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness* (Colloquium International Association of Procedural Law), Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International 1999, p. 151-179.
Hesselink 1999
M.W. Hesselink, *De redelijkheid en bilijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.
Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
Hijma 1989
Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (inaug. rede Leiden), Deventer: Kluwer 1989.
Hijma 1991
Jac. Hijma, noot onder HR 21 december 1990 (*Van Geest/Nederlof*), *AA* 40 (1991), p. 661-667; herdrukt in T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht. Jurisprudentie en annotaties uit Ars Aequi 1957-1999*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 109-114.
Hijma & Olthof 2002
Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*, achtste druk, Deventer: Kluwer 2002.

Hijmans van den Bergh 1973
L.J. Hijmans van den Bergh, noot onder HR 16 februari 1973 (*Maas/Willems*), *NJ* 1973, 463.
Hippel 1939
Fritz von Hippel, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1939.
Hofmann/Drion 1959
H. Drion in: H. Drion & K.Wiersma, *Dr. L.C. Hofmann. Het Nederlandse verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen, tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters 1959.
Hofmann/Van Opstall 1976
S.N. van Opstall, *Dr. L.C. Hofmann. Het Nederlandse verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen, eerste gedeelte (artt. 1269-1387), eerste stuk (artt. 1269-1301 en 1304-1348 B.W.)*, negende druk, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.
Hol 1993
A.M. Hol, *Gewogen recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
Van den Honert 1839
Joan van den Honert, *Handboek voor de burgerlijke regtsvordering*, Amsterdam: L. van der Vinne 1839.
Hoonakker 2002
Philippe Hoonakker, in: Serge Guinchard (red.), *Droit et pratique de la procédure civile*, tweede druk, Paris: Dalloz 2002.
Hopt 1968
Klaus Hopt, *Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*, München: C.H.Beck 1968.
J.F. Houwing 1906
J.F. Houwing, *De maatschappelijke betekenis van het burgerlijk proces* (diesrede Amsterdam UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1906; herdrukt in J.F. Houwing, *Rechtskundige opstellen*, Haarlem: Bohn 1921, p. 460-473.
Ph.A.N. Houwing 1948
Ph.A.N. Houwing, *De onwaarheid in het privaatrecht* (diesrede Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948; herdrukt in H. Drion e.a. (red.), *Geschriften van Houwing*, Deventer: Kluwer 1972, p. 215-234.
Ph.A.N. Houwing 1968
Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking* (preadvies BCN), s.l.: s.n. 1968; herdrukt in: H. Drion e.a. (red.), *Geschriften van Houwing*, Deventer: Kluwer 1972, p. 393-480.
Ph.A.N. Houwing 1971
Ph.A.N. Houwing, noot onder onder HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *NJ* 1971, 89.
Hovens 2001
F.J.H. Hovens, 'Het civiele hoger beroep in de toekomst', *AA* 50 (2001), p. 866-874.
Hovens 2003
F.J.H. Hovens, 'Het beginsel van twee feitelijke instanties in het burgerlijk procesrecht', in: R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 35-43.

Hoyng 1991
W.A. Hoyng, 'Vier procesrechtelijk wensen', in: B.W.M. Nieskens Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 105-118.
Hugenholtz/Heemskerk 1998
W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, voorgezet door W.H. Heemskerk, negentiende druk, Den Haag: VUGA 2002.
Hugenholtz/Heemskerk 2002
W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, voorgezet door W.H. Heemskerk, twintigste druk, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2002.
Huijgen (*Onrechtmatige daad VI.1*)
W.G. Huijgen, 'Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid, algemeen', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Huydecoper 2002
J.L.R.A. Huydecoper, 'We hebben er wat mee te stellen', *Trema* 2002, p. 209-214.

Ingelse & Mölenberg 1998
Chris Ingelse & Léon Mölenberg, 'Het tarief voor de te liquideren kosten: richtlijn of standaard?', *Adv.bl.* 1998, p. 1141-1145.

Jack-Mayer 1967
A. Jack-Mayer, noot onder Com. 29 mei 1967, *JCP* 1967 II, 15205.
A.M.L. Jansen 2000
A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
C.H.M. Jansen 1996
C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad* (Mon. Nieuw BW B-45), tweede druk, Deventer: Kluwer 1996.
C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*)
C.H.M. Jansen, 'I. Artikelsgewijs commentaar. Art. 162', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Janssen 1990
J.F.M. Janssen, 'De delictuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon in het Nieuw BW', *RMThemis* 1990, p. 52-69.
Jauernig 2002
Othmar Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, oorspronkelijk door Friedrich Lent, 27e druk, München: C.H. Beck 2002.
Jhering 1877
Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, *Dritter Theil, Erste Abtheilung*, derde druk, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1877.
Jongbloed (*Vermogensrecht*)
A.W. Jongbloed, 'Art. 296-305b', in: Jac. Hijma & W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Josserand 1905
Louis Josserand, *De l'abus des droits*, Paris: A. Rousseau 1905.
Josserand 1939
Louis Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité*, tweede druk, Paris: Dalloz 1939.

Kafka 1925
Franz Kafka, *Der Prozess*, Berlin: Die Schmiede 1925.
Kan 1921
M.L. Kan, *Bewijslast en bewijswaardering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Johannes Müller 1921.
Ten Kate 1962
Th.B. ten Kate, *Het request-civiel* (diss. Leiden), Groningen: J.B. Wolters 1962.
Ten Kate 1983
Th.B. ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 71-82.
Kisch 1955
I. Kisch, 'Het eerste zevental', *RMThemis* 1955, p. 137-170.
Klaassen 1991
C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
Klaassen 1999
C.J.M. Klaassen, 'Vertegenwoordiging en aansprakelijkheid; toerekening van kennis', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 89-98.
Klaassen 2001
C.J.M. Klaassen, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding' (preadvies NVvP), in: C.P.M. Cleiren e.a., *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Klaassen 2002
C.J.M. Klaasen, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout', *NJB* 2002, p. 1450-1458.
Kleijn 1985
W.M. Kleijn, noot onder HR 10 augustus 1984 (*Pita/De Windt*), *NJ* 1985, 229.
Knigge 1998
A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
Kohl 1971
Alphonse Kohl, *Procès civil et sincérité*, Liège/La Haye: Faculté de droit/Martinus Nijhoff 1971.
Konzen 1976
Horst Konzen, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien*, Berlin: Duncker & Humblot 1976.
E. Korthals Altes 1993
E. Korthals Altes, 'Het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie', in: J.L.W. Sillevis Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 89-103.
E. Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering I*)
E. Korthals Altes, 'Eerste Boek, Elfde titel, Cassatie', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).
R. Korthals Altes 1963
R. Korthals Altes, 'In hoeverre rust op de partijen in het proces de plicht mede te werken aan het vinden van de waarheid?' (preadvies NOvA), *Adv.bl.* 1963, p. 241-263.

Kortmann 1985
S.C.J.J. Kortmann, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg* (inaug. rede Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985.
Köster 1970
H.K. Köster, noot onder HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *AA* 19 (1970), p. 542-550.
Kremer 1999
M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
Krings 1983
E. Krings, 'Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding', *RW* 1983-84, k. 337-364.
Van Kuyk 1921
J. van Kuyk, 'Over de betekenis van "gemeen" in de artt. 1922 en 1923 B.W.', *WPNR* 2690 (1921), p. 301-303.
Van der Kwaak 1990
D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.
Van der Kwaak 2002
D.J. van der Kwaak, 'Kan procederen onrechtmatig zijn?', *WPNR* 6500 (2002), p. 579-585.

Lacroix-Andrivet 2002
Jean-Paul Lacroix-Andrivet, in: Serge Guinchard (red.), *Droit et pratique de la procédure civile*, tweede druk, Paris: Dalloz 2002.
Laenens & Broeckx 1993
Jean Laenens & Karen Broeckx, 'Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling', *RW* 1992-93, p. 897-932.
Lagarde 1994
Xavier Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve* (diss. Paris I), Paris: LGDJ 1994.
Land/Eggens 1933
N.K.F. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek, zesde deel*, tweede druk door J. Eggens, Haarlem: F. Bohn 1933.
Langemeijer 1941
G.E. Langemeijer, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare betekenis voor de onrechtmatige daad', *WPNR* 3706-3707 (1941), p. 1-14.
Langemeijer 1961
G.E. Langemeijer, 'De bescherming van eer en goede naam in ons land', *NJB* 1961, p. 89-95.
Lang 1999
Johannes Lang, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Berlin: Duncker & Humblot 1999.
Lankhorst 1992
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
Lankhorst 1995
G.H. Lankhorst, 'De relativiteit van de onrechtmatige daad', *NTBR* 1995, p. 105-108.

Vande Lanotte e.a. 1997
Johan vande Lanotte e.a., *Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU 1997.
Larenz/Wolf 1997
Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, achtste druk door Manfred Wolf, München: C.H. Beck 1997.
Leborgne 1996
Anne Leborgne, 'L'impact de la loyauté sur la manifestation de la verité', *RTDciv.* 1996, p. 535-550.
Leijten 1991
J.C.M. Leijten, *We need stories* (afscheidsrede Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
Leipold 1980
Dieter Leipold, 'Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung', *ZZP* 93 (1980), p. 237-265.
De Leval 1993
G. de Leval, 'De wet van 3 augustus 1993 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (art. 16 tot 26 en 31 tot 33): het in staat stellen der zaak', in: G. Closset-Marchal e.a., *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, derde druk, Antwerpen: Kluwer 1993, p. 107-135.
De Leval 1994
Georges de Leval, 'La mise en état de la cause', in: Ernest Krings e.a., *Le nouveau droit judiciaire privé*, Bruxelles: Larcier 1994, p. 59-123.
Limpens & Kruithof 1973
J. Limpens & R. Kruithof, 'Rechtsvergelijkende aantekeingen bij het begrip rechtsmisbruik', in: E. Boonen e.a. (red.), *Recht in beweging* (Victor-bundel), deel I, Antwerpen/Deurne: Kluwer 1973, p. 655-678.
Lindenberg 2001
Frank Lindenberg, *Wahrheitspflicht und Dritthaftung des Rechtsanwalts im Zivilverfahren* (diss. Köln), Bonn: Deutscher Anwalt Verlag 2001.
Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
Lindenbergh 1999
S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht'(preadvies VVSRBN), *TPR* 1999, p. 1665-1702.
Lindenbergh 2000
S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan', in: S.D. Lindenbergh e.a., *Buitengerechtelijke kosten*, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars 2000, p. 11-31.
Lindenbergh (*Schadevergoeding*)
S.D. Lindenbergh, in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Lorenz 1998
Stephan Lorenz, 'Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?', *ZZP* 111 (1998), p. 35-65.
Loth 2000
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografie Nieuw BW A-19), Deventer: Kluwer 2000.

Lucas 1939
P. Lucas, *Het burgerlijke proces in eerste aanleg* (diss. Groningen), Deventer: Æ.E. Kluwer 1939.
Luhmann 1989
Niklas Luhmann, *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, derde druk, Stuttgart: Enke 1989.
Lüke 2000 (*MK*)
Gerhard Lüke, in: Gerhard Lüke & Peter Wax (red.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, tweede druk, München: C.H. Beck 2000.

Van Maanen 1988
G.E. van Maanen, 'Boekbespreking' (bespreking van Rodenburg 1985), *Kw. NBW* 1988, p. 100-103.
Van Maanen 1997
G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', in: J. ten Kate e.a. (red.), *Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata* (Van Dunné-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 255-272.
Van Maanen 1999
G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1999', *NTBR* 1999, p. 47-49.
Van Maanen 2000
G.E. van Maanen, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), tweede druk, Deventer: Kluwer 2000.
Van Maarseveen & Stout 1979
Henc van Maarseveen & Hetty Stout, 'Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak', *NJB* 1979, p. 193-200.
Maeijer 1962
J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Breda: Louis Vermijs 1962.
Maes 1996
Bruno Maes, *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge: Die Keure 1996.
Maes & Brewaeys 2000
Bruno Maes & Eric Brewaeys, 'Het in staat stellen van de zaak', *P&B* 2000, p. 99-119.
Maris 1969
A.G. Maris, 'Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?', (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1969 I, eerste stuk, p. 1-67.
Marraud 1973
Catherine Marraud, 'Le droit à la preuve', *JCP* 1973 I, 2572.
Mataja 1888
Victor Mataja, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig: Duncker & Humblot 1888.
Materialien
C. Hahn, *Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung*, tweede druk door Eduard Stegemann, Berlin: R. von Decker's Verlag 1881.
Mazeaud/Chabas 1998
Henri Mazeaud, Léon Mazeaud & Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil, tome II, premier volume*, negende druk door François Chabas, Paris: Montechrestien 1998.

Mazeaud & Mazeaud 1959
H. Mazeaud & L. Mazeaud, 'Jurisprudence française en matière civile. B. Obligations et contracts spéciaux. 1. Obligations et responsabilité civile', *RTDciv.* 57 (1959), p. 88-116.

Mazeaud & Tunc 1965
Henri Mazeaud, Léon Mazeaud & André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome premier*, zesde druk, Paris: Montechrestien 1965.

Medicus 2002
Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, achtste druk, Heidelberg: C.F. Müller 2002.

Meijer 2001
R.S. Meijer, 'Eindbeslissingen en tussentijds hoger beroep', *AA* 50 (2001), p. 535-543.

Meijers 1903
E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap* (diss. Amsterdam UvA), 's-Gravenhage: Belinfante 1903.

Meijers 1910
E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak* (inaug. rede Leiden), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1910; herdrukt in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van prof.mr. E.M. Meijers, eerste deel: algemene onderwerpen, totstandkoming, wijziging en herziening van het Burgerlijk Wetboek, huwelijksgoederenrecht, erfrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954, p. 3-20.

Meijers 1915
E.M. Meijers, 'De bewijskracht eener schriftelijke erkenning van rechten', *WPNR* 2355-2356 (1915), p. 77-96; herdrukt in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van prof.mr. E.M. Meijers, tweede deel:zakenrecht, bewijsrecht, procesrecht, internationaal privaatrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 241-252.

Meijers 1918
E.M. Meijers, 'De invloed der praktijk op de vorming van het Nederlandsche procesrecht', *TvR* I (1918-1919), p. 143-174.

Meijers 1919
E.M. Meijers, noot onder HR 31 januari 1919 (*Lindenbaum/Cohen*), *WPNR* 2564 (1919), p. 66.

Meijers 1925
E.M. Meijers, 'Onderschift', *WPNR* 2880 (1925), p. 140.

Meijers 1926
E.M. Meijers, noot onder HR 18 december 1925 (*Batava/Salomonsky*), *NJ* 1926, 228.

Meijers 1928
E.M. Meijers, zijn noot onder HR 15 juni 1928 (*Carp/Filature*), *NJ* 1928, 1604.

Meijers 1930
E.M. Meijers, noot onder Hr 19 december 1929 (*NEN/Van der Veen*), *NJ* 1930, 719.

Meijers 1932
E.M. Meijers, 'De beteekenis van het probleem der rechtspersoonlijkheid voor de praktijk', *WPNR* 3285-3287 (1932), p. 569-588, herdrukt in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van prof. mr. E.M. Meijers, derde deel: verbintenissenrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 191-209.

Meijers 1935
E.M. Meijers, noot onder HR 14 december 1934 (*Raad van Arbeid/Atalanta*), *NJ* 1935, p. 95.

Meijers 1936
E.M. Meijers, 'De beteekenis der elementen "waarschijnlijkheid" en "schuld" voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 3442-3445 (1935-1936), p. 551–6, herdrukt in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van prof.mr. E.M. Meijers, derde deel: verbintenissenrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 222-253.
Meijers 1937
E.M. Meijers, 'Misbruik van recht en wetsontduiking', *Ann. dr. Louvain* 1937; herdrukt in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van prof.mr. E.M. Meijers, eerste deel: algemene onderwerpen, totstandkoming, wijziging en herziening van het Burgerlijk Wetboek, huwelijksgoederenrecht, erfrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954, p. 62-89.
Meijers 1948
E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* (Algemene leer van het Burgerlijk Recht 1), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.
Meijers/Vermeulen 1967
E.M. Meijers, *Het kort geding*, tweede druk bewerkt door J.Th. Vermeulen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.
Mellema-Kranenburg 1988
T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
Mertens 1997
H.-J. Mertens, in: Peter Ulmer (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, derde druk, München: C.H. Beck 1997.
Mestre 1985
Jacques Mestre, 'Réflexoins sur l'abus du droit de recouvrer sa créance', in: Roger Perrot e.a. (red.), *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz/Sirey: Paris 1985, p. 439-474.
Mestre 1990
Jacques Mestre, 'Jurisprudence française en matière civile. B. Obligations et contracts spéciaux. 1. Obligations en général', *RTDciv.* 1990, p. 462-480.
Meuwissen 1968
D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse recht* (diss. Amsterdam UvA), Leiden: A.W. Sijthof 1968.
Mendel 2000
M.M. Mendel, 'Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?', in: R.Q.J. Klomp e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (preadvies Vereeniging 'Handelsrecht'), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131-238.
Michiels van Kessenich 1995
I.P. Michiels van Kessenich, *Beroepsfouten* (Studiepockets privaatrecht 11), derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
Van Mierlo 1998
A.I.M. van Mierlo, 'Deformalisering als algemeen beginsel van traditionele geschillenbeslechting?', in: M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren*, Deventer: Kluwer 1998, p. 39-46.

Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003
A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003.
Motive II
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin/Leipzig: J. Guttentag 1888.
Motulsky 1948
Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (diss. Lyon), Paris: Sirey 1948.
Motulsky 1964
Henri Motulsky, 'Le droit subjectif et l'action en justice', *Arch. philo. dr.* 1964, p. 215-227.
Müther 1998
Peter-Hendrik Müther, 'Prozeßtaktik im Zivilprozeß', *MDR* 1998, p. 1335-1338.

Nagel 1989
Heinrich Nagel, 'Kann die Subsidiarität der Parteivernehmung in der deutschen ZPO noch vertreten werden?', in: Walter F. Lindacher e.a. (red.), *Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag*, Bielefeld: Gieseking 1989.
Van Neste 1967
Fernand Van Neste, 'Misbruik van recht', *TPR* 1967, p. 339-382.
Nieuwenhuis 1982
J.H. Nieuwenhuis, *Anders en eender* (inaug. rede Leiden), Deventer: Kluwer 1982.
Nieuwenhuis 1984
J.H. Nieuwenhuis, 'Recht en belang' in: H.Ph. Visser 't Hooft e.a., *Flores debitorum* (Van Haersolte-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 65-74; herdrukt in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1997, p. 29-43.
Nieuwenhuis 1991
J.H. Nieuwenhuis, 'Recht op tegenspraak', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 185-194, herdrukt in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1997, p. 93-107.
Nieuwenhuis 1997
J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer* (inaug. Rede Groningen), Deventer: Kluwer 1997.
Nieuwenhuis 1998
J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is een onrechtmatige daad?', *RMThemis* 1998, p. 242-248.
Niese 1950
Wener Niese, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1950.
Van Nispen 1978
C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
Van Nispen 1993
C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht* (inaug. rede Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.

Van Nispen 1997
C.J.J.C. van Nispen, 'De rechter en zijn plaats', in: J.G.A. Linssen & J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 21-29.
Van Nispen 2001a
C.J.J.C. van Nispen, 'Van request-civiel naar herroeping', *AA* 50 (2001), p. 432-435.
Van Nispen 2001b
C.J.J.C. van Nispen, 'Nieuw Burgerlijk Procesrecht', *Adv.bl.* 2001, p. 568-574.
Van Nispen 2003
C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. Nieuw BW A-11), tweede druk, Deventer: Kluwer 2003.
Van Nispen (*Onrechtmatige daad IV*)
C.J.J.C. van Nispen, 'IV. Ongeoorloofde mededinging', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Van Nispen (*Onrechtmatige daad II-B*) (oud)
C.J.J.C. van Nispen, 'II-B. Andere rechtsgevolgen dan schadevergoeding', in: A.R. Bloembergen (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Nolst Trenité 1915
J.G.L. Nolst Trenité, 'Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om den rechter omtrent de feiten in te lichten? En zoo ja, in welken omvang?' (preavies NJV), *Hand. NJV* 1915 I, p. 191-237.
Normand 1986
Jacques Normand, 'Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé', *RTDciv.* 1986, p. 793-800.
Normand 1992
Jacques Normand, 'Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé', *RTDciv.* 1992, p. 447-452.
NOvA 2002
Nederlandse Orde van Advocaten, *Wet- en regelgeving: tarieven*, WWW <http://www.advocatenorde.nl> (geraadpleegd 8 oktober 2002).

Okma 1945
N. Okma, *Misbruik van recht* (diss. Amsterdam VU), Wageningen: Zomer en Keuning 1945.
Oldenhuis 1998
F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. Nieuw BW B-46), tweede druk, Deventer: Kluwer 1998.
Olzen 1985
Dirk Olzen,'Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß', *ZZP* 98 (1985), p. 403-426.
Van Ommeslaghe 1988
Pierre Van Ommeslaghe, 'Examen de jurisprudence (1974 à 1982), Les obligations (suite)', *RCJB* 1988, p. 33-187.
Van Opstall 1973
S.N. van Opstall, 'Wat is een verbintenis?', *WPNR* 5234-5236 (1973), p. 437-468.
Van Opstall 1975
S.N. van Opstall, 'Niet iedere rechtsplicht is een verbintenis', *WPNR* 5327 (1975), p. 821-828.

Oudeman I 1874
A. Oudeman, *Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, eerste deel, Groningen: J.B. Wolters 1874.

Palandt/Heinrichs 2003
Helmut Heinrichs, in: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 62e druk bewerkt door Peter Bassenge e.a., München: C.H. Beck 2003.
Palandt/Sprau 2003
Hartwig Sprau, in: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 62e druk bewerkt door Peter Bassenge e.a., München: C.H. Beck 2003.
Palandt/Thomas 2003
Heinz Thomas, in: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 62e druk bewerkt door Peter Bassenge e.a., München: C.H. Beck 2003.
Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Boek 5
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Inv. Boek 3
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.
Parl. Gesch. Inv. Boek 7
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.
Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht
G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, onder redactie van G.R. Rutgers & R.J.C. Flach, Deventer: Kluwer 1988.
Parl. Gesch. Herz. Rv
A.I.M. van Mierlo, met medewerking van F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herzeining van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002.
Parl. Gesch. Wijz. Rv
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, met medewerking van J.B. Rijpkema, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6: Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering,de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Peletier 1999
M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
Pels Rijcken 1958
L.D. Pels Rijcken, *Praecontractuele verhoudingen* (diesrede Leiden), s.l.: s.n. 1958.
Pels Rijcken 1979
L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, assepoester van rechtsvindingstheorieën', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 311-318.
Du Perron 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.
Du Perron 2003
C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (preadvies NJV), *Hand. NJV* 2003 I, p. 107-161.
Perrot 1999
Roger Perrot, 'Procédure de l'instance: jugements et voies de recours. Procédures civiles d'exécution', *RTDciv.* 1999, p. 193-211.
Peters 1990
Egbert Peters, 'Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?', in: Peter Gottwald & Hanns Prütting (red.), *Festschrift für Karl Heinz Schwab*, München: C.H. Beck 1990, p. 399-408.
Peters 2000 (*MK*)
Egbert Peters, in: Gerhard Lüke & Peter Wax (red.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, tweede druk, München: C.H. Beck 2000.
Peukert 1996
Wolfgang Peukert, in: Jochen Abr. Frowein & Wolfgang Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, tweede druk, Kehl: Engel 1996.
De Pinto II-1 1857
A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Tweede gedeelte. Aantekeningen. Eerste stuk,* tweede druk, 's-Gravenhage: Belinfante 1857.
Pitlo 1968
A. Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 4, Bewijs en verjaring*, vijfde druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1968.
Pitlo/Hidma & Rutgers 1995
T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 7, Bewijs*, zevende druk, Arnhem: Gouda Quint 1995.
Planiol 1923
Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil II*, negende druk, Paris: LGDJ 1923.
R.J. Polak 1941
R.J. Polak, 'Misbruik van procesrecht', *NJB* 1941, p. 765-775 en 789-803.
R.J. Polak 1949
R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.
R.J. Polak 1959
R.J. Polak, 'Het onrechtmatigheidsbegrip – 40 jaar na 1919', *WPNR* 4569- 4574 (1959), p. 49-113.

J.M. Polak 1968
J.M. Polak, 'Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak', *NJB* 1968, p. 417-422.
J.M. Polak 1976
J.M. Polak, 'Vormen en beginselen van rechtspraak in het algemeen', in: J.M. Polak e.a., *Vormen en beginselen van rechtspraak, zowel in het algemeen als in het bijzonder met betrekking tot het bouwrecht* (preadvies VvB), Deventer: Kluwer 1976, p. 5-35.
Polak/Polak 2002
N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, negende druk door C.E. Polak, Deventer: Kluwer 2002.
Polak/Wessels I 1999
B. Wessels, *Insolventierecht I: Faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 1999.
Pollet 1950
Paul Pollet, 'Des dommages-intérêts pour procédures téméraires et vexatoires', *JT* 1950, p. 569-571.
Pollet 1955
Paul Pollet, 'Des dommages-intérêts pour procédures téméraires et vexatoires', *JT* 1955, p. 597-600.
Pollet 1961
Paul Pollet, 'Des dommages-intérêts pour procédures téméraires et vexatoires', *JT* 1961, p. 21-23.
Portalis e.a. 1801
J.E.M. Portalis e.a., 'Discours préliminaire', in: J.E.M. Portalis e.a., *Projet de code civil, tome premier*, Paris: Lepetit IX [1801], p. v-lxxii.
Postema 1992
A. Postema, 'Billijkheidscorectie bij termijnoverschrijding', *NJB* 1992, p. 278-283.
Prange 1995
Kerstin Prange, *Materiell-rechtliche Sanktionen bei Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht durch Zeugen und Parteien* (diss. Bochum), Berlin: Duncker & Humblot 1995.
Princen 1990
J.G. Princen, *Fair trial*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
Protokolle II
Achilles e.a. (red.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band II. Recht der Schuldverhältnisse Abschn. II, Tit. 2-20, Abschn. III, IV*, Berlin: J. Guttentag 1898.
Prütting 2000 (*MK*)
Hanns Prütting, in: Gerhard Lüke & Peter Wax (red.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, tweede druk, München: C.H. Beck 2000.

Ras 1966
H.E. Ras, *Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1966.
Ras 1992
H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
Ras 1993
H.E. Ras, noot onder HR 18 september 1992 (*Van Eyck/Van Beresteyn en Teugeman*), *NJ* 1993, 48.

Ras/Hammerstein 2001
H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, tweede druk bewerkt door A. Hammerstein, Deventer: Gouda Quint 2001.
Van den Reek 1997
W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Van Reepinghen 1964
Charles van Reepinghen, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel: Ministerie van Justitie 1964.
RE Vereinfachungsnovelle
Regierungsentwurf zur Vereinfachungsnovelle, *BT-Drucks.* 7/2729.
Van Rhee 1999
C.H. van Rhee, *Adam, ubi es?* (inaug. rede Maastricht), Maastricht: s.n. 1999.
Rijken 1994
G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. Nieuw BW A-4), Deventer; Kluwer 1994.
Ripert 1927
Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, tweede druk, Paris: LGDJ 1927.
Ripert 1948
G. Ripert, *Le régime democratique et le droit civile moderne*, tweede druk, Paris: LGDJ 1948.
Robert e.a. (*NCPC*)
Alain Robert e.a., *Nouveau Code de Procédure Civile*, Paris: Lamy (losbl.).
Rodenburg 1985
P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografie Nieuw BW A-4), Deventer: Kluwer 1985; ook verschenen als diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1985.
Rogmans 1987
B.G.P. Rogmans, 'Over de betekenis van verkeersopvattingen in het nieuw BW', in A.T. Dek e.a. (red.) *Ex Iure* (lustrumbundel Grotius), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 141-155.
Rogmans 1999
B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Monografie Nieuw BW A-20), tweede druk, Deventer: Kluwer 1999.
Ronse 1977
Jan Ronse, 'Marginale toetsing in het privaatrecht', *TPR* 1977, p. 207-222.
Rosenberg/Schwab/Gottwald 1993
Leo Rosenberg, *Zivilprozessrecht*, voortgezet door Karl Heinz Schwab, vijftiende druk bewerkt door Peter Gottwald, München: C.H. Beck 1993.
Rossel 1994
H.J. Rossel, 'De verkeersopvating', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 335-344.
Van Rossem/Cleveringa 1972
R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, vierde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.
Rouard 1980
Pierre Rouard, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, deuxiéme partie, L'instruction de la demande, tome quartième,Les preuves*, Bruxelles: Bruylant 1980.

Rupke 1914
G.W. Rupke, *Wilsrechten* (diss. Utrecht), Amsterdam: A.H. Kruyt 1914.
Rutgers 1980
G.R. Rutgers, *De verplichte procesvertegenwoordiging* (diss. Amsterdam VU), 's-Gravenhage: VUGA 1980.
Rutgers 2003
G.R. Rutgers, 'De 'omkeringsregel' en de redelijkheid en billijkheid', *AA* 52 (2003), p. 307-313.
Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering I*)
G.R. Rutgers, 'Eerste Boek, Tweede Titel, Negende Afdeling. Bewijs', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering III*)
G.R. Rutgers, 'Derde Boek, Zevende titel. Enige bijzondere rechtsplegingen', in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Rutten 1956
L.E.H. Rutten, 'Boekbespreking' (bespreking van Star Busmann 1955), *RMThemis* 1956, p. 498-504.

Van Schaick 1999
A.C. van Schaick, *Volmacht* (Monografie Nieuw BW B-5), Deventer: Kluwer 1999.
Van Schaick 2000
A.C. van Schaick, 'Proceskosten en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000, p. 313-315.
Scheers 1993
Dirk Scheers, *Het vernieuwde Gerechtelijk Wetboek*, Deurne: Kluwer 1993.
Scheltema 1932
F.G. Scheltema, 'Het declaratoor vonnis', *NJB* 1932, p. 181-190, herdrukt in: F.G. Scheltema, *Verspreide geschriften*, Groningen/Djakarta: J.B. Wolters 1953, p. 614-622.
Scheltema 1935
F.G. Scheltema, 'Misbruik van recht', *WPNR* 3417, 3419-3420 (1935), p. 293-332, herdrukt in: F.G. Scheltema, *Verspreide geschriften*, Groningen/Djakarta: J.B. Wolters 1953, p. 28-46.
Scheltema 1940
F.G. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, voltooid door H.J. Scheltema, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934-1940.
Van Schendel 2001
W.A.M. van Schendel, 'Principes edelachtbare', in: W.A.M. van Schendel (red.), *Naar ons voorlopig oordeel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 51-64.
Van Schilfgaarde 1979
P. van Schilfgaarde, *Rechtspersonen: algemeen deel*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1979.
Van Schilfgaarde 1980
P. van Schilfgaarde, noot onder HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *AA* 1980, p. 250-254.

Van Schilfgaarde 1984
P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten, in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 57-70.
Van Schilfgaarde 1999
P. van Schilfgaarde, 'Deel 4 van Hesselink', *WPNR* 6377 (1999), p. 811-816.
Schlosser 1991
Peter Schlosser, 'Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne', *JZ* 1991, p. 599-608.
Von Schmidt auf Altenstadt (*VBP*)
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Een behoorlijke procesorde', in: W.D.H. Asser e.a. (red.), *Vademecum burgerlijk procesrecht*, Arnhem: Gouda Quint (losbl.).
Von Schmidt auf Altenstadt 2002
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Opening van zaken', *TCR* 2002, p. 8-14.
Schönke/Kuchinke 1969
Adolf Schönke, *Zvilprozessrecht*, negende druk door Kurt Kuchinke, Karlsruhe: C.F. Müller 1969.
G.J. Scholten 1964
G.J. Scholten, noot onder HR 4 januari 1963 (*Scholten/Aardappelmeelfabrieken*), *NJ* 1964, 434.
G.J. Scholten 1975
G.J. Scholten, noot onder HR 1 november 1974 (*Nicolaye/De Groot*), *NJ* 1975, 454.
G.J. Scholten 1983
G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen* (Monografie Nieuw BW A-2), Deventer: Kluwer 1983.
P. Scholten 1918
P. Scholten, 'Uitbouw en bouwen over de erfscheiding', *WPNR* 2550-2552 (1918), p. 493-516; herdrukt in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde Geschriften van prof. mr. Paul Scholten, deel III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 512-523.
P. Scholten 1924
P. Scholten, 'Recht en billijkheid,' in: P. Scholten, *Beschouwingen over recht*, Haarlem: Bohn 1924, p. 139-220; herdrukt in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde Geschriften van prof. mr. Paul Scholten, deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 225-281.
P. Scholten 1931
P. Scholten, noot onder HR 20 maart 1931 (*Plantenga/J.A.*), *NJ* 1931, 890.
P. Scholten 1936
P. Scholten, noot onder HR 13 maart 1936 (*Van Stolk/Van der Goes*), *NJ* 1936, 415.
P. Scholten 1939
P. Scholten, noot onder HR 9 maart 1939 (*Fesevur/Numan*), *NJ* 1939, 1012.
Schoordijk 1964
H.C.F. Schoordijk, 'De toepasselijkheid van buitencontractuele diligentie-normen in contractuele verhoudingen', *WPNR* 4810-4812 (1964), p. 189-216.
Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw B.W.*, Deventer: Kluwer 1979.
Schoordijk 1986
H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986.

Schoordijk 1987
H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking' (bespreking van Asser/Hartkamp III 1986), *WPNR* 5818 (1987), p. 104-108.
Schoordijk 1988
H.C.F. Schoordijk, 'Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3-63.
Schoordijk 1989
H.C.F. Schoordijk, 'De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht', *WPNR* 5937 (1989), p. 680-698.
Schoordijk 1996
H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium: naar een Nederlandse common law* (inaug. Rede Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Schreiber 1982
Klaus Schreiber, *Die Urkunde im Zivilprozeß* (Hab. Bochum), Berlin: Duncker & Humblot 1982.
Schreiber 2000 (*MK)*
Klaus Schreiber, in: Gerhard Lüke & Peter Wax (red.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, tweede druk, München: C.H. Beck 2000.
Schuijt (*Onrechtmatige daad VII*)
G.A.I. Schuijt, 'VII. Aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Schur 2001
Wolfgang Schur, 'Die Behandlung neuer Sachanträge nach Schluß der Mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß', *ZZP* 114 (2001), p. 319-349.
Schut 1963
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
Schut 1982
G.H.A. Schut, 'Behoorlijke uitoefening van contractuele rechten', in: G.J. Scholten e.a., *Naar behoren* (jubileumbundel Juridisch Gezelschap Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 117-126; herdrukt in G.H.A. Schut, *De iure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 204-214.
Schut 1984
G.H.A. Schut, 'Crediteursovermacht en billijkheid in het NBW' in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 71-77.
Schut 1987
G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis* (Studiepockets privaatrecht 15), derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
Schut 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad* (Studiepockets privaatrecht 21), vijfde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Sieburgh 2001
C.H. Sieburgh, 'Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?", *WPNR* 6450 (20010, p. 580-594.
Sieburgh 2002
C.H. Sieburgh, 'Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?', *WPNR* 6473 (2002), p. 95-98.
Smits 1996
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
H.J. Snijders 1978
H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
H.J. Snijders 1987
H.J. Snijders, 'Civiel-processueel maatwerk ter bevordering van kwaliteit en efficiëntie', *NJB* 1987, p. 1488-1496.
H.J. Snijders 1992a
H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (afscheidsrede Rotterdam), Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
H.J. Snijders 1992b
H.J. Snijders, 'Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het nieuw BW in functie* (BW-krant jaarboek 1992), Arnhem: Gouda Quint 1992.
H.J. Snijders 1992c
H.J. Snijders, noot onder HR 16 november 1990 (*N./B.*), *NJ* 1992, 84.
H.J. Snijders 1994a
H.J. Snijders, noot onder HR 19 februari 1993 (*Automobielbedrijf/Pierik*), *NJ* 1994, 345.
H.J. Snijders 1994b
H.J. Snijders, noot onder EHRM 27 oktober 1993 (*Dombo Beheer/Nederland*), *NJ* 1994, 534.
H.J. Snijders 1994c
H.J. Snijders, noot onder HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508.
H.J. Snijders 1996
H.J. Snijders, noot onder HR 10 maart 1996 (*Holtrop/Stevens*), *NJ* 1996, 299.
H.J. Snijders 1999
H.J. Snijders, noot onder HR 22 januari 1999 (*F./S.*), *NJ* 1999, 715.
H.J. Snijders 2001
H.J. Snijders, in: H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks burgerlijk recht 2), derde druk, Deventer: Kluwer 2001.
H.J. Snijders 2002
H.J. Snijders, noot onder HR 2 februari 2002 (*S./Vonk Beheer*), *NJ* 2002, 379.
H.J. Snijders 2003a
H.J. Snijders, 'Alternatieven voor civielrechtelijk appèl', in: R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 203-213.
H.J. Snijders 2003b
H.J. Snijders, noot onder HR 1 maart 2002 (*Schneiderberg en Wijnen./Cools*), *NJ* 2003, 355.

Snijders & Wendels 2003
H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, derde druk door H.J. Snijders, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.
Snijders, Ynzonides & Meijer 1997
H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, tweede druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Snijders, Ynzonides & Meijer 2002
H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, derde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
W. Snijders 1973
W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer* (Langemeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453-471; herdrukt in: W.Snijders, *Wetgevende geschriften*, Deventer: Kluwer 1995, p. 57-75.
W. Snijders 1976
W. Snijders, 'Boekbespreking' (bespreking van Aaftink 1974), *RMThemis* 1976, p. 433-437.
W. Snijders 1994
W. Snijders, 'Formeel en materieel recht', in: Jack Alberts e.a. (red.), *Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering* (H. Stein-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; herdrukt in: W.Snijders, *Wetgevende geschriften*, Deventer: Kluwer 1995, p. 281-291.
W. Snijders 1999a
W. Snijders 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I)', *WPNR* 6365 (1999), p. 558-565.
W. Snijders 1999b
W. Snijders, 'Boekbespreking' (bespreking van Hesselink 1999), *WPNR* 6376 (1999), p. 792-798.
Solus 1964
Henry Solus, 'Les préoccupations d'ordre psychologique de Code de procédure civile', in: Georges Vedel e.a., *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris: Dalloz 1964, p. 511-530.
Solus & Perrot I 1961
Henry Solus & Roger Perrot, *Droit judiciaire privé, tome 1, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, Paris: Sirey 1961.
Solus & Perrot III 1991
Henry Solus & Roger Perrot, *Droit judiciaire privé, tome 3, Procédure de première instance*, Paris: Sirey 1991.
Spielmann 1998
Dean Spielmann, 'Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la convention', in: Frédéric Sudre (red.), *L'interpretation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles: Nemesis/Bruylant 1998, p. 133-174.
Spier 1995
J. Spier, 'De grenzen der buitengerechtelijke kosten', *A&V* 1995, p. 55-60.
Spier 1999
J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?* (afscheidsrede Tilburg), Deventer: Kluwer 1999.

Spier 2000
J. Spier, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), tweede druk, Deventer: Kluwer 2000.
Star Busmann 1915
C.W. Star Busmann, 'Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om den rechter omtrent de feiten in te lichten? En zoo ja, in welken omvang?' (preavies NJV), *Hand. NJV* 1915 I, p. 127-189.
Star Busmann 1935
C.W. Star Busmann, noot onder HR 14 december 1934, *W* 12 861 (1935).
Star Busmann 1955
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nieuwe uitgave, tweede druk, Haarlem: F. Bohn 1955.
Star Busmann/Rutten 1972
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nieuwe uitgave, derde druk, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem: F. Bohn 1972.
Staudinger/Bittner 2001
Claudia Bittner, in: Manfred Löwisch (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-314*, nieuwe bewerking, Berlin: Sellier De Gruyter 2001.
Staudinger/Hager 1999
Johannes Hager, in: Norbert Horn (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-825*, dertiende druk, Berlin: Sellier De Gruyter 1999.
Staudinger/Marburger 1997
Peter Marburger, in: Norbert Horn (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 779-811*, dertiende druk, Berlin: Sellier De Gruyter 1997.
Stein/Jonas/Bork 1993
Reinhard Bork, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2, §§ 91-252*, 21e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1993.
Stein/Jonas/Leipold 1993
Dieter Leipold, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2, §§ 91-252*, 21e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1993.
Stein/Jonas/ Leipold 1996
Dieter Leipold, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3, §§ 253-299a*, 21e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996.
Stein/Jonas/Leipold 1999
Dieter Leipold, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 4, Teilband 2, §§ 348-510b*, 21e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1999.
Stein/Jonas/Schumann 1993
Ekkehard Schumann, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 1, §§ 1-90*, 21e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1993.
Stein/Jonas/Schumann 1996
Ekkehard Schumann, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3, §§ 253-299a*, 21e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996.

Stein/Rueb 2002
P.A. Stein, *Compendium van het nieuwe burgerlijk procesrecht*, dertiende druk verzorgd door A.S. Rueb, Deventer: Kluwer 2002.
Sterk 1993
T.A.W. Sterk, 'Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt aangepast', *TCR* 1993, p. 2-6.
Van der Steur 2003
J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
Stijns 1984
Sophie Stijns, 'De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek', *JF* 21 (1984-85), p. 199-222.
Stijns 1990
Sophie Stijns, 'Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering', *RW* 1989-90, p. 1003-1020.
Stolp 1999
M.M. Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 501-515.
M. Storme 1962
M. Storme, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht* (diss. Gent), Gent: E. Story-Scientia 1962.
M. Storme 1986
M. Storme, 'Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap', in: G. Baert e.a. (red.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel: E. Story-Scientia 1986.
M. Storme 1993
M. Storme, 'Aansprakelijkheid voor procesvoering', in: M. Storme (red.), *Recht halen uit aansprakelijkheid* (XIXe Post Universitaire Cyclus Willy Delva), Gent: Mys & Breesch 1993, p. 169-187.
M.E. Storme 1990
M.E. Storme, 'De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht', *TPR* 1990, p. 353-543.
M.E. Storme 1991
M.E. Storme, noot onder Hof Brussel 25 januari 1990, *JLMB* 1991, p. 456-460.
M.E. Storme 1992a
M.E. Storme, 'De eigendom van het wild en de jachtvergunning', in: P. Abas e.a., *Te PAS* (P.A. Stein-bundel), Deventer/Zwolle: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 253-271.
M.E. Storme 1992b
M.E. Storme, 'De toekomst van het burgerlijk proces – het proces van de feiten?', *RW* 1991-92, p. 1441-1454.
Stürner 1976
Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Hab. Tübingen), Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1976.
Stürner 1979
Rolf Stürner, 'Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Artzhaftungsprozeß', *NJW* 1979, p. 1225-1230.

Stürner 1985
Rolf Stürner, 'Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß', *ZZP* 98 (1985), p. 237-256.
Stürner 1991
Rolf Stürner, noot onder BGH 11 juni 1990, *ZZP* 104 (1991), p. 203-217.
Suijling I-2 1928
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, eerste stuk, tweede gedeelte*, tweede druk, Haarlem: F. Bohn 1928.
Suijling II-1 1934
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, tweede stuk, eerste gedeelte*, tweede druk, Haarlem: F. Bohn 1934.
Suijling I-1 1948
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, eerste stuk, eerste gedeelte*, derde druk, Haarlem: F. Bohn 1948.

Taelman 1988
Piet Taelman, 'Gebruik en misbruik van procesrecht', *TPR* 1988, p. 89-125.
Taelman 1999
Piet Taelman, 'Abuse of procedural rights: regional report for Belgium-The Netherlands', in: Michele Taruffo (red.), *Abuse of procedural law: comparative standards of procedural fairness*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1999.
Tammes 1960
A.J.P. Tammes, 'Het Europese verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht' (preadvies NIVR), *Med. NVIR* 43 (1960), p. 1-41.
Taverne 1921
B.M. Taverne, noot onder Rb. 's-Gravenhage 16 november 1920, *NJ* 1921, p. 129-130.
Teuben 2002
K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Leiden: Jongbloed 2002.
Thion 2002
Philippe Thion, noot onder Cass. 27 september 2001, *P&B* 2002, p. 115-119.
Timmermans 1963
A.P. Timmermans, 'Wilsrechten', *AA* XIII (1963-64), p. 18-29.
Titze 1936
Heinrich Titze, 'Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß', in: Erwin Bumke e.a. (red.), *Beiträge zum Recht des neuen Deutschlands* (Schlegelberger-bundel), Berlin: Franz Vahlen 1936, p. 165-189.
Tjittes 1988
R.P.J.L. Tjittes, 'Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij', *NJB* 1988, p. 1128-1130.
Tjittes 1992a
R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Monografie Nieuw BW A-6a), Deventer: Kluwer 1992.
Tjittes 1992b
R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (Monografie Nieuw BW A-6b), Deventer: Kluwer 1992.

Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
Tjittes 2000
Rieme-Jan Tjittes, 'Tandeloos voorthollen', *De Volkskrant* 12 februari 2000, Katern Reflex, p. 3.
Tjittes 2001
R.P.J.L. Tjittes, 'Wat weet een organisatie?', *NTBR* 2001, p. 168-178.
Tjong Tjin Tai 2002a
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6482 (2002), p. 259-266.
Tjong Tjin Tai 2002b
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, p. 29-37.
De Tombe-Grootenhuis 1993
M. de Tombe-Grootenhuis, *De partij-getuigenverklaring in het burgerlijk procesrecht* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1993.
Den Tonkelaar (*Vermogensrecht*)
J.D.A. den Tonkelaar, 'Algemene bepalingen', in: Jac. Hijma & W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Tonkens-Gerkema 1991
W. Tonkens-Gerkema, 'De mededelingsplicht van de gedaagde', in: G.J. Bijlevald e.a.(red.), *Qui bene distinguit bene docet* (Gerbrandy-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 127-140.
Le Tourneau & Cadiet 1998
Philippe le Tourneau & Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Paris: Dalloz 1998.

Valk 1992a
W.L. Valk, 'Recht en billijkheid', in: Carel Stolker & Lodewijk Valk (red.), *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 45-55.
Valk 1992b
W.L. Valk, 'Boekbespreking' (bespreking van Rodenburg 1985), *WPNR* 6067 (1992), p. 780-782.
Valk 1993
W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
Valk 1995
W.L. Valk, 'De eenheid van ons verbintenissenrecht', *NJB* 1995, p. 1084-1091.
Valk 2001
W.L. Valk, in: A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks burgerlijk recht 3), derde druk, Deventer: Kluwer 2001.
Vasak 1964
Karel Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme* (diss. Paris II), Paris: LGDJ 1964.
Veegens 1959a
D.J. Veegens, noot onder HR 24 mei 1957 (*Van Vliet/Vricon*), *NJ* 1959, 10.
Veegens 1959b
D.J. Veegens, noot onder HR 30 juni 1959 (*Quint/Te Poel*), *NJ* 1959, 548.

Veegens 1960
D.J. Veegens, 'Het Europese verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht' (preadvies NIVR), *Med. NVIR* 43 (1960), p. 42-81.
Veegens 1961
D.J. Veegens, noot onder HR 26 juni 1959 (*X./IJ.*), *NJ* 1961, 553.
Veegens 1965
D.J. Veegens, noot onder HR 18 december 1964 (*Van Gaart-Spaan/Boendermaker*), *NJ* 1965, 159.
Veegens 1971
D.J. Veegens, noot onder HR 14 januari 1971 (*Bandt en De Smet/Icke*), *NJ* 1971, 178.
Veegens 1972
D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde* (Studiepockets privaatrecht 3), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.
Veegens 1973a
D.J. Veegens, *Veegens-Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken 1: Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
Veegens 1973b
D.J. Veegens, noot onder GvEA Aruba 1 september 1971, *NJ* 1973, 325.
Veegens 1979
D.J. Veegens, 'Boekbespreking'(bespreking van Zonderland 1977), *RMThemis* 1979, p. 205-207.
Veegens/Flach (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud), Inleiding bewijsrecht
D.J. Veegens, 'Inleiding bewijsrecht', bijgewerkt door R.J.C. Flach onder verantwoordelijkheid van G.R. Rutgers, in: in: W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering, Boek 1 oud,* Deventer: Kluwer (losbl.).
Veegens/Korthals Altes & Groen 1989
D.J. Veegens, *Cassatie in burgelijke zaken*, derde druk door E. Korthals Altes & H.A. Groen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
Velu 1970
Jacques Velu, 'Article 6 of the European Convention on Human Rights in Belgian Law', *AJCL* 18 (1970), p. 259-292.
Verburgh 1975
M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang* (inaug. rede Utrecht), tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975.
Verhey 1990
L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het EVRM', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *40 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (NJCM-Bulletin 51-1 (1990)), Leiden: NJCM 1990.
Verhey 1992
L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Verheij 2002
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
Verhulp 1996
Evert Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996.

Verpaalen 1973
O.A.C. Verpaalen, 'Bekentenis – erkenning – erkentenis', *WPNR* 5204-5206 (1973), p. 61-90.
Verstijlen 1998
F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
Viatte 1973
Jean Viatte, 'Communication et production des pièces en justice', *GP* 1973 I, p. 406-408 .
Vigelius 1932
C.C. Vigelius, *De leer der bekentenis volgens Nederlandsch burgerlijk procesrecht* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: A. Bonte 1932.
Vincent & Guinchard 2001
Jean Vincent & Serge Guinchard, *Procédure civile*, 26e druk, Paris: Dalloz 2001.
Vogel & Spühler 2001
Oscar Vogel & Karl Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, zevende druk, Bern: Stämpfli 2001.
Vranken 1986
J.B.M. Vranken, 'het professionele (functionele) verschoningsrecht' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1986 I, tweede stuk, p. 1-130.
Vranken 1987
J.B.M. Vranken, noot onder HR 17 oktober 1986 (*Schotanus/Bedrijfsvereniging*), *NJ* 1987, 317.
Vranken 1989
J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
Vranken 1990a
J.B.M. Vranken, noot onder HR 30 juni 1989 (*De Regt/Beheermaatschappij*), *NJ* 1990, 382.
Vranken 1990b
J.B.M. Vranken, noot onder HR 17 november 1989 (*V./Raad voor de Kinderbescherming*), *NJ* 1990, 496.
Vranken 1990c
J.B.M. Vranken, noot onder HR 2 februari 1990 (*S./H.*), *NJ* 1990, 795.
Vranken 1991
J.B.M. Vranken, 'Naar een meer geïntegreerd aansprakelijkheidsrecht bij wanprestatie en onrechtmatige daad', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 323-330.
Vranken 1992a
J.B.M. Vranken, noot onder HR 26 april 1991 (*S./F.*), *NJ* 1992, 407.
Vranken 1992b
J.B.M. Vranken, noot onder HR 20 september 1991 (*Tripels/Masson*), *NJ* 1992, 552.
Vranken 1996
J.B.M. Vranken, 'Misbruik van recht als overgangsfiguur', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BW-krant jaarboek 1996), Deventer: Gouda Quint 1996.
Vranken 1998a
J.B.M. Vranken, ''Suffer any wrong that can be done to you, rather than come here!'', *TCR* 1998, p. 61-66.

Vranken 1998b
J.B.M. Vranken, noot onder HR 30 januari 1998 (*Interforce/Rosier*), *NJ* 1998, 459.
Vranken 1998c
J.B.M. Vranken, noot onder HR 10 oktober 1998 (*Optimum/De Bruin*), *NJ* 1998, 473.
Vranken 1999
J.B.M. Vranken, 'Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg' (preadvies NVvP), in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
Vranken e.a. 1999
J.B.M. Vranken e.a., 'Oproep voor een beter nieuw civiel procesrecht', *NJB* 1999, p. 1963-1964.
Vranken 2000
J.B.M. Vranken, noot onder HR 3 december 1999 (*Mr. H./NHL en J.*), *NJ* 2000, 289.
Vranken 2001
J.B.M. Vranken, 'Herroeping in een fundamenteel vernieuwd civiel procesrecht', in: M.M. Krijnen & M.R. Mok (red.), *Het rekest-civiel herroepen* (Ten Kate-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 37-49.
Vranken 2002
J.B.M. Vranken, 'Ook als partijgetuige heeft de notaris een functioneel verschoningsrecht. Terecht? Oproep aan de beroepsorganisaties', *WPNR* 6510 (2002), p. 773-779.
Vriesendorp 1970
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.
Vriesendorp 1972
J.J. Vriesendorp, 'Boekbespreking (bespreking van Van Baars 1971), *RMThemis* 1972, p. 193-200.
Vriesendorp 1979a
J.J. Vriesendorp, 'Het debat en de beslissing over de werkelijke geschilpunten in de civiele procedure, met rechtvergelijking', *RMThemis* 1979, p. 118-164.
Vriesendorp 1979b
J.J. Vriesendorp, 'Een 'goede procesorde'', *NJB* 1979, p. 763-765.
Vriesendorp 1981
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden* (Studiepockets privaatrecht 23), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1981.

De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
De Waard 2001
B.W.N. de Waard, 'De goede procesorde', *JBplus* 2001, p. 148-162.
Wach 1879
Adolf Wach, 'Defensionspflicht und Klagerecht', *GrünhutsZ* 1879, p. 515-558.
Wach 1914
Adolf Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin: Otto Liebmann 1914.
Wachter 1975
B. Wachter, noot onder HR 10 mei 1974 (*Bedrijfsvereniging voor de Bouwnijverheid/X.*), *NJ* 1975, 267.

Wachter 1983
B. Wachter, noot onder HR 18 juni 1982 (*X./Nederlandse Middenstandsbank*), *NJ* 1983, 1.
Wachter 1984
B. Wachter, 'Door wethouders en pseudo-vogelpest aangetaste organen', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 79-88.
Wagner 1998
Gerhard Wagner, *Prozeßverträge* (Hab. Göttingen; Ius Privatum 33), Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1998.
Walter 1986
Gerhard Walter, 'Ehrenschutz gegenüber Parteivorbringen im Zivilprozeß', *JZ* 1986, p. 614-619.
Wedeven (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud)
H.L. Wedeven, 'Eerste Boek, Tiende titel, Van requeste civiel', in: W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, *Boek 1 oud,* Deventer: Kluwer (losbl.).
Wertheim 1930
W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1930.
Wery 1964
J.L.L. Wery, 'Het niet-toerekenbaar niet-nakomen van een verbintenis volgens het Ontwerp B.W.', *RMThemis* 1964, p. 4-38.
Wesseling-van Gent 1987
E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.
Wesseling-van Gent 1993
E.M. Wesseling-van Gent, 'Proceskostenveroordeling', in: E.M. Wesseling-van Gent, E.E. Minkjan & R.W. Holzhauer, *De kosten van een procedure* (preadvies NVvP), Deventer: Kluwer 1993, p. 1-13.
Wesseling-van Gent (*Burgerlijke Rechtsvordering I*) (oud)
E.M. Wesseling-van Gent, 'Eerste Boek, Derde titel, Eerste afdeling. Van de dagvaardingen. Tweede afdelingen. Van de verwering en het voldingen der zaak. Derde afdeeling. Van voorlopige verzoeken en van verwijzing bij onbevoegdheid', in: W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, *Boek 1 oud,* Deventer: Kluwer (losbl.).
Wessels 1988
B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Wessels 1991
B. Wessels, 'Het nieuw BW en het procesrecht', in: W.J. van der Nat-Verhage e.a. (red.), *Vorm en wezen* (Heemskerk-bundel), Utrecht: Lemma 1991, p. 345-373.
Weth 1988
Stephan Weth, *Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß* (diss. Saarbrücken), Köln e.a.: Carl Heymanns 1988.
J. Wiarda 1947
J. Wiarda, *Aard en beteekenis van rechtsbeginselen, inzonderheid de beginselen van goede trouw en billijkheid, in ons positieve recht* (inaug. rede Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947.

J. Wiarda 1952
J. Wiarda, 'Belang en belangenafweging in het privaatrecht', *RMThemis* 1952, p. 421-467.
G.J. Wiarda 1973
G.J. Wiarda, 'De rechter tegenover vage rechtsnormen', *RW* 1973-74, k. 177-190.
Wiarda/Koopmans 1999
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk door T. Koopmans, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
Wichers Hoeth 1964
L. Wichers Hoeth, *De advocatuur*, Bussum: C.A.J. van Dishoeck 1964.
Wiederkehr 1981
Georges Wiederkehr, 'La notion d'action en justice selon l'acticle 30 du nouveau Code de procédure civile', in: Jean Barrère e.a. (red.), *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse: Université des sciences sociales de Toulouse 1981, p. 949-958.
Van der Wiel 2001
B.T.M. van der Wiel, 'Onrechtmatig ageren', in: I. Brand e.a. (red.), *Recht(er) en belang* (BW-Krant Jaarboek 17), Deventer: Kluwer 2001, p. 27-42.
Van der Wiel 2002
B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 6480 (2002), p. 221-229.
Van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.2*)
B.T.M. van der Wiel, 'II.2. Samenloop', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.3*)
B.T.M. van der Wiel, 'II.3. Overeenkomst en onrechtmatige daad', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
K. Wiersma 1952
K. Wiersma, 'Gedwongen deelneming aan een burgelijk geding', in: I. Boon e.a., *Rechtskuindige opstellen* (Cleveringa-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 391-415.
K. Wiersma 1960
K. Wiersma, 'Behoort de wet algemene regelen te bevatten omtrent de verhouding tussen de vordering uit onrechtmatige daad en die uit overeenkomst, en zo ja, welke?' (preadvies NJV), *Hand. NJV* 1960 I, p. 224-287.
H.W. Wiersma 1998
H.W. Wiersma, *Tussenoordelen en eindbeslissingen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1998.
H.W. Wiersma 2002
H.W. Wiersma, 'Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2002, p. 6-19.
Wiersma & Wiersma 1988
H.W. Wiersma & K. Wiersma, *Veegens-Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, 2, bewijs door geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Wijckerheld Bisdom 1979
C.R.C. Wijckerheld Bisdom, 'Rechtsvorming door het Hof van Discipline', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 505-516.

Wijckerheld Bisdom 1981
C.R.C. Wijckerheld Bisdom, 'Gebrekkige dagvaardingen, in verband met de hanteerbaarheid van het procesrecht', in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
Wijnstroom 1921
J.J. Wijnstroom, *Een onderzoek naar het begrip misbruik van recht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kruyt 1921.
Winkler von Mohrenfels 1986
Peter Winkler von Mohrenfels, *Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht* (Hab. Hamburg), Berlin: Duncker & Humblot 1986.
Wolfsbergen 1946
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1946.
Woog 1972
Jean-Claude Woog, *La résistance injustifiée à l'excercice d'un droit* (diss. Paris II), Paris: LGDJ 1972.

Van Zeben 1971
C.J. van Zeben, noot onder Rb. 's-Gravenhage 11 februari 1971, *Prg.* 1971, 642.
Zeiss 1967
Walter Zeiss, 'Schadenersatzpflichten aus Prozessualem Verhalten', *NJW* 1967, p. 703-709.
Zöller/Geimer 2002
Reinhold Geimer, in: Richard Zöller, *Zivilprozeßordnung*, 23e druk bewerkt door Reinhold Geimer e.a., Köln: Otto Schmidt 2002.
Zöller/Greger 2002
Reinhard Greger, in: Richard Zöller, *Zivilprozeßordnung*, 23e druk bewerkt door Reinhold Geimer e.a., Köln: Otto Schmidt 2002.
Zöller/Vollkommer 2002
Max Volkommer, in: Richard Zöller, *Zivilprozeßordnung*, 23e druk bewerkt door Reinhold Geimer e.a., Köln: Otto Schmidt 2002.
Zonderland 1975
P. Zonderland, 'Het misbruik van recht en de inleidende titel', *WPNR* 4295-5296 (1975), p. 105-125.
Zonderland 1977
P. Zonderland, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.
Zuckerman 1999
Adrian Zuckerman, 'Justice in crisis: comparative dimensions of Civil Procedure', in: Adrian A.S. Zuckerman e.a. (red.) *Civil justice in crisis*, Oxford: Oxord University Press 1999, p. 3-52.
Zweigert & Kötz 1996
Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, derde druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996.

Rechtspraakregister

Verwezen wordt naar de tekstnummers.

SUPRANATIONALE GERECHTEN

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), *NJ* 1975, 462 | 127, 201, 204
EHRM 9 oktober 1979 (*Airey/Ierland*), *NJ* 1980, 376 | 204
EHRM 28 mei 1985 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 1991, 623 | 127
EHRM 27 oktober 1993 (*Dombo Beheer/Nederland*), *NJ* 1994, 534 | 55-56
EHRM 25 november 1999 (*Nilsen en Johnsen/Noorwegen*), *NJ* 2001, 63 | 132
EHRM 6 april 2000 (*Comingersoll/Portugal*), *NJ* 2000, 612 | 65
EHRM 21 maart 2002 (*Nikula/Finland*), *Mediaforum* 2002, p. 208 | 37

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM 8 oktober 1976, zaak 6916/75 (*X, Y en Z/Zwitserland*), *D&R* 6, p. 11 | 127
ECRM 2 december 1985, zaak 11559/85 (*H./Verenigd Koninkrijk*) | 127

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 10 november 1993 (*Otto/Postbank*), *NJ* 1994, 256 | 59

BELGIË

Hof van Cassatie

Cass. 12 juli 1917, *Pas*. 1918 I, p. 65 | 100
Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941 I, p. 192 | 18, 99
Cass. 13 november 1953, *Pas*. 1954 I, p. 189 | 99
Cass. 22 maart 1956, *Pas*. 1956 I, p. 777 | 99
Cass. 16 november 1961, *Pas*. 1962 I, p. 332 | 100
Cass. 29 november 1962, *Pas*. 1963 I, p. 406 | 99, 156
Cass. 13 april 1967, *Pas*. 1967 I, p. 954 | 99, 136, 160
Cass. 30 januari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 458 | 71-72, 159-160
Cass. 2 februari 1970, *Pas*. 1970 I, p. 461 | 99
Cass. 10 september 1971, *Pas*. 1972 I, p. 28 | 84, 99, 126
Cass. 24 januari 1974, *Pas.* 1974, I, 553 | 277

Cass. 2 juni 1977, *Pas.* 1977 I, p. 1012 | 43
Cass. 23 februari 1978, *Pas.* 1978 I, p. 729 | 129, 166
Cass. 24 april 1978, *RW* 1978-79, k. 2669 | 129, 314
Cass. 30 oktober 1978, *Pas.* 1979 I, p. 248-255 | 44
Cass. 26 oktober 1981, *Pas.* 1982 I, p. 281 | 243
Cass. 15 maart 1982, *RW* 1983-84, k. 1399 | 167
Cass. 10 maart 1983, *RW* 1983-84, k.1234 | 125
Cass. 18 februari 1988, *RW* 1989-90, p. 145 | 44, 56
Cass. 20 maart 1989, *JT* 1990, p. 195-197 | 44
Cass. 4 december 1989, *RW* 1990-91, p. 305 | 264
Cass. 1 oktober 1990, *Pas.* 1991 I, p. 98 | 243
Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991 I, p. 457 | 167
Cass. 29 oktober 1991, *Pas.* 1992 I, p. 162-164 | 44
Cass. 22 november 1991, *RW* 1991-1992, p. 1029 | 268
Cass. 30 januari 1992, *RW* 1993-94, p. 1023 | 100
Cass. 14 februari 1992, *RW* 1991-92, p. 1302 | 268
Cass. 19 december 1994, *RW* 1995-96, p. 1207-1209 | 44
Cass. 20 oktober 1995, *P&B* 1995, p. 149 | 167
Cass. 14 december 1995, *RW* 1996-97, p. 198-199 | 43
Cass. 4 oktober 1996, *P&B* 1997, p. 87 | 268
Cass. 26 november 1999, *RW* 2000-01, p. 772 | 269
Cass. 27 januari 2000, *JT* 2000, p. 826 | 268
Cass. 18 mei 2000, *Pas.* 2000 I, p. 305 | 268
Cass. 16 februari 2001, nr. RC012G2, rolnr. C990477 | 268
Cass. 22 maart 2001, *JT* 2001, p. 519 | 269
Cass. 6 april 2001, *RW* 2001-02, p. 1101 | 273
Cass. 1 juni 2001, *RW* 2002-03, p. 134 | 268
Cass. 27 september 2001, *P&B* 2002, p. 115 | 273
Cass. 14 maart 2002, *RW* 2002-03, p. 138 | 269

Hoven van Beroep

Hof Luik 27 oktober 1947, *Pas.* 1947 II, p. 61 | 160
Hof Gent 28 juni 1954, *RW* 1954-55, k. 851 | 160
Hof Brussel 20 oktober 1962, *Pas.* 1963 II, p. 123 | 71, 160
Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1965 II, p. 86 | 71-72, 101, 160
Hof Brussel 17 april 1964, *Pas.* 1966 II, p. 273 | 129
Hof Brussel 15 december 1969, *RW* 1969-70, k. 1055 | 166
Hof Antwerpen 1 december 1980, *RW* 1980-81, k. 1836 | 101, 166
Hof Brussel 22 maart 1988, *RTDF* 1989, p. 46 | 71
Hof Gent 21 april 1995, *RW* 1995-96, p. 927 | 101, 139
Hof Luik 27 juni 1995, *JLMB* 1996, p. 298 | 166

Rechtbanken

Rb. Charleroi 14 juli 1949, *JT* 1950, p. 139 | 71-72, 159
Rb. Gent 29 november 1950, *RW* 1950-51, k. 914 | 146
Kh. Gent 26 april 1954, *RW* 1954-55, k. 948 | 18, 159

Rb. Kortrijk 20 mei 1954, *RW* 1954-55, k. 428 | 128
Rb. Brussel 23 mei 1956, *JT* 1956, p. 475 | 129, 135
Rb. Kortrijk 3 juni 1956, *RW* 1955-56, k. 807 | 128
Kh. Brussel 21 januari 1957, *JT* 1957, p. 172 | 168
Rb. Antwerpen 31 mei 1957, *RW* 1959-60, k.603 | 144
Rb. Ieper 20 november 1957, *RW* 1957-58, k. 1251 | 129
Rb. Brussel 2 mei 1960, *JT* 1961, p. 26 | 145
Rb. Brussel 30 juni 1960, *JT* 1961, p. 45 | 166
Rb. Brussel 5 juni 1963, *RW* 1963-64, k. 923 | 129, 135
Rb. Brussel 30 november 1963, *JT* 1964, p. 128 | 166
Rb. Mons 3 juni 1964, *JT* 1965, p. 23 | 101, 132
Rb. Brussel 23 november 1967, *JT* 1967, p. 741 | 71
Rb. Brussel 28 oktober 1969, *JT* 1970, p. 29 | 136
Rb. Brussel 25 juni 1974, *JT* 1974, p. 609 | 71-72, 166
Rb. Brussel 24 februari 1976, *Pas*. 1976 III, p. 61 | 71, 160
Rb. Brussel 3 juni 1977, *JT* 1977, p. 627 | 44
Rb. Brussel 25 april 1986, *RW* 1986-87, k. 885 | 129
Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, p. 126 | 129, 135-136
Rb. Antwerpen 26 november 1987, *RW* 1989-90, p. 26 | 101, 140
Rb. Brussel 9 mei 1990, *JT* 1990, p. 519 | 71-72
Arbrb. Mons 18 december 1991, *JLMB* 1992, p. 896 | 71
Kh. Brugge 10 juni 1993, *RW* 1993-94, p. 1239 | 151
Rb. Gent 19 mei 1995, *P&B* 1997, p. 165 | 166
Arbrb. Charleroi 21 mei 1996, *JLMB* 1996, p. 1233 | 268
Rb. Antwerpen 7 mei 1997, *RW* 1998-99, p. 309 | 71, 101, 160
Arbrb. Bergen 10 november 1998, *JLMB* 2000, p. 124 | 314
Rb. Brussel 24 september 1999, *P&B* 2001, p. 17 | 166
Rb. Luik 17 november 2000, *JT* 2001, p. 519 | 71
Kh. Brussel 7 juni 2001, *TBBR* 2001, p. 491 | 160

Vrederechter

Vrederechter Wetteren 13 juli 1989, *RW* 1989, p. 130 | 146

DUITSLAND

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 5 mei 1987, *JZ* 1988, p. 90 | 261
BVerfG 23 juni 1990, *NJW* 1991, p. 29 | 36
BVerfG 11 april 1991, *NJW* 1991, p. 2075 | 36

Bundesgerichtshof

BGH 25 januari 1956, *BGHZ* 19, p. 390 | 19, 250
BGH 13 maart 1959, *NJW* 1959, p. 1235 | 20
BGH 20 januari 1961, *NJW* 1961, p. 826 | 20, 176, 255

BGH 13 juli 1962, *NJW* 1962, p. 2149 | 255
BGH 14 maart 1968, *NJW* 1968, p. 1234 | 19
BGH 20 mei 1968, *JZ* 1968, p. 569 | 158
BGH 24 november 1970, *NJW* 1971, p. 284 | 36, 295
BGH 8 april 1981, *NJW* 1981, p. 1733 | 45
BGH 5 mei 1983, *NJW* 1983, p. 2879 | 255
BGH 30 mei 1984, *BGHZ* 91, p. 303 | 261
BGH 10 januari 1985, *NJW* 1985, p. 1841 | 241
BGH 13 februari 1985, *VersR* 1985, p. 545 | 19
BGH 19 juni 1985, *NJW* 1995, p. 2846 | 19
BGH 25 maart 1987, *NJW* 1988, p. 62 | 274
BGH 16 oktober 1987, *NJW-RR* 1988, p. 395 | 57
BGH 8 juni 1988, *NJW* 1989, p. 162 | 255
BGH 6 oktober 1989 *NJW-RR* 1990, p. 78 | 255
BGH 11 juni 1990, *NJW* 1990, p. 3151 | 20, 46, 255
BGH 4 maart 1991, *NJW-RR* 1991, p. 891 | 19
BGH 23 april 1991, *NJW* 1991, p. 2709 | 236, 244
BGH 16 oktober 1991, *NJW-RR* 1992, p. 314 | 57
BGH 25 februari 1992, *NJW* 1992, p. 1968 | 19
BGH 28 april 1992, *NJW* 1992, p. 2428 | 244
BGH 11 juli 1994, *NJW-RR* 1994, p. 1143 | 57
BGH 25 april 1995, *NJW* 1995, p. 2112 | 19
BGH 5 juli 1995, *NJW-RR* 1996, p. 56 | 234
BGH 13 maart 1996, *NJW* 1996, p. 1827 | 234, 255
BGH 3 februari 1999, *NJW* 1999, p. 1404 | 254-255
BGH 18 mei 1999, *NJW* 1999, p. 2888 | 236
BGH 30 november 1999, *NJW* 2000, p. 803 | 242
BGH 12 juli 2001, *NJW* 2002, p. 376 | 234

Oberlandesgerichte

OLG Frankfurt, *NJW* 1979, p. 1613 | 103
OLG Celle 2 april 1998, *NJW-RR* 1999, p. 385 | 36, 295

FRANKRIJK

Cour de cassation

Crim. 19 december 1817, *S* 1818 I, p. 170 | 79, 92
Civ. 7 december 1885, *DP* 1886 I, p. 207 | 93, 130
Req. 12 februari 1862, *D.* 1862, 1, p. 187 | 55
Req. 18 november 1907, *D* 1908 I, p. 91 | 145
Req. 10 januari 1910, *DP* 1911 I, p. 370 | 163
Civ. 7 mei 1924, *S* 1925, 1, p. 217 | 93, 130
Civ. 30 juli 1930, *DH* 1930, p. 539 | 156
Req. 27 januari 1931, *DP* 1931 I, p. 165 | 166
Civ. 22 mei 1935, *S* 1935 I, p. 383 | 156

Req. 10 mei 1937, *DP* 1937 I, p. 82 | 168
Civ. 25 januari 1938, *GP* 1938 I, p. 628 | 156
Civ. 3 december 1940, *GP* 1941 I, p. 306 | 130
Req. 11 januari 1943, *DC* 1944, p. 96 | 144
Req. 23 juni 1943, *GP* 1943 II, p. 109 | 166
Civ. 6 november 1946, *D* 1947, p. 49 | 166
Civ. 22 februari 1950, *S* 1950 I, p. 183 | 156
Civ. I augustus 1950, *S* 1950 I, p. 100 | 156
Soc. 1 december 1950, *Bull.* III, 910 | 130
Com. 14 mei 1952, *Bull.* III, 190 | 130
Soc. 11 juni 1953, *Bull.* IV, 436 | 87, 162
Civ. I 5 april 1954, *GP* 1954 I, p. 379 | 156
Soc. 24 maart 1955, *Bull.* IV, 281 | 135
Soc. 29 maart 1955, *JCP* 1955 II, 8743 | 166
Civ. II 6 februari 1957, *D* 1957, p. 211 | 130, 141
Civ. I 13 mei 1958, *Bull.* I, 239 | 162
Civ. I 22 oktober 1958, *GP* 1959 II, p. 6 | 126
Civ. I 1 december 1958, *Bull.* I, 529 | 160
Civ. II 13 november 1959, *GP* 1960 I, p. 98 | 93
Com. 9 juni 1960, *Bull.* III, 220 | 135
Civ. I 9 december 1963, *JCP* 1964 II 13542 | 252
Civ. I 11 februari 1964, *D* 1964, Som. p. 97 | 94, 128
Civ. I 13 mei 1964, *GP* 1964 II, p. 129 | 128
Com. 15 juli 1964, *Bull.* III, 371 | 130
Civ. I 9 februari 1965, *Bull.* I, 107 | 130
Civ. I 22 juni 1965, *Bull.* I, 413 | 17, 130
Civ. I 5 juli 1965, *D* 1966, Som. p. 5 | 130, 146
Civ. II 23 maart 1966, *Bull.* II, 388 | 130
Civ. I 20 juni 1966, *JCP* 1966 II, 14890 | 94
Soc. 19 oktober 1966, *Bull.* IV, 787 | 130, 144
Civ. II 31 mei 1967, *Bull.* II, 199 | 130, 136
Civ. II 13 maart 1968, *Bull.* II, 78 | 166
Civ. III 3 juni 1968, *Bull.* III, 314 | 144
Civ. I 12 juni 1968, *JCP* 1969 II, 15584 | 160
Com. 30 oktober 1968, *JCP* 1969 II, 15964 | 130
Civ. II 5 februari 1969, *JCP* 1970 II 16359 | 17
Civ. II 18 juni 1969, *Bull.* II, 217 | 17, 129, 135
Civ. III 25 juni 1969, *Bull.* III, 515 | 159
Com. 30 juni 1969, *Bull.* IV, 252 | 135
Civ. I, 21 juli 1969, *D* 1970, Som. p. 17 | 160
Civ. III 11 december 1969, *D* 1970, p. 65 | 70
Soc. 11 maart 1970, *D* 1970, p. 548 | 160
Civ. I 2 juni 1970, *D* 1970, Som. p. 191 | 156
Civ. II 8 oktober 1970, *D* 1971, Som. p. 31 | 128
Com. 24 november 1970, *Bull.* IV, 317 | 69
Civ. II 18 november 1971, *D* 1972, Som. p. 39 | 129
Civ. I 26 januari 1972, *D* 1972, Som. p. 67 | 129
Civ. III 15 maart 1972, *Bull.* III, 181 | 129

Civ. III 12 april 1972, *JCP* 1972 IV, 132 | 136, 144
Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972 II, 17202 | 130
Civ. II, 11 januari 1973, *GP* 1973 II, p. 710 | 93
Civ. II 28 maart 1973, *D* 1973, IR p. 117 | 159-160
Soc. 16 november 1972, *Bull.* V, 626 | 252
Civ. II 20 december 1973, *Bull.* II, 342 | 156
Civ. II 16 mei 1974, *Bull.* II, 173 | 129
Soc. II 16 mei 1974, *Bull.* IV, 568 | 141
Civ. II 24 oktober 1974, *JCP* 1974, II, 12809 | 277
Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184 | 130, 136
Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 | 94, 130, 139
Com. 9 maart 1976, *Bull.* IV, 84 | 17, 159
Civ. II 29 april 1976, *JCP* 1977 II, 18738 | 95
Civ. III 5 mei 1976, *D* 1976, IR p. 221 | 129
Civ. III 15 juni 1976, *Bull.* III, 267 | 243
Civ. I 8 november 1976, *JCP* 1976 IV, 395 | 156
Soc. 17 maart 1977, *Bull.* V, 207 | 68, 70, 163
Civ. III 22 maart 1977, *Bull.* III, 142 | 129
Civ. I 10 mei 1977, *Bull.* I, 215 | 36, 146
Com. 23 mei 1977, *Bull.* IV, 147 | 159
Civ. I 19 juli 1977, *Bull.* I, 342 | 17
Civ. I 3 januari 1980, *Bull.* I, 7 | 252
Civ. I 30 januari 1980, *D* 1980, IR p. 461 | 166
Civ. III 12 februari 1980, *JCP* 1980 IV, 168 | 160, 166
Com. 18 maart 1980, *Bull*. IV, 128 | 68, 70, 160
Com. 19 maart 1980, *Bull.* IV, 134 | 130
Civ. III 3 maart 1981, *JCP* 1981 IV, 181 | 144
Civ. I 4 maart 1981, *RTDciv.* 1981, p. 897 | 267
Civ. III 8 december 1981, *JCP* 1982 IV, 83 | 141
Civ. III 15 april 1982, *JCP* 1982 IV, p. 220 | 68, 70, 159
Civ. II 10 november 1982, *JCP* 1983, IV, 32 | 267
Com. 15 november 1982, *GP* 1983, Pan., p. 97 | 70, 160
Civ. II 26 januari 1983, *GP* 1983, Pan., p. 133 | 70
Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140 | 94, 156
Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6 | 95, 144, 146
Com. 29 februari 1984, *Bull*. IV, 82 | 70, 166
Civ. II 7 maart 1984, *Bull*. II, 46 | 166
Com. 20 maart 1984, *GP* 1984 II, Pan. p. 210 | 129
Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984 IV, 211 | 130, 136
Civ. III 26 september 1984, *JCP* 1984 IV, 327 | 130
Civ. II 13 februari 1985, *JCP* 1985, IV, p. 156 | 70
Com. 20 februari 1985, *Bull.* IV, 73 | 70
Civ. II 25 maart 1985, *RTDciv.* 1986, p. 183 | 267
Civ. II 29 januari 1986, *JCP* 1986 IV, 94 | 125
Civ. I 25 februari 1986, *GP* 1987, Som. p. 41 | 130
Civ. I 22 april 1986, *JCP* 1986 IV, 183 | 94, 125
Civ. II 11 maart 1987, *JCP* 1987 IV, 174 | 129
Civ. III 8 juni 1988, *Bul*. III, 102 | 68, 70

Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, p. 609 | 94, 130
Civ. I 14 februari 1989, *Bull.* I, 82 | 130
Com. 14 februari 1989, *Bull.* IV, 65 | 144
Civ. II 1 maart 1989, *GP* 1989, Pan. p. 108 | 94, 130
Com. 2 mei 1989, *JCP* 1989, IV, p. 250 | 70
Com. 5 december 1989, *Bull.* IV, 305, *D* 1990, IR p. 8 | 150
Civ. II 26 november 1990, *JCP* 1991 IV, p. 34 | 267
Civ. III 16 januari 1991, *D* 1991, Som. p. 323 | 94
Civ. II 20 maart 1991, *RTDciv.* 1991, p. 799 | 267
Civ. II 10 mei 1991, *Bull.* II, 142 | 252
Civ. II 9 oktober 1991, *JCP* 1991 IV, p. 428 | 267
Com. 1 februari 1992, *JCP* 1992 II, 21817 | 129
Civ. II 12 februari 1992, *JCP* 1992 IV, 1103 | 144
Civ. II 16 juli 1992, *JCP* 1992 IV 2707 | 41
Civ. II 24 februari 1993, *JCP* 1993 IV, 1095 | 94
Civ. II 16 juni 1993, *JCP* 1993 IV, 2118 | 159
Civ. II 17 november 1993, *D* 1994, IR p. 6 | 40
Civ. I 13 december 1994, *D* 1995, p. 496 | 160
Com. 11 april 1995, *JCP* 1995, IV, 1484 | 41
Civ. II 22 mei 1995, *JCP* 1995 IV, 1711 | 94
Com. 4 juli 1995, *GP* 1995, Pan. p. 231 | 95, 146
Civ. II 25 oktober 1995, *JCP* 1995 IV, 2617 & 2639 | 130, 140
Soc. 23 november 1995, *D* 1996, Som. p. 135 | 243
Civ. II 29 mei 1996, *JCP* 1996 IV, 1630 | 94
Civ. II 18 december 1996, *GP* 1997, Pan. p. 215 | 94
Civ. III 21 januari 1998, *D* 1998, IR p. 47 | 144
Civ. III 18 februari 1998, *JCP* 1998 IV, 1809 | 160
Civ. I 10 maart 1998, *Bull.* I, 100 | 129
Civ. III 6 mei 1998, *Procédures* 1998, 167 | 267
Civ. III 30 september 1998, *JCP* 1998 IV, 3195 | 95, 146
Civ. III 13 januari 1999, *RTDciv.* 2000, p. 157 | 271
Soc. 27 januari 1999, *Procédures* 1999, Comm. 124 | 41
Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1369 | 267
Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1373 | 267
Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1374 | 267
Civ. II 11 januari 2001, *JCP* 2001 IV 1375 | 267
Com. 6 februari 2001, *JCP* 2001 II, 10587 | 167
Civ. II 2 oktober 2002, *D* 2002, p. 2916 | 345

Cours d'appel

CA Colmar 2 mei 1855, *DP* 1856 II, p. 9 | 79, 92
CA Pau 15 februari 1973, *JCP* 1973 II, 17584 | 84
CA Paris 5 februari 1986, *RTDciv.* 1986, p. 798 | 54

NEDERLAND

Hoge Raad

HR 14 januari 1881 (*Van Oppen & de Beaumont/Uitborck*), *W* 4661 | 78
HR 3 mei 1901 (*Siepman van den Berg/Herklotz*), *W* 7604 | 248
HR 18 april 1902 (*Münchener/Almelo*), *W* 7754 | 251, 338
HR 25 januari 1907 (*De Jong/Kok*), *W* 8494 | 233
HR 20 maart 1913 (*Verbeek/Salida*), *NJ* 1913, p. 636 | 326
HR 20 november 1914 (*Van Leeuwen/De Vries*), *NJ* 1915, p. 109 | 251
HR 31 januari 1919 (*Lindenbaum/Cohen*), *NJ* 1919, p. 161 | 9
HR 20 mei 1921 (*Weisbard c.a./De Ridder*), *NJ* 1921, p. 788 | 49, 52
HR 5 februari 1925 (*Boot/Hellingman*), *NJ* 1925, p. 400 | 142
HR 18 december 1925 (*Batava/Salomonsky*), *NJ* 1926, p. 228 | 247, 251
HR 7 januari 1926 (*Zuiderent/Bezemer*), *NJ* 1926, p. 258 | 247, 348
HR 17 februari 1927 (*De Wild/Utrechtsche Hypotheekbank*), *NJ* 1927, p. 391 | 78, 83
HR 27 februari 1927 (*De Vries/Ontvanger*), *NJ* 1924, p. 495 | 348
HR 24 juni 1927 (*Spaarbank/Juffer Tette Alberda Gasthuis*), *NJ* 1927, p. 1043 | 348
HR 13 juni 1928 (*B.T./Kalma*), *NJ* 1928, p. 1379 | 131
HR 15 juni 1928 (*Carp/Filature*), *NJ* 1928, p. 1604 | 111
HR 14 juni 1929 (*Honstra/Van Kerkhoff*), *NJ* 1929, p. 1611 | 348
HR 21 november 1930 (*International Perfumery Company/Parfumerie Parisienne*), *NJ* 1931, p. 218 | 300
HR 11 december 1930 (*M./T.*), *NJ* 1931, p. 738 | 348
HR 12 juni 1931 (*Engelberts/Jurriaanse*), *NJ* 1931, p. 1345 | 326
HR 24 maart 1933 (*Denteneer/Brouwer*), *NJ* 1933, p. 1095 | 272
HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), *NJ* 1933, p. 1038 | 128-130
HR 12 juni 1936 (*A.W./C.P.B.*), *NJ* 1936, 962 | 165
HR 12 juni 1936 (*Nederlandsche Trustmaatschappij/Paleis voor Volksvlijt*), *NJ* 1936, 996 | 341
HR 2 april 1937 (*Van Stolk/Van der Goes*), *NJ* 1937, 639 | 110
HR 7 april 1938 (*F.M.M.G./G.F.B.*), *NJ* 1938, 1082 | 250
HR 11 december 1941 (*De Graaf/Ouwehand*), *NJ* 1942, 248 | 235
HR 26 juni 1942 (*Weegewijs/Hollandsche Electrische Spoorwegmaatschappij*), *NJ* 1942, 585 | 113, 147, 149
HR 4 september 1942 (*Twentsche Bank/Britsch Continentale Handel Maatschappij*), *NJ* 1942, 617 | 113, 150
HR 10 december 1943 (*J.W./Hofdsynagoge Amsterdam*), *NJ* 1944, 240 | 348
HR 31 januari 1947 (*Baus/De Koedoe*), *NJ* 1948, 115 | 49, 52
HR 22 juli 1948 (*A.W.R./J.H.N.*), *NJ* 1948, 618 | 327
HR 28 oktober 1949 (*J.Z./Rotterdamse Hypotheekbank*), *NJ* 1949, 743 | 149
HR 30 maart 1951 (*J./v.d.H.*), *NJ* 1952, 29 | 143, 338
HR 12 juni 1953 (*K.H./P.v.d.Z.*), *NJ* 1954, 61 | 53
HR 12 maart 1954 (*Carmiggelt/Stougie*), *NJ* 1954, 256 | 338
HR (Strafkamer) 9 november 1954, *NJ* 1955, 55 | 317
HR 23 december 1955 (*Stroes/Van Dun*), *NJ* 1956, 164 | 344
HR 24 mei 1957 (*Van Vliet/Vricon*), *NJ* 1959, 10 | 235-236, 333
HR 28 juni 1957 (*Erba/Amsterdamse Bank*), *NJ* 1957, 51 | 353
HR 15 november 1957 (*Baris/Riezenkamp*), *NJ* 1958, 67 | 140

HR 10 januari 1958 (*Tekinalp/Bakan*), *NJ* 1958, 78 | 230
HR 19 december 1958 (*Winters/Winters*), *NJ* 1959, 129 | 344
HR 30 januari 1959 (*Ruizenaar/Timmermans*), *NJ* 1960, 85 | 235
HR 26 juni 1959 (*X./Y.*), *NJ* 1961, 553 | 110, 165, 211, 298
HR 1 februari 1963 (*De Roos/Escomptobank*), *NJ* 1964, 157 | 113, 161
HR 5 februari 1965 (*S./L.*), *NJ* 1965, 173 | 237
HR 21 april 1967 (*Leppers/Van de Wouw*), *NJ* 1967, 240 | 281
HR 19 mei 1967 (*Saladin/HBU*), *NJ* 1967, 216 | 224
HR 9 februari 1968 (*Koole/Vreeke en De Pagter*), *NJ* 1968, 282 | 145
HR 29 november 1969 (*Versteeg/Van den Bergh*), *NJ* 1969, 260 | 149
HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), *NJ* 1971, 89 | 84, 112, 119, 126
HR 26 juni 1970 (*X./Y.*), *NJ* 1970, 390 | 237
HR 29 oktober 1971 (*X/Y*), *NJ* 1972, 24 | 113, 165
HR 28 januari 1972 (*Salomé/Wolfert*), *NJ* 1972, 146 | 139
HR 9 juni 1972 (*Kraaijeveld/Neesman*), *NJ* 1972, 379 | 259
HR 16 februari 1973 (*Maas/Willems*), *NJ* 1973, 463 | 75
HR 8 juni 1973 (*E./Van H.*), *NJ* 1973, 406 | 283
HR 12 oktober 1973 (*Scheuerman/Krekel*), *NJ* 1974, 232 | 189
HR 14 december 1973 (*Erven Davids/Ontvanger*), *NJ* 1974, 347 | 279
HR 1 maart 1974 (cassatie in het belang der wet), *NJ* 1975, 6 | 297
HR 10 mei 1974 (*Bedrijfsvereniging voor de Bouwnijverheid/X.*), *NJ* 1975, 267 | 148
HR 1 november 1974 (*Nicolaye/Grooten*), *NJ* 1975, 454 | 236
HR 24 januari 1975 (*Laurens/Niemeijer*), *NJ* 1976, 90 | 348
HR 21 maart 1975 (*De Ridder en Smael/Meijers*), *NJ* 1976, 464 | 189
HR 31 augustus 1976 (*A.M.L./X.*), *NJ* 1977, 130 | 113, 150
HR 30 juni 1978 (*Theunissen/Verstappen*), *NJ* 1978, 693 | 210
HR 30 juni 1978 (*X./Y.*), *NJ* 1978, 614 | 259
HR 24 november 1978 (*Sunclass/Dernison*), *NJ* 1980, 88 | 338
HR 19 januari 1979 (*BCA/Turner*), *NJ* 1980, 124 | 210
HR 6 april 1979 (*Reuvers/Gem. Zwolle*), *NJ* 1980, 34 | 287, 298
HR 18 mei 1979 (*Hulskorte/Van der Lek*), *NJ* 1980, 213 | 58, 60
HR 19 oktober 1979 (*Huijvenaar/ADS*), *NJ* 1980, 471 | 237, 283
HR 13 februari 1981 (*X./Y.*), *NJ* 1981, 238 | 187, 199
HR 24 april 1981 (*Jansen/MBI*), *NJ* 1981, 495 | 280-281, 286
HR 8 juli 1981 (*Brüning/Hulzebos*), *NJ* 1981, 548 | 180-181, 226, 284
HR 6 november 1981 (*Konijnenburg/Protempo*), *NJ* 1982, 228 | 288
HR 18 juni 1982 (*X./Nederlandse Middenstandsbank*), *NJ* 1983, 1 | 149
HR 18 juni 1982 (*Leutscher/Van Tuijn III*), *NJ* 1983, 599 | 272
HR 5 december 1980 (*Kools/Stichting Pensioenfonds Huisartsen*), *NJ* 1982, 200 | 346
HR 17 december 1982 (*Van der Kroft/Lont*). *NJ* 1984, 59 | 179
HR 14 januari 1983 (*Schuring/Sweelinck*), *NJ* 1983, 267 | 113, 197
HR 22 april 1983 (*Ritzen en Vandeberg/Hoekstra*), *NJ* 1984, 145 | 111
HR 27 mei 1983 (*Leutscher/Van Tuijn IV*), *NJ* 1983, 600 | 197, 207, 230
HR 10 juni 1983 (*Peeters/Bogaers c.s.*), *NJ* 1983, 797 | 142
HR 30 september 1983 (*Kuiper/Douma en Van den Berg*), *NJ* 1984, 183 | 113, 161
HR 16 december 1983 (*Schriek/Franzen*), *NJ* 1984, 308 | 185
HR 7 oktober 1983 (*Kaasbaas/X.*), *NJ* 1984, 74 | 190
HR 11 november 1983 (*Broere/Olivetti*), *NJ* 1984, 298 | 282

HR 10 augustus 1984 (*Pita/De Windt*), *NJ* 1985, 229 | 112, 119
HR 1 maart 1985 (*Curatoren Ogem/Mr. Maas*), *NJ* 1986, 173 | 162
HR 4 oktober 1985 (*Withaar/Euroboek*), *NJ* 1986, 52 | 113, 161
HR 29 november 1985 (*Kayaalp/Klomp*), *NJ* 1986, 276 | 113
HR 7 februari 1986 (*Van Liere/Spruijt*), *NJ* 1986, 378 | 140
HR 11 april 1986 (*Ennia/Bodde*), *NJ* 1987, 433 | 284
HR 30 mei 1986 (*NS/Bonden*), *NJ* 1986, 688 | 66
HR 27 juni 1986 (*De Pater/Tekstra*), *NJ* 1987, 354 | 34, 146
HR 17 oktober 1986 (*Schotanus/bedrijfsvereniging*), *NJ* 1987, 317 | 190
HR 28 november 1986 (*Raad voor de Kinderbescherming/Milutinovic*), *NJ* 1987, 380 | 341
HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), *NJ* 1988, 1 | 112, 161
HR 27 februari 1987 (*De Groot/Vaassen*), *NJ* 1987, 559 | 179
HR 13 maart 1987 (*Raghoenath en Dewki/Gem. Rotterdam*), *NJ* 1987, 583 | 237
HR 3 april 1987 (*L en L/Drenth*), *NJ* 1988, 275 | 315
HR 20 november 1987 (*Timmer/Deutman*), *NJ* 1988, 500 | 224, 226, 248
HR 27 november 1987, *NJ* 1988, 369 | 290
HR 11 december 1987 (*Vermaat c.s./Aamar*), *NJ* 1988, 339 | 347
HR 11 maart 1988 (*Sobi en Lakeman/Hollandia-Kloos en Lubbers*), *NJ* 1988, 747 | 161
HR 24 juni 1988 (*Van Ewijk/Staat*), *NJ* 1989, 121 | 112, 161
HR 1 juli 1988 (*FCI/Joustra), NJ* 1989, 156 | 285
HR 3 februari 1989 (*Wouters/gemeente Amsterdam*), *NJ* 1989, 376 | 112, 161
HR 12 mei 1989 (*Dolmans/Wouters*), *NJ* 1989, 596 | 348
HR 30 juni 1989 (*Upjohn/Van Ommeren-van Heek*), *NJ* 1990, 652 | 272
HR 5 januari 1990 (*Philip Morris/BAT*), *NJ* 1990, 728 | 194
HR 20 april 1990 (*Paktank/Parisbas*), *NJ* 1991, 37 | 112, 163
HR 29 juni 1990 (*Trakzel/Gem. Amsterdam*), *NJ* 1991, 337 | 66
HR 3 oktober 1990 (*Van der Maas/Wouter*), *NJ* 1991, 5 | 112
HR 12 oktober 1990 (*Discount/Schouten*), *NJ* 1991, 186 | 237, 283
HR 19 oktober 1990 (*Maas/Gem. Schijndel*), *NJ* 1991, 607 | 285
HR 7 december 1990 (*Roham/Planex*), *NJ* 1991, 216 | 234
HR 21 december 1990 (*Roefs/Fanfare*), *NJ* 1992, 96 | 280
HR 11 januari 1991 (*Pool en Hulsebosch/St. Joseph*), *NJ* 1992, 650 | 213
HR 6 april 1991 (*S./F.*), *NJ* 1992, 407 | 282
HR 24 april 1991 (*Molensloot/ VWB en SAM*), *NJ* 1992, 190 | 180
HR 24 mei 1991 (*NOS/Staat*), *NJ* 1991, 675 | 180, 288
HR 7 juni 1991 (*B./K. Bank*), *NJ* 1991, 708 | 141, 181
HR 27 september 1991 (*Groenendijk/Stapel*), *NJ* 1991, 801 | 180, 226, 275, 287
HR 15 november 1991 (*Boogaard/NVPI*), *NJ* 1992, 724 | 280
HR 3 januari 1992 (*V./Staat*), *NJ* 1994, 627 | 132
HR 10 april 1992 (*Dormael/U.*), *NJ* 1992, 446 | 207
HR 18 september 1992 (*Van Eijck/Van Beresteyn en Teugeman*), *NJ* 1993, 48 | 181
HR 25 september 1992 (*Van Helden-Simon/Molenaar*), *NJ* 1992, 767 | 277
HR 16 oktober 1992 (*Muller Massis/De Vita*), *NJ* 1992, 791 | 279
HR 23 oktober 1992 (*G./Nationale Nederlanden*), *NJ* 1992, 814 | 234
HR 30 oktober 1992 (*Zegwaard/De Baat*), *NJ* 1993, 4 | 113
HR 18 december 1992 (*De Moel/Scherpenzeel en Koning*), *NJ* 1993, 152 | 152
HR 15 januari 1993 (*T./L.*), *NJ* 1993, 594 | 272

HR 22 januari 1993 (*Staat/Stichting herwaardering pensioenen NSB-kamerleden*), *NJ* 1994, 734 | 132
HR 12 februari 1993 (*Michielse/Michielse*), *NJ* 1993, 596 | 272
HR 19 februari 1993 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1994, 344 | 58-59, 162
HR 19 februari 1993 (*Automobielbedrijf/Pierik*), *NJ* 1994, 345 | 112, 161
HR 26 februari 1993 (*M./V.*), *NJ* 1993, 365 | 165
HR 26 maart 1993 (*Roozen/Blaricum*), *NJ* 1995, 42 | 315
HR 4 juni 1993 (*Vredo/Veenhuis*), *NJ* 1993, 659 | 178
HR 25 juni 1993 (*ABP/Sun*), *NJ* 1993, 630 | 225, 287
HR 1 juli 1993 (*Van Gijtenbeek/Trijzelaar*), *NJ* 1993, 670 | 185
HR 17 september 1993 (*Severin/Detam*), *NJ* 1994, 118 | 142
HR 24 september 1993 (*Van de Rakt/Veltman q.q.*), *NJ* 1994, 299 | 279
HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508 | 113, 130, 144, 197
HR 5 november 1993 (*De Wit/Van den Berg*), *NJ* 1994, 154 | 113, 360
HR 24 december 1993 (*W.S./S. en S.*), *NJ* 1994, 194 | 202, 272
HR 18 februari 1994 (*Schepers/De Bruijn*), *NJ* 1994, 368 | 347
HR 18 februari 1994 (*Staat/Kabayel*), *NJ* 1995, 718 | 294
HR 18 februari 1994 (*Zoontjens/Kijlstra*), *NJ* 1994, 606 | 221
HR 18 maart 1994 (*Ciba Geigy/Bovens*), *NJ* 1994, 407 | 202, 251
HR 15 april 1994 (*Valkenhorst*), *NJ* 1994, 608 | 132
HR 29 april 1994 (*Bodair/Meijboom*), *NJ* 1994, 497 | 179, 208
HR 29 april 1994 (*Edelsyndicaat/Van Hout*), *NJ* 1994, 488 | 157
HR 24 juni 1994 (*Ontvanger/Boddaert*), *NJ* 1994, 595 | 179
HR 9 september 1994 (*Gloudemans/De Winter*), *NJ* 1995, 6 | 281
HR 30 september 1994 (*Staat/Shell*), *NJ* 1996, 196 | 9, 77
HR 7 oktober 1994 (*Ontvanger/Wingen*), *NJ* 1995, 411 | 112
HR 4 november 1994 (*C./Z.*), *NJ* 1995, 98 | 202
HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), *NJ* 1996, 485 | 113, 116 | 158
HR 11 november 1994 (*Stichtingen/Ketting*), *NJ* 1995, 115 | 179
HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), *NJ* 1995, 213 | 113, 144
HR 13 januari 1995 (*Ontvanger/Bos*), *NJ* 1997, 366 | 318
HR 13 januari 1995 (*De Heel/Korver*), *NJ* 1997, 175 | 348
HR 13 januari 1995 (*P./L.*), *NJ* 1995, 370 | 202
HR 10 maart 1995 (*Holtrop/Stevens*), *NJ* 1996, 299 | 189, 226, 284
HR 7 april 1995 (*SBH/Fiet*), *NJ* 1995, 681 | 202
HR 15 september 1995 (*Van Straaten/kinderbescherming*), *NJ* 1996, 20 | 288
HR 22 september 1995 (*Kruijswijk/Gem. Blaricum*), *NJ* 1997, 418 | 207
HR 29 september 1995 (*Van den Bos/Provincial*), *NJ* 1996, 89 | 141, 181
HR 29 september 1995 (*Muller/Akkerman*), *NJ* 1996, 104 | 287
HR 12 januari 1996 (*Kroymans/Sun Alliance*), *NJ* 1996, 683 | 215
HR 19 januari 1996 (*Royal Nederland/Campina*), *NJ* 1996, 709 | 284
HR 26 januari 1996 (*D.V. en W.J.H./Raad voor de Kinderbescherming*), *NJ* 1996, 377 | 132
HR 26 januari 1996 (*Mr H./Franken*), *NJ* 1996, 607 | 310
HR 23 februari 1996 (*Meijburg/Hazewinkel c.s.*), *NJ* 1996, 395 | 165, 276
HR 15 maart 1996 (*N./R.*), *NJ* 1996, 408 | 112, 165
HR 15 maart 1996 (*Boumans/'t Plenske II*), *NJ* 1997, 341 | 164, 185, 275
HR 10 mei 1996 (*B./W.*), *NJ* 1997, 356 | 111
HR 10 mei 1996 (*Travel Line c.s./CZAV*), *NJ* 1996, 524 | 149

HR 24 mei 1996 (*Zonweg/Staat*), *NJ* 1996, 538 | 332
HR 28 juni 1996 (*De Nieuwe Woning/Staat*), *NJ* 1997, 495 | 179
HR 13 september 1996 (*Nationale Nederlanden/P.*), *NJ* 1997, 637 | 180, 284
HR 13 september 1996 (*Van der Woude/Nedlloyd*), *NJ* 1996, 731 | 185, 207
HR 4 oktober 1996 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1998, 45 | 24, 25, 351
HR 29 november 1996 (*Warnas/Mettler*), *NJ* 1998, 17 | 180
HR 13 december 1996 (*W./Staat*), *NJ* 1997, 682 | 132
HR 3 januari 1997 (*C./M.*), *NJ* 1997, 451 | 187, 223, 227, 248
HR 10 januari 1997 (*W./W.*), *NJ* 1999, 286 | 224, 248
HR 21 februari 1997 (*S./Gem. Ridderkerk*), *NJ* 1998, 4 | 201
HR 28 maart 1997 (*B./K.*), *NJ* 1997, 581 | 182, 201-202
HR 25 april 1997 (*Siedsma/Reek*), *NJ* 1997, 528 | 178
HR 27 juni 1997 (*Vaston./Smith*), *NJ* 1997, 651 | 314
HR 10 oktober 1997 (*Optimum/De Bruin*), *NJ* 1998, 473 | 288
HR 24 oktober 1997 (*Baijings/Mr. H.*), *NJ* 1998, 257 | 310
HR 2 november 1997 (*M./V.*), *NJ* 1998, 164 | 179, 215
HR 21 november 1997 (*De Eendracht/Häse*), *NJ* 1999, 146 | 327
HR (Strafkamer) 25 november 1997, *NJ* 1998, 261 | 36
HR 19 december 1997 (*M. en X./Y.*), *NJ* 1998, 286 | 113
HR 23 januari 1998 (*Kruidvat en Trade Max/Lancôme c.s.*), *NJ* 2000, 544 | 207
HR 30 januari 1998 (*Interforce/Rosier*), *NJ* 1998, 459 | 50-51
HR 27 februari 1998 (*Europeesche/OHRA*), *NJ* 1998, 764 | 143, 231
HR 30 maart 1998 (*S./R.*), *NJ* 1998, 349 | 237
HR 3 april 1998 (*Lindeboom/Beusmans*), *NJ* 1998, 571 | 313, 342-343
HR 8 mei 1998 (*B./P.C. en E.C.C.*), *NJ* 1998, 606 | 90, 115, 162
HR 15 mei 1998 (*Zevenbergen/Interpolis*), *NJ* 1999, 672 | 179, 208
HR 4 september 1998 (*C./J.*), *NJ* 1998, 827 | 202
HR 11 september 1998 (*K. en J./Oost Nederland*), *NJ* 1999, 664 | 31
HR 25 september 1998 (*M./Ontvanger*), *NJ* 1998, 894 | 149
HR 2 oktober 1998 (*Plataforma/Curaçao en Belvedere*), *NJ* 1999, 1 | 272
HR 2 oktober 1998 (*Van Hoek/van der Loo*), *NJ* 1999, 2 | 243
HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten en Mbarka/VCWO*), *NJ* 1998, 853 | 132-133, 332
HR 16 oktober 1998 (*Finkenburgh/Van Mansum*), *NJ* 1999, 7 | 349
HR 23 oktober 1998 (*Nedstaal/Kantorenhuis*), *NJ* 1999, 114 | 288
HR 30 oktober 1998 (*Van Gasteren/Beemster*), *NJ* 1999, 83 | 230
HR 13 november 1998 (*Postbank/Huijbregts II*), *NJ* 1999, 173 | 184
HR 27 november 1998 (*Veenbrink/Baarsma*), *NJ* 1999, 148 | 348
HR 11 december 1998 (*NDC/OOC*), *NJ* 1999, 341 | 280
HR 22 januari 1999 (*Dinkgreve/Grondzaken*), *NJ* 1999, 244 | 210
HR 22 januari 1999 (*F./S.*), *NJ* 1999, 715 | 165, 220, 226, 280
HR 12 maart 1999 (*W./M.*), *NJ* 1999, 400 | 109
HR 21 mei 1999 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*), *NJ* 1999, 507 | 112
HR 21 mei 1999 (*Rinsma/Van Bakel en APR*), *NJ* 2000, 291 | 328
HR 4 juni 1999 (*S./H.*), *NJ* 1999, 535 | 165
HR 25 juni 1999 (*Credit Suisse/Slijper q.q.*), *NJ* 1999, 667 | 111, 151
HR 10 september 1999 (*SMW/Gem. Wijchen*), *NJ* 1999, 735 | 230
HR 8 oktober 1999 (*Bovoland/Amersfoortse*), *NJ* 1999, 780 | 244, 250
HR 5 november 1999 (*J./O.*), *NJ* 2000, 65 | 282

HR 15 november 1999 (*Poldervaart/Smit*), *NJ* 2000, 21 | 282
HR 3 december 1999 (*H./NHL*), *NJ* 2000, 289 | 136
HR 11 februari 2000 (*J.D./S.*), *NJ* 2000, 259 | 113, 125, 144
HR 11 februari 2000 (*Dijkstra/Batstra*), *NJ* 2000, 294 | 185
HR 18 februari 2000 (*News International c.s./ABN AMRO*), *NJ* 2001, 259 | 50
HR 28 april 2000 (*Erven van Hese/De Schelde*), *NJ* 2000, 430 | 136, 141, 217
HR 28 april 2000 (*Erven Rouwhof/Eternit*), *NJ* 2000, 431 | 141
HR 12 mei 2000 (*Interpolis/Peeten*), *NJ* 2000, 412 | 185
HR 10 november 2000 (*Dantumadeel c.s./B. Beheer*), *NJ* 2001, 249 | 148
HR 17 november 2000 (*Dikmans/Unilever*), *NJ* 2001, 596 | 234, 248
HR 1 december 2000 (*TTS/Sigillo*), *NJ* 2001, 45 | 249, 251
HR 8 december 2000 (*Zeegers/Franssen*), *NJ* 2001, 197 | 283
HR 19 januari 2001 (*Ter Hofte/Oude Monnink*), *NJ* 2001, 524 | 310
HR 27 april 2001 (*Oerlemans/Driessen*), *NJ* 2002, 213 | 305
HR 8 juni 2001 (*Interfood/Lyclama*), *NJ* 2001, 432 | 207, 279
HR 15 juni 2001 (*WE/VIB*), *NJ* 2001, 435 | 179
HR 29 juni 2001 (*S./Gem. N.*), *NJ* 2001, 494 | 185
HR 29 juni 2001 (*MTW/FNV c.s*), *JOR* 2001, 169 | 147
HR 10 augustus 2001 (*Domaro/Pennings c.s.*), *NJ* 2001, 526 | 55-56
HR 28 september 2001 (*Rowa c.s./Hooters Inc. c.s.*), *NJ* 2002, 104 | 53
HR 19 oktober 2001 (*Rijpkema/KBS*), *NJ* 2001, 653 | 226
HR 7 december 2001 (*De vrouw/De man*), *NJ* 2003, 76 | 282
HR 22 februari 2002 (*Woudsend/V.*), *NJ* 2002, 240 | 318
HR 1 maart 2002 (*Schneiderberg en Wijnen/Cools*), *NJ* 2003, 355 | 280
HR 31 mei 2002 (*K./Aegon*), *RvdW* 2002, 93 | 49
HR 28 juni 2002, *JOL* 2002, 386 | 154
HR 9 augustus 2002 (*Herengracht 179-197/Mr. S.*), *RvdW* 2002, 129 | 162
HR 4 oktober 2002 (*Lagerwaard c.s./Overes q.q.*), *RvdW* 2002, 157 | 256
HR 15 november 2002 (*AVO/Petri*), *NJ* 2003, 48 | 353
HR 29 november 2002 (*Danikovic e.a./Staat*), *NJ* 2003, 35 | 9
HR 29 november 2002 (*Gem. Groningen/Reilman*), *NJ* 2003, 78 | 231
HR 29 november 2002 (*TFS c.s./NS c.s.*), *RvdW* 2002, 190 | 310
HR 9 mei 2003 (*Beliën/Prov. Noord-Brabant*), *RvdW* 2003, 92 | 318

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 29 oktober 1920, *NJ* 1921, p. 130 | 28
Hof Amsterdam 17 november 1938 , *NJ* 1939, 669 | 142
Hof Amsterdam 19 maart 1947, *NJ* 1947, 286 | 165
Hof Amsterdam 1 april 1953, *NJ* 1953, 670 | 165
Hof Amsterdam 21 maart 1956, *NJ* 1956, 481 | 150
Hof 's-Hertogenbosch 20 november 1958, *NJ* 1959, 408 | 110
Hof 's-Gravenhage 25 september 1961, *NJ* 1962, 438 | 149
Hof 's-Gravenhage 13 november 1963, *NJ* 1965, 249 | 161
Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 1964, *NJ* 1964, 345 | 139
Hof 's-Gravenhage 14 mei 1981, *NJ* 1982, 414 | 111
Hof Amsterdam 5 juli 1984, *NJ* 1985, 432 | 161
Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 1985, *NJ* 1985, 616 | 344

Hof 's-Gravenhage 21 november 1985, *NJ* 1986, 580 | 111
Hof 's-Gravenhage 12 september 1986, *NJ* 1988, 30 | 161
Hof Arnhem 10 februari 1987, *NJ* 1988, 762 | 162
Hof 's-Hertogenbosch 12 december 1990, *NJ* 1991, 500 | 111
Hof Amsterdam 7 maart 1991, *NJ* 1992, 77 | 151
Hof 's-Hertogenbosch 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67 | 166
Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 1991, *NJ* 1992, 115 | 129, 130
Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1992, *NJ* 1992, 595 | 164
Hof Amsterdam 10 december 1992, *NJ* 1993, 447 | 152
Hof Arnhem 26 september 1995, *NJ* 1996, 702 | 66
Hof Amsterdam 19 oktober 1995, *NJ* 1997, 488 | 165
Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *NJ* 1997, 75 | 147
Hof Amsterdam 8 februari 1996, *NJ* 1998, 265 | 297
Hof Amsterdam 18 juli 1996, *NJ* 1998, 198 | 150
Hof Arnhem 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 297 | 163
Hof 's-Hertogenbosch 13 november 1996, *NJ* 1997, 445 | 150
Hof 's-Hertogenbosch 16 april 1997, *NJkort* 1997, 54 | 284
Hof Leeuwarden 10 september 1997, *NJ* 1998, 930 | 150
Hof Amsterdam 18 december 1997, *NJ* 1998, 594 | 235
Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 1998, 750 | 161
Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1998, *KG* 1998, 189 | 36
Hof 's-Gravenhage 21 januari 1999, *NJ* 2000, 76 | 150
Hof Leeuwarden 17 maart 1999, *NJ* 2000, 27 | 128, 130
Gem. Hof NA en Aruba 22 februari 2000, *NJ* 2000, 424 | 351
Hof Arnhem 13 februari 2001, *NJ* 2001, 441 | 226
Hof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128 | 343
Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2002 (LJN AF 0954) | 248
Hof Leeuwarden 13 november 2002 (LJN AF 0573) | 248
Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2003 (LJN AF 3482) | 248

Rechtbanken

Rb. Arnhem 28 oktober 1861, *W* 2406 | 173
Rb. Breda 21 juli 1885, *W* 5283 | 128
Rb. Utrecht 2 oktober 1942, *NJ* 1942, 329 | 140
Rb. Zutphen 20 januari 1955, *NJ* 1956, 475 | 126
Rb. Assen 29 april 1958, *NJ* 1959, 631 | 150
Rb. Rotterdam 12 april 1967, *NJ* 1967, 427 | 150
Rb. Almelo 5 maart 1969, *NJ* 1970, 137 | 148
Rb. Amsterdam 16 mei 1969, *NJ* 1969, 373 | 161
Rb. 's-Gravenhage 11 februari 1971, *Prg.* 1971, 642 | 148
Rb. Maastricht 14 december 1972, *NJ* 1973, 145 | 66
Rb. Alkmaar 27 februari 1975, rolnr. 213/60 | 66
Hof Amsterdam 24 december 1975, rolnr. 312/75 | 66
Rb. 's-Gravenhage 20 oktober 1977, *NJ* 1978, 93 | 111
Rb. Almelo 28 november 1979, *NJ* 1980, 421 | 122
Rb. 's-Gravenhage 17 juli 1980, *NJ* 1981, 96 | 165
Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, *NJ* 1993, 253 | 66

Rb. Zutphen 3 oktober 1993, *NJ* 1995, 111 | 66
Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 1995, *KG* 1995, 244 | 167
Rb. Amsterdam 11 oktober 1995, *NJ* 1996, 551 | 128, 130
Rb. Rotterdam 19 april 2001, *KG* 2001, 124 | 295
Rb. Arnhem 21 maart 2002 (LJN AE 0449) | 233
Vzngr. Rb. 's-Hertogenbosch 27 maart 2002, *JBPr* 2002, 10 | 296
Rb. 's Gravenhage 16 april 2002, *NJkort* 2002, 29 | 275
Rb. Amsterdam 24 april 2002, *NJkort* 2002, 45 | 240
Rb. 's-Gravenhage 24 april 2002 (LJN AE 7301) | 248
Rb. 's-Gravenhage 22 mei 2002, *NJ* 2002, 588 | 344
Rb. Maastricht 18 juli 2002 (LJN AE 7412) | 248
Rb. Haarlem 24 juli 2002 (LJN AE 6438) | 248
Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491 | 295
Rb. Maastricht 22 augustus 2002 (LJN AE 9070) | 248
Rb. Zutphen 7 november 2002, *NJ* 2003, 104 | 234
Rb. Groningen 22 november 2002, *NJ* 2003, 102 | 52
Rb. Maastricht 22 januari 2003 (LJN AF 3685) | 248

Kantonrechters

Ktr. Amsterdam 31 maart 1982, *NJ* 1982, 449 | 146
Ktr. Eindhoven 18 april 1985, *NJ* 1986, 35 | 344
Ktr. Zaandam 16 juni 1994, *NJ* 1995, 206 | 150
Ktr. Zierikzee 16 februari 2001, *NJ* 2001, 400 | 144
Ktr. Groningen 12 februari 2002, *NJ* 2002, 322 | 230
Ktr. Delft 21 februari 2002, *Prg.* 2002, 5832 | 245
Ktr. Zutphen 14 mei 2002, *Prg.* 2002, 5887 | 233

Hof van Discipline

HvD 2 december 1996, *Adv.bl.* 1997, p. 94 | 215

OOSTENRIJK

Oberste Gerichtshof

OGH 9 juli 1992, *JBl.* 1993, p. 395 | 21
OGH 26 november 1998, *JBl.* 1999, p. 313 | 35, 295

Regelgevingregister

Verwezen wordt naar de tekstnummers.

Supranationale regelgeving

Internationaal Verdrag voor de Burgerlijke en Politieke Rechten

19 | 37

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

6 lid 1 | 34, 55-56, 62, 64-67, 70-71, 75, 93, 127-129, 153, 155, 201, 204, 206, 295
8 | 220
10 | 37
13 | 64
34 | 64

België

Burgerlijk Wetboek

1382 | 96, 101
1382-1383 | 98, 154

Gerechtelijk Wetboek

14 | 264
25 | 230
608 | 167
702 sub 3 | 234
736 | 271
740 | 271
747 | 268
747 § 1 | 268
747 § 2 | 259, 268-269, 273
748 § 1 | 268, 273
748 § 2 | 273
750 § 1 | 273
750 § 2 | 273

751 § 1 | 268
755 | 273
755 § 1 | 273
755 § 2 | 273
769 | 273
769 § 3 | 273
771 | 273
807 | 241
809 | 264
860-867 | 158
868 | 157, 256
877 | 43
882 | 44
915-961 | 56
938 | 56
992-1004 | 56
992 | 56
1000 | 56
1050 | 278
1072bis | 83, 86
1077 | 278

Duitsland

Bürgerliches Gesetzbuch

141 | 57
226 | 83-84, 88, 103
230 | 270
231 | 270
233 | 277
242 | 46, 103, 176
259 I | 45-46
371 | 45
402 | 45
444 | 45
666-667 | 45
810 | 45-46, 48

Zivilprozeßordnung

33 | 264
128 | 274
138 I | 19, 36, 57
138 III | 254
138 IV | 255
253 II sub 2 | 234
263 | 241-243

264 | 241
267 | 241, 243
272 I | 274
276 I | 260
277 I | 73, 260-262
282 | 76
282 I | 73, 274
282 II | 274
296 I | 261
296 II | 261, 274
296a | 274
301 | 278
325 | 230
373-401 | 57
397 | 57
383 I | 47
384 | 47
421-427 | 45
421 | 45
422 | 45, 47
423 | 45, 47
424 | 47
425 | 47
427 | 48
445-455 | 57
445 | 57
448 | 57
451 | 57
511 | 278
512 | 278
542 | 278
557 | 278

Frankrijk

Code civil

10 | 16, 41-42, 55
1382-1383 | 154
1382 | 94
1383 | 94

Code de commerce

17 al. 3 | 40

Nouveau code de procédure civile

2 | 13
6 | 16-17
8 | 252
11 | 16, 40, 42
15 | 267, 271
16 | 252
30 | 93, 126, 128, 153, 155
32-1 | 68-69, 86
56 | 234
63 | 264
64 | 264
65 | 241
70 | 241, 264
72 | 157
74 | 157, 256
112-115 | 158
117 | 158
118 | 68, 158
122 | 158
123 | 68, 158
132 | 271
135 | 271
138 | 41
139 | 40, 42
142 | 40
145 | 41
184-198 | 54
193 | 54
198 | 54
199 | 55
200-203 | 55
204-231 | 55
206 | 55
207 | 55
440 | 273
445 | 273
480 | 230
544 | 278
545 | 278
559 | 69, 86
581 | 69, 86, 168
604 | 167
606 | 278
608 | 278
628 | 86, 167
700 | 345
753 | 267
764 | 267

779 | 273
780 | 267
783 | 267, 273
784 | 273
816 | 267

Nederland

Algemene wet bestuursrecht

Hoofdstuk 3

2 | 224
3 | 224
4 | 224

Burgerlijk Wetboek

Boek 2

1 | 224
345 | 152

Boek 3

1 | 10
6 | 10, 13
11 | 27-28
12 | 134, 185, 199, 201, 213, 215, 219, 228, 292, 306, 364
13 | 78-79, 81, 83, 107-108, 123, 133-134, 151, 153, 169-170, 195, 332, 363
13 lid 1 | 78, 84, 166
13 lid 2 | 89, 91, 107-108, 111, 118, 121, 123, 133-134, 142, 151, 153, 224
13 lid 3 | 90
14 | 216, 224
15 | 83, 107-108
41 | 338
44 lid 3 | 35
64 sub a | 297
79 | 297
83 | 10
89 lid 1 | 5
296 lid 1 | 1, 9, 84, 86, 126, 294-296, 299, 361
303 | 122, 126, 130-134, 142-143, 151, 153-154, 156, 166-167, 169-170, 231, 294, 332, 337, 363
304 | 126, 131, 141
306 | 12
326 | 294

Boek 5

1 lid 2 | 80, 84

Boek 6

2 | 172
2 lid 2 | 1, 194
95 | 317-318
96 lid 2 | 314
96 lid 2 sub b | 315
96 lid 2 sub c | 314-315, 361
97 | 312
98 | 34, 320-321
100 | 321, 343
101 lid 1 | 75, 322
106 lid 1 | 319
106 lid 1 sub a | 317
106 lid 1 sub b | 35, 317-319
109 lid 1 | 316
136 | 326
162 | 302, 304
162 lid 1 | 9, 300-301, 311
162 lid 2 | 1, 9, 33, 35, 37, 74, 77, 85, 120, 124-125, 153-154, 172
162 lid 3 | 301-302, 304-306, 308
172 | 298, 300, 303, 306, 308
215 | 353
216 | 192
221 | 12
248 lid 2 | 1

Boek 7

402 lid 1 | 298
414 | 11, 297
658 | 224

Burgerlijk Wetboek (oud)

1401 | 60
1922 | 49
1923 | 49, 296

Faillissementswet

145 | 151
184 | 151

Gedragsregels voor Advocaten 1992

14 lid 1 | 272
19 | 140, 215
30 | 215

Grondwet

7 | 37
93 | 66

Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken

1.6 | 192
1.7 | 270
2.7 | 270
2.8 sub a | 192
2.8 sub b | 270
2.8 sub c | 270
2.14 | 272, 275
7.3 | 275
11 | 192
11.1 | 192

Wet op de Rechtelijke Organisatie

79 lid 1 | 167
81 | 154

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

11 | 157, 334, 337
19-21 | 211
19 | 201
20 | 275
20 lid 1 | 243, 296
20 lid 2 | 74-77, 239, 245, 257, 266, 292, 362
21 | 15, 23, 25-27, 30-33, 35, 37-38, 59, 77, 245, 266, 292, 346, 351, 362
22 | 31, 245, 251, 266, 292, 296, 346, 364
24 | 16
27 | 31
29 | 31, 37
31 | 175
33 | 175
45-64 | 331
65 | 158, 331, 337
66 lid 1 | 205, 331

66 lid 2 | 331
79 | 297
85 lid 1 | 272
85 lid 3 | 180
85 lid 4 | 180, 184, 272
88 | 202
88 lid 2 | 24, 180
88 lid 4 | 346
110 lid 1 | 157, 334, 337
111-119 | 331
111 | 239
111 lid 2 sub d | 233-234
111 lid 3 | 140, 233, 239, 280
118 | 328
120-122 | 158
120 lid 2 | 331
120 lid 3 | 331
120 lid 4 | 245, 292, 364
121 | 178
122 lid 1 | 205, 235, 331
123 lid 1 | 331
125 lid 2 | 334
128 | 257
128 lid 2 | 247, 251, 270, 335
128 lid 3 | 12, 157, 256, 270, 334
128 lid 5 | 257, 262, 266, 292, 364
129 | 236
130 | 236, 241-242, 244, 286, 289, 323
130 lid 1 | 236, 243, 283, 291, 324, 335
131 | 275
132 | 239, 257
133 lid 2 | 270
133 lid 4 | 270, 334, 337
134 lid 1 | 164, 184, 275
136-138 | 323
136 | 264
137 | 264, 325
139 | 234
149 | 185
149 lid 1 | 16, 39, 212, 246, 335, 348
150 | 39, 212, 347-348
151 lid 2 | 303
152 lid 2 | 349
153 | 191
162 lid 2 | 346
164 lid 1 | 58, 161
164 lid 2 | 349
164 lid 3 | 346

165 | 31
165 lid 1 | 58-59
165 lid 2 | 162
165 lid 3 | 59
166 lid 1 | 58, 207, 295, 361, 365
170-171 | 58
170-174 | 295
172 | 58
173 lid 1 | 58
177 lid 2 | 59
178 | 59
179 lid 4 | 346
186-193 | 161
186 lid 2 | 161
189 lid 4 | 16
196 lid 2 | 346
198 lid 3 | 346
202-207 | 161
202 lid 2 | 161
208 lid 3 | 75
209 | 296
220 | 265, 327
220 lid 1 | 327
220 lid 2 | 327
222 | 265, 296, 299
222 lid 1 | 327
223 lid 1 | 296
223 lid 2 | 296
229 | 275
230 | 178
236 | 208, 230
237-240 | 312, 315, 342
237 lid 1 | 313, 341, 344
239 | 312, 342
241 | 312, 314, 342, 361
246 | 192
247 | 275
251 lid 1 | 163
278 | 233
283 | 236-237, 283
329 | 191
332 lid 3 | 164
335 | 353
337 | 278
337 lid 2 | 278
339 lid 1 | 337
339 lid 3 | 334
343 | 280-281

347 | 280
347 lid 1 | 286
348 | 12, 208, 259, 284, 288
353 lid 1 | 264, 276, 283, 286, 289, 324-325
362 | 283
382 | 24, 350-351, 360
382 sub a | 298, 351
382 sub b | 351
382 sub c | 351
383 lid 1 | 360
387 | 350, 352
388 lid 1 | 352
389 | 352
401a | 278
401a lid 2 | 278
410 lid 1 | 334
438 | 146, 360
730 | 296
843a | 16, 49, 51-53, 77, 295-296, 361-362, 365

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (oud)

5 lid 1 sub 3 | 233
19a lid 2 | 24, 202
56 | 314, 344
57 | 314
59 lid 1 | 178
93 | 178
112 lid 2 | 237
134 lid 2 | 237
429a-r | 283
429i lid 1 | 237, 283
843a | 49-50

Wetboek van Strafrecht

207 lid 1 | 59
261-268 | 35

Oostenrijk

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

1297 | 21

Zivilprozeßordnung

178 | 21

Zwitserland

Zivilgesetzbuch

2 I | 22

Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar de tekstnummers.

A

aansprakelijkheid voor procesgedrag *zie* vordering tot schadevergoeding
aantasting van de persoon | 318-319
appel *zie* hoger beroep

B

bedrog | 24
- herroeping/rekest-civiel | 24, 351
- wilsgebrek | 24, 35

beginselen van een goede procesorde *zie* goede procesorde
beginselen van een behoorlijke rechtspleging *zie* goede procesorde
behandeling ter zitting | 273-275
belang
- geen belang, geen actie *zie* geen belang, geen actie
- gebrek aan (redelijk) belang *zie* misbruik van processuele bevoegdheden, criteria

beleidsruimte *zie* beslissingsvrijheid
beoordelingsvrijheid | 251
beslissingvrijheid | 40, 48, 53-54, 184, 251, 268, 294, 340, 343-347
- negatieve | 184, 243, 251, 272, 292
- positieve | 184, 251, 272

betwistingslast | 246-255
bevel *zie* vordering tot nakoming
bevoegdheid | 13, 229
- discretionaire | 90
- doelgebonden | 91

bewijslast | 39
bewijslastomkering *zie* rechterlijke sancties
bewijsplicht | 39
bewijs van processuele feiten | 323
bewijswaardering *zie* rechterlijke sancties
bis in idem | 142-145, 230
buitengerechtelijke kosten | 315
burgerlijk recht | 4-5
burgerlijk procesrecht | 4-5
- dwingend | 191
- geschreven | 172-175
- ongeschreven | 172-176, 199, 229
- regelend | 191-192
- van openbare orde | 191

C

causaal verband *zie* vordering tot schadevergoeding
conclusie | 267-270

D

dagvaarding | 233-234
decisiebeginsel | 206-208
deformalisering | 204
discretionaire bevoegdheid | 90
zie ook beslissingsvrijheid

E

eer en goede naam *zie* schending van eer en goede naam
eis | 233-235
eiswijziging
- in eerste aanleg | 236-244
- bij vordering tot nakoming processuele rechtsplicht | 296
- bij vordering tot schadevergoeding | 324

eiser | 232-245

eisen van een goede procesorde *zie* goede procesorde

F

faillissement uitlokken *zie* misbruik van processuele bevoegdheden, gevallen
formeel recht | 5

G

gedaagde *zie* verweerder
geen belang, geen actie | 131-134, 231
geestelijk letsel | 318
gehoudenheid | 9
getuigplicht | 60-61
zie ook plicht een verklaring af te leggen
gevolgtrekking die de rechter geraden acht *zie* rechterlijke sancties
goede procesorde | 173-292
goede procesorde, leerstuk | 173-198
· aanvullende werking | 179, 182
· beperkende werking | 180-182
· terminologie | 173
· functie bij uitleg | 178
· functies | 177-185
· motivering | 185
· rechtsgevolgen | 183
· rechtsverwerking | 181
· toepassing | 184
· verhouding met geen belang, geen actie | 231
· verhouding met misbruik van processuele bevoegdheden | 193-197
· verhouding met onrechtmatige daad | 198
· verhouding met redelijkheid en billijkheid | 186-188
goede procesorde, inhoud | 199-228
· algemeen erkende rechtsbeginselen | 200-212
· decisiebeginsel | 206-208
· deformalisering | 204
· doctrine | 217
· hoedanigheid van procespartijen | 224
· hoor en wederhoor | 201-203
· in Nederland levende rechtsovertuigingen | 213-218
· maatschappelijke belangen | 220
· omstandigheden van het geval | 199, 219-227
· persoonlijke belangen | 221-223
· proceseconomie | 208
· rechtsovertuigingen in maatschappij | 214
· rechtvaardigheidsbeginsel | 211-212
· rechtszekerheidsbeginsel | 209-210
· systeem van het geldende recht | 218
· tijdsverloop | 225
· toegankelijkheid | 204-205
· verkeersopvattingen van advocaten | 215
· verkeersopvattingen van procespartijen | 216
· vermijdbaarheid, verwijtbaarheid en vergbaarheid van gedrag | 226

H

herroeping | 350-352, 357-360
· afwikkeling | 352
· gronden | 351
· samenloop | 357-360
hoedanigheid van procespartijen | 216, 224
hoger beroep
· andere middelen dan grieven | 283-286
· appellant | 280-287
· geïntimeerde | 288
· grieven | 280-282
· misbruik | 165-166
· nieuwe feiten en producties | 287
· positie van partijen | 276-291
· rechtsingang | 277
· rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken | 278-279
hoor en wederhoor | 201-103
horizontale werking art. | 6 lid | 1 EVRM | 64-67

I
in het verkeer geldende opvattingen | 304-308
zie ook verkeersopvattingen
incidenten | 163
inlichtingenlast | 39
inlichtingenplicht | 39
in Nederland levende rechtsovertuigingen | 213-218
· doctrine | 217
· maatschappij | 214
· systeem van het geldende recht | 218
interpretatieruimte *zie* beoordelingsvrijheid

K
kansloze vordering *zie* misbruik van processuele bevoegdheden, gevallen
kansloos verweer *zie* misbruik van processuele bevoegdheden, gevallen
kosten *zie* buitengerechtelijke kosten, proceskosten

L
last | 8, 11-14, 229
last een verklaring af te leggen | 54, 56, 57, 61
zie ook plicht een verklaring af te leggen
liquidatietarief *zie* proceskosten

M
materieel recht | 5
meningsuiting *zie* vrijheid van meningsuiting
misbruik van bevoegdheid | 78-125
· preventieve functie | 84
· rechtsgevolgen | 84-86
· repressieve functie | 85-86
· verhouding met andere rechtsfiguren | 87
· verhouding met redelijkheid en billijkheid | 193196
zie ook bevoegdheid
misbruik van bevoegheid, criteria | 88-89, 108-109
· België | 96
· benadelingsbedoeling | 92, 109
· doelcriterium | 92, 109
· fout | 92, 96
· goede trouw | 96
· Frankrijk | 92
· gebrek aan belang | 96, 104
· Nederland | 104
· omstandigheden van het geval | 104
· onevenredigheid | 96, 104, 109
misbruik van processuele bevoegdheden | 17-18, 68-72, 82-83, 88-170
· verhouding met goede procesorde | 193-197
· vordering tot nakoming | 295
misbruik van processuele bevoegdheden, criteria | 88-125
· autonome benadering | 97
· België | 96-102
· benadelingsbedoeling | 95, 103, 105, 110, 114
· doelcriterium | 96, 101, 104, 106, 113, 115-116
· Duitsland | 103
· fout | 94, 101, 123
· Frankrijk | 93-95
· gebrek aan belang | 100-101, 105, 110-111, 117-118
· goede trouw | 98
· kwade trouw | 93, 99, 101
· Nederland | 104-113
· omstandigheden van het geval | 94, 100, 113, 125, 130
· onevenredigheid | 100, 112, 119-120
· onrechtmatigheid | 123-124
· onzorgvuldigheid | 99, 101, 105
· subsidiariteit | 100, 121-122
misbruik van processuele bevoegdheden, gevallen
· beroep op gezag van gewijsde | 164
· bewijslevering | 162
· bis in idem | 142-145
· cassatie | 167
· exceptieve verweermiddelen | 157-158

· faillissementsaanvraag | 147-151
· geen belang, geen actie | 131-134
· hoger beroep | 165-166
· incidenten | 163
· innemen van feitelijke stellingen | 17, 18, 138
· instellen van een vordering | 126-154
· kansloos principaal verweer | 159
· kansloze vordering | 135-138
· laakbare bijbedoeling bij principaal verweer | 160
· laakbare bijbedoeling eiser | 146
· prematuur ageren | 140
· rechtsmiddelen | 165-168
· tardief ageren | 141
· vertragingsgedrag | 68-72
· voeren van verweer | 155-160
· voorlopige bewijslevering | 161
· vordering met formele gebreken | 139
misbruik van procesrecht *zie* misbruik van processuele bevoegdheden
misbruik van recht *zie* misbruik van bevoegdheid
motiveringsplicht | 130, 185, 349

N
nakoming *zie* vordering tot nakoming
negatieve beslissingsvrijheid *zie* beslissingsvrijheid
nietigheid *zie* onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen
niet-ontvankelijkheid *zie* onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen

O
Obliegenheit | 11
zie ook last
onrechtmatige daad | 9, 17, 32-38, 42, 53, 60-61, 68-72, 74-77, 85-88, 96, 98-99, 105, 123-125, 129-130, 135, 139-140, 142, 147, 151, 153-154, 158-159, 161, 167, 170-171, 198, 145, 266, 293
zie ook vordering tot nakoming, vordering tot schadevergoeding
onredelijke vertraging *zie* plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging
onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen | 330-339
· nietigheid | 331, 338-339
· niet-ontvankelijkheid | 332-333
· onbenoemde gevallen | 335
· samenloop | 356
· verval van recht | 334

P
partij-autonomie | 1, 17, 18, 25, 191, 366
partij-getuige | 58-60
plicht *zie* rechtsplicht
plicht een verklaring af te leggen | 54-60
· België | 56
· Duitsland | 57
· dwangsom | 58
· Frankrijk | 55
· getuigplicht | 60-61
· Nederland | 58-60
· onrechtmatigheid schending | 60
· partij-getuige | 58-60
· rechtskarakter | 59-60
· schadevergoeding | 59
· verzoek om rechterlijk bevel | 58
· rechtsgevolgen niet-nakoming | 59-60
· waarheidsplicht | 59
zie ook last een verklaring af te leggen
plicht gegevens in te brengen | 39-61
plicht stukken te verschaffen | 40-53
· ambtshalve rechterlijk bevel | 40, 43
· België | 43-44
· beslissingsvrijheid rechter | 40, 43, 47, 53
· bewijsbeslag | 53
· dwangsom | 42, 44, 53
· rechterlijk bevel | 40
· Duitsland | 45-48
· Frankrijk | 40-42
· Nederland | 49-53
· rechtsgevolgen niet-nakoming | 42, 44, 48, 53

· redenen tot weigering | 44, 47, 53
· reële executie | 44, 48
· relevantie-vereiste | 40, 43, 51
· schadevergoeding | 42, 48
· subsidiariteit | 41, 53
· verzoek om rechterlijk bevel | 40, 47
· verzoek om rechterlijk bevel buiten lopende procedure | 41, 48
· voorwerp van verzoek | 40, 43, 45, 49
plicht tot het voorkomen van onredelijke vertraging | 62-76
· België | 71-72
· betekenis art. | 6 lid | 1 EVRM | 64-67
· Duitsland | 73
· Frankrijk | 68-70
· Nederland | 74-77
· rechtsgevolgen van niet-nakoming | 74
· rechtskarakter | 74
positieve beslissingsvrijheid *zie* beslissingsvrijheid
privacy | 318
proceseconomie | 208
proceshandeling | 330
proceskosten | 312-316, 341-345
· doorbreking art. | 6:96 lid | 2 sub c BW en art. | 241 Rv | 314
· definitie | 312, 342
· grondslag veroordeling | 313
· integrale vergoeding op grond van onrechtmatige daad | 314, 316
· integrale vergoeding in afwijking van het liquidatietarief | 343
· liquidatietarief | 313
· nodeloos gemaakte kosten | 344
· voordeelstoereking | 321
procesovereenkomst | 191-192

R

recht
· objectief *zie* burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht
· subjectief *zie* subjectief recht
rechterlijke sancties | 340-349
· bewijslastomkering | 347-348
· bewijswaardering | 349
· gevolgtrekking die de rechter geraden acht | 346
· proceskostenveroordeling | 341-345
rechtshandeling | 330
rechtsplicht | 8-10, 14
rechtsverhouding | 4
rechtsverwerking *zie* goede proces-orde, leerstuk
rechtsvordering | 126, 131
rechtvaardigheidsbeginsel | 211-212
rechtszekerheidsbeginsel | 209-210
reconventionele vordering | 264-265, 296, 325-326
redelijkheid en billijkheid | 186-190
· verhouding met goede proces-orde | 186-188
· doorwerking in proces | 189-190
rekest-civiel *zie* herroeping
relativiteit | 9, 34

S

samenloop van rechtsgevolgen | 353-360
schadevergoeding *zie* vordering tot schadevergoeding
schending van eer en goede naam | 35-36, 317
schending van persoonlijkheidsrechten | 318-319
schuld | 302-303
sluiting van het debat | 273-275
stellast | 233-235
stelplicht *zie* stellast
stukken
· productie | 271-272
· plicht stukken te verschaffen | 40-53
subjectief recht | 9, 13
subjectief vermogensrecht | 10, 13, 61

T

tijdsverloop | 12, 225
toegankelijkheid | 204-206

U
uitlokken failissement *zie* misbruik van processuele bevoegdheden, gevallen

V
verbintenis | 10, 61
verbod *zie* vordering tot nakoming
verkeersopvattingen | 213, 215-216
· advocaten | 215
· procespartijen met een bepaalde hoedanigheid | 216
zie ook in het verkeer geldende opvattingen
vermogensrecht *zie* subjectief vermogensrecht
vernietigbaarheid | 338
verrekening | 326
verval van recht *zie* onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen
verweer | 247-263
· inhoud | 247-255
· moment | 256-263
zie ook misbruik van processuele bevoegdheden, gevallen
verweerder | 246-266
verwijzing | 296, 327
voeging | 296, 327
volledigheidsplicht *zie* waarheidsplicht
vordering in reconventie *zie* reconventionele vordering
vorderingsrecht | 126
vordering tot nakoming | 294-299
· instellen en afwikkeling | 296
· mogelijkheden | 295
· personele reikwijdte | 297-299
· samenloop | 354
vordering tot schadevergoeding | 300-329
· causaal verband en schade | 309-310
· eigen schuld | 322
· instellen en afwikkeling | 323-329
· samenloop | 355
· schadevergoeding | 311-322
· smartengeld | 317-319
· toerekenbaarheid | 301-308
· toerekening naar redelijkheid | 320
· vermogensschade | 312-316
· voordeelstoerekening | 321
vrijheid van meningsuiting | 37

W
waarheidsplicht | 15-38
· België | 18
· Duitsland | 19-20
· Frankrijk | 16-17
· Nederland, geldend recht | 27-31
· Nederland, oud recht | 23-24
· Nederland, parlementaire geschiedenis | 25
· Nederland, literatuur | 26
· onderzoeksplicht | 28
· onrechtmatigheid schending | 32-33
· Oostenrijk | 21
· partij-getuige | 59
· rechtsgevolgen van niet-nakoming | 32
· rechtskarakter | 32-33
· relativiteit | 34
· schending van eer en goede naam | 35-36
· uitzonderingen | 31
· volledigheidsplicht | 29-30
· vordering tot nakoming | 295
· vrijheid van meningsuiting | 37
· Zwitserland | 22
wijziging van eis *zie* eiswijziging
wilsrecht | 13, 91, 171

Curriculum vitae

Bartholomeus Thomas Maria van der Wiel

1974 Geboren te Haarlem
1992 Eindexamen gymnasium α, Fioretticollege, Lisse
1998 Doctoraalexamens Klassieke talen en Nederlands recht, Universiteit Leiden
1998 Onderzoeker in Opleiding, Afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden
2003- Advocaat, Houthoff Buruma, Den Haag

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7.

MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7.

MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2.

MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0.

MI-5 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5.

MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4.

MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0.

MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3.

MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland,* Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6.

MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2.

MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8.

MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6.

MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5.

MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1.

MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie,* Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4.

MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution,* Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7.

MI-17 H.J.Th.M. Van Roosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen,* Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2.

MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM,* Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0.

MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht,* Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8.

MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1.

MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht,* Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3.

MI-22 W.J. Zwalve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8.

MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States,* Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 X.

MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law,* Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1.

MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7.

MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5.

MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3.

MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 X.

MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001 ISBN 90 3870 833 5.

MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study,* Richmond: Curzon Press 2001.

MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1.

MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht,* Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4.

MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1.

MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3.

MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme,* Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5.

MI-36 U Drobnig, H.I. Sagel-Grande & H.J. Snijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Involvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien,* Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8.

MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 X.

MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so,* Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9.

MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde,* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5.

MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5.

MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen,* Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5.

MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and Juveniles,* Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7.

MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study,* Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0.

MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1.

MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7.

MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening,* Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9.

MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1.

MI-48 K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO,* Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3.

MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9.

MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5.

MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7.

MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie,* Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X.

MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9.

MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives,* Londen: Kluwer International 2003.

MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting,* Den Haag: Jongbloed 2003 ISBN 90 70062 33X.

MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4.

MI-57 P. Vos, *Kredietopvraging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2.

MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden,* Nijmegen: Ars Aequi libri 2003, ISBN 90 6916 485 X.

MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings,* to be published.

MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten,* en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen* (oraties Leiden), Den Haag: Sdu 2003.

MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde,* Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9.

MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8.

MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs,* Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 130 0964 6.

MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen,* Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2.

MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 13 01024 5.

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels,* Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6.

T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 X.
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2.
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)

H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of US Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999 ISBN 90 901 3064 0.
(together with International Institute of Air and Space Law)

E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001 ISBN 90 411 9844 X.

E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9.

E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2.