

Tilburg University

## Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht

Vranken, J.B.M.; Brenninkmeijer, A.

*Published in:*

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

*Publication date:*

1992

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Vranken, J. B. M., & Brenninkmeijer, A. (1992). Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 123(6074), 1003-1017.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ken zal gaan, maar na later gevestigde hypotheek zal komen. Door het eerste wordt de mogelijkheid voor de burger om hypotheekair crediet te verkrijgen in gevaar gebracht, door het tweede rijst twijfel aan de effectiviteit van de hoge rang. Het voorrecht is bovendien overbodig in al die gevallen waar de bestuursdwang tot behoud van de zaak is opgelegd. In die gevallen is immers art. 3:284 zelf al van toepassing. In het voormelde wetsvoorstel worden alle thans bestaande voorrechten in de trant van dat van art. 5.2.7 dan ook geschrapt (bijv. art. 58 Wet Ruimtelijke Ordening, art. 68 lid 4 Waterschapswet, art. 105 Woningwet in de versie van Stb. 1991, 439). In de tweede plaats maak ik een opmerking over de bestuursrechtelijke dwangsom, waarvan de regeling in afdeling 5.3 eveneens aan de nieuwe Gemeentewet is ontleend (artt. 135-139). Ik vind het moeilijk te verdedigen dat daarvoor niet

een bepaling geldt als voor de privaatrechtelijke dwangsom te vinden is in art. 611 e Rv., waar wordt bepaald dat geen dwangsommen worden verbeurd tijdens het faillissement van de veroordeelde en dat zij, zo zij tevoren reeds verbeurd waren, niet in het faillissement kunnen worden ingediend. De dwangsom behoort een aansporing te zijn voor degene aan wie zij is opgelegd om te doen wat van hem verlangd wordt. In het geval van zijn faillissement verliest dit dwangmiddel zijn functie. De schuldenaar — die zich bovendien vaak op onmogelijkheid in de zin van art. 5.3.3 lid 1 Awb c.q. art. 611 d Rv. zal kunnen beroepen — mag een eventueel verbeurde dwangsom dan niet eens zelf meer betalen en betaling door de curator komt ten laste van zijn schuldeisers bij wie er niets aan te sporen valt. Men zie ook de uiteenzetting op dit punt in Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 910.

10. Zo kom ik dan aan het einde van deze varia betreffende NBW en Awb. Ik merk dat ik daarin nog geen citaat verwerkt heb van degene die met dit themanummer wordt geëerd, en haast mij daarom te wijzen op wat hij schreef in NJB 1988, p. 711:

'Wie over wetgeving nadenkt en schrijft, komt al gauw tot de conclusie dat de belangstelling van de zijde van de wetenschap gering is.'

Daarbij had hij vast niet de beide wetgevingsprojecten op het oog, waarom het hier gaat. Maar ik hoop toch met deze bijdrage in de lijn te zijn gebleven van de wens die uit dit citaat spreekt.

*Mr. W. Snijders*

## Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht

*Prof. mr. J.B.M. Vranken\**  
*Prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer\*\**

### Inleiding

De wet van de remmende voorsprong lijkt van toepassing op de harmonisatie van het civiele en het bestuursprocesrecht. Het civiele recht kent van oudsher een uitgewerkte regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een administratiefrechtelijke pendant van dit wetboek ontbreekt, maar in het zicht van de ingrijpende reorganisatie van de rechterlijke macht slaagt het bestuursprocesrecht er met de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht wél en het civiele procesrecht er (nog?) niet in zich radicaal te vernieuwen.

Het civiele procesrecht zeult een historische ballast en beladenheid mee, waarop tot nu toe alle pogingen om tot een gehele herziening te komen<sup>1</sup> zijn stukgelopen. Men weet zich in de praktijk wel te redden, omdat binnen het geldende procesrecht ruimte wordt gezocht voor vernieuwingen. Zo nodig worden per ar-

rondissement afspraken gemaakt tussen het rechterlijk college en de balie. Voor het overige worden de veranderingen die zich in het civiel procesrecht met name op initiatief van de rechtspraak voltrekken — deformalisering, de toename van het aantal verzoekschriftprocedures, de groei van het mondelinge element, hoor en wederhoor, de actieve rechter en de goede procesorde als maatstaf voor het gedrag van rechter en partijen zonder veel moeite in het bestaande ingepast. Het is zeer de vraag of de reorganisatie van de rechterlijke macht, die vooral een integratie is, op het vlak van het civiele procesrecht tot meer zal leiden dan tot enkele technische aanpassingen, zonder dat de kans gegrepen wordt om het meer in overeenstemming te brengen met de eisen die thans aan procesrecht kunnen en moeten worden gesteld.

De vraag of harmonisatie tussen burger-



*Prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer*

lijk procesrecht en bestuursprocesrecht mogelijk is, kan volgens ons pas zinnig aan de orde komen nadat het burgerlijk procesrecht zelf meer gestroomlijnd is. In het bijzonder zal moeten worden gekap in de wildgroei van procedures en

\* Advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht, Katholieke Universiteit Brabant, redacteur van het WPNR.

\*\* Lid Centrale Raad van Beroep en deeltijd hoogleraar Burgerlijk Procesrecht, Universiteit van Amsterdam.

1. Rapport commissie Gratama, 1923; antwoorden prijsvraag van Belinfante en Ariëns, 1939; rapport commissie Dorhout Mees, 1948 met een commentaar daarop van Hugenholz, eveneens van 1948; Nivard en Brunner, preadviezen Nederlandse Orde van Advocaten, Advocatenblad 1968, p. 469 e.v. en 497 e.v.; rapport NVvR en Nederlandse Orde van Advocaten, 1967.

zal ook enige deregulering beproefd moeten worden. Meestal associeert men processuele wildgroei met het administratieve procesrecht, doch in het civiele procesrecht is de situatie niet beter. Zo zijn er nog steeds verzoekschriften in vele soorten en maten. De rechtspraak uniformeert wat zij kan, maar moet op een aantal punten toch afhaken en afwachten wat de wetgever doet<sup>2</sup>. Wat betreft de dagvaardingsprocedure is weliswaar kort geleden het aantal kantongerechtsprocedures tot één standaardprocedure teruggebracht, maar hoe deze naast de bestaande dagvaardings- en verzoekschriftprocedures moet worden geplaatst, is niet duidelijk. Andere vernieuwingen van het burgerlijk procesrecht, zoals het nieuwe scheidingsprocesrecht leiden er toe dat weliswaar voorzien wordt in de behoefte aan eenvoudiger procesrecht voor bijzondere onderwerpen, doch leiden tot een verdere verbrokkeling van het procesrecht als geheel<sup>3</sup>.

Op korte termijn bestaat behoefte aan een duidelijke uitspraak over de vraag of men het thans gehanteerde beleid van twee — en met de nieuwe kantongerechtsprocedure erbij: drie — soorten procedures in het civiele recht wil handhaven of niet. Luidt het antwoord ja, dan wordt de harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht een illusie, met name omdat het dagvaardingsmodel nauwelijks te verenigen valt met de rechtsingang en de wijze van procederen in het bestuursprocesrecht<sup>4</sup>. Tegen deze achtergrond heeft de wetgever een slechte zet gedaan door in het kielzog van de herziening van de kantongerechtsprocedure op een aantal terreinen de verzoekschriftprocedure te vervangen door een dagvaardingsprocedure. Dit is bij voorbeeld gebeurd ten aanzien van het huurrecht. Het ministerie van Justitie lijkt de verzoekschriftprocedure te willen reserveren voor het personen- en familierecht en de dagvaardingsprocedure voor alle overige zaken, zonder dat duidelijk wordt waarop deze voorkeur gebaseerd is.

Ook in de Algemene wet bestuursrecht geeft de wetgever er geen blijk van de harmonisatiegedachte hoog in het vaandel te voeren. De in die wet geregelde toegang tot de administratieve kamer van de rechtbank leidt tot een herverkaveling van de bevoegdheid van de rechter ex artikel 2 RO. Voor zover de AWB geen toegang tot de bestuursrechter mogelijk maakt blijft de 'gewone' rechter bevoegd aanvullend rechtsbescherming te verlenen. Ook laat de AWB lacunes open in de toegang tot de rechter, omdat de verschillende ministeries met grote

vasthoudendheid bepaalde besluiten willen uitsluiten van een beroep op de rechter. Daarbij realiseert men zich niet dat de Hoge Raad een andere visie heeft op de toegang tot de rechter. In dit verband is het opmerkelijk dat de Hoge Raad de sinds jaren geldende jurisprudentie inzake de exclusieve bevoegdheid van de ambtenarenrechter, die ertoe leidde dat een onrechtmatige daadsactie van een ambtenaar tegen de overheid met een *onbevoegdheid* van de burgerlijke rechter werd beantwoord<sup>5</sup>, kennelijk in het zicht van de AWB gewijzigd heeft en voor het gehele bestuursrecht één uitgangspunt is gaan hanteren, namelijk dat de burgerlijke rechter niet onbevoegd is doch slechts door middel van een niet-ontvankelijkheid terugtreedt bij het bestaan van een administratieve rechtsingang die met voldoende waarborgen is omkleed<sup>6</sup>. Op grond van deze jurisprudentie valt te verwachten dat ook ten aanzien van de AWB deze lijn zal worden gekozen: iedere lacune in de toegang tot de rechter op grond van de AWB kan met toepassing van burgerlijk (proces)recht worden opgevangen. Probleem blijft dan wel dat het beroepschrift niet aangemerkt kan worden als een dagvaarding. Hoewel de jurisprudentie van de Hoge Raad impliceert dat de burger steeds toegang tot de rechter heeft, loopt de actie van de burger eventueel stuk op de soms erg irrationele grensafbakening van de toegang tot de rechter ingevolge de AWB. Kennelijk is binnen het ministerie van Justitie de taakverdeling tussen publiek- en privaatrecht zodanig is dat een zinvolle bezinning op de vraag hoe aan de toegang tot de rechter — integrerend — vorm gegeven kan worden buiten de mogelijkheden ligt.

Is de wetgever tot andere gedachten te brengen, zodat de met de mond beleden harmonisatiegedachte van civiel en administratief recht de kans krijgt ook daadwerkelijk gestalte te krijgen? Dat hieraan behoefte bestaat is evident, ook in Europees verband. De harmonisatie van procesrecht zal in de komende jaren in Europa een steeds belangrijker issue vormen. Nederland kan aan deze ontwikkeling slechts dan een zinvolle bijdrage leveren wanneer nationaal een goed doordacht procesrecht is ontwikkeld. Ook de eisen die het Europese Hof voor de rechten van de mens op basis van artikel 6 van het EVRM stelt, dwingen, mede gelet op de noodzaak van een voor rechter, advocatuur en partijen werkbare en betaalbare procespraktijk, tot een analyse van de structuur en de principes van procesrecht.

Wij kiezen voor een pragmatische benadering. Uitgaande van onze stelling dat

eerst het civiele procesrecht in eigen huis orde op zaken moet stellen wat betreft de soorten procedures die men daarin wil onderscheiden, beginnen wij met de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure. Welke zijn de verschillen en overeenkomsten tussen deze procedures? Zijn de verschillen principieel en waaraan zou de voorkeur gegeven moeten worden (en op welke grond)? Een verantwoorde keuze dient zoveel mogelijk gebaseerd te zijn op de feiten. Met abstracte beschouwingen over de eigen aard van de procedures schieten wij niet veel op. Ook argumenten als: 'vorderen is iets anders dan 'verzoeken' en: het is altijd zo geweest, overtuigen niet, integendeel, dragen slechts bij aan de mystificatie die de discussie over dit onderwerp al veel te lang beheerst. Het wordt tijd te kijken naar wat er werkelijk gebeurt. De preadviezen van de NJV 1991 over harmonisatie van procesrecht, evenals de dissertaties van Wesseling-Van Gent en Bosch-Boesjes bevatten veel materiaal<sup>7</sup>. Ook de bijdrage van Boekman aan de Haardt-bundel 'Een goede procesorde' vormt in dit verband een klassieker. Voor de appelprocedure kan verwezen worden naar het boek van Snijders en Wendels, 'Civiel appel' en naar Ras, 'De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken'. Hierna zullen 25 punten van overeenkomst en verschil tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure aan de orde komen. De uitkomst van deze inventarisatie wordt telkenmale meteen gevolgd door een vergelijking met het bestuursprocesrecht, zoals dat in hoofd-

2. O.m. ten aanzien van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht is thans een wetsontwerp ingediend. De 'opschoning' van de in bijzondere wetten vervatte verzoekschriftprocedures, aangekondigd in 1970, laat evenwel nog steeds op zich wachten.

3. Zie voor een overzicht: A. Hammerstein, Stormachtige ontwikkelingen. Kroniek burgerlijk procesrecht NJB 1992, p. 1145/1150.

4. O.m. Van Wijmen, preadvies NJV 1991, p. 170 e.v. en, ter vergadering, Ras, Handelingen NJV 1991-II, p. 6.

5. HR 4 december 1987, AB 1988, 189, m.nt. F.H. van der Burg.

6. HR 28 februari 1992, AB 1992, 301, m.nt. F.H. van der Burg; RvdW 1992, 73.

7. Wesseling-Van Gent, Het civiele geding in de toekomst, 1986; Bosch-Boesjes, Lijdelijkheid in geding, 1991.

stuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht is voorgesteld. Deze werkwijze zou ook een zinvolle strategie voor de wetgever kunnen zijn: naast de totstandkoming van hoofdstuk 8 van de AWB zou voor het burgerlijk procesrecht gestreefd kunnen worden naar harmonisatie, vereenvoudiging en deregulering. In de volgende ontwikkelingsfase kan bezien worden hoe en op welke wijze burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht nader geharmoniseerd kunnen worden. Het is natuurlijk met deze strategie in overeenstemming dat de wetgever bij de harmonisatie van burgerlijk procesrecht een zijdelingse blik werpt op het bestuursprocesrecht, zoals de wetgever van hoofdstuk 8 van de AWB onderdelen van recent burgerlijk procesrecht inbrengt in het bestuursprocesrecht. Zelfs zou het mogelijk zijn om de suggestie van Bloembergen gedaan ter vergadering van de NJV 1991 op te pakken om onderdelen van het procesrecht onder te brengen in een algemeen deel, zodat voor bepaalde soorten geschillen nader bijzonder procesrecht vastgesteld kan worden. Doch zelfs wanneer er geen 'uniform' wetboek van procesrecht in het verschiet ligt dan nog heeft afstemming grote waarde, omdat straks de geïntegreerde rechtspleging in de rechtbank gebaat is bij eenvoudig, hanteerbaar procesrecht.

Deze 25 punten van overeenkomst en verschil worden geschreven voor degene die 25 jaar (hoofd-)redacteur is geweest van WPNR en thans daarvan ereredacteur is. In zijn professionele optreden vormt hij een toonbeeld van harmonisatie van burgerlijk recht en bestuursrecht en zijn grote betrokkenheid bij de 'terughoudendheid met regelgeving' strookt ten volle met het onderwerp van dit onderzoek<sup>8</sup>. Ook persoonlijk draagt mr. J.M. Polak een harmonieuze opstelling uit en daarmee inspireerde hij ons tot deze gezamenlijke studie.

Met onze vergelijkende benadering beogen wij bij te dragen tot een vernieuwing van het procesrecht. Tot voor kort was de wetgeving, de rechtspleging en de wetenschappelijke benadering van het procesrecht gesplitst over de verschillende rechtsgebieden. Inmiddels begint het inzicht door te breken dat deze verkokerde benadering onvoldoende recht doet aan de oriëntatie op beginselen van procesrecht en ook niet aansluit bij de behoefte aan eenvoud in de rechtspraktijk. Ook het strafprocesrecht vraagt aandacht, doch vanwege de beperkte opzet van dit onderzoek blijft dat procesrecht hier onbesproken. Daarmee is echter niet gezegd dat het strafprocesrecht buiten beschouwing behoort te blijven.

## I. Hoor en wederhoor

### *Burgerlijk procesrecht*

De spektakulaire ontwikkelingen met betrekking tot het beginsel van hoor en wederhoor heeft zich onder invloed van art. 6 EVRM gelijkelijk voltrokken in zowel de dagvaardings- als de verzoekschriftprocedure. Feiten, gegevens en dokumenten, waarop de rechter zich wil baseren, dienen èn ter kennis te staan van alle partijen èn zij dienen de reële mogelijkheid te hebben zich er over uit te laten. In het algemeen hebben partijen er recht op in elkaars aanwezigheid te worden gehoord. Kan dit onder omstandigheden niet dan moet er voor gewaakt worden dat op andere wijze de wederpartij naar behoren kan reageren. Hetzelfde is het geval bij het telefonisch winnen van inlichtingen. De Hoge Raad heeft een minitius stelsel van voorschriften opgesteld ter bewaking van het hoor en wederhoor<sup>9</sup>. Schending van het beginsel levert een essentieel vormverzuim op en daarmee een grond voor appel ook in gevallen dat de wet appel uitsluit<sup>10</sup>.

### *Bestuursprocesrecht*

In het bestuursprocesrecht zijn twee elementen van hoor en wederhoor te herkennen. Enerzijds is de correspondentie tussen de rechter en partijen geregeld, in die zin dat beide partijen kennis kunnen nemen van alle stukken in het dossier (8.2.2.1). Aangetekend zij dat in het bestuursprocesrecht het overheidsorgaan verplicht is 'de op de zaak betrekking hebbende stukken' aan de rechtbank in te zenden. De andere partij is evenals de overheid bevoegd — nader — stukken in het geding te brengen en de rechter kan stukken opvragen (8.2.2.4). Voor het nader indienen van stukken geldt dat deze tot 10 dagen voor de zitting dienen te zijn (8.2.5.3), doch kunnen vanzelfsprekend overigens in het pleidooi ter terechtzitting verwerkt worden. De op de zaak betrekking hebbende stukken worden in copie aan de wederpartij(en) toegezonden (8.1.7.3). Vooralsnog ontbreekt een inzagerecht zoals bekend uit o.a. de Beroepswet en de Ambtenarenwet 1929 in het ter griffie aangelegde dossier dat fungeert als uniek procesdossier. De wetgever oordeelt kennelijk het doorzenden van stukken een voldoende waarborg. Daarin heeft de wetgever geen gelijk, omdat controle door partijen mogelijk moet zijn.

Anderzijds gelden voor de openbare behandeling nadere regels die hoor en wederhoor ten overstaan van de rechter realiseren. Ook op dit punt behoeft geen principieel onderscheid gemaakt te worden tussen beide vormen van procesrecht. Ook bij voorbeeld de mogelijk-

heid om met instemming van partijen een zitting achterwege te laten zou in het burgerlijk procesrecht toepasbaar zijn. Deze materie leent zich eventueel voor regeling in een algemeen deel. Aanteekening verdient dat de bevoegdheid van de rechter om stukken op te vragen en de verplichting (behoudens uitzonderingen: 8.1.5.9) van de overheid en werkgevers (sociale verzekeringen) (8.2.2.4) om stukken in te zenden samenhangt met de aard van de rechtsbetrekking in geschil. Voor delen van het burgerlijk recht — met name waar de rechtsbetrekking in geschil niet ter vrije beschikking aan partijen staat — zou ook een verplichting kunnen worden gehanteerd. Dit geldt evenzeer in zaken waarbij bepaalde specifieke belangen in geding zijn (huurrecht, arbeidsrecht).

## II. Openbaarheid van rechtspraak

### *Burgerlijk procesrecht*

Oorspronkelijk gold de eis van openbaarheid alleen voor de dagvaardingsprocedure. Art. 121 GW en art. 20 Rv lijken hiervan nog steeds uit te gaan. Inmiddels echter is onder invloed van art. 6 EVRM het beginsel ook doorgetrokken naar de verzoekschriftprocedure. In 1984 is art. 429g Rv in deze zin aangepast. Wel is het zo dat uit de aard van de in een verzoekschriftprocedure behandelde zaken eerder kan voortvloeien dat een uitzondering moet worden gemaakt. Gedacht kan worden vooral aan het faillissementsrecht<sup>11</sup> en aan kwesties op het terrein van het personen- en familierecht.

Behalve de behandeling dient ook de uitspraak in het openbaar te worden gedaan. Blijkens rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens

8. Ook harmonisatie van procesrecht heeft Polaks belangstelling, zie het Rapport van de werkgroep harmonisatie administratief procesrecht (werkgroep Polak), *Trema special* 1983-1.

9. Vgl. in het algemeen o.m. HR 27 maart 1987, NJ 1988, 130 (WHH) en over telefonische inlichtingen HR 1 december 1989, NJ 1990, 438 (JBMV).

10. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 (Enka/Dupont); HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3 en vele andere uitspraken, o.m. vermeld in de konklusie van AG Van Soest voor HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 160. Zie ook HR 6 april 1990, NJ 1991, 34. Zie voor een goed overzicht R. de Moor, in: Artikel 6 en de dagelijkse rechtspraktijk, 1990, p. 43 e.v.

11. O.m. HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676 en, eerder, HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450. Zie ook HR 2 december 1988, NJ 1989, 301 in een situatie dat de belangen van derden erbij betrokken waren.

is het evenwel niet nodig dat de uitspraak op een openbare zitting wordt voorgelezen. Voldoende is dat zij op een tevoren aan de verschenen partijen kenbaar gemaakt tijdstip ter griffie aanwezig is en partijen en belanghebbenden inzage of een afschrift kunnen verkrijgen<sup>12</sup>.

*Bestuursprocesrecht*

Voor het bestuursrecht geldt als uitgangspunt openbaarheid van de zitting (8.2.5.1) en bij het doen van uitspraak (8.2.6.13), met een regeling voor sluiting van de deuren voor bijzondere gevallen (8.2.5.7). Het spreekt voor zich dat de gronden voor het gesloten houden van de deuren van de rechtzaal voor het burgerlijk en bestuursrecht kunnen verschillen, doch een algemene regeling is goed mogelijk.

**III. Motiveringsplicht**

*Burgerlijk procesrecht*

De motiveringsplicht was oorspronkelijk eveneens alleen voorzien voor de dagvaardingsprocedure (art. 121 GW; art. 20 Rv en art. 59 Rv). Incidenteel werd ook in bepaalde verzoekschriftprocedures een motivering van de beschikking geëist. Pas met de inwerkingtreding van de art. 429a e.v. Rv is deze plicht veralgemeend, maar daarmee gold zij nog niet voor alle verzoekschriftprocedures, met name niet voor die procedures waarop de art. 429a e.v. Rv niet (mede) toepasselijk waren verklaard, zoals de Faillissementswet, de Krankzinnigenwet en de Algemene Bijstandswet. Vroeger nam de Hoge Raad het standpunt in dat beschikkingen op grond van deze bijzondere wetten niet gemotiveerd behoeften te worden. Sedert een tweetal decennia is dit standpunt meer en meer verlaten. Zonder veel aarzelen kan thans worden gesteld dat ten aanzien van de motiveringsplicht geen verschil meer bestaat tussen de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure<sup>13</sup>. Alleen is — helaas — de kracht van de motiveringsplicht nog niet zodanig dat schending ervan op dezelfde wijze als bij hoor en wederhoor een wettelijk appelverbod kan doorbreken<sup>14</sup>.

*Bestuursprocesrecht*

Het komende bestuursprocesrecht kent de mondelinge en schriftelijke uitspraak. Voor beide uitspraakvormen geldt een motiveringsplicht, in die zin dat de 'gronden van de beslissing' in de uitspraak vastgelegd moeten worden (8.2.6.2 en 8.2.6.12).

De motiveringsplicht vormt een algemeen uitgangspunt van procesrecht en leent zich voor een algemene regeling.

**IV. Verwijzing bij onbevoegdheid**

*Burgerlijk procesrecht*

In geval van onbevoegdheid dient de rechter in een dagvaardingsprocedure in het algemeen de zaak in de stand van het geding te verwijzen naar de bevoegde rechter. Voor verzoekschriftprocedures geldt deze regeling niet. Toch ziet men dat in de praktijk informeel wel wordt verwezen. In de literatuur vindt deze opstelling meer en meer steun<sup>15</sup>. In een uitspraak van 28 februari 1992, RvdW 1992, 69 lijkt de Hoge Raad over de gehele linie van de verzoekschriftprocedure, maar in ieder geval voor die van art. 429a Rv, eenzelfde koers te zijn gaan varen. Dit valt toe te juichen ook al omdat op het moment dat een geïntegreerd gerecht in eerste aanleg gaat functioneren een goed verwijzingsstelsel van het grootste belang is. De verschillende civiele en administratieve kamers van zo'n gerecht moeten ruime mogelijkheden hebben naar de juiste rechter door te verwijzen.

*Bestuursprocesrecht*

Voor het bestuursprocesrecht geldt een eenvoudige regeling voor verwijzing bij relatieve onbevoegdheid (8.1.1.7, met een algemene doorzendregeling in 6.2.8.) en competentiegeschillen (8.1.1.8). Bovendien is voorzien in voeging van zaken tussen rechtbanken onderling door doorzending, wanneer behandeling door één rechtbank gewenst is (8.1.3.1).

De verwijzing bij absolute bevoegdheid vormt een boeiend thema: wanneer de bestuursrechtkamer geen kennis mag nemen van een geschil over een bepaalde overheidshandeling, dan zou in beginsel de zaak voortgezet kunnen worden als een civiel geding in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad. Omgekeerd zou bij het bestaan van een administratieve rechtsgang de zaak verwezen kunnen worden naar de bestuursrechtkamer van de rechtbank. De harmonisatie van procesrecht zou juist ook op dit punt kunnen bijdragen tot een verbetering van de toegang tot de rechter. Zou een beroepschrift dat getroffen wordt door een onbevoegdheid (wellicht niet-ontvankelijkheid in bestuursrechtelijke terminologie) aangemerkt kunnen worden als het stuk waarop de rechtsingang tot de burgerlijke rechter mogelijk is en omgekeerd? Dit zou een materie zijn die zich bij uitstek leent voor regeling in een algemeen deel.

**V. Formaliteiten aan het begin van de procedure**

*Burgerlijk procesrecht*

Van oudsher is de dagvaardingsproce-

dure met veel meer op straffe van nietigheid in acht te nemen formaliteiten belast dan de verzoekschriftprocedure. Dat geldt zowel voor het inleidend geschrift, de dagvaarding resp. het verzoekschrift, als voor de procesgang en het bewijsrecht. Op al deze onderdelen is de verzoekschriftprocedure informeler. Dat is een van de belangrijkste overwegingen geweest waarom de wetgever er in de loop van de tijd meer en meer toe is overgegaan een verzoekschriftprocedure voor te schrijven in gevallen die eigenlijk contentieus van aard zijn<sup>16</sup>. Er was en is in de verzoekschriftprocedure veel aan de rechter overgelaten. Op straffe van nietigheid in acht te nemen regels ontbreken zelfs helemaal. Soms dreigt een niet-ontvankelijkheid, maar de rechter heeft de mogelijkheid hiermee soepel om te gaan. Mits het belang van de andere partij of de rechtszekerheid niet in het gedrang komt, kan hij er aan voorbijgaan dan wel de gelegenheid geven het verzuim te herstellen.

Met een beperking tot de formaliteiten aan het begin van de procedure, kan gekonstateerd worden dat de dagvaardingsprocedure in dit opzicht een flink eind in de richting van de verzoekschriftprocedure is opgeschoven. Ook de dagvaardingsrechter kan zich thans op ruime schaal soepel opstellen. Dit is het resultaat van een ontwikkeling die twee, drie decennia geleden door de rechtspraak is ingezet en inmiddels gedeeltelijk is gecodificeerd in de art. 90 e.v. Rv. Deformalisering is het sleutelwoord.

12. HR 1 november 1985, NJ 1986, 277.  
 13. Boekman, Het procesrecht van de rekestprocedure als gevormd door de Hoge Raad, in: Een goede procesorde (Haardt-bundel), 1983, p. 59 e.v. houdt nog een kleine slag om de arm. Ik meen dat er thans geen verschil meer is. Vgl. bijv. de ABW-beschikking van HR 14 november 1986, NJ 1987, 294 met konklusie AG Van Soest sub nr. 2.2, alsmede, voor andere voorbeelden, Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 429k, aant. 25.  
 14. O.m. HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4 en HR 3 juli 1989, NJ 1989, 857, alsmede HR 31 mei 1991, NJ 1991, 524.  
 15. O.m. kommentaar Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 429a RV; Wesseling-Van Gent, a.w., p. 55/6; Snijders en Wendels, Civiel appel, 1992, p. 113 e.v.  
 16. De andere voordelen van een verzoekschriftboven een dagvaardingsprocedure zijn dat deze sneller verloopt, goedkoper is en de rechter meer armslag biedt tot de kern van de zaak door te dringen.  
 17. Ten Kate, Procesregels naar de kern genomen, in: Een goede procesorde (Haardt-bundel) 1983, p. 71 e.v.; zie ook in dezelfde bundel het artikel van A.P. Funke, Deformaliseringstendensen in het burgerlijk procesrecht, t.a.p., p. 59 e.v.

Procesregels worden naar de kern genomen<sup>17</sup>. Ze zijn er niet omwille van zichzelf, maar ter realisering van materieel-rechtelijke aanspraken van partijen. Ze waarborgen dat het debat op een faire manier wordt gevoerd, met procesrechtelijk gelijke kansen voor beide partijen. Procesregels moeten dan ook met het oog op *die* strekking worden uitgelegd en toegepast. Onder meer heeft dit geleid tot een sterk terugdringen en relativeren van de nietigheidssanctie, zoals dat overigens ook in het materiële vermogensrecht is gebeurd<sup>18</sup>. Nietigheid behoort alleen te worden uitgesproken indien de gedaagde in zijn verdediging is benadeeld. Ook de mogelijkheid om verzuimen te herstellen heeft in de dagvaardingsprocedure een grote vlucht genomen<sup>19</sup>. Getoetst wordt of de wederpartij zich in redelijkheid tegen het herstel kan verzetten. Dat is dezelfde maatstaf die in vergelijkbare situaties in verzoekschriftprocedures wordt gehanteerd. Vergelijk bijvoorbeeld het beroemde geval van de Oosterhoutse procureur met zijn pendant een week later in een dagvaardingszaak<sup>20</sup>.

Het voorgaande moge voldoende zijn om aannemelijk te maken dat, hoewel het aantal formaliteiten aan het begin van de dagvaardingsprocedure nog steeds erg groot is, de hantering ervan geschiedt op basis van gezichtspunten die in hoge mate vergelijkbaar zijn met die welke de rechter in een verzoekschriftprocedure altijd al als leidraad heeft gebruikt. De vergelijkbaarheid strekt zich zelfs uit tot formaliteiten ten aanzien waarvan *niet* wordt gedeformaliseerd: bevoegdheidsvragen, termijnoverschrijdingen of het ten onrechte kiezen voor een dagvaardingsprocedure waar een verzoekschriftprocedure is voorgeschreven en vice versa<sup>21</sup>.

#### *Bestuursprocesrecht*

Ook voor de toegang tot de bestuursrechter gelden formaliteiten die de functie vervullen die toegang te reguleren. Verschillende belangen kunnen een rol spelen, bij voorbeeld de belangen van de tegenpartij (volledigheid beroepschrift) en de organisatie (griffierecht, termijnen). Voor de meeste formaliteiten geldt — indien mogelijk — een herstelbevoegdheid (8.2.1.1, 6:6).

In beginsel zijn veel formele eisen voor de toegang tot de rechter algemeen te regelen, bij voorbeeld termijnen, griffierecht en de inhoud van het stuk dat toegang tot de rechter mogelijk maakt. Voor verschillende bijzondere onderwerpen zouden eventueel afwijkende regelingen getroffen kunnen worden. Te denken valt aan het sanctioneren met een niet-ontvankelijkheid wanneer een partij

niet-verschijnt ter terechtzitting of niet meewerkt aan een noodzakelijk (medisch) onderzoek (8.1.5.11).

Vastgesteld kan worden dat de belangrijkste — drempelverhogende — formaliteiten te vinden zijn in de regeling van de dagvaardingsprocedure. Ook de onnodige gecompliceerde regeling van de rechtsingang bij de civiele kantongerechtsprocedure kan slechts tot onbegrip leiden. Onmiskenbaar is hier door wetgevingsjuristen een stokpaardje bereden.

#### **VI. Verandering van eis, reconventie en nieuwe weren**

##### *Burgerlijk procesrecht*

Deze onderwerpen zijn mede te rangschikken onder de formaliteiten tijdens de procedure. Ze zijn verschillend geregeld. In een dagvaardingsprocedure moet een verandering van eis altijd schriftelijk plaatsvinden, zelfs in kort geding. In een verzoekschriftprocedure kan het ook mondeling<sup>22</sup>. In zoverre legt een verzoekschriftprocedure derhalve minder beperkingen op. Hier staat tegenover dat in verzoekschriftprocedures voor een wijziging altijd toestemming van de rechter nodig is, terwijl het in de dagvaardingsprocedure aan de gedaagde overgelaten is zich te verzetten.

Mondelinge (tegen)verzoeken, voorzien van een uiteenzetting van het feiten-substraat waarop ze steunen, zijn in verzoekschriftprocedure toelaatbaar geoordeeld, mits de goede procesorde er zich niet tegen verzet<sup>23</sup>. Ze kunnen tot aan het einde van het geding worden ingediend, ook in appel. In de dagvaardingsprocedure kan dit alles niet. Een reconventionele vordering moet altijd schriftelijk en uiterlijk bij de conclusie van antwoord worden ingesteld. Alleen in het ontbreken van de eis van connexiteit is de dagvaardingsprocedure soepeler.

Ten aanzien van het verweer bestaan eveneens verschillen. Zo geldt in een verzoekschriftprocedure niet de plicht tot concentratie van het verweer (art. 141 Rv) en evenmin dat in appel geen acht mag worden geslagen op zgn. gedekte verweren (art. 348 Rv). Dit laatste is in een dagvaardingsprocedure soms een echte handicap<sup>24</sup>. De plicht tot concentratie van het verweer is dat veel minder, omdat het onderscheid tussen verweer ten principale en exceptief verweer steeds verder is vervluchtigd en omdat men niet *alle* principale verweren bij antwoord behoeft voor te dragen. Ook later in de procedure kunnen nog nieuwe of aanvullende principale verweren worden aangevoerd<sup>25</sup>. Zelfs kan dit, behoudens de grens van art. 348 Rv, voor het

eerst in appel geschieden<sup>26</sup>.

##### *Bestuursprocesrecht*

De gehanteerde terminologie verraadt de civielrechtelijke invalshoek die voor dit punt geldt. Het betreft ook een materie die in het bestuursprocesrecht ten dele anders ligt. De vordering in reconventie is in het bestuursprocesrecht onbekend, omdat in beginsel de overheid het verwerende orgaan is en de burger de eisende partij. De overheid heeft niets van de burger te vorderen 'in reconventie'. Toch is het denkbaar dat in een procedure die strekt tot vernietiging van een bestuursbesluit, gevolgd door toekenning van schadevergoeding (8.2.6.7) het

18. Vgl. o.m. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon NBW-A I, 1990<sup>2</sup>, p. 68 e.v. Voor procesrechtelijke voorbeelden vergelijk men bijv. HR 26 november 1965, NJ 1966, 137 met HR 7 februari 1986, NJ 1986, 474.

19. Zelfs na de dienende dag kan dit anders dan voorheen nog, mits met bekwame spoed, dit wil zeggen binnen 14 dagen na de oorspronkelijk aangezegde rechtsdag. Vgl. HR 3 juni 1955, NJ 1955, 641; HR 16 april 1971, NJ 1971, 304 (Van Benten/Van Dijk) en HR 9 december 1988, NJ 1989, 242 en HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 241 (Van der Giessen/Van Vliet). Voor het bepalen van de termijn van 14 dagen is aansluiting gezocht bij HR 17 december 1982, NJ 1984, 59 (Van der Kroft/Lont) betreffende een geval van anticipatie. Over de termijn van 14 dagen en de ingangsdatum hiervan: HR 27 februari 1987, NJ 1987, 559 en HR 19 april 1991, NJ 1991, 452.

20. Resp. 20 juni 1975, NJ 1976, 100 (Oosterhoutse procureur) en HR 27 juni 1975, NJ 1976, 99 (Van Neerven/S. de Wit). In dezelfde zin HR 23 december 1987, NJ 1988, 855 en HR 9 juli 1990, NJ 1990, 748.

21. Vergelijk voor de striktheid waarmee termijnoverschrijding wordt gesanctioneerd o.m. HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495 en HR 17 november 1989, NJ 1990, 496, telkens met verdere verwijzingen in conclusies en noot. Voorts verwijzen wij naar het artikel van A. Postema, Billijkheidscorrectie bij termijnoverschrijdingen, NJB 1992, p. 277 e.v. De exclusiviteit van de rekestprocedure was o.m. aan de orde in HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 106/7 (Diederik); HR 29 mei 1987, NJ 1988, 557; HR 10 maart 1989, NJ 1989, 490 en recent, HR 20 december 1991, RvdW 1992, 15. Zie ook HR 6 december 1991, NJ 1992, 152 en Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 429a e.v., aant. 30.

22. Vgl. o.m. HR 1 juli 1983, NJ 1984, 52; HR 16 december 1983, NJ 1984, 718; HR 17 mei 1985, NJ 1986, 626 en HR 5 december 1986, NJ 1987, 383 met HR 9 augustus 1985, NJ 1985, 873.

23. Vgl. o.m. HR 21 februari 1986, NJ 1987, 57 en HR 13 februari 1987, NJ 1987, 583 telkens met verdere verwijzingen.

24. Vgl. Burgerlijke Rechtsvordering, ad. art. 348 Rv.

25. HR 8 juni 1934, NJ 1934, 1477 (EMM) bevestigde de voordien gewezen lagere rechtspraak in dezelfde zin.

26. Een andere vraag is tot welk moment nieuwe weren in het geding gebracht kunnen worden en hoe deze te onderscheiden zijn van nieuwe feiten en nieuwe grieven. Vgl. hierover HR 1 juli 1988, NJ 1989, (WHH); HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 607 (HJG) en HR 26 april 1991, NJ 1992, 407 (JBMV).

overheidsorgaan een tegenvordering op de insteller van het beroep inbrengt. In dat geval vindt een reconventionele vordering — informeel — plaats.

De eis in het bestuursprocesrecht is traditioneel gezien eenvoudig: vernietiging van het besluit. De AWB brengt op dit punt een verruiming: zelf in de zaak voorzien, schadevergoeding enz. (8.2.6.5 t/m 8.2.6.11), zodat een bepaalde 'eis' processueel relevant kan zijn (bij voorbeeld schadevergoeding: 8.2.6.7). Het nieuwe bestuursprocesrecht gaat ervan uit dat tot en met de behandeling ter terechtzitting de 'eis' gewijzigd kan worden. Voor de opstelling van de verwerende partij geldt hetzelfde. Als grens geldt wellicht het belang van een goede procesorde: de rechter noch de andere partij mag overvallen worden door een niet tijdig aangekondigde gewijzigde processuele opstelling.

De verandering van eis vormt zowel voor het burgerlijk proces als voor bestuursproces een belangrijke bevoegdheid van partijen. Gelet op de belangen van de verdediging ligt het voor de hand de uitoefening van die bevoegdheid afhankelijk te maken van een goedkeuring door de rechter, die dan kan waken voor de processuele belangen van de andere partij(en).

## VII. Het mondelinge element in de procedure

### *Burgerlijk procesrecht*

Bij de verzoekschriftprocedures is het mondelinge element van oudsher sterk aanwezig geweest. De rechter was vrij het onderzoek zo in te richten als hem wenselijk voorkwam<sup>27</sup>. Dat leidde meestal, behalve in bijvoorbeeld administratieve kwesties of bij verzoeken tot het leggen van beslag, tot een mondelinge behandeling, tijdens welke de zaak gereed werd gemaakt voor de beslissing. Thans is een mondelinge behandeling nog steeds regel. Ze wordt weliswaar voorafgegaan door een schriftelijke stukkenwisseling, maar deze is beperkt tot een verzoekschrift en een — niet eens altijd verplicht — verweerschrift. De nadruk ligt op de mondelinge behandeling en de rechter maakt daarbij ten volle gebruik van de mogelijkheden om een juist en zo volledig mogelijk inzicht in de relevante feiten van het geval te verkrijgen. De in het voorgaande nummer besproken mogelijkheden van een mondelinge wijziging van eis en van mondelinge (tegen)verzoeken hangen met dit karakter van de verzoekschriftprocedure samen. In de dagvaardingsprocedure is het mondelinge element lange tijd onderontwikkeld gebleven. De rechter die omtrent bepaalde feiten opheldering wen-

ste, was aangewezen op het pleidooi, maar de wetgever schreef hierbij grote terughoudendheid voor. Men was bevreesd voor het wekken van de schijn van partijdigheid, omdat door het stellen van vragen de rechter reeds op voorhand van zijn opvattingen blijk zou kunnen geven. Thans koestert men deze angst veel minder, maar dat zet geen zoden meer aan de dijk omdat in de feitelijke instanties nauwelijks nog gepleit wordt. Als reële mogelijkheid om de nadelen van een overwegend schriftelijk gevoerde procedure op te vangen, vervult het pleidooi dan ook geen rol van betekenis.

Die rol vervult wèl de inlichtingencomparitie van art. 19a Rv, die in 1923 is tot stand gebracht. In de praktijk wordt ze vaak gecombineerd met de schikkingscomparitie van art. 19 Rv. De rechter kan deze comparities in alle gevallen en in elke stand van het geding gelasten en daarbij opdracht geven dat partijen in persoon voor hem verschijnen. De ervaring leert dat de inlichtingencomparitie in de dagvaardingsprocedure een soortgelijke rol vervult als de mondelinge behandeling in een verzoekschriftprocedure. Wel is er in zoverre verschil dat met een mondelinge behandeling van een verzoekschrift de zaak in beginsel gereed is om te worden afgedaan, terwijl na een inlichtingencomparitie vaak nog een nadere conclusiewisseling of, minder vaak, een bewijslevering plaatsvindt. Dit verschil valt weg in de nieuwe kantonrechtprocedure, omdat ingevolge art. 109 Rv de kantonrechter na een comparitie vonnis kan wijzen zonder nog een schriftelijke toelichting toe te staan.

Art. 109 Rv is het voorlopig sluitstuk van de groei en de bloei van de inlichtingen- en schikkingscomparitie als het mondelinge element in de dagvaardingsprocedure. Het tussenstuk wordt gevormd door art. 141a Rv, inhoudende de verplichting van de rechter om zich in elke zaak na de conclusie van antwoord af te vragen of de zaak geschikt is voor hanteling van art. 19 en 19a Rv. Vandaar de term comparitie na antwoord (cna)-model. De bepaling is de codificatie van een door de rechtbank Rotterdam medio jaren zestig ontwikkelde praktijk, die vrij snel door de meeste andere rechtbanken is overgenomen en haar waarde inmiddels ruimschoots bewezen heeft. De comparitie waarnaar art. 109 Rv verwijst, is die van art. 141a Rv.

Bij het voorgaande past wel de kanttekening dat het aantal comparities in een dagvaardingsprocedure weliswaar tamelijk groot is, maar zeker nog niet zo algemeen als de mondelinge behandeling in verzoekschriftprocedures. In zoverre blijft er dus verschil bestaan. Anderzijds

is het zo dat bij de toename van het mondelinge element in de dagvaardingsprocedure de verzoekschriftprocedure een voorbeeldfunctie heeft vervuld. De wenselijkheid van meer mondeling contact tussen rechter en partijen lijkt dan ook onomstreden.

### *Bestuursprocesrecht*

Voor het bestuursprocesrecht geldt traditioneel de mondelinge geconcentreerde behandeling als kenmerk. Vanwege het vooronderzoek door de rechter (8.2.2) heeft veelal een zodanige voorbereiding van de zaak plaatsgevonden dat een aanhouding van de zaak e.d. niet meer nodig is. Vaak geldt als uitgangspunt dat op de zitting de zaak één maal grondig wordt behandeld, waarna uitspraak volgt. Het nieuwe bestuursprocesrecht biedt de mogelijkheid om met instemming van partijen af te zien van een behandeling ter zitting (8.2.5.2). Bovendien kent het procesrecht de mogelijkheid om bij een kennelijk onbevoegd, niet-ontvankelijk of (on)gegrond beroep uitspraak te doen buiten zitting. Hiertegen staat het rechtsmiddel van verzet open (8.2.4.2), dat leidt tot het horen van de partij en eventueel voortzetting van de zaak volgens de gewone procedure (8.2.4.2).

Voorts kent het bestuursprocesrecht de mogelijkheid een rechter-commissaris een vooronderzoek te laten instellen (8.1.2.3), waarbij voorzien is in een comparitie (8.2.2.3, waarbij uit de toelichting blijkt dat zowel een inlichtingen als een schikkingscomparitie mogelijk is. Expliciet wordt verwezen naar art. 19 Rv).

Het spreekt voor zich dat de tendens in het burgerlijk proces om meer nadruk te leggen op de mondelinge behandeling leidt tot een toenadering tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. Een harmonisatie van het burgerlijk procesrecht zal leren in hoeverre verschillen met het bestuursprocesrecht blijven bestaan. Vooralsnog valt voor dit laatste geen aanknopingspunt te noemen.

27. O.m. J. Zuidema, *Rechtspraak op verzoekschriften*, 1917, p. 99/100; J. Röder, *De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak*, 1939, p. 27 e.v. en p. 55/6 en 57/8.

### VIII. Collegiale rechtspraak of *unus iudex*

#### *Burgerlijk procesrecht*

Zowel in dagvaardings- als in verzoekschriftprocedures worden de meeste zaken afgedaan door enkelvoudige kamers. Vergelijk art. 288a en b Rv en art. 429f Rv. Men kan deze situatie betrouwen, maar dat geldt dan voor beide soorten procedures in gelijke mate.

#### *Bestuursprocesrecht*

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt als uitgangspunt behandeling door een *unus* (8.1.2.1 e.v.), met een bevoegdheid te verwijzen naar een meervoudige kamer (*vice versa*). Voor verzet (8.2.4.2) geldt de eis van meervoudige behandeling. Voor appel zou na invoering van hoofdstuk 8 AWB in beginsel meervoudige behandeling gelden, tenzij de meervoudige kamer een zaak voor enkelvoudige behandeling geschikt acht (Gewijzigde Beroepswet, art. 17).

### IX. Informatieplicht van partijen

#### *Burgerlijk procesrecht*

In Nederland rust op partijen geen met het Engelse of Amerikaanse systeem van *discovery*<sup>28</sup> vergelijkbare plicht tot het verschaffen van alle schriftelijke resp. schriftelijke en mondelinge informatie waarover ze beschikken. Toch betekent dit niet dat partijen in Nederland de vrijheid hebben zich bij hun informatieverstrekking in hoofdzaak te laten leiden door het eigen belang en dientengevolge alleen datgene te vermelden of als produktie over te leggen dat het eigen standpunt ondersteunt en versterkt. Indien dat al ooit zo geweest is — te denken valt aan de dagvaardingsprocedure —, zijn de eisen die tegenwoordig aan de stelplicht en aan de motivering van het verweer worden gesteld dusdanig aangescherpt, dat een verwijzing naar het eigen belang als richtinggevend beginsel de huidige situatie zou miskennen<sup>29</sup>.

In de dagvaardingsprocedure zijn bovendien enkele, betrekkelijk vèrgaande informatieplichten tot ontwikkeling gekomen. Ten dele is dit geschied in samenhang met de groei van het mondelinge element in de procedure, ten dele in het kader van of aanleunend tegen het bewijsrecht.

Een belangrijke informatieplicht voor partijen is ontstaan bij de inlichtingencomparitie. De rechter stelt vragen en wil daarop een antwoord, ook als dit antwoord alleen maar de wederpartij in de kaart speelt. De partij die zich weigerachtig opstelt, draagt daarvan zelf het risico. De rechter kan er de konsekwenties uit trekken die hem geraden voorkomen. Aldus in verschillende bewoordingen de

vroegere en huidige redactie van art. 19a Rv. Dezelfde opstelling kan hij hanteren wanneer een partij tijdens het pleidooi weigert te antwoorden. Art. 144 lid 2 Rv bepaalt dit weliswaar niet uitdrukkelijk, maar het is vanaf het begin de bedoeling geweest en wordt ook algemeen aanvaard. Het komt alleen niet vaak voor, omdat, als gezegd, er vrijwel niet meer gepleit wordt. Kortom: in een dagvaardingsprocedure heeft de rechter vooral met de inlichtingencomparitie een effectief instrument in handen om de informatie die hij wenst, te verkrijgen en om een partij die dienaangaande traag of weigerachtig is te konfronteren met de gevolgen van die handelwijze.

Tegelijk met de invoering van art. 141a Rv per 1 december 1989 is hem nòg een krachtig wapen in handen gesteld. De rechter kan op straffe van dezelfde sanctie als zoëven vermeld, partijen bij een inlichtingencomparitie bevelen 'bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen' (art. 19a lid 1 Rv). Deze bevoegdheid is voor de dagvaardingsprocedure nieuw<sup>30</sup>. Zij strookt niet met het gebruikelijke beeld dat men heeft van de verhouding tussen rechter en partijen, maar het is een vooruitgang dat de rechter heel expliciet naar bepaalde documenten kan vragen. Ten onrechte evenwel is zijn bevoegdheid om dit te doen beperkt tot de inlichtingencomparitie. Hij behoort deze, zoals ook in België en Frankrijk het geval is, algemeen te hebben. Met instemming kan geconstateerd worden dat dit in art. 110 Rv van de nieuwe kantongerechtsprocedure ook is gedaan.

In de verzoekschriftprocedures liggen de zaken inhoudelijk niet fundamenteel anders, maar wel veel eenvoudiger. Dat komt omdat hetgeen in de dagvaardingsprocedure door het optuigen van de inlichtingencomparitie is gerealiseerd, sterk is beïnvloed door de verzoekschriftprocedures, waarin een door de rechter op te leggen, soms vèrgaande informatieplicht van partijen al van oudsher bestaat. De vragen stellende en, indien gewenst, bescheiden en nadere gegevens opvragende rechter is bij de mondelinge behandeling van een verzoekschrift een vertrouwde en geheel geaccepteerde figuur. Een enkele keer verleent de wet hem hiertoe uitdrukkelijk de bevoegdheid, maar ook zonder dat is het vanzelfsprekend dat de rechter op een dergelijke wijze opereert. Partijen zouden eerder verbaasd zijn indien hij het niet zou doen. Ze spelen er zelf ook op in doordat ze zich in hun schriftelijke stukkenwisseling niet, zoals in de dagvaardingsprocedure, beperken tot een noodzakelijk minimum, maar hun standpunt op voorhand al redelijk uit-

voerig uiteenzetten.

Eenvoudiger gestructureerd, maar evenmin inhoudelijk fundamenteel anders dan in de dagvaardingsprocedure, zijn de in een verzoekschriftprocedure op partijen in verband met het bewijs rustende informatie- en medewerkingsplichten. Eenvoudiger, omdat de bewijsvoorschriften van art. 176-232 Rv, op enkele uitzonderingen na, niet gelden in verzoekschriftprocedures, waardoor de rechter zich ook ten aanzien van bewijskwesties vrijer kan opstellen. Hierin zal waarschijnlijk een van de redenen zijn gelegen dat formele bewijsincidenten in verzoekschriftprocedures bijna niet voorkomen. De rechter behoeft het daarop niet te laten aankomen. Een andere reden is dat bij de belangrijkste categorieën van verzoekschriftprocedures, met name die op het terrein van het personen- en familierecht, ambtshalve allerlei instanties betrokken zijn, die de feiten onderzoeken en daaromtrent rapport aan hem uitbrengen. Daarnaast heeft hij uitgebreide bevoegdheden en soms de plicht om bepaalde personen, niet zijnde de partijen, te horen. Wenst hij toch (ook nog) getuigen te horen, dan kan hij deze ingevolge art. 429j Rv zelf aanwijzen. Bij de dagvaardingsprocedure kan hij niet verder gaan dan partijen in overweging te geven bepaalde personen als getuigen te doen horen.

Recent herontdekt is een informatie- en medewerkingsplicht, die niet rechtstreeks tot het bewijs behoort, maar daarmee wel nauw verband houdt. Het gaat om gevallen waarin de bewijslast, bijv. dat de arts een fout heeft gemaakt, dat sprake is van discriminatie bij het salaris- en promotiebeleid, dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen of dat de bijstandsgerechtigde een economische eenheid

28. Hierover in het kort Van der Nat-Verhage, in: *Vorm en wezen* (Heemskerkbundel), 1991, p. 199 e.v.

29. Vgl. art. 5 Rv en art. 429d Rv en zie het commentaar op deze artikelen in *Burgerlijke Rechtsvordering*.

30. Al gebeurde het voordien reeds dat de rechter vroeg om bepaalde stukken mee te nemen naar de inlichtingencomparitie. De rechtspraak liet dit toe. Vgl. o.m. HR 5 december 1980, NJ 1982, 200 (Kools/Pensioenfonds). Zie ook Hammerstein, *Te goeder trouw procederen*, TPR 1989, p. 1608/9.



vormt als bedoeld in de Algemene Bijstandswet, berust bij partij A. Deze partij heeft evenwel onvoldoende toegang tot gegevens waarmee hij dit bewijs kan leveren. Zijn wederpartij heeft dit wel. Alsdan kan de rechter deze wederpartij verplichten nadere feitelijke gegevens in het geding te brengen teneinde partij A aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen. Er vindt derhalve geen omkering van de bewijslast plaats<sup>31</sup>, maar de wederpartij moet wel meewerken aan het totstandkomen van tegen haar gericht bewijs. Een eerste beslissing in deze zin is reeds geweest in 1925<sup>32</sup>. Daarna is het een tijdje stil geweest, maar sedert het einde van de jaren tachtig kan men ze weer met enige regelmaat in de jurisprudentie aantreffen<sup>33</sup>. De sanctie op het niet-nakomen van de in de voorgaande nummers genoemde informatie- en medewerkingsplichten in verband met het bewijs, is wederom dat de rechter aan de processuele houding van betrokkenen de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht. Fysieke afdwingbaarheid is uit den boze. Wel geldt ten aanzien van een getuige dat deze gegijzeld kan worden indien hij weigert te antwoorden of te verschijnen. Alleen de partij-getuige is hiervan gevrijwaard (art. 199 lid 2 Rv).

#### *Bestuursprocesrecht*

Uit het voorgaande blijkt dat anders dan traditioneel wel wordt aangenomen de informatieplicht van partijen in het civiele proces verstrekkend kan zijn. Hiermee is een tendens aangegeven die ook wijst op een toenadering tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. Op de overheid als procespartij rust een absolute informatieverplichting (8.2.2.4), terwijl voor de insteller van de procedure — onder dreiging van een niet — ontvankelijkheid een verplichting geldt om mee te werken aan het voorbereidende onderzoek (8.1.5.11). Voor zover de overheid partij is in enig geding (civiel dan wel bestuursrechtelijk) geldt in beginsel een absolute informatieverplichting, zodat er geen verschillen tussen beide procesvormen aan te wijzen zijn. De aard van de rechtsbetrekking in bestuursrechtelijke geschillen brengt veelal mee dat ook voor de wederpartij van de overheid een ruime informatieverplichting geldt. De harmonisatie van de informatieverplichting zal wellicht niet met een uniforme wettelijke regeling afgedaan kunnen worden. De ontwikkeling in het burgerlijk procesrecht laat zien dat de rechter tot fijnmazige jurisprudentie is gekomen. Het ligt voor de hand de harmonisatie meer in de ontwikkeling van jurisprudentie te zoeken.

#### **X. Omvang van het geschil**

##### *Burgerlijk procesrecht*

De bedrijvigheid van de rechter in verzoekschriftprocedures en de invloed die hiervan is uitgegaan op de dagvaardingsprocedures, wijst er op dat in ieder geval potentieel de positie van de rechter in beide soorten procedures niet verschilt. Potentieel, omdat wat in een verzoekschriftprocedure op een aantal onderdelen normaal is — mondeling element, informatieplicht —, in een dagvaardingsprocedure aan de rechter als mogelijkheid ter beschikking staat. De rechter kan er van gebruik maken, maar hij hoeft het niet. Of hij dit doet hangt met name af van zijn eigen rolopvatting en van de traditie.

Deze konklusie vindt bevestiging in de resultaten van het uitgebreide onderzoek naar de lijdelijkheid van de rechter dat mevrouw Bosch-Boesjes onlangs heeft gedaan<sup>34</sup>. Ook volgens haar verschilt de potentiële mate van zeggenschap in beide soorten procedures niet wezenlijk.

Het voorgaande impliceert evenwel niet dat een rechter die zich actief opstelt een vrijbrief heeft om zelfstandig, onafhankelijk van wat partijen hebben aangevoerd, op onderzoek uit te gaan naar de feiten van het geval. Hij is aan grenzen gebonden. Voorzover hier van belang, is dit vooral de omvang waarin het geschil aan hem wordt voorgelegd: hij mag niet treden buiten de door partijen getrokken grenzen. Wanneer partijen slechts twee van de tien geschilpunten aan hem wensen voor te leggen, kan hij niet eigenmachtig tevens de andere acht in zijn oordeelsvorming betrekken. Als partijen het over bepaalde feiten eens zijn, staan die feiten daarmee voor hem in deze procedure tussen deze partijen vast. Alleen in sommige verzoekschriftprocedures waarin rechten in het geding zijn die niet geheel ter vrije beschikking van partijen staan, heeft hij verdergaande onderzoeksbevoegdheden. Voor het overige heeft hij deze niet: hij mag niet zelfstandig gegevens verzamelen door het mondeling, schriftelijk of visueel (bezichtigen) inwinnen van inlichtingen bij derden. Ook een door sommigen wel bepleite algemene bevoegdheid voor de rechter tot het doen van navraag bij ambtelijke instanties, heeft het bij de herziening van het bewijsrecht niet gehaald<sup>35</sup>. Voor het spookbeeld van een rechter die de telefoon pakt en ter informatie belt met een huisarts, een employé of de personeelschef behoefte derhalve niet te worden gevreesd<sup>36</sup>.

##### *Bestuursprocesrecht*

In het bestuursprocesrecht wordt beroep ingesteld tegen een (eventueel fic-

tief) besluit, welk stuk het voorwerp van geschil vormt (8.1.1.1). Het beroep strekt tot vernietiging van het besluit (8.2.6.5 en 8.2.6.6). De rechter kan slechts kennis nemen van een aan hem voorgelegd geschil over een bepaald besluit en slechts binnen de grenzen van hetgeen in dat besluit beslist is. Deze grensbepaling sluit nauw aan bij hetgeen voor het civiele proces geldt. Eventueel kan na het aanhangig maken van het geding een nieuw besluit worden genomen dat dan (mede) voorwerp van geschil gaat vormen (6.2.12).

Vershil is wellicht dat in het civiele proces het 'voorwerp van geschil' niet steeds geformaliseerd is. Al hetgeen gevorderd is, dan wel verzocht is wordt door de rechter beoordeeld. Opmerkelijk is dat juist de beperking van het bestuursproces tot besluiten de enige legitimatie vormt voor de grensbepaling tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht. Immers, van — in beginsel — alle geschillen over besluiten neemt de bestuursrechtshamer kennis op basis van hoofdstuk 8 van de AWB en voor zover een geschil niet betreft een besluit kan de burgerlijke rechter op basis van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering kennisnemen van het geschil. Zou de wetgever ervoor kiezen voor geschillen tegen de overheid in het algemeen (gedeeltelijk) afwijkend procesrecht vast te

31. Dat kan overigens ook en de rechter doet het soms ook. De sanctie is dan een zwaardere, te weten het bewijsrisico.

32. HR 18 december 1925, NJ 1926, 228 (Batavia/Salomonsky).

33. O.m. HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Kunstfout); HR 27 september 1991, NJ 1991, 787 (Assen/Woudwijk) m.b.t. de ABW; HR 25 april 1986, NJ 1986, 624; HR 10 april 1987, NJ 1988, 5 en HR 21 april 1989, NJ 1989, 573 m.b.t. aspecten van ontslagrecht bij arbeidsovereenkomsten. Zie voor een uitgebreider overzicht o.m. W. Tonkens-Gerkema, De mededelingsplicht van de gedaagde, in: Qui bene distinct bene docet (Gerbrandy-bundel), 1991, p. 127-140 en J.G. Princen, Fair Trial, 1900, p. 97-172.

34. Bosch-Boesjes, Lijdelijkheid in geding, 1991, met name hoofdstuk 10 (Lijdelijkheid niet langer een beginsel?) en hoofdstuk II (Naar een geïntegreerde procedure voor het gerecht van eerste aanleg?); vgl. ook Blaauw, De rechterlijke habitus in burgerlijke en administratieve zaken, preadvies NJV 1992, p. 217, die op basis van zijn ervaringen in de civiele en administratieve rechtspraak tot eenzelfde conclusie komt.

35. PG nieuw bewijsrecht, p. 18/9.

36. In dagvaardingsprocedures gelden bovendien de beperkingen van het bewijsrecht en voorts is er in beide soorten procedures altijd nog het beginsel van hoor en wederhoor, waardoor in ieder geval niets buiten partijen om kan gebeuren. Zie hierna nr. XII.

stellen (bij voorbeeld ook de onrechtmatige overheidsdaad), dan valt niet in te zien waarom dat procesrecht beperkt blijft tot geschillen over besluiten (tenzij daaronder mede de weigering van schadevergoeding – wegens onrechtmatige daad – wordt verstaan). Doch gelet op de tot nu toe gescheiden dogmatiek over deze leerstukken lijkt de voorgaande tekst wellicht wat futuristisch.

Bij dit onderwerp moeten nog twee termen uit het bestuursprocesrecht genoemd worden: *ultra petita* en *reformatio in peius*. De inzet van het bestuursrechtelijke geschil is het besluit. Als gevorderd wordt een gedeeltelijke vernietiging van het besluit (bij voorbeeld de hoogte van een uitkering – WW, WAO, ZW – gebaseerd op een bepaald dagloon), mag de rechter dan het gehele besluit (de toekenning van een – te lage – uitkering) vernietigen, bij voorbeeld omdat de uitkering geheel geweigerd had dienen te worden? Traditioneel werd in het bestuursrecht deze vraag bevestigend beantwoord. Thans is twijfel gerezen. De bevoegdheid van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen (8.2.6.4) impliceert dat de rechter eventueel ambtshalve een weigeringsgrond in de beoordeling van het geschil kan betrekken. Deze kwestie moet genuanceerd benaderd worden. Als uitgangspunt kan gelden dat de insteller van een beroepsprocedure door het instellen van beroep niet in een nadeliger positie gebracht mag worden<sup>37</sup>. Daar staat echter tegenover dat de rechter derde-belanghebbenden – eventueel op eigen verzoek – in het proces kan betrekken (8.1.5.6), die vervolgens een inbreng in het proces kunnen hebben die voor de insteller van het beroep ongunstig is (bij voorbeeld bij een milieuvergunning die volledig ten onrechte is verleend, terwijl de procedure was ingesteld door de verkrijger van de vergunning met als doel om verlichting van enkele voorschriften te verkrijgen). Het zou onjuist zijn als uitgangspunt te kiezen dat de rechter dan gebonden zou zijn aan het petitum. Hoewel dit niet formeel in hoofdstuk 8 AWB geregeld is, lijkt het gewenst dat bij tussenkomst van een derde in het bestuursproces deze zelfstandig – alsnog – een beroepschrift indient, waaruit een petitum blijkt. Veelal zal het echter mede om openbare belangen gaan. Ook de burgerlijke rechter zal ten opzichte van openbare belangen een andere opstelling kiezen, zij het dat de burgerlijke rechter als uiterste sanctie slechts het afwijzen van hetgeen gevorderd of verzocht is, kan hanteren.

Over de *reformatio in peius* kunnen we kort zijn: die verdwijnt (8.2.6.4, eerste lid, met toelichting, p. 36 MvT). Overi-

gens blijkt uit de jurisprudentie dat de *reformatio in peius* nu reeds met zeer grote terughoudendheid wordt en werd toegepast<sup>38</sup>.

Onder 'omvang van het geschil' zou in het bestuursrecht niet snel mede gevat worden de vraag of de rechter wel dan niet de feitelijke gronden mag aanvullen (oftewel omvang van het geschil opgevat als omvang van het geschil over *feiten*). Nu hiervoor deze kwestie wel aan de orde is gekomen ook een enkele bestuursrechtelijke kanttekening. De rechter is bevoegd zelfstandig feiten te onderzoeken en kan die feiten in het proces gebruiken (8.2.6.4.) (behoudens de eis van hoor en wederhoor, die niet anders luidt in het burgerlijk procesrecht). Dit hangt samen met de aard van de rechtsbetrekking die voorwerp van geschil vormt, waarbij veelal publieke belangen in het geding zijn. Voor zover rechten ter vrije beschikking van partijen staan, kan de rechter niet zonder meer ambtshalve feiten opsporen: de vrijheid van de persoonlijke levenssfeer in ruime zin opgevat vormt bij voorbeeld een belangrijke grens. In het belastingrecht kan bij voorbeeld de rechter weliswaar ambtshalve een boekenonderzoek laten doen, doch de belastingplichtige is niet verplicht daaraan medewerking te geven. De rechter zal aan die weigering wel gevolgen verbinden, doch belangrijk is dat de rechter geen – absoluut – recht op 'feiten' heeft. De rechter is bevoegd te bepalen welke feiten nodig zijn om een beslissing te kunnen nemen. In dit verband is het aardig te wijzen op de niet-ontvankelijkheid die eventueel kan worden uitgesproken wanneer een insteller van het beroep na daartoe te zijn opgeroepen niet ter terechtzitting of bij een onderzoek verschijnt (8.1.5.11).

Ook deze onderwerpen wijken niet af van de voorgaande lijn. Bij een nadere harmonisatie van het civiele procesrecht zal blijken dat de verschillen met het bestuursprocesrecht niet groot zijn. Ook voor dit onderwerp geldt dat de jurisprudentie een belangrijke harmoniserende werking kan hebben. Een open norm zoals vastgelegd in artikel 8.1.5.11: 'kan de rechtbank daaruit (d.i. niet meewerken) de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen' biedt daarvoor ruimte.

## XI. Aanvulling van de rechtsgronden

### *Burgerlijk procesrecht*

Art. 48 Rv bevat twee regels: een verbod om feiten aan te vullen en een gebod om rechtsgronden aan te vullen. Hiervoor is ingegaan op het verbod. Hier gaat het om het gebod. *Communis opinio* is dat (ook) in dit opzicht geen fundamenteel

verschil bestaat tussen de verzoekschrift- en de dagvaardingsprocedure<sup>39</sup>.

### *Bestuursprocesrecht*

De bestuursrechter mag eveneens de rechtsgronden aanvullen (8.2.6.5). Kennelijk gaat het om een reeds uniforme rechtsregel.

## XII. Bewijsrecht

### *Burgerlijk procesrecht*

Meestal wordt de niet-toepasselijkheid van het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures als een van de meest kenmerkende verschillen tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures genoemd<sup>40</sup>. Hier moet genuanceerd worden. In de eerste plaats kan verwezen worden naar de nummers X en XI. De rechter is, ook in verzoekschriftprocedures, bij het verzamelen van feiten aan grenzen gebonden. Niet betwiste feiten zal hij in beginsel als ten processe vaststaand moeten aanvaarden, zodat art. 176 lid 1 tweede zin Rv de uitdrukking vormt van een algemeen geldende regel van het civiele procesrecht. Er is alleen dit verschil dat in verzoekschriftprocedures het vaker voorkomt dat de zaken niet aan partijen ter vrije beschikking staan. Een tweede nuancering is dat in verzoekschriftprocedures de rechter als gevolg van de positie van belanghebbende en het (soms) bestaan van veel adviesinstanties veel minder behoefte heeft aan formele bewijsleveringen: hij is al voldoende voorgelicht (hiervoor ook IX). Een derde nuancering is dat de toename van het aantal informatieplichten van partijen in een procedure het relatieve gewicht van het bewijsrecht vermindert. Een vierde nuancering is dat in het bewijsrecht algemene bepalingen voorkomen die in feite de rechter in de dagvaardingsprocedure geen grotere beperkingen opleggen dan in verzoekschriftprocedures. Te denken valt aan de

37. Zie bij voorbeeld CRvB 8 januari 1992, ABkort 1992, 198.

38. Administratieve rechtsgangen, Algemeen deel, M. Scheltema en H.G. Lubberdink, 6.4.2. Zij betogen dat deze bevoegdheid aan de rechter ontzegd moet worden. Idem, Centrale Raad van Beroep/Rechtsbank, D. Allewijn, 6.4.2. CRvB 9 maart 1988, RSV 1988, 269.

39. O.m. Snijders en Wendels, a.w., p. 135 e.v.; Bosch-Boesjes, a.w., p. 133 e.v., telkens met verdere verwijzingen, waaronder, behalve rechtspraak, in ieder geval Vriesendorp, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, 1981, p. 48/9.

40. O.m. door de Hoge Raad in zijn rechtspraak omtrent de exclusiviteit van de verzoekschriftprocedure. Zie hiervoor nt. 21.

regels betreffende de bewijsmiddelen, de bewijswaardering, de bewijslastverdeling, de partij-getuige en de gerechtelijke erkenning. Het lijkt dan ook vanzelfsprekend dat ook een verzoekschriftrechter aan een notariële akte meer waarde zal hechten dan aan een gewoon schriftelijk stuk. Een vijfde nuancering is de betekenis van het hoor en wederhoor: wat de rechter ook doet, partijen dienen er van op de hoogte te worden gebracht en zij moeten de gelegenheid hebben zich er over uit te laten.

Als belangrijk verschil in bewijsrechtelijke opzicht tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures blijft over dat de rechter die iets van derden wil weten of iets wil bezichtigen, in een dagvaardingsprocedure aangewezen is op de formele bewijsmiddelen (behoudens het soms kunnen horen van derden bij gelegenheid van een inlichtingencomparitie)<sup>41</sup>, terwijl hij in een verzoekschriftprocedure veel vrijer is. Het verschil op dit punt is een uitvloeisel van de andere positie die derden innemen in een dagvaardingsprocedure.

#### *Bestuursprocesrecht*

Met enige afgunst kunnen bestuursrechtjuristen kijken naar het bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering<sup>42</sup>. In het bestuursprocesrecht is nog te weinig aandacht voor de ontwikkeling van een bewijsrecht. In belangrijke mate kan aansluiting gezocht worden bij het civiele bewijsrecht. Uitgangspunt dient te zijn dat ten aanzien van alle feiten die bij de oordeelsvorming betrokken worden hoor en wederhoor mogelijk is. Daarom moeten alle feiten ook ten processe aan de orde komen en mag buiten dat kader niets aan feiten toegevoegd worden. Het inwinnen van informatie bij derden vraagt (zie ook X) daarom toch ook processuele zuiverheid. Voor het bestuursprocesrecht geldt niet strikt de regel dat niet bestreden feiten vaststaan. Hetzelfde geldt wellicht echter voor de verzoekschriftprocedure. Globaal kan worden gezegd dat de hantering van het bewijsrecht afhankelijk is van de aard van de rechtsbetrekking in geschil. Voor zover in civilibus of bestuursrechtelijk openbare of publieke belangen in geding zijn, geldt een noodzaak nauwer aan te sluiten bij de materiële waarheid.

### **XIII. De positie van derden**

#### *Burgerlijk procesrecht*

Derden die belang hebben bij een bepaalde beslissing, kunnen zich in een verzoekschriftprocedure gemakkelijker involveren — om deze neutrale term te hanteren — dan in een dagvaardingspro-

cedure. Art. 429b Rv staat iedere belanghebbende toe om een verzoekschrift in te dienen. Zie ook art. 429m Rv over de voeging van rekestzaken. In de dagvaardingsprocedure is men aangewezen op de rechtsfiguren van voeging, tussenkomst, vrijwaring, derdenverzet en art. 12a Rv, met alle daarbij gestelde voorwaarden en vereisten. Daarnaast kan in een verzoekschriftprocedure de rechter altijd ambtshalve belanghebbende derden oproepen. In een dagvaardingsprocedure kan hij dit niet<sup>43</sup>. De sterk uiteenlopende positie van derden in de dagvaardingsprocedure vergeleken met de verzoekschriftprocedure vormt een van de meest fundamentele verschillen tussen beide soorten procedures. Hier ligt niet meteen een voorstel voor de hand voor een oplossing. Wel is het een onderwerp waarbij het de moeite loont een vergelijking te maken met het administratieve procesrecht, omdat daarin de rechtsbescherming van derden altijd al veel aandacht krijgt.

#### *Bestuursprocesrecht*

De derde in het bestuursproces is bevoegd zelfstandig beroep in te stellen. Het gevolg is dat eventueel meerdere beroepszaken ontstaan, die door de rechter gevoegd behandeld kunnen worden (8.1.3.1 e.v.). Daarnaast kan de rechter ambtshalve, op verzoek van een partij of op verzoek van derden, belanghebbenden in het geding in de gelegenheid stellen als partij op te treden (8.1.5.6). Daartoe kunnen eventueel ook onbekende belanghebbende door middel van publicatie in de Staatscourant opgeroepen worden.

Gelet op hetgeen bij de vergelijking tussen de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure is gesteld verdient het de voorkeur eerst na te gaan hoe harmonisatie aldaar uit zal werken, voordat harmonisatie met bestuursprocesrecht wordt nagestreefd.

Overigens kent het bestuursprocesrecht nog niet de Franse (bestuursrechtelijke) figuur van de 'tierce opposition'<sup>44</sup>. Opneming verdient aanbeveling met name gelet op de bijzondere positie van derden in het bestuursrecht. De herziening is beperkt tot de partij in het voltooide geding. Wat is de positie van een derdebelanghebbende die niet is opgeroepen (8.1.5.6) en ook geen kennis heeft gedragen van het besluit waarover het proces gevoerd is? In beginsel kan een derde bij overschrijding van de beroepstermijn wegens onbekendheid met het besluit alsnog beroep instellen (6:11). In dat geschil moeten echter de oorspronkelijke partijen ook weer partij zijn. De 'tierce opposition' vormt echter een goede procesvorm voor deze situaties, die ook in

het burgerlijk procesrecht bekend is (art. 376 Rv). Daarbij zij echter opgemerkt dat het derdenverzet in het burgerlijk proces geen florierend bestaan lijdt.

### **XIV. Deelvonnissen en deelbeschikkingen; het leerstuk van de eindbeslissing**

#### *Burgerlijk procesrecht*

Hierover kunnen wij kort zijn: tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure bestaat ten aanzien van deze onderwerpen geen verschil<sup>45</sup>.

#### *Bestuursprocesrecht*

Het bestuursrecht is veelal te weinig uitgewerkt om van 'leerstukken' te spreken. Het fraaie leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad is niet onderhevig geweest aan jurisprudentievorming door enig bestuursrechter, omdat die steeds een beperkte competentie heeft gehad. In het bestuursprocesrecht geldt dat door het voorbereidende onderzoek veelal voorkomen wordt dat 'tussenvonnis' moet worden gewezen. De rechter stelt vragen aan partijen, de rechter laat deskundigenonderzoek verrichten en de rechter vraagt stukken op. Wanneer de zaak ter terechtzitting wordt behandeld is (hopelijk) het dossier compleet. Ter zitting kan eventueel het onderzoek voortgezet worden, bij voorbeeld door oproeping of medebrenging van deskundigen en getuigen (8.2.5.5). Aanhouding van de zaak en heropening van het voorbereidende onderzoek is evenwel ook mogelijk (8.2.5.9). Niet ondenkbaar is dat in een bevel tot schorsing inhoudelijke overwegingen worden opgenomen. In het ambtenarenrecht valt wel een incidenteel voorbeeld te vinden. Onder het komende procesrecht valt ook te denken aan een uitspraak waarin een gegrondverklaring van het beroep

41. O.m. HR 18 december 1987, NJ 1988, 679 m.b.t. een niet-officiële bezichtiging; over de positie van derden Chorus, Derden bij de comparitie van partijen, NJB, 1978, p. 407; HR 16 december 1988, NJ 1989, 204.

42. Hoewel het de vraag is of dat bewijsrecht wel voldoet aan de eisen van de tijd. Vgl. J.B.M. Vranken, Aansprakelijkheden en bewijsrecht, in: Aansprakelijkheden, Deventer 1992, p. 225 e.v.

43. Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 429a e.v. Rv, aant. 42; Wesseling-Van Gent, a.w., p. 51 e.v.

44. J.-M. Auby en R. Drago, Traité de contentieux administratif, deel II, Parijs 1984, p. 633 e.v.

45. O.m. HR 16 november 1990, NJ 1991, 74 en voorts Snijders-Wendels, a.w., p. 37 e.v. p. 120.

wordt uitgesproken en partijen worden uitgenodigd zich nader uit te laten over de hoogte van de te bepalen schadevergoeding (8.2.6.7). Voor het stellen van prejudiciële vragen wordt thans de vorm van een bevel tot aanhouding gekozen, waarbij de vraagstelling opgenomen is dat bevel (bij voorbeeld onder de Beroepswet). Dit is evenwel thans niet expliciet in de wet geregeld.

**XV. Uitvoerbaarheid bij voorraad**

*Burgerlijk procesrecht*

Tot voor kort golden voor dagvaardings- en verzoekschriftprocedures geheel andere regels. Met de versoepeling van art. 52-54 Rv per 1 januari 1992 zijn beide systemen sterk naar elkaar toegebogen: de rechter heeft de vrijheid vonnissen en beschikkingen uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, tenzij de aard van de uitspraak of de wet zich ertegen verzetten. Voorzover te overzien zijn er drie relevante verschillen: beschikkingen kunnen soms ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard (en worden geschorst: art. 429p Rv), de verklaring heeft voor beschikkingen niet van rechtswege schorsende werking en ten aanzien van niet-429a e.v. Rv-beschikkingen geldt dat deze niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard kunnen worden, tenzij de wet deze mogelijkheid opent. Verwacht kan evenwel worden dat deze laatste rechtspraak niet lang meer stand zal houden en dat op soortgelijke wijze als hierna bij de kostenveroordeling is gebeurd, het systeem van de art. 429a e.v. als algemeen geldend zal worden beschouwd<sup>46</sup>.

*Bestuursprocesrecht*

Het naar elkaar toegroeien van beide civiele procesvormen leidt tot een situatie die gelijk is geregeld in het bestuursprocesrecht: De rechter kan bij de uitspraak een voorziening treffen voor de periode dat de uitspraak nog niet onherroepelijk is (8.2.6.11). Hoewel deze formulering wel erg globaal is en daardoor de rechter een zeer ruime bevoegdheid geeft, ligt het voor de hand dat in voorkomende gevallen de uitvoerbaarheid bij voorraad op basis van die bevoegdheid bepaald zal worden. Gemist wordt wellicht de toevoeging: 'op verzoek van partijen', omdat dit geen kwestie is waarin de rechter (volledig) naar eigen inzicht zou moeten kunnen handelen.

**XVI. Kostenveroordeling**

*Burgerlijk procesrecht*

Tot voor kort gold algemeen voor de verzoekschriftprocedure dat een veroordeling in de proceskosten slechts mogelijk

was indien de wet dit toeliet of bepaalde. Onder meer gebeurde dit in art. 429k lid 2 Rv. In een aantal bijzondere wetten daarentegen is omtrent dit punt niets voorzien en was dus een kostenveroordeling uitgesloten. Onlangs heeft de Hoge Raad dit stelsel veranderd: art. 429k lid 2 Rv moet als leidraad worden genomen voor alle verzoekschriftprocedures, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit<sup>47</sup>.

Een met art. 429k lid 2 Rv voor de eerste aanleg en het appel geldende bepaling geldt ook in cassatie (art. 429 lid 3 Rv). In de noot onder HR 26 oktober 1990, NJ 1991, 231 is geprobeerd een lijn te bespeuren in de wijze waarop de Hoge Raad art. 429 lid 3 Rv hanteert in ABW-zaken. Veel heeft het niet opgeleverd. Het is de vraag of dit bij een onderzoek van art. 429k lid 2 Rv anders zou zijn.

In dagvaardingsprocedures is in art. 56 Rv een proceskostenveroordeling voor de in het ongelijk gestelde partij imperatief voorgeschreven met een slechts beperkte mogelijkheid tot compensatie in geschillen tussen echtgenoten en bepaalde bloed- of aanverwanten alsmede wanneer partijen over en weer ten dele in het ongelijk worden gesteld.

*Bestuursprocesrecht*

Sinds het arrest Velsen/De Waard<sup>48</sup> geldt dat in beginsel ook in bestuursrechtelijke geschillen een kostenveroordeling mogelijk is. De CRvB heeft voor wat betreft ambtenarengeschillen in de jurisprudentie een oplossing gevonden<sup>49</sup>. Het CvBB is bevoegd een kostenveroordeling te geven. Het komende procesrecht houdt een regeling in die te kritiseren valt<sup>50</sup>.

En vergelijking van de civiele procesvormen leidt tot de conclusie dat de proceskostenveroordeling in verband staat met de inhoud van de materie waarover geprocedeerd wordt. In beginsel zou in een algemene regeling de rechter ter zake discretionaire bevoegdheid gegeven kunnen worden om binnen bepaalde grenzen tot een kostenveroordeling te komen. De invulling van die bevoegdheid zal waarschijnlijk in grote lijnen overeenkomen met hetgeen nu op verschillende manieren in de verschillende regelingen bepaald is.

**XVII. Gezag van gewijsde**

*Burgerlijk procesrecht*

Aan beschikkingen op rekest komt geen gezag van gewijsde toe, aldus de heersende leer omtrent art. 1954 BW (oud) en, thans, art. 67 Rv, behalve — wederom — wanneer de wet anders bepaalt. Analogische toepassing is soms wel mogelijk<sup>51</sup>. Het ontbreken van gezag van ge-

wijsde wordt meestal in verband gebracht met de aard van de procedure: geen echte partijen, die met elkaar een geschil uitvechten. Deze voorstelling van zaken spoort niet met de werkelijkheid en bij een herziening van het civiele procesrecht behoeft deze kwestie geen zwaar discussiepunt te vormen.

*Bestuursprocesrecht*

De inhoud van artikel 67 Rv maakt duidelijk dat hier wel een verschil is tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht. Daargelaten het feit dat voor het civiele proces uniform een regeling voor het gezag van gewijsde tot stand kan komen, moet worden vastgesteld dat een uitspraak van de bestuursrechter 'erga omnes' werkt. Vormt dit een hindernis voor harmonisatie? Het is vanwege de aard van de rechtsbetrekking in geschil in het bestuursprocesrecht dat men globaal gesteld, komt tot werking 'erga omnes'. Een vernietigde weigering van een marktvergunning met toekenning van schadevergoeding wegens gederfde winst werkt natuurlijk ook niet 'erga omnes' en evenmin een uitspraak over een uitkering of een belastingaanslag. Een vernietiging van een hinderwetvergunning of een bouwvergunning werkt — in zekere zin — wel 'erga omnes'. Een ieder kan zich erop beroepen dat de activiteit niet vergund is. Het hangt maar van de rechtsbetrekking in geschil af: de ontbinding van een huwelijk — mits ingeschreven in het register van de burgerlijk stand — heeft ten opzichte van een ieder werking, in die zin dat in geen enkele rechtsbetrekking dat huwelijk nog als gesloten kan worden beschouwd.

46. Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 429k, aant. 26 e.v.; Sniijders-Wendels, a.w., p. 136/7.

47. HR 13 maart 1992, RvdW 1992, 83.

48. HR 17 november 1989, AB 1990, 81, m.nt. G.P. Kleijn en NJ 1990, 746, m.nt. J.B.M. Vranken.

49. CRvB 17 december 1991, TAR 1992, 38 en 39, AB 1992, 163, m.nt. H. Hennekens, doch ter zake van de Beroepswet bleek die uitkomst niet mogelijk: CRvB 14 december 1991, AB 1992, 87.

50. N.M. Spelt en P.M. Langbroek, Proceskostenveroordeling in de Algemene wet bestuursrecht, NJB 1992, 852 e.v.

51. Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 67 met veel verdere verwijzingen.

**XVIII. Rechtspraak in twee feitelijke instanties**

*Burgerlijk procesrecht*

Weliswaar bestaat er geen recht op hoger beroep, ook niet krachtens art. 6 EVRM<sup>52</sup>, maar ons civiele procesrecht is sterk doordrongen van het besef dat in beginsel de behandeling van een zaak in twee feitelijke instanties dient te geschieden. Vaak komt in appel de zaak pas tot ontplooiing en, zeker in een systeem van unusrechtspraak in eerste aanleg, is het een voorwaarde om mogelijke vergissingen van een rechter te kunnen redresseren. Ook uit een oogpunt van rechts-eenheid is appel geboden. De chaos met art. 1639w BW en de daaraan inherente rechtsongelijkheid vormt hiervan een weinig vrolijk stemmende illustratie.

De meeste uitsluitingen van appel komen voor in verzoekschriftprocedures. Toch blijkt ook daar dat de rechter er bepaald niet naar streeft het toepassingsgebied van het appelverbod ruim te interpreteren. Het tegendeel is het geval. Verwezen kan worden naar de in noot 10 vermelde rechtspraak, alsmede naar art. 345 Rv, krachtens welke bepaling voor niet-429a Rv-beschikkingen hoger beroep openstaat, tenzij de wet of de aard van de beschikking zich ertegen verzet. Deze uitzondering wordt tot een minimum beperkt<sup>53</sup>. Ook hetgeen in het volgende nummer opgemerkt wordt met betrekking tot tussenvonnissen, wijst in dezelfde richting. Alleen art. 100 Rv zou, zowel voor vonnissen als voor beschikkingen, zo spoedig mogelijk moeten verdwijnen<sup>54</sup>.

*Bestuursprocesrecht*

Was dit maar een algemeen vereiste van behoorlijke rechtspleging! Helaas geldt voor het bestuursproces niet de algemene regel van rechtspraak in twee feitelijke instanties, zodat de kans op fouten groter is. Het komende bestuursproces introduceert echter voor veel zaken rechtspraak in twee feitelijke instanties. De uitzonderingen hierop: CRvB oorlogsgetroffene-geschillen), Afdeling bestuursrechtspraak RvS (bepaalde geschillen), CvBB (alle sociaal economische geschillen die vallen onder de Wet-ARBO) en het CvBS (Wet studiefinanciering) zijn historisch bepaald en over het geheel genomen te betreuren.

**XIX. Appel tussenbeschikkingen en -vonnissen**

*Burgerlijk procesrecht*

De verzoekschriftprocedure kent slechts één categorie tussenbeschikkingen en onderscheidt niet zoals in de dagvaardingsprocedure tussen interlocutoir, provisioneel, preparatoir en inci-

denteel. Ten aanzien van appel van tussenbeschikkingen geldt thans algemeen de norm van art. 429n lid 3 Rv, ook in gevallen dat de art. 429a e.v. Rv niet toepasselijk zijn<sup>55</sup>: geen afzonderlijk appel, tenzij de rechter dit toestaat. De ratio van deze bepaling wordt gevormd door de wens om vertragingen zoveel mogelijk te voorkomen. Ten aanzien van tussenvonnissen geldt, behoudens voor preparatoire vonnissen, de omgekeerde regel: afzonderlijk appel is toegelaten, tenzij de rechter dit uitsluit.

In beide opzichten kan de voorkeur gegeven worden aan het systeem van de verzoekschriftprocedure. De onderscheiding van verschillende soorten tussenvonnissen is niet (meer) nodig, terwijl art. 429n lid 3 Rv een rechterlijke controle op de voortgang van de procedure inhoudt die ook wenselijk is voor de dagvaardingsprocedure. Omgekeerd zou de verzoekschriftprocedure een terugverwijzingsregeling moeten hebben<sup>56</sup>.

*Bestuursprocesrecht*

Voor het burgerlijk proces valt een uniforme regeling niet buiten de mogelijkheden. Het bestuursrecht kent echter geen formele tussenuitspraken, zodat dit 'probleem' daar niet speelt. Het is zeer de vraag of in het bestuursprocesrecht behoefte bestaat aan het tussenappel. Eerder is het voorbeeld genoemd van artikel 8.2.6.7, waarbij een soort 'tussen'uitspraak voorafgaat aan een tweede uitspraak over de schadevergoeding. Is appel noodzakelijk? Eventueel kan hier art. 8.2.6.11 een uitkomst bieden (de rechter treft een voorziening voor de periode dat de uitspraak nog niet onherroepelijk is). Hier zit overigens een gaatje in de wet: wanneer wordt een uitspraak ex art. 8.2.6.7, tweede lid AWB onherroepelijk? Verdedigbaar is de stelling dat die uitspraak pas onherroepelijk wordt bij het onherroepelijk worden van de definitieve uitspraak over de schadevergoeding. Anders opgevat biedt artikel 8.2.6.11 weinig soelaas.

**XX. Verzet**

*Burgerlijk procesrecht*

In verzoekschriftprocedures is, anders dan in dagvaardingsprocedures, in het algemeen verzet niet toegelaten<sup>57</sup>. Historisch gezien is dit aldus te verklaren dat oorspronkelijk de verzoekschriftprocedure geen verweerder kende. Het verschil lijkt geen breekpunt te vormen bij het streven naar een uniform civiel procesrecht als voorwaarde voor een harmonisatie met het administratieve procesrecht.

*Bestuursprocesrecht*

In het bestuursprocesrecht heeft het begrip 'verzet' een andere betekenis. Het betreft hier een rechtsmiddel in het kader van de versnelde behandeling (8.2.4.1) en heeft niets te maken met verstek. In het bestuursproces worden partijen geacht altijd op te treden, zelfs al verschijnen zij niet! De overheid kan zich aan het proces niet onttrekken door niet te verschijnen. De insteller van het beroep stelt het proces in werking met het indienen van het beroepschrift. Voor zover een (burger)partij niet wordt opgeroepen om in persoon te verschijnen of om inlichtingen te verstrekken, doet het er niet meer toe of de (burger)partij 'verschijnt'. Ook dit laatste begrip heeft in het bestuursprocesrecht een andere betekenis.

Bij een harmonisatie zou het begrip verzet een eenduidige betekenis moeten hebben. Het burgerlijk procesrecht heeft hier de oudste papieren, dus voor het rechtsmiddel tegen een kennelijk onbevoegd/(on)gegrond/niet-ontvanke-lijk zou een andere naam bedacht moeten worden.

**XXI. Grievensel**

*Burgerlijk procesrecht*

Tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedure bestaat ten aanzien van het grievensel alleen verschil wat betreft het tijdstip waarop van grieven moet zijn gediend (hierna regel b). Het in Nederland vigerende grievensel kan als volgt worden omschreven<sup>58</sup>.

a. Beroep moet zijn ingesteld binnen de daarvoor wettelijk bepaalde termijn. Hierop werd en wordt geen uitzondering toegelaten, ook niet met een beroep op schending van fundamentele rechtsbeginselen, zoals het recht van hoor en wederhoor.

52. Snijders-Wendels, a.w., p. 3-7; Van Dijk-Van Hoof, De Europese conventie en theorie en praktijk, 1990<sup>3</sup>, p. 338/339.

53. O.m. HR 15 november 1991, NJ 1992, 597.

54. Vgl. HR 11 januari 1991, NJ 1991, 595 (JBMV).

55. HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 401; HR 28 april 1989, NJ 1990, 90 in afwijking van HR 9 november 1973, NJ 1974, 96; HR 21 september 1990, NJ 1991, 36.

56. Deze bestaat thans niet. Vgl. HR 22 juni 1990, NJ 1990, 704 met verdere gegevens in de noot van HJS. Vgl. over de verschillende soorten tussenvonnissen en de kritiek hierop Wesseling-Van Gent, a.w., p. 62-68.

57. Burgerlijke Rechtsvordering ad art. 429a e.v., aant. 50.

58. Vgl. voor bronvermeldingen de noot onder HR 26 april 1991, NJ 1992, 407, waaraan het nu volgende grotendeels is ontleend.

b. Grieven moeten uiterlijk op een bepaald moment in de appelprocedure worden opgeworpen. In dagvaardingszaken is dit de memorie van grieven, bij verzoekschriften het appelschrift. Later naar voren gebrachte grieven dienen in beginsel buiten beschouwing te blijven. In beginsel, want er zijn enkele uitzonderingen. De eerste is wanneer de wederpartij er ondubbelzinnig mee heeft ingestemd, dat ze alsnog in de rechtsstrijd worden betrokken. De tweede is wanneer het vonnis, de beschikking of het proces-verbaal de betrokkene niet tijdig heeft bereikt. Dan moet hij wel binnen de termijn appelleren, desnoods 'blind', maar hij mag later in een aanvullend geschrift de gronden van het appel (nader) ontwikkelen. De derde uitzondering is bij een eenvoudige procedure als die van art. 67 FW. De vierde uitzondering doet zich voor bij een bepaald type geschillen, zoals alimentatie, waarbij het — nog meer dan normaal — van belang is dat men ten tijde van het doen van de uitspraak in appel beschikt over de juiste en volledige gegevens, omdat anders partijen om die reden naderhand wijziging van de beslissing kunnen vragen.

*Bestuursprocesrecht*

Het bestuursprocesrecht is heel toegeeflijk wat betreft de termijn waarop beroepsgronden en grieven ingediend moeten zijn. Een formeel 'sauverend' beroepschrift is veelal mogelijk. Het komende procesrecht geeft niet een formele regeling op dit punt. Wel is bepaald dat bij het ontbreken van gronden voordat een niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken eerst gelegenheid wordt geboden dit gebrek te herstellen (6:6).

Voor zover het betreft de grieven van het hoger beroep geldt voor het bestuursprocesrecht grotere vrijheid. In beginsel — mede gelet op de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen — zijn grieven tot en met de behandeling ter terechtzitting aan te voeren. Wanneer de grieven feiten betreffen, dan kan het echter zijn dat een goede procesorde zich ertegen verzet dat de andere partij (en de rechter) in een zo laat stadium geconfronteerd wordt met (het stellen van) nieuwe feiten.

Dit onderwerp is onderhevig aan de verschillen in procescultuur tussen civiel en bestuursprocesrecht. Niet valt in te zien waarom een algemene regeling niet goed mogelijk zou zijn. Het gaat om steeds dezelfde belangen (goede procesorde, verdedigingsbeginsel, geen onnodige vertraging en efficiency).

**XXII. Devolutieve werking van het appel**

*Burgerlijk procesrecht*

Naast de in het vorige nummer besproken negatieve werking van het devolutiebeginsel, bestaat ook ten aanzien van de positieve zijde van de devolutieve werking niet of nauwelijks verschil tussen de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure. Onder meer betekent dit dat gronden en weren die in eerste aanleg niet zijn besproken of zelfs zijn verworpen, door de appelrechter ook zonder incidenteel beroep moeten worden behandeld indien ze niet zijn prijsgegeven<sup>59</sup>. Voorts houdt het in dat de rechter die een eindvonnis of een eindbeschikking vernietigt de zaak zelf moet afdoen en niet mag verwijzen (hiervoor XIX). Een versoepeling van de negatieve werking van het devolutiebeginsel is dat wanneer alleen geappelleerd is van het eindvonnis of van de eindbeschikking onder omstandigheden het appel zich mede uitstrekt tot een eerder gewezen tussenvonnis of tussenbeschikking<sup>60</sup>.

*Bestuursprocesrecht*

Het bestuursproces wijkt op dit punt niet af. Mede vanwege de bevoegdheid van de rechter rechtsgronden ambtshalve aan te vullen betekent dit dat alle gronden die in eerste aanleg zijn aangevoerd ook in appel aan de orde kunnen komen. Ook feitelijk kan de zaak ten volle opnieuw beoordeeld worden. Dit onderwerp leent zich voor regeling in een algemeen deel.

**XXIII. Art. 340 Rv**

*Burgerlijk procesrecht*

Degene die cassatie in plaats van hoger beroep instelt, staat art. 340 Rv ten dienste, krachtens welke bepaling de appeltermijn onder bepaalde voorwaarden na de uitspraak in cassatie herleeft. De bepaling is geschreven voor de dagvaardingsprocedure, maar wordt ook toegepast in alle verzoekschriftprocedures<sup>61</sup>. Bij art. 340 Rv is derhalve geen sprake van converteren van rechtsmiddelen, noch van een terugverwijzing, maar van het opnieuw openstellen van de mogelijkheid van hoger beroep.

*Bestuursprocesrecht*

Helaas is er voor het overgrote deel van het bestuursrecht nog geen cassatie mogelijk, zodat dit onderwerp bestuursrechtelijk niet-ontvankelijk is voor commentaar. Voor zover van bepaalde sociale verzekeringszaken cassatie mogelijk is doet zich het probleem waarvoor art. 340 Rv is geschreven niet voor. Hetzelfde geldt voor het fiscale recht.

**XXIV. Cassatie**

*Burgerlijk procesrecht*

'De materiële controle van de Hoge Raad in rekestzaken verschilt niet van die in dagvaardingszaken', aldus de bewerkers van Veegens' Cassatie. Veegens zelf durfde deze stelling in 1971 nog niet aan, maar kon alleen van verwachtingen spreken<sup>62</sup>. Het illustreert treffend de ontwikkelingen die de afgelopen 20 jaar hebben plaatsgevonden.

*Bestuursprocesrecht*

Ook hier geldt in bestuursrechtelijk opzicht een 'niet-ontvankelijkheid'.

**XXV. Varia**

*Burgerlijk procesrecht*

In het voorafgaande zijn de belangrijkste punten van overeenstemming en verschil behandeld. Volledigheid kan niet gepretendeerd worden. Zo is geen aandacht besteed aan kwesties als de aanleg van zaken, royement, verval van instantie, termijnen, onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Ze wijken evenwel niet af van het in het voorafgaande geschetste beeld.

*Bestuursprocesrecht*

De invalshoek was primair gericht op overeenkomsten en verschillen tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en de selectie van te bespreken onderwerpen was daarop gericht. Een bestuursrechtelijk primaat zou wellicht hebben geleid tot andere keuzen op bepaalde punten. Voor het bestuursprocesrecht zijn de beroepstermijnen (AWB: zes weken, 6.2.1) belangrijk, terwijl in het civiele recht behoudens bij verzet, hoger beroep en cassatie in beginsel geen termijnen gelden. In het bestuursrecht wordt een integrale bezwarenprocedure voor de rechtsgang voor

59. Snijders-Wendels, a.w., p. 87 e.v.; HR 4 mei 1984, NJ 1985, 22 (Niekoop/AGO); HR 10 juni 1988, NJ 1989, 30 en voor de verzoekschriftprocedure o.m. HR 18 december 1987, NJ 1988, 351.

60. De Van Ballegooy/Nauta-rechtspraak: HR 14 oktober 1983, NJ 1984, 47, herhaald voor de verzoekschriftprocedure in HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 401.

61. Art. 429n Rv en voor niet-429a e.v. Rv-procedures o.m. HR 6 april 1990, NJ 1991, 34.

62. Veegens, 1971<sup>2</sup>, nr. 178 en Veegens-Korthals Altes-Groen in 1989<sup>3</sup>, nr. 188.

de rechter geplaatst (Hoofdstuk 7: Bijzondere bepalingen over bezwaar en beroep). Een bezwarenprocedure is in het civiele recht natuurlijk niet zo voor de hand liggend. Zou echter eenvoudig bepaald worden dat ieder geschil tegen de overheid (als zodanig!) ingeleid wordt met een bezwaarschriftprocedure, dan is dit punt heel eenvoudig te harmoniseren.

De beroepstermijn in het bestuursrecht vraagt nadere overweging. Afgezien van de belangen van derden (die niet altijd aangewezen kunnen worden) is de positie van de overheid met deze naar verhouding korte termijn toch wel erg sterk. Daar komt bij dat de overheid veelal een wijzigingsbevoegdheid heeft ten aanzien van eerdere besluiten die niet aan zo korte termijnen gebonden is (bij voorbeeld twee of vijf jaar). Evenredigheid is op dit punt nog niet bereikt. Bedacht moet worden dat een onrechtmatig overheidsbesluit niet 'rechtmatig' kan worden door het verstrijken van de tijd. In de bestuurspraktijk wordt gewerkt met de herziening van een in rechte on-aantastbaar besluit, welke herziening vatbaar is voor beroep, doch slechts marginaal getoetst kan worden. De verschillende administratieve rechters gaan hier niet gelijk mee om. Bij het ontbreken van derden dringt zich toch wel de idee op dat een onrechtmatig besluit in beginsel herzien moet worden, tenzij bepaalde bijzondere belangen zich daartegen verzetten.

#### Afronding

De belangrijkste conclusie die uit het voorgaande getrokken kan worden is in de eerste plaats dat veel onderwerpen van burgerlijk procesrecht, met name in de dagvaardings- en verzoekschriftprocedures, zich lenen voor harmonisatie. Veel verschillen zijn slechts historisch verklaarbaar. Bij een nadere analyse van de functie van bepaalde elementen van het procesrecht blijkt dat die functies in de verschillende procedures voor een belangrijk deel gelijk zijn. In een situatie van processuele gelijkwaardigheid moet informatie vergaard worden en moeten stellingen verdedigd en weersproken worden. Veel meer is een proces niet. De selectie van besproken onderwerpen heeft functioneel plaatsgevonden: de meeste belangrijke onderwerpen moesten aan de orde komen. Voor juist de meeste van die onderwerpen kan geconcludeerd worden dat harmonisatie mogelijk is.

In de tweede plaats blijkt dat wanneer de belangrijke onderwerpen van burgerlijk procesrecht vanuit het bestuursprocesrecht gezien worden de uitkomst veelal ook niet anders is. Gelet op hetgeen hier-

voor is gesteld, is dat ook niet zo verwonderlijk. De korte kenschets van wat een proces is, past even goed op het bestuursproces. Waar gesproken wordt over processuele gelijkwaardigheid voor het bestuursprocesrecht kan worden gesteld dat op de overheid als procespartij zwaardere informatieverplichtingen kunnen rusten. Dat is nu eenmaal inherent aan de positie van de overheid in onze samenleving.

Afgezien van deze vrij globale voorbeschouwing is het niet eenvoudig om de uitkomst van voorgaande vergelijking samen te ballen tot conclusies. Uit de vergelijkingen blijkt afzonderlijk steeds waar eventuele problemen schuilen. Hier wordt een synthese beproefd door het 'procesrecht' naar een aantal onderwerpen op te delen. Onderscheid kan worden gemaakt tussen de volgende elementen van procesrecht:

- a. de beginselen van procesrecht
- b. organisatie en institutioneel recht
- c. de processuele bevoegdheden van de rechter en van partijen
- d. specifieke procedures

Het spreekt voor zich dat deze indeling een regeling van de eerste drie onderwerpen in een algemeen deel mogelijk maakt, terwijl voor specifieke procedures bijzondere delen zouden kunnen worden ingericht. In dit verband is het interessant om de benaderingswijze van Bloembergen in zijn inleidende artikel naast ons onderwerp te leggen. Voor zover het 'overheidprivaatrecht' een bijzonder deelrechtsgebied is, zou evenzeer kunnen gelden dat het procederen tegen de overheid een bijzonder deelrechtsgebied van het overigens *algemene* procesrecht vormt. Dit ligt niet anders voor bijvoorbeeld personen en familierecht of het onderwerp consumentenvorderingen (naast het ook door Bloembergen als voorbeeld genoemde 'consumentenrecht').

*Ad a.* Het zou niet goed te motiveren zijn dat de beginselen van procesrecht voor het bestuursrecht en het burgerlijk recht verschillen. De toegang tot de rechter (het 'gehoor' bij de rechter), hoor en wederhoor, openbaarheid, motivering van de uitspraak, de effectiviteit van het beroep op de rechter vormen — mede in het licht van artikel 6 EVRM en artikel 14 van het BUPO-Verdrag — algemene eisen van procesrecht, zijn van universele betekenis en gelden ook voor strafprocesrecht. Het spreekt voor zich dat de uitwerking van deze beginselen in de wetgeving en in de jurisprudentie kan verschillen. Deze verschillen zijn echter vaak historisch verklaarbaar en niet principieel van aard en het is onwaarschijnlijk dat de rechters in eerste aanleg na de reorganisatie van de rechterlijke

macht voor de verschillende onderwerpen van materieel recht tot een verschillende invulling van deze beginselen zouden komen. Wanneer de rechtseenheidsvoorziening adequaat is, zal de jurisprudentie in dat kader er ook toe bijdragen dat voor het gehele recht dezelfde beginselen van procesrecht uitwerking vinden in de rechtspleging.

*Ad b.* Het hangt er vanaf hoe ruim het begrip 'organisatie' wordt opgevat. Wordt daaronder gerekend de organisatie van een onafhankelijke en onpartijdige rechtspleging, dan zijn ook vele onderwerpen te noemen die — zoals nu reeds geregeld in de Wet op de rechterlijke organisatie — voor het burgerlijk recht, bestuursrecht (en ook strafrecht) algemeen zijn. Ook procedures voor wraking en verschoning van rechters en bepalingen over getuigen, deskundigen en tolken kunnen algemeen geregeld worden. Deze onderwerpen zijn zelfs zo weinig opmerkelijk dat zij in onze inventarisatie zijn weggelaten. Zelfs zou gedacht kunnen worden om voor onderwerpen als 'partijen' en procesvertegenwoordiging algemene regels te geven. Ook hier kan verwezen worden naar hetgeen Bloembergen in zijn artikel over partijen schrijft.

*Ad c.* De taak van de rechter in het 'klassieke' burgerlijk proces is aan verandering onderhevig. Of deze taakverandering alleen voortvloeit uit de ervaring die de rechter (als meer actieve rechter) met de verschillende verzoekschriftprocedures op heeft gedaan, valt te betwijfelen. Het gaat om een ontwikkeling die voor het gehele recht van betekenis is en waarschijnlijk wortelt in een nog bredere maatschappelijke ontwikkeling. De rechter beslist steeds meer een geschil op basis van de materiële waarheid. Het aanhangig maken van het geding en in overwegende mate ook het bepalen van de omvang van het geding vormt een belangrijke bevoegdheid van partijen, die niet aan de rechter toekomt. Dit geldt voor het burgerlijk proces, maar *niet minder voor het bestuursproces*. Hoewel traditioneel van grote verschillen tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht gesproken kan worden, zijn juist binnen het bestuursprocesrecht ontwikkelingen aan te wijzen, die de 'autonomie' van de (burger)partij in het geschil met de overheid groter doet zijn. Een 'alwetende' rechter die zonder acht te slaan op hetgeen de insteller van de actie beoogt, beslist, past ook meer bij een paternalistische benadering van de taak van de rechter die echter nog weinig legitimatie geniet.

Het programma van de wetgever gaf in de afgelopen decennia tal van onderwerpen te zien waarbij de overheid on-

der toepassing van bestuursrecht en privaatrecht (en strafrecht) ingegrepen heeft in het maatschappelijke gebeuren. Door dit ingrijpen krijgen veel maatschappelijk relevante onderwerpen — ook van burgerlijk recht — een overheids- of 'publiekrechtelijke' inslag, waarbij vaak gezegd kan worden dat door de overheidsinterventie dwingend recht van toepassing is en de onderhavige materie niet meer 'ter vrije beschikking van partijen staat'. Ook de waarheidsvinding in het proces wordt door deze ontwikkeling beïnvloed. Deze ontwikkeling wordt verder nog versterkt door de opkomst in de jurisprudentie van ongeschreven beginselen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de redelijkheid en billijkheid. Ook de beginselen van procesrecht doen hun invloed gelden. Fundamentele elementen van procesrecht die eerder al aan de orde kwamen, zoals de notie 'een eerlijk proces', *gelijkheid van procesmiddelen en -bevoegdheden* (in de zin van 'equality of arms'<sup>63</sup>) en de controle op de zich op basis van het begrip eerlijk proces ontwikkelende informatieverplichtingen van partijen vereisen een actieve opstelling van de rechter. Het spreekt voor zich dat ervoor gewaakt moet worden dat de uitoefening van de overheids-taak door bestuursorganen met als keerzijde de bescherming van de 'staatsvrije sfeer van de burger' alsmede de uitoefening van 'autonome' bevoegdheden door partijen in het privaatrechtelijke rechtsverkeer door een al te actieve (en 'alwetende') opstelling van de rechter in gevaar worden gebracht. De klassieke lijdelijke rol van de rechter in het burgerlijk proces is echter in het licht van voorstaande ontwikkelingen niet meer passend. Daarom is de conclusie gerechtvaardigd dat de uitoefening van bevoegdheden door de rechter in het bestuursproces en in het burgerlijk proces niet zonder meer verschillend is. Er is in ieder geval niet sprake van een zodanig verschil dat daarop verschillend procesrecht gebaseerd kan worden. Eerder kan worden gezegd dat voor het burgerlijk recht en het bestuursrecht afhankelijk van de kwestie waarover geprocedeerd wordt de rechter een andere inhoud geeft aan de hem toekomende proces-suele bevoegdheden. In sommige zaken past een meer actieve opstelling, terwijl in andere zaken enige terughoudendheid op zijn plaats is. In een arbeidsgeschil tussen een 18-jarige en een grote onderneming stelt de rechter zich anders op dan in een geschil tussen twee verzekeringsmaatschappijen. In een echtscheidingszaak past een andere benadering dan in een pauliana.

*Ad d.* Niet valt te ontkennen dat in de

rechtspraktijk de behoefte bestaat aan differentiatie van de vormgeving van procedures gelet op het materiële recht dat toepassing en doorzetting behoeft. Voor 'kleinere' civiele zaken kan een vrij eenvoudige procedure worden ingericht waarbij geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, de rechter kan inspelen op de behoefte in de dagelijkse rechtspraktijk en de nadruk sterk kan liggen op de mondelinge behandeling. Ook voor de controle op de uitoefening van vele bestuursrechtelijke bevoegdheden past dit procesmodel. Voor het personen- en familierecht, voor de uitoefening van bestuurlijke taken door de rechter (oneigenlijke rechtspraak) kan behoefte bestaan aan een bijzondere toespitsing van het procesrecht. Al deze bijzondere vormen van procesrecht hoeven er niet aan in de weg te staan dat voor ook al die bijzondere procedures algemene regels gelden die van toepassing zijn op alle vormen van procesrecht. Deze hoopgevende conclusies moeten worden afgerond met wat minder optimistisch gestemde woorden. De bereidheid om het burgerlijk procesrecht grondig opnieuw te doordenken is niet erg groot. Vele krullen en kransen die aan het barokke bouwwerk van het burgerlijk procesrecht zijn te vinden worden met de liefde voor detail die kunsthistorici hun bestaansrecht geeft, bestudeerd en gekoesterd. En het verwijt is denkbaar dat wij met onze kille analyse concluderen dat met beton, glas en staal een praktisch bouwwerk op te richten is, terwijl de bewoners van het barokke monument zich niet graag willen overgeven aan nieuwbouw. Dit vormt een reëel gegeven. De wetgevingsprojecten die in het kader van de herziening van de rechterlijke organisatie — noodzakelijkerwijs — worden gestart, bij voorbeeld de integratie van de kantongerechtsprocedure, worden gekenmerkt door een overmaat aan behoudzucht. Bovendien zijn nog talrijke wetgevingsprojecten in ontwikkeling die overwegend naar een barokke stijl worden ingericht. In dit stadium van het wetgevingsproces is behoud van het bestaande en voortzetting van de traditie wellicht de 'best haalbare' strategie. Voorspelbaar is echter dat hiermee zeker niet het eindstadium bereikt is. De rechtspraktijk laat onnodig gecompliceerde jurisprudentie zien en te vaak zijn rechtssubjecten de dupe van ons te gecompliceerde procesrecht. Het is opmerkelijk dat bij voorbeeld de advocatuur weinig protest laat horen. Hoewel de advocatuur zich tevreden kan stellen met onderhandse vereenvoudigingsafspraken met de verschillende rechtbanken heeft ook deze beroepsgroep wellicht te weinig oog voor het belang van

een vereenvoudigd en makkelijk hanterbaar procesrecht. De directe kosten die met het rechtsbedrijf gemoeid zijn, zijn echter in de afgelopen jaren enorm gegroeid. De overheid draagt daarvan een groot deel, omdat de kosten van de rechtspleging via de overheid gefinancierd worden en bovendien de overheid een deel van de advocatenrekeningen betaalt. Toch vormt het een aantasting van de gelding van onze rechtsorde, wanneer rechtssubjecten slechts vanwege de soms exorbitante kosten moeten afzien van een procedure. Hoe groot moet een civiele vordering zijn om een proces verantwoord te doen zijn? Dat bedrag eindigt minstens met vier nullen! Uiteindelijk is het procesrecht niet gericht op de belangen van de overheid of van de professionele participanten in het proces. Het procesrecht vormt een noodzakelijke voorwaarde voor het op verantwoorde wijze toegang verschaffen tot de rechter voor ieder rechtssubject. Dit vormt een fundamenteel grondrecht dat een nadere bezinning op het procesrecht rechtvaardigt. Wij hebben niet de verwachting dat deze slotwoorden wetgevingsjuristen op de punt van hun stoel doen zitten, wij verwachten wel dat onze analyse aanleiding vormt om verder te denken.

*Prof. mr. J.B.M. Vranken*

*Prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer*

63. Deze vertaling is gekozen, omdat het begrip 'wapen' eerder lijkt overeen te stemmen met een meer traditionele benadering van het proces.