

# Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?

*W.D.H. Asser\**

1. Van de drie in 1838 ingevoerde civiele wetboeken, het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn er thans nog maar anderhalf over: het Wetboek van Koophandel en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Van deze beide is het Wetboek van Koophandel al danig afgeslankt door de invoering van Boek 2 en Boek 8 BW zodat men met recht van een half wetboek mag spreken. Op termijn is het wetboek gedoemd te verdwijnen.

Resteert dus Rechtsvordering. Een oud kavalje, behoorlijk opgelapt in de loop der tijd, wat verward, niet meer zo snel, maar buitengewoon taai. Een echt procedureel hindernisparcours, laat staan een military kan men er nauwelijks meer mee nemen, daarvoor moet men andere paarden bestijgen. Maar voor de alledaagse ritjes kan het nog heel goed dienen.

Van Nispen heeft kort geleden in zijn oratie<sup>1</sup> enige aandacht besteed aan de geschiedenis van de wijzigingen van dit oude wetboek. We weten allemaal dat tot de grote oplapbeurten behoren de *lex Hartogh* van een eeuw geleden,<sup>2</sup> de invoering van de algemene regeling van de rekestprocedure in de twaalfde titel van Boek I op 1 januari 1970,<sup>3</sup> in 1986 het nieuwe arbitragerecht in het Vierde Boek,<sup>4</sup> het nieuwe bewijsrecht dat op 1 april 1988 in werking is getreden,<sup>5</sup> de nieuwe kantongerechtsprocedure en het nieuwe executie- en beslagrecht die rond 1 januari 1992 in werking zijn getreden<sup>6</sup> en het nieuwe echtscheidingsrecht dat dit jaar is gaan gelden.<sup>7</sup> Nu staat er weer een ingrijpende wijziging op stapel. Boek I zal worden aangepast aan de komende inte-

\* Prof. mr. W.D.H. Asser is Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en buitengewoon hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

1. C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht*, 1993.
2. Wet van 7 juli 1896, Stb. 103, tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
3. Wet van 16 mei 1969, Stb. 200, waarbij de twaalfde titel van Boek I Rv (art. 429a e.v.) werd ingevoegd.
4. Wet van 2 juli 1986, Stb. 372.
5. Wetten van 3 december 1987, Stb. 590-592.
6. Wet van 31 januari 1991, Stb. 50 en Inv.w. Boeken 3, 5 en 6 BW, eerste gedeelte met wijzigingen in het dertiende gedeelte (Bezemwet).
7. Wet van 1 juli 1992, Stb. 373.

gratie van kantongerechten en rechtbank in één rechtbank. Wetenschap en praktijk zijn het afgelopen voorjaar verblijd met het departementale voorontwerp.<sup>8</sup>

Al dit nieuws doet de vraag rijzen wat de geschiedenis nog betekent of kan betekenen voor het huidige burgerlijke procesrecht. Is de geschiedenis passé? Is rechtsvordering de geschiedenis voorbij? Is de geschiedenis voor rechtsvordering voorbij? Men zou het haast denken als men sommige stemmen van kritiek beluistert: weg met het traditionele burgerlijke procesrecht.<sup>9</sup> Het traditionele burgerlijke procesrecht is echter geen verblekende ster in het morgenrood van de integratie van de gerechten.

Natuurlijk getuigen de in wetsartikelen neergelegde oplossingen van het gedachtengoed, de praktijk en de daarop gebaseerde afwegingen uit de tijd van hun totstandkoming. Hoe ouder de wettelijke bepaling hoe groter de kans dat de afweging nu anders zou uitvallen. Wat evenwel opvalt is dat bestudering van het oude procesrecht leert dat klachten over de trage en gecompliceerde rechtsgang in civiele zaken steeds maar weer voorkomen. Ook krijgt men de indruk dat de processuele problemen van vroeger vaak nog steeds bestaan. Misschien heeft het er mee te maken dat het civiele proces in zijn opzet, los van de detaillering, erg fundamenteel is en dat de problemen vaak ook te maken hebben met de handhaving van fundamentele normen ook al zijn die vroeger niet zo herkend of niet expliciet onder ogen gezien. Of de rechter nu meer of minder 'lijdelijk', 'actief' of 'passief' is, het spanningsveld tussen de elkaar tegensprekende partijen en de rechter die er maar wijs uit moet worden is sedert Adam en Eva eigenlijk niet veranderd. Hoe mooi onze procesnormen ook heten, welke schitterende stelsels we ook bedenken, als puntje bij paaltje komt hangt het toch voor een groot deel af van de wijsheid en het wijs beleid van de rechter die in de concrete zaak tot oordelen is geroepen. Om echter al te uitbundige wijsheid in het gareel te houden als ook om de processen, althans hun verloop, enigszins voorspelbaar te maken hebben wij ter wille van de rechtszekerheid regels gesteld waaraan rechter en partijen zich hebben te houden. Nu eens zijn dat gedetailleerde instructies — onze dagvaardingsprocedure —, dan weer een soort raamwerk — de algemene regeling van de rekestprocedure en de niet aan een overvloed van details lijdende nieuwe kantongerechtsprocedure —, al naar gelang de geest of de smaak van de tijd waarin de regels zijn ontworpen, voorschreef.

8. Voorontwerpen van wet en memorie van toelichting Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie, april 1993. Zie over dit voorontwerp o.m. de reeds genoemde oratie van Van Nispen, het hierna te noemen opstel in NJB 1994 van Brenninkmeijer en voorts Sterk in Tijdschrift voor civiele rechtspleging, 1993, p. 2; Asser/Dam, Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in: NJB 1993, p. 1577 e.v.
9. Vgl. de pleidooien van Brenninkmeijer voor een grondige verandering van het (burgerlijk) procesrecht in zijn oratie Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, 1993. Zie ook zijn naar aanleiding van het Voorontwerp geschreven opstel Rechtsvordering: een uitdaging voor de wetgever, in: NJB 1994, p. 317 e.v.

2. Het civiele proces en alles wat daar omheen hangt is erg bepaald door de traditie. Dat blijkt alleen al uit de hardnekkigheid van het merkwaardige procesrechtelijke koeterwaals. Veel van dat bastaardFrans en Latijn gaat terug op Philips Wielants *Practijcke civile*,<sup>10</sup> een wonderbaarlijk mooi boek dat men in zijn helderheid en geserreerdheid de Hugenholtz/Heemskerk van de zestiende eeuw zou kunnen noemen. Men komt er veel bekende termen in tegen: *peremptoir*, *advocaat* en *procureur*, *president* (als benaming van de voorzitter van het gerecht), *concluderen*, *repliek*, *dupliek*, *conventie* en *reconventie*, *enquête*, *excepties*, *weren*, allemaal woorden die wij in het procesrechtelijke spraakgebruik van alle dag heel gewoon vinden. En men leze eens deze passage:

‘Als die partijen brouillieren ende int spreken oft dingen hem lieder soe ongerogelt houden dat men niet verstaen en kan wat sy seggen willen, soe ordonneert men in den Grooten Raet ende oock somwijlen in den Raet van Vlaenderen dat sy compareren voer commissarissendiese hooren ende reguleeren sullen oft van der difficulteyt rapport doen’.<sup>11</sup>

Dat lijkt nogal op onze inlichtingencomparitie van art. 19a Rv. Partijen compareren voor een commissaris. Echter, het *was* niet hetzelfde als onze inlichtingencomparitie.<sup>12</sup> Het traditionele karakter van het procesrecht blijkt ook uit de diverse pogingen om het radicaal te vernieuwen. Dat klinkt paradoxaal maar is het niet. De roep om radicale vernieuwing bewijst dat de dagelijks praktijk zich hecht aan oude gewoonten.

Ik houd trouwens wel van die oude gewoonten: het schouwspel van naar elkaar buigende toga's, het plechtige woordgebruik. De heerlijke nonsens van het bewijsaanbod ‘onder protest van gehoudenheid’<sup>13</sup> en van het beroep op de onsplitsbaarheid van het *aveu*<sup>14</sup> lang nadat het nieuwe bewijsrecht al was ingevoerd. Het taalratjetoe van de dagvaarding. Het ‘*dusdoende*’, ‘*onderhavige*’, ‘*mitsdien*’, het ‘*mijn requirant*’. De geheimtaal van de rolzitting die nog geheimer is in het jargon van de computeruitdraai (wie zegt dat modernisering altijd tot meer helderheid leidt?). En wat te denken van deze passage in een recent en overigens voor het burgerlijk procesrecht belangrijk arrest van de Hoge Raad<sup>15</sup>:

‘Als vraag (1<sup>o</sup>) in beginsel bevestigend moet worden beantwoord, geldt dat antwoord dan ook indien die rechter *dusdoende* de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten *verzaken*

10. Philips Wielant, *Practijcke civile*, ed. Eg.I. Strubbe, 1968 (fotografische herdruk van de editie Antwerpen 1573).

11. Titel V, Cap. 24, par. 6.

12. Zie daarover Wedekind, *Bijdrage tot de kennis van de ontwikkeling van de procesgang in civiele zaken voor het Hof van Holland in de eerste helft van de zestiende eeuw*, 1971, p. 95, noot 556.

13. Het is: protest van *niet* gehoudenheid, want men protesteert (verklaart) dat men niet tot bewijslevering is gehouden.

14. Daarmee werd bedoeld op het hieronder nog te bespreken verbod van het oude art. 1961 BW om de erkenning te splitsen ten nadele van degene die haar deed.

15. HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 94.

doordien hij *dusdoende*(a) zou moeten treden buiten de rechtsstrijd van partijen en/of (b) zich zou hebben te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de procespartij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd?' (cursiveringen van mij, A.).

Alleen traditionele juristen als wij zijn kunnen zulke taal bezigen. Uit gevoel voor (rituele) traditie kan men ook gehecht zijn aan de magische want bezwevende beleefdheid van advocaten tegenover elkaar en de rechter, terwijl (in elk geval) de cliënten elkaars bloed wel kunnen drinken. Houden van vertoon betekent overigens niet dat men het allemaal even serieus moet nemen. Men kan ook intens van dingen houden zonder ze serieus te nemen. Zo heeft het zo nu en dan terugkerende debat over de toga iets lachwekkends. En de in het ambtskostuum herkenbare hiërarchie is eigenlijk geheel uit de tijd: het (nauwelijks waarneembare) strookje moiré op de toga van leden van het gerechtshof om maar te zwijgen van het (nylon-met-viltstift-)hermelijn van mijn baret.<sup>16</sup> Laten we erkennen dat we hier te maken hebben met zuivere traditie, zowel aan de kant van degenen die haar dragen als van de buitenstaanders die op grond van de traditie bepaalde verwachtingen koesteren. Het is heerlijk om zich van tijd tot tijd aan haar over te geven, maar men moet haar niet met rationele argumenten verdedigen. Hierin is de geschiedenis nog helemaal niet voorbij. Of wel soms?

3. Maar nu naar dingen die wel serieus moeten worden genomen. Het procesrecht van vandaag bestaat niet om wille van zichzelf maar om te helpen het materiële recht te vinden en tot gelding te brengen en dat ook nog binnen een redelijke termijn, zoals wij met de hete adem van Straatsburg in onze nek tegenwoordig belijden (maar ook dat is in wezen niets nieuws). Daarin dienen tradities die alleen maar obstakels vormen op de weg naar dat doel resoluut overboord te worden gezet. Hier moet men evenwel vorm en inhoud goed van elkaar onderscheiden. Een wettelijke bepaling die naar zijn vorm verouderd is, kan heel wel een vraagstuk tot oplossing brengen dat nog steeds actueel is. Dat kan echter alleen worden onderkend als men de geschiedenis van de bepaling tot zich laat doordringen.

4. Ik zal nu een paar voorbeelden bespreken en doe een greep uit het procesrecht die vooral bepaald wordt door de zaken die ik de laatste tijd op mijn bord heb gekregen.

4.1. Ik begin dan bij een van de mooiste onderwerpen die men zich maar voor een conférence als deze denken kan: de onsplitsbaarheid van de bekentenis (art. 1961 BW (oud)). Een vette en smakelijke kluij voor de procesrechtshisto-

16. Zie art. 6 resp. 12 Reglement II (KB van 26 februari 1960, Stb. 83). De traditie om *zwarte* toga's met *witte* beffen te dragen is zo sterk dat het niet lang geleden door de oud-president van de Amsterdamse Rechtbank, B.J. Asscher, in de krant gelanceerde voorstel om ter onderscheiding van de verschillende functies gekleurde beffen te gaan dragen (helaas?) geen toekomst zal hebben.

rici: middeleeuws van oorsprong, moeilijk, verward, omstreden, oeverloos en, wat voor de vroegere Plein-watchers nog leuker was, een Hoge Raad die, mag ik wel zeggen, in zijn eigen rechtspraak verstrikt was geraakt. De practici onder U zullen echter vinden dat ik vloek in de kerk. Wij hebben toch met het nieuwe bewijsrecht afscheid genomen van dit vreselijke spook? Ja, maar het probleem dat er mee opgelost moest worden is daarmee niet verdwenen. Hoe voorkomt men dat een partij door de erkenning van bepaalde door de wederpartij gestelde feiten bewijslast in de zin van bewijsrisico krijgt zonder dat zij die rechtens behoort te hebben?

Onlangs kreeg ik te maken met de volgende zaak. De eiser vorderde betaling van vijfduizend gulden van de gedaagde en stelde daartoe dat hij voor zesduizend gulden aan de gedaagde een winkelinventaris had verkocht en geleverd en dat gedaagde wel een deel had betaald maar de rest niet wenste te betalen. De gedaagde stelde dat er geen sprake was van de gestelde overeenkomst maar dat de eiser zou bemiddelen bij de huurovername van het pand en nog wat andere dingen zou doen, waaronder levering van de inventaris, en dat daarvoor het bedrag van zesduizend gulden was overeengekomen, maar dat eiser zijn verplichtingen niet was nagekomen. Zij beriep zich op ontbinding van de overeenkomst. De rechtbank oordeelde nu dat vaststond dat gedaagde uit hoofde van de overeenkomst tussen partijen vijfduizend gulden schuldig was en dat zij zich beriep op wanprestatie. Nu gedaagde in reconventie geen ontbinding of nakoming vorderde werd zij veroordeeld tot betaling van het bedrag. Ik vond het oordeel van de rechtbank dat vaststond dat gedaagde vijfduizend gulden schuldig was onbegrijpelijk — gedaagde bestreed immers elke verschuldigdheid — en heb tot vernietiging geconcludeerd.<sup>17</sup> Aan een aspect van de zaak dat ik niet in de conclusie heb belicht<sup>18</sup> wil ik nu aandacht besteden.

Ik zou namelijk menen dat we hier een geval hebben van splitsing van de erkenning ten nadele van degene die de erkenning doet. De rechter pikt een niet betwist element uit het over en weer gestelde feitencomplex en draait het bewijsrisico om. Stel nl. dat de rechtbank had geoordeeld dat het beroep van de gedaagde op ontbinding bij verweer voldoende was en de gedaagde bewijs van de wanprestatie had opgedragen volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling, dan zou dat bewijs in feite bewijs van de door gedaagde gestelde inhoud van de overeenkomst hebben geïmpliceerd. Dat was nu juist wat het splitsingsverbod oorspronkelijk beoogde te voorkomen. Dat bij ons de rechtspraak veel verder is gegaan en tot onaanvaardbare consequenties heeft geleid, mag ons de ogen er niet voor doen sluiten dat splitsen van erkenningen niet onder alle omstandigheden is toegestaan. Maar dat voelen we ook wel met onze klomp aan.

Moeten we hieruit concluderen dat in 1988 het kind met het badwater is

17. Inmiddels heeft de Hoge Raad dienovereenkomstig beslist in een op zichzelf voor de rechtsontwikkeling niet erg interessant en daarom niet in de NJ gepubliceerd arrest, HR 24 december 1993, nr. 15.200.

18. Dit aspect komt begrijpelijkerwijs evenmin in het arrest ter sprake.

weggegooid? Ja, maar het kind was al verdrongen in het badwater van de hoogst ongelukkige splitsingsjurisprudentie die de Hoge Raad in deze eeuw had ontwikkeld en die nog in 1972 leidde tot de wel heel merkwaardige uitbreiding van de werking van art. 1961 tot de niet betwisting.<sup>19</sup> Onder meer Anema en Scheltema hebben aan deze materie destijds boeiende beschouwingen gewijd.<sup>20</sup>

Toch leert ons hier een bestudering van de geschiedenis dat het probleem oorspronkelijk goed was opgelost door het splitsingsverbod van dit soort erkenningen (de gekwalificeerde bekentenis) en dat we daarmee thans eigenlijk nog steeds uit de voeten kunnen. Ook al hebben we de band met de geschiedenis met de afschaffing van art. 1961 doorgeknipt, de oorspronkelijke gedachte achter die bepaling kan ons helpen om geen al te gekke dingen te doen met de stellingen van partijen. In zoverre zijn we de geschiedenis niet voorbij.

4.2. Een ander oud paard, dat echter nog wel vrolijk meehobbelt en zelfs zeer onlangs een bloedtransfusie om niet te zeggen een revitalisatiekuur van de Hoge Raad toegediend heeft gekregen is de *exceptie*. Ik heb het natuurlijk niet over de materieelrechtelijke exceptie, zoals de *exceptio non adimpleti contractus* of de *exceptio plurium concubentium*.<sup>21</sup> Ik doel op de exceptie waarop art. 141 Rv het oog heeft. Die bepaling vormt historisch gezien een van de mijlpalen van onze procesgeschiedenis. Zij schrijft de concentratie van verweer voor, te weten dat de gedaagde al zijn exceptieve verweren in zijn conclusie van antwoord tezamen met zijn principaal verweer moet voordragen op straffe van verval van de niet voorgedragen excepties. Kunnen wij nog wat aan met dat begrip *exceptie*? Door de eeuwen heen heeft het een aantal betekenissen gehad. Men kende ook verschillende soorten excepties. Ik zal daar nu niet op ingaan, want de indeling was onvast en voor de praktijk niet direct van betekenis. Samenvattend kan men zeggen dat men vóór de *lex Hartogh* in de vorige eeuw de exceptie was gaan zien als een verweermiddel op grond waarvan de rechter niet toekwam aan het onderzoek van de grondslag zelf van de vordering, bijvoorbeeld omdat men niet bij de juiste rechter was (exceptie van onbevoegdheid), men te laat was met zijn vordering (beroep op verjaring) of de verkeerde persoon was om de vordering in te stellen (exceptie van ontbreken van kwaliteit).

19. HR 12 mei 1972, NJ 1972, 324 (alleen een kop).

20. Asser/Anema/Verdam, Van Bewijs, 1953, p. 406 e.v.; F.G. Scheltema/H.J. Scheltema, Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht, 1934-1939, p. 154 e.v. Zie ook de beschouwingen van Suijling, I 2, nr. 486 e.v.; Eggens in Land/Eggens VI, 1933, p. 245 e.v. en meer recent Veegens/Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, I, 1973, p. 94 e.v.; Pitlo/Hidma, Bewijs en verjaring, 1981, p. 126 e.v.

21. Vóór 1934 overigens een terrein waarop art. 1961 BW nogal eens werd toegepast! In 1934 werd in het toenmalige art. 344g (later 344f) BW opgenomen dat art. 1961 niet van toepassing was. Zie Asser/Anema/Verdam, p. 416 en het kaartregister behorende bij de Nederlandse Jurisprudentie, BW, Vijfde Boek, art. 1961.

Dat men exceptief en principaal verweer moest combineren was al een oude regel — hij komt al voor in de Instructie van het Hof van Holland van 1531<sup>22</sup> — maar was danig uitgehold door de vele excepties die voor het principaal verweer mochten of moesten worden voorgesteld en, daarin zat het venijn, dan *afzonderlijk* moesten worden berecht. Door dit laatste kon de gedaagde door het achtereenvolgens opwerpen van excepties die tot incidenten moesten of konden leiden waarin de rechter, alvorens op de hoofdzaak in te kunnen gaan, afzonderlijk moest beslissen, de procedure schier eindeloos rekken.

De lex Hartogh maakte aan die mogelijkheid een einde, hoewel de praktijk daarin al was voorgegaan. Men kan het voorschrift van concentratie van verweer eigenlijk alleen goed verklaren uit het oude procesrecht, maar wij hebben het al een eeuw en nu in het voorontwerp de concentratie van verweer en ook het begrip exceptie worden gehandhaafd, ja zelfs uitgebreid tot de zaken waarin men in persoon procedeert (de huidige kantongerechtszaken),<sup>23</sup> zou het wel eens kunnen dat wij nog lang met deze regel te maken zullen hebben.

Nu excepties, behoudens een enkele uitzondering, niet meer leiden tot afzonderlijke incidenten die het proces ophouden, kan men zich afvragen welk nut het voorschrift nog voor ons heeft. Van een procesbevorderende bepaling lijkt het een middel geworden voor rechters — vooral de scherp-slijperige appelrechters natuurlijk! — om verrassenderwijze een verweer de nek om te draaien. Zijn wij hier inderdaad de geschiedenis voorbij?

De Hoge Raad, verplicht als hij is om de bestaande wet zoveel mogelijk te respecteren, heeft zeer recent zich over de concentratie van verweer uitgesproken.<sup>24</sup> Hij overwoog dat de in art. 141 lid 2 vervatte regel dat alle excepties op straffe van verval bij antwoord dienen te worden voorgedragen ertoe strekt

‘te voorkomen dat na debat van partijen over de rechtsbetrekking die onderwerp is van het geding, de gedaagde in een laat stadium van het geding nog zou kunnen opwerpen dat de rechter, op grond van regels die wegens hun zuiver processuele aard die rechtsbetrekking zelf niet raken, niet tot een beoordeling van het geschil omtrent de rechtsbetrekking kan komen. Aldus’, zo overweegt de Raad verder, ‘moeten de in art. 141 lid 2 genoemde excepties worden beperkt tot die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen’.

Dit is weliswaar een alleszins bevredigende omschrijving van het begrip exceptie, maar men bedenke dat de Hoge Raad zich niet uitspreekt over het waarom van de regel van concentratie van verweer en evenmin over de vraag of hij moet blijven bestaan in zijn huidige vorm, d.w.z. met de sanctie van

22. Zie Wedekind, p. 82-83.

23. Zie Voorontwerp, art. 2.4.3 lid 2.

24. HR 22 oktober 1993, RvdW 1993, 208 — in mijn conclusie vindt men veel over de geschiedenis van de exceptie, zie Conclusies bij Rechtspraak van de Week 1993, C 208; vgl. ook HR (derde kamer) 17 november 1993, NJ 1994, 123.

verval van de exceptie. Die sanctie was, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, ingevoerd om te voorkomen dat men zich niet zou houden aan de regel. De sanctie: veroordeling in de door het laat opwerpen van de exceptie veroorzaakte kosten als gevolg van het oponthoud, vonden de voorstellers te slap. Maar door het verval van de verplichting van de rechter om afzonderlijk op voor alle weren gevoerde excepties te beslissen was hier sprake van overkill. Excepties behoeften immers niet meer tot vertraging te leiden. Toch blijft het probleem bestaan en ik denk dat de oplossing niet eens zo slecht was. Verweten die inhouden dat de rechter op grond van regels van zuiver processuele aard niet aan een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil kan toekomen behoren niet in een zo laat stadium van het proces te worden opgeworpen dat, als het verweer gegrond bevonden wordt, partijen voor niets hebben geprocedeerd. Als zo'n verweer niet meteen wordt voorgesteld zodra dat mogelijk is, dan mogen wederpartij en rechter er van uitgaan dat de desbetreffende partij heeft aanvaard dat de rechter de rechtsbetrekking in geschil beoordeelt. Gelet op de mogelijkheid van een comparitie na antwoord zou men mogen verlangen dat zulke weren bij antwoord worden gedaan.

Ik meen dat wij hier een voorbeeld hebben van een voorschrift waarvan de ratio zich heeft gewijzigd: beoogde de concentratie van verweer oorspronkelijk het rekken van procedures te voorkomen, thans denk ik dat de ratio deze is dat, in overeenstemming met wat een goede procesorde eist, een zo prealabel verweer wordt gevoerd op een moment dat de zaak ten principale reeds onderwerp van debat en rechterlijk onderzoek is geworden, teneinde vergeefse tijd en kosten te besparen. Maar dit laatste was natuurlijk ook het oorspronkelijke oogmerk van Hartogh. Zo is rechtsvordering hier de geschiedenis voorbij en niet voorbij.

4.3. De vraag in welk stadium men een bepaald verweer nog kan voeren brengt mij even bij de regeling van het désaveu, het désavoueren van de verrichtingen door de procesvertegenwoordiger in het geding, de procureur.<sup>25</sup> Rond deze buitenissigheid hangt een nogal sterke geur van chicanes. De wettelijke regeling lijkt geheel gebaseerd op de traditionele opvatting dat de vertegenwoordigde beschermd dient te worden tegen de vertegenwoordiger die zijn bevoegdheid overschrijdt — een oud principe dat de positie van de derde ondergeschikt maakt aan die van de principaal. Een antiek civielrechtelijk wantrouwen tegen directe vertegenwoordiging zal daaraan niet vreemd zijn. Die afweging is verouderd, zeker in het kader van een proces met procesvertegenwoordigers en daarom is ook de regeling verouderd.

Wat men nu, als men het désaveu überhaupt wil handhaven,<sup>26</sup> onder meer kan verlangen is dat degene die een verrichting door zijn procesvertegenwoordiger wil ontkennen dat zo snel mogelijk doet nadat hem de verrichting

25. Zie art. 263-272 Rv.

26. Zie daarover en voor gegevens verder de conclusie OM voor en de noot onder het in de volgende noot te noemen arrest.



bekend is geworden en niet eerst afwacht hoe de zaak voor hem afloopt. Een in 1993 gewezen arrest<sup>27</sup> heeft dat duidelijk gemaakt. Na een hele procedure tussen partijen over de vraag of de verzekeringsovereenkomst nietig was, beriep de partij die als verzekeraar optrad, toen zij in het ongelijk werd gesteld, er op dat haar procureur ten onrechte had erkend dat zij assuradeur was (ze was slechts makelaar). Dat accepteerde het hof natuurlijk niet, maar de wet bood hieromtrent geen duidelijkheid, zodat de goede procesorde er aan te pas moest komen.

We zien hier dat omdat een regeling van de bescherming van de vertegenwoordigde tegen bevoegdheidsoverschrijding door de procesvertegenwoordiger dreigt te onttaarden in een chicaneus verweermiddel, nieuwe regels moeten worden gesteld. Het accent verschuift gaandeweg naar de wederpartij, mede onder invloed van de eis dat het proces zonder nodeloze vertragingen (denk aan art. 6 EVRM) en kosten moet kunnen worden voortgezet. De wederpartij, die geen middelen heeft om de volmacht van de procureur en nog minder de omvang daarvan te onderzoeken, mag er in zekere zin op vertrouwen dat de procesvertegenwoordiger de bevoegdheid heeft om te handelen zoals hij doet, mits dat handelen niet al te zeer valt buiten wat normaal gesproken van die vertegenwoordiger verwacht mag worden. Inmiddels blijft het probleem bestaan en daarmee de noodzaak om na te denken over een beter afgewogen regeling van de gevolgen van een bevoegdheidsoverschrijding in het proces, waarin het zojuist genoemde element van de tijdigheid wordt opgenomen.

De Fransen, van wie wij het désaveu in de huidige verbasterde gedaante hebben overgenomen, zijn ons al voorgegaan.<sup>28</sup> Daar is de geschiedenis geschiedenis geworden.

4.4. Ik had het zojuist, toen ik over de concentratie van verweer sprak, over een procesbevorderende bepaling die is verworden tot een middel voor de rechter om verrassenderwijze een verweer te ecarteren. Dat brengt mij bij mijn laatste voorbeeld van geschiedenis in ons wetboek: de regeling van het overleggen van conclusies (art. 140 en 141) en van bewijsstukken (producties) in art. 147 Rv. Volgens deze regeling moet de partij die een conclusie neemt tegelijkertijd afschrift daarvan aan de wederpartij geven en moet de partij die in zijn conclusie een beroep doet op een bewijsstuk een afschrift daarvan tegelijk met het afschrift van de conclusie geven aan de wederpartij. Dat gebeurt in de praktijk altijd: een conclusie of akte gaat steeds ook naar de wederpartij en een copie van de productie is steeds gehecht aan het exemplaar van de conclusie dat naar de wederpartij gaat. Wil de wederpartij inzage van het origineel van de productie dan moet dat hetzij ter griffie worden gedeponeerd hetzij aan de procureur van de wederpartij worden gegeven. Dit gebeurt niet veel meer want door de techniek van fotocopieën bestaat er in de regel

27. HR 18 september 1992, NJ 1993, 48 (m.nt. H.E. Ras).

28. Zie art. 411-420 Nouveau code de procédure civile.

geen behoefte meer aan inzage in het origineel, of het moest gaan om de vraag of er in het origineel is geknoeid. Worden produkties bij pleidooi in het geding gebracht dan worden deze in de regel enige tijd van te voren aan de wederpartij toegestuurd. Depot ter griffie in zulke gevallen, zoals het artikel tevens voorschrijft vindt in de regel niet meer plaats. Het depot ter griffie wordt gereserveerd voor bewijsstukken die door hun aard of omvang moeilijk te kopiëren zijn. Bij de kantonrechter heeft hier ingevolge art. 118 de griffier nog een taak in het geval dat de wederpartij ter zitting geen afschrift heeft ontvangen.

Wat nu als tegen deze regels gezondigd wordt? Het is toch wel merkwaardig dat collega Strikwerda en ik ongeveer gelijktijdig een zaak onder handen kregen waarin deze vraag speelde. In de zaak van Strikwerda ging het om een akte die was genomen en waarvan geen afschrift aan de wederpartij zou zijn verschaft en werd er in cassatie over geklaagd dat de rechter in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor recht had gedaan op die akte. Strikwerda concludeerde tot verwerping van het beroep onder meer op grond van het betoog dat de klagende partij bij de feitenrechter geen beroep had gedaan op het beweerde verzuim en bovendien nog op de rol gelegenheid had gehad om de rechter op de omissie te attenderen maar dat kennelijk heeft nagelaten, zodat een beroep op schending van hoor en wederhoor niet gewettigd was.<sup>29</sup> In de door mij behandelde zaak ging het om een produktie waarop in appel in de memorie van grieven en de memorie van antwoord in het incidenteel appel wel een beroep was gedaan, maar die eerst daarna en kort voor het fourneren van de stukken voor arrest, ter griffie was gedeponneerd. Het hof vond, zonder dat de wederpartij had gepiept, dat stuk niet volgens de regels was overgelegd en legde het als ‘tardief’ terzijde. Dat was nogal verrassend.<sup>30</sup>

Bepalingen die nauwelijks in het rechtsbewustzijn van de procesdeelnemers lijken te leven blijken plotseling nog springlevend. Art. 147 lid 3 Rv bevat wel een regeling van de gevolgen van het niet op de daarin voorgeschreven wijze van produceren van bewijsstukken, maar de gevolgen van het niet verstrekken van een afschrift van de conclusies of akten ter rolle zijn in de wet niet geregeld. Het voorontwerp bevat dienaangaande weinig nieuws. De regeling van art. 147 lid 3 houdt in dat indien een produktie niet in copie aan de wederpartij is verstrekt of zo laat dat deze daardoor niet de mogelijkheid heeft daarop voldoende te reageren, de rechter dat stuk ter zijde kan leggen. Nu gebeuren op dit terrein de meeste ongelukken als het gaat om produkties bij pleidooi die zo laat worden overgelegd of zo omvangrijk zijn dat er onvoldoende gelegenheid is voor de wederpartij om daar bij pleidooi nog op te reageren. Dat heeft waarschijnlijk niet alleen te maken met overvaltactieken maar ook met de advocaat die pas heel kort voor het pleidooi aan zijn pleitnota gaat werken en er dan achter komt dat er nog stukken zijn die van pas

29. Inmiddels heeft de Hoge Raad die zaak in HR 3 december 1993, rolnr. 15.130 afgedaan met toepassing van art. 101a RO (verkorte motivering), zodat van publicatie in de NJ is afgezien.

30. Inmiddels heeft de Hoge Raad gesproken: HR 24 december 1993, NJ 1994, 194.

komen. De Hoge Raad heeft hier eerder al regels gesteld in verband met de goede procesorde en het aan art. 147 te ontleen richtsnoer.<sup>31</sup> De wettelijke bepaling is dus in een bredere context gezet, nl. die van de goede procesorde.

Als er recht op stukken wordt gedaan speelt dit probleem in de regel niet omdat partijen via de rol weten welke conclusies door de wederpartij zijn genomen en uit de conclusies kunnen opmaken welke producties in het geding zijn of zullen worden gebracht. Toch gaat het ook dan wel eens mis. Zo zitten er wel eens stukken in een van de procesdossiers waarvan niet blijkt dat zij bij de wederpartij bekend zijn. Geen zinnig rechter denkt er tegenwoordig meer aan om dat stuk zonder meer buiten beschouwing te laten. Hij vraagt de griffier dan de nodige navraag te doen om opheldering te verkrijgen. Bij ter griffie gedeponeerde stukken mag de rechter er van uitgaan dat de wederpartij van het depot op de hoogte is. Heeft de rechter op dit punt aanleiding voor twijfel dan zal hij duidelijkheid moeten trachten te verkrijgen.

Men vergelijkte nog eens de terecht vinnige noot van Veegens<sup>32</sup> naar aanleiding van een geval waarin een hof de appelland niet ontvankelijk had verklaard omdat de appeldagvaarding in geen van de dossiers zat en de rare — door de Hoge Raad gecasseerde — beslissing van een rechtbank dat de appelland die zijn procesdossier niet had overgelegd voor vonnis geacht moest worden zijn hoger beroep niet langer te handhaven en daarin niet ontvankelijk werd verklaard. Die merkwaardige beslissingen gaan er aan voorbij dat de wet dergelijke sancties niet kent en miskennen de functie van de processtukken. Weliswaar vormen die in de schriftelijke procedure van vandaag het debat, maar de wisseling van de stukken vindt telkens plaats op de rol. Het debat vindt daar in geformaliseerde vorm plaats. Als de weerslag van dat debat, het door die conclusiewisseling opgebouwde procesdossier niet aan de rechter wordt overgelegd, dan wil dat nog niet zeggen dat het debat niet heeft plaats gevonden. Als de dagvaarding niet in het dossier zit, wil dat nog niet zeggen dat er geen dagvaarding was.

Ik sprak zojuist van de goede procesorde. Bij deze vragen gaat het natuurlijk uiteindelijk om het recht op verdediging, hoor en wederhoor, het contradictoire karakter van het proces. De rechter mag slechts recht doen op gedingstukken waarvan de wederpartij kennis heeft kunnen nemen, op bewijsstukken waarover beide partijen zich hebben kunnen uitlaten.<sup>33</sup> Het zullen de partijen zelf moeten zijn die zich er over beklagen dat een bepaald stuk ontbreekt of

31. Zie HR 18 juni 1982, NJ 1983, 599; HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 (m.nt. C.J.H. Brunner); HR 11 mei 1984, NJ 1984, 584. Zie in verband met deze rechtspraak voor de cassatieinstantie het met art. 147 in essentie corresponderende art. 413 Rv.

32. Onder HR 6 februari 1947, NJ 1947, 91.

33. Vgl. de inmiddels verschenen uitspraak HR 18 februari 1994, RvdW 1994, 55, waarin de Hoge Raad oordeelt dat het fundamentele beginsel volgens hetwelk een burgerlijk geding op tegenspraak wordt gevoerd — van welk beginsel dat van hoor en wederhoor deel uitmaakt — meebrengt dat de rechter zich bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen alleen mag baseren op die gegevens van feitelijke aard waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.

dat tot verweer daartegen onvoldoende gelegenheid heeft bestaan. De rechter die al te actief is en stukken terzijde laat zonder zich ervan te hebben vergewist dat de wederpartij ze niet kende en er ook niet op heeft kunnen reageren, doet geen recht. De wederpartij die, wetende dat er stukken zijn overgelegd, ze niet heeft ontvangen en stil blijft zitten om dan later de rechter voor de voeten te werpen dat hij recht heeft gedaan om niet meegeedeelde stukken, chicaneert. De verlangde activiteit van partijen en betrekkelijke passiviteit van de rechter blijkt duidelijk uit de oude regeling van art. 147 Rv. De rechter *kan* een bewijsstuk terzijde laten, maar dan moet door de benadeelde partij er een beroep op zijn gedaan dat hij het stuk niet heeft ontvangen en daarop ook niet meer heeft kunnen reageren. De bepaling lijkt me, hoe verouderd in haar formulering, in essentie nog steeds het resultaat van een geldige afweging.<sup>34</sup>

5. Tot zover een paar voorbeelden van oude regelingen. Het leken wat buitennissige kwesties, maar ze hebben alle te maken met meer fundamentele vraagstukken. Wij zijn tegenwoordig gewend om in vage normen en algemene beginselen te denken. Goede procesorde, beginselen of eisen van een behoorlijke rechtspleging, ja zelfs de goede trouw zijn begrippen waarvan wij niet of nauwelijks meer opkijken als zij in een processuele context worden gebezigd. Er wordt over procesbeleid van de rechter gesproken<sup>35</sup> en in verband daarmee zou men zelfs over beleidsregels kunnen spreken.<sup>36</sup> Het is aantrekkelijk om het procesrecht aldus in brede streken te ontwerpen. Maar we mogen niet vergeten dat dit typische praktijkrecht grote behoefte heeft aan regels. En als de wetgever dat niet doet doen de rechters dat regionaliter, waartoe zij te meer geneigdheid zullen bezitten naar mate hun colleges in omvang en gewicht groeien.

De geschiedenis van het procesrecht biedt ons wel enkele algemene beginselen, waarvan hoor en wederhoor m.i. het belangrijkste, maar zij heeft ons geen goede dogmatiek overgeleverd om op basis daarvan die algemene normen nader te formuleren en in bijzondere regels te concretiseren. Dat heeft het procesrecht gemeen met het handelsrecht: in de praktijk gegroeid recht dat zich moeilijk in algemene dogmatische kaders laat vangen. Het zijn de individuele regels en regelingen die ons leren hoe in het verleden de oplossingen zijn gevonden en waarom men tot deze oplossing kwam. Pas een grondige historische bestudering daarvan kan ons leren wat in ons huidige recht veranderd en verbeterd moet worden. En daarbij kunnen we ter wille van de verbetering van de sytematiek algemene beginselen telkens als leidraad nemen. Maar we behoeven bij die beginselen niet telkens te beginnen. Voor de herziening van ons procesrecht is het immers niet nodig elke keer opnieuw

34. In het inmiddels uitgesproken arrest HR 24 december 1993, NJ 1994, 194, geeft de Hoge Raad een aantal regels voor de handelwijze van de rechter ten aanzien van stukken waarvan hij twijfelt of de wederpartij ze heeft gezien. Een belangrijke basis daarvoor vormt het beginsel van hoor en wederhoor.

35. Zie bijv. HR 10 september 1993, NJ 1993, 777 (m.nt. P.A. Stein).

36. Vgl. de schriftelijke rolregelingen.

het wiel uit te vinden. Dat de huidige wettelijke regeling van het burgerlijk procesrecht lacuneus en nogal eens ondoorzichtig is moet ons niet doen concluderen dat we de geschiedenis voorbij zijn. De geschiedenis moge voorbij zijn, maar ook op dit terrein kunnen we er niet aan voorbijgaan.