De Hoge Raad en het civiele procesrecht

Over ‘challenges’ en ‘voorzetten’

Alain Ancery

1 Inleiding

In de tennissport wordt gebruik gemaakt van het zogenaamde *hawk eye*-systeem. Voor lijnrechters is het lastig om waar te nemen of een service die met meer dan tweehonderd kilometer per uur wordt afgevuurd nu net wel of juist niet de lijn van het servicevak heeft geraakt. De financiële belangen die met dergelijke beslissingen zijn verbonden – het kan uiteindelijk het verschil tussen winst of verlies betekenen – zijn zo groot dat men op zoek is gegaan naar een controlemechanisme. Spelers kunnen aan het eind van een rally een beslissing van een lijnrechter *challengen*, waarna een computer de door de tennisbal afgelegde baan in slow motion reconstrueert en op een groot scherm zichtbaar wordt of de bal net wel of juist niet in was. Vaak zijn deze momenten de hoogtepunten van de tenniswedstrijd. Wat zou er echter gebeuren als iedere tennisspeler na elke rally een beroep zou willen doen op dat *hawk eye*-systeem? Het zou de tenniswedstrijd onnodig vertragen. Immers, in het merendeel van de gevallen zal blijken dat de beslissing van de lijnrechter correct is. Er is dan ook voor gekozen om de spelers per set twee *challenges* te geven.[1]

Deze spelregel dient ertoe te verzekeren dat enerzijds de speler die het best presteert ook wint en niet de dupe kan worden van de lijnrechter, maar anderzijds dat de tenniswedstrijd ordentelijk verloopt en niet onnodig wordt vertraagd.

1 Bij een geslaagde challenge verliest de speler niet een van zijn twee challenge-mogelijkheden.

Op het terrein van het civiele procesrecht speelt een vergelijkbare vraag.[2] Waartoe dient het procesrecht? Moet het gezien worden als zelfstandige grootheid waarmee een strijd (procesrechtelijk) binnen een strijd (het materieelrechtelijke geschil) kan worden gevoerd?[3] Of zijn het de spelregels, bedoeld om aan de hand van een ordentelijk verlopen procedure te komen tot een eindbeslissing die het meest recht doet aan de materiële strijd die partijen verdeeld houdt?

2 Communicerende vaten: recht hebben en recht halen

De wisselwerking tussen het civiele procesrecht en de aanspraken die partijen hebben op grond van het materiële privaatrecht is door, bijvoorbeeld, Van Schaick treffend beschreven.[4] Het procesrecht dient ertoe partijen de middelen te geven een materieel recht te kunnen verwezenlijken. In zekere zin vormt het procesrecht het spiegelbeeld van het materiële recht.[5] Waar partijen in het materiële recht geen mogelijkheden hebben om vrijelijk te disponeren over bepaalde kwesties, zoals het bedrag dat dient te worden betaald aan kinderalimentatie, zijn de procesrechtelijke regels die conflicten over dergelijke kwesties beheersen stringenter. Als partijen juist wel de vrijheid hebben om te bepalen hoe zij hun rechtsverhouding in een bepaald geval willen vormgeven, dient het procesrecht – zo er conflicten optreden – hen niet te belemmeren in het geldend maken van de afspraken die zij in alle vrijheid met elkaar zijn aangegaan. Vrijheid in het materiële recht betekent onvermijdelijk ook vrijheid om te bepalen hoe die rechten worden verwezenlijkt.[6] Het is aan partijen om te beslissen welk deel van de gemaakte afspraken ten overstaan van de overheidsrechter wordt gehandhaafd en welk deel niet. Het is ook aan hen om te bepalen in welke omvang zij hun kwestie aan deze rechter willen voorleggen. En traditioneel was het ook aan hen om te bepalen in welke tempo en op welke wijze zij dat wensten te doen. Partijautonomie was en is

2 De sportmetafoor wordt overigens vaker gekozen: A.C. van Schaick, *Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009, p. 5 e.v.

3 Vgl. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München: Beck 2007, p. 73.

4 A.C. van Schaick, *Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009, m.n. § 5 e.v.

5 Vgl. ook: G.C.C. Lewin, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2013, p. 3 e.v.

6 Vgl. A.C. van Schaick, *Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009, p. 15 e.v.

een bepalend beginsel in het civiele procesrecht.[7] Maar hoeveel vrijheid hebben partijen precies om te bepalen op welke wijze en waarover zij procederen? Speelt hierbij nog een rol dat procedures de overheid geld kosten en dat zeker *in civilibus* partijen mogelijkheden hebben om hun conflict op andere manieren te beslechten?[8] Mogen partijen twee volwaardige kansen verwachten in eerste aanleg en hoger beroep, zelfs als een efficiënter wijze van invulling van het procesrecht tot kostenbesparingen kan leiden?

Genoemde vragen zullen in deze bijdrage centraal staan. De ontwikkelingen op het terrein van het civiele procesrecht worden geschetst (par. 3 en 4). Na de herziening in 2002 is er ook fundamenteler nagedacht over de toekomst van het procesrecht. Twee aspecten spelen daarbij een prominente rol: 1) in hoeverre dient onverkort vast te worden gehouden aan het beginsel van partijautonomie en het lijdelijkheidsbeginsel, en 2) valt nog altijd vol te houden dat steeds volwaardig gebruik gemaakt mag worden van de eerstelijns-, hoger beroep- en cassatierechtspraak.

De eerste modernisering van het civiele procesrecht kwam in 2002 van de wetgever. Vanuit de literatuur zijn in 2003 en 2006 verdergaande voorstellen gedaan. Voor een deel is de Hoge Raad bepaalde (tendensen uit die) voorstellen gevolgd (par. 5). Op deze literatuur en rechtspraak is veel fundamentele kritiek geuit, die niet altijd terecht is. Veelgenoemde kritiekpunten laten zich nuanceren aan de hand van rechtsvergelijking: het Duitse en Franse recht bieden daarvoor aanknopingspunten. Uiteindelijk speelt op de achtergrond de vraag hoeveel ruimte artikel 6 EVRM biedt voor meer liberale gedachten over het civiele procesrecht (par. 6). Aanbevelingen om het civiele procesrecht te stroomlijnen, zonder daarbij de rechtsbescherming van justitiabelen en de (materieelrechtelijke) autonomie van partijen uit te vlakken, zullen in een slotparagraaf volgen (par. 7).

7 R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht*, Leiden: E.J. Brill 1879, p. 93 e.v.; Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 49 (nr. 42); Asser/Van Schaick 2011, p. 12 (nr. 8).

8 Bijvoorbeeld: Asser, Vranken & Groen, *Een nieuwe balans*, Den Haag: Boom 2003, p. 63 e.v. Vgl. ook het recente wetsvoorstel mediation, dat poogt te regelen dat partijen eerst bezien of het conflict via mediation kan worden opgelost: *Kamerstukken II* 2012/13, 33723, 2 en 3. Hierover kritisch: G.M. van Wassenaer, 'De initiatief-wetsvoorstellen over mediation', VR 2013/101. Tevens is er een aanhangig wetsvoorstel modernisering arbitragerecht: *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 2 en 3.

3 Eureka: de rechter krijgt de regie

In 2002 is het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering grondig herzien met de Wet herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg.[9] De gedachte dat de overheidsrechter lijdzaam zou moeten afwachten op welk moment partijen in het bij hem aangebrachte geschil wensten te concluderen, kon in de jaren voor deze herziening op steeds minder weerklank rekenen.[10] Het procesrecht diende partijen, maar is niet van partijen. Onnodige formalistische bepalingen werden herijkt en efficiency deed zijn intree in het civiele proces. Het is dan ook de rechter die heden ten dage de leiding neemt bij het procesverloop.[11]

Met de herziening van het procesrecht in 2002 werd beoogd het procesrecht 'moderner, toegankelijker, minder formeel en efficiënter ingericht' te laten zijn.[12] Partijen en de rechter moeten, zo was de gedachte, een gezamenlijke verantwoordelijkheid voelen voor het tot stand brengen van een beslissing binnen een aanvaardbare termijn. De regiebevoegdheden van de rechter werden daartoe versterkt.[13] Bovenal diende dus de verhouding tussen partijen en de rechter te worden gemoderniseerd. Het lijdelijkheidsbeginsel, zo werd expliciet in de Memorie van Toelichting naar voren gebracht, diende een minder gewichtige rol te worden toebedeeld. Maar dan wel in het kader van de regie van de procedure. Het lijdelijkheidsbeginsel was voor de aanvang van de procedure en de omvang van het geschil nog steeds leidend.[14] Hoewel de Memorie tevens vermeldt dat 'ten behoeve van de feitenvinding voorschriften [zijn] opgenomen die tot op zekere hoogte beperkingen opleggen aan de autonomie van partijen' blijft het bij – overigens niet onbelangrijke – bevoegdheden als het waken tegen vertraging (artikel 20 Rv) en het bevel om stellingen toe te lichten (artikel 22 Rv).[15]

9 *Stb.* 2001, 581.

10 J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1991, p. 227 e.v.; J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer: Kluwer 1987, p. 2.

11 Vgl. publicatie 19 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *De regiefunctie van de rechter.*

12 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Rv.*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1. Een tendens die, zo beargumenteert Van Schaick, al in de jaren zeventig is ontstaan (Asser/Van Schaick 2011, p. 4 (nr. 3)).

13 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Rv.*, Deventer: Kluwer 2002, p. 2-3.

14 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Rv.*, Deventer: Kluwer 2002, p. 5-6.

15 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Rv.*, Deventer: Kluwer 2002, p. 6.

4 Post-Eureka: een fundamenteel nieuw perspectief

De minister van Justitie is in 2001 overgegaan tot het benoemen van een commissie die tot taak had om te komen tot een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht. De rapporten van deze commissie, bestaande uit W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, enigszins liefkozend 'het driemanschap' genoemd, volgden in 2003 (het interim-rapport: Een Nieuwe Balans) en 2006 (het eindrapport: Uitgebalanceerd). In die rapporten werd een nogal liberale visie ten aanzien van het procesrecht uit de doeken gedaan. Een visie die niet eens ver van de aan de uit 2002 stammende herziening ten grondslag liggende uitgangspunten af ligt, maar die op basis van die uitgangspunten wel tot ingrijpender voorstellen komt.

Net als in de toelichting op de herziening uit 2002, wordt opgemerkt dat een vlot en efficiënt verloop van de civiele procedure een verantwoordelijkheid is van partijen en de rechter samen.[16] Waar het wetsvoorstel kiest voor het aanhalen van de teugels op het vlak van de regie met betrekking tot de civiele procedure, stelt het driemanschap voor een minder stringente houding ten aanzien van de klassieke uitgangspunten van de civiele procedure – zoals lijdelijkheid van de rechter en partijautonomie – aan te nemen. Partijautonomie vormt geen rechtvaardiging voor het tegenwerken van de wederpartij in een civiele procedure. Procederen is geen oorlog en de rechter is niet louter een scheidsrechter. Partijen en de rechter dragen, zo oordeelt het driemanschap, een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de procedure. Dat betekent voortvarend procederen, een actieve opstelling van partijen en oog voor de wederzijdse belangen en het algemene, aan (de kosten van de) procedures verbonden, belang.[17] Binnen dat krachtveld bestaat geen ruimte meer voor de partijautonomie als *bepalend*, of in de woorden van het driemanschap: *richtinggevend* beginsel.[18] Het driemanschap stelt het zich zo voor:

> 'De partijen hebben een verplichting tot openheid tegenover de rechter en tegenover elkaar ("kaarten op tafel"): de rechter mag en moet zich actief bezighouden met de feitelijke en juridische grondslagen van het geschil. Ook al zijn het de partijen die feiten stellen als grondslag voor hun vordering/verzoek of verweer, de rechter dient de bevoegdheid te hebben om, waar hij twijfelt, ook onbestreden feitelijke stellingen

16 Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 45.
17 Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 45-46.
18 Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 46.

> nader te onderzoeken. Invoering van een bevoegdheid als neergelegd in art. 8:69 lid 3 Awb ligt (aanvulling van feiten) voor de hand. De rechter moet zonodig zelf feitelijke gegevens van derden kunnen opvragen. Wel moet hij het contradictoire karakter van het geding, hoor en wederhoor daarbij in acht nemen. De rechter behoort de door partijen aangevoerde juridische grondslagen van vordering/verzoek en verweer ter discussie te kunnen stellen, ook als dat gaat om verweren die hij niet ambtshalve mag toepassen (beroep op verjaring, gezag van gewijsde).'[19]

Waarom zou een rechter niet aan partijen mogen vragen waarom zij geen beroep hebben gedaan op verjaring, vooral als een dergelijk beroep in lijn is met hetgeen de belanghebbende partij in de procedure te berde brengt? En waarom zou de rechter lijdzaam moeten toezien dat bepaalde, voor de hand liggende verweren niet worden gevoerd, wetende dat het goed kan zijn om die aspecten al in eerste aanleg besproken te hebben, zodat daarop voortgebouwd kan worden in een eventuele appelprocedure? Het zijn logische vragen, zeker als men bedenkt dat over deze aspecten in naburige landen anders wordt gedacht. Het driemanschap stelt de partijautonomie, kortom, ter discussie. In de volgende paragraaf zal blijken dat ook de Hoge Raad op deze maatschappelijke ontwikkelingen inspeelt.

Niet alleen op het, bepaald niet onbelangrijke, punt van de verhouding tussen rechter en partijen wordt een wijziging voorgesteld. Ook de verhouding tussen de eerstelijnsrechtspraak en de appelrechtspraak is door het driemanschap onder de loep genomen. Thans is de procedure in appel een herkansing voor partijen – al datgeen wat zij in eerste aanleg hebben laten liggen kan alsnog aangevoerd worden – en een controlemogelijkheid voor de appelrechter. Die controlemogelijkheid zou het driemanschap willen behouden, zelfs nu 'art. 6 EVRM voor civiele zaken geen hoger beroep, ook niet ter controle, eist (...).'[20] Met betrekking tot de herkansingsfunctie van het appel toont het driemanschap zich kritischer, al zouden zij een algehele afschaffing niet willen bepleiten:

> 'Er zijn argumenten voor en tegen. De visie op het geschil kan zich in de procedure ontwikkelen, waardoor behoefte bestaat aan een andere koers in appel, het is van belang dat de hoger rechter recht doet op basis van feiten die zo nauw mogelijk aansluiten bij de werkelijkheid. Daar-

19 Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 46.

20 Asser, Vranken & Groen, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 129-130.

> tegenover staat dat de wederpartij niet het slachtoffer moet worden van slordigheden en fouten in de eerste aanleg begaan en dat men, nu verplichte procesvertegenwoordiging bestaat, daarvoor verantwoordelijk gehouden kan worden. De grenzen tussen wat nét wel en nét niet door de beugel kan zijn echter moeilijk te trekken.'[21]

In dit citaat kan de worsteling worden herkend tussen recht doen en rechtsbescherming aan de ene kant, en efficiency aan de andere kant. Om daarin een goede balans te bewaren doet het driemanschap het volgende voorstel:

> 'Wij kiezen voor een mengvorm tussen de genoemde stelsels. Bij gebreke van empirische gegevens is het niet mogelijk om met handhaving van het bestaande stelsel ons te beperken tot het wijzigen daarvan op een aantal punten, aangezien wij niet weten welke van die punten praktisch van belang zijn. Daarom kiezen wij voor een principiële benadering die uitgaat van het hoger beroep als voortgezette instantie. Dit leidt tot een aantal consequenties, zoals:
> a herstel van rechterlijke fouten en schending van fundamentele beginselen moet altijd mogelijk zijn;
> b differentiatie in procedures in eerste aanleg werkt in appel door;
> c buiten het appel blijft wat in eerste instantie is beslist en niet in appel is bestreden, wat voor zowel de appellant als de geïntimeerde geldt;
> d zodra een partij in appel met nieuwe feiten enzovoort komt, mag van haar verlangd worden dat zij uitlegt waarom zij dat doet en mag de rechter dat ambtshalve kritisch toetsen.'[22]

Met dit voorstel wordt een stap gezet in de richting van het Duitse appelstelsel, waarin in beginsel weinig ruimte is voor het in appel aanvoeren van nova (vgl. par. 6). In Duitsland hangt die inrichting in belangrijke mate samen met mate van activiteit die de rechter in eerste aanleg tentoon mag spreiden. Aangezien de Duitse rechter in staat is om nagenoeg alle geschilpunten in eerste aanleg al in kaart te brengen, ligt het voor de hand dat de ruimte om in appel nog geheel nieuwe twistpunten naar voren te brengen, beperkt is. Op het moment dat de rechter in eerste aanleg niet in staat is, of mag zijn, om al die geschilpunten ter sprake te brengen, past terughoudendheid bij het ontnemen van partijen van de mogelijkheid van herkansing in appel. Mijns inziens is

21 Asser, Vranken & Groen, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 130.
22 Asser, Vranken & Groen, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom 2006, p. 130-131.

de slagingskans van het aanbrengen van een nadere stroomlijning tussen de procedure in eerste aanleg en appel dus sterk afhankelijk van de mate waarin men wenst vast te houden aan de lijdelijke positie van de civiele rechter. En voor die vraag is een aantal arresten van de Hoge Raad, gewezen na de fundamentele herbezinning, buitengewoon interessant.

5 Hoge Raad: een fundamentele koerswijziging?

Het Eindrapport fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht heeft de wetgever tot dusver weinig aanleiding geboden om te komen tot een volgende, meer fundamentele herziening.[23] In de rechtspraak heeft het eindrapport op meer bijval mogen rekenen. Interessant is in dat verband de rol die de Hoge Raad heeft gespeeld in de praktische vertaling van het theoretische model, zoals het driemanschap dat voorstaat. Een tweetal arresten springt er in dit verband uit: *Regiopolitie/Hovax* en *Willemsen/NOM N.V.*

Regiopolitie/Hovax
Regiopolitie Gelderland-Midden en Hovax hebben enige tijd onderhandeld over een huurovereenkomst. Op enig moment in de onderhandelingsfase trekt Regiopolitie zich terug. Hovax is het daarmee niet eens en maakt de gang naar de rechter, stellende dat er reeds een overeenkomst tot stand is gekomen tussen beide partijen. Bij tussenvonnis oordeelt de rechtbank dat er inderdaad een overeenkomst tot stand is gekomen, maar tekent aan dat de schadevergoeding wellicht gematigd dient te worden omdat betwijfeld kan worden of Hovax heeft voldaan aan haar schadebeperkingsplicht. Had zij immers niet al in de tussentijd een andere huurder voor het pand kunnen vinden? Partijen stellen cassatieberoep in. Regiopolitie klaagt in het principaal cassatieberoep over het oordeel van de rechtbank dat er een overeenkomst tot stand is gekomen. Dat aspect laat ik hier rusten. Interessant is het incidenteel cassatieberoep van Hovax. Daarin wordt geklaagd over de toch wel erg actieve houding van de rechtbank. Nergens in de procedure was namelijk aangevoerd dat Hovax eigen schuld zou kunnen worden verweten, omdat zij niet had voldaan aan haar schadebeperkingsplicht. En is het niet zo dat eigen schuld niet ambtshalve mag worden toegepast door de rechter?

23 Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 30951, 1 en Van Schaick/Asser 2011, p. 9 (nr. 6). Vgl. in dit verband ook de ontwikkelingen met betrekking tot het 'Kwaliteit en Innovatie (KEI)-programma' voor de rechterlijke macht, waarin een verdere efficiencyslag dient te worden geboekt (*Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 164).

De Hoge Raad gaat hier een heel eind in mee. Artikel 6:101 BW leent zich inderdaad niet voor ambtshalve toepassing door de rechter:

> 'Het is op zichzelf juist dat de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding niet ambtshalve mag minderen op de grond dat naar zijn oordeel (...) sprake is van "eigen schuld" van de benadeelde aan zijn schade, ook al wordt (...) "de vergoedingsplicht (...), wanneer aan de eisen van het artikel is voldaan, van rechtswege verminderd (...)". Het mede in artikel 6 EVRM verankerde fundamentele beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de rechter pas tot die vermindering mag overgaan indien de aansprakelijk gestelde persoon een voldoende gemotiveerd beroep op eigen schuld van de benadeelde aan zijn schade heeft gedaan.'[24]

Tot zover niets nieuws onder de zon. De rechter is gebonden aan de rechtsstrijd waarover partijen beschikken. Maar dat betekent niet dat de rechter altijd maar lijdzaam moet afwachten wat partijen naar voren brengen:

> 'Anders dan het onderdeel betoogt, betekent dit echter niet dat het de rechter nimmer zou vrijstaan de eigen-schuld-vraag ambtshalve aan de orde te stellen. Uit het hiervoor overwogene volgt wél dat hij, als hij dat doet, partijen in de gelegenheid dient te stellen het processuele debat dienaangaande aan te gaan en dat hij zich van een beslissing op dit punt dient te onthouden als vervolgens blijkt dat partijen het debat niet wensen te voeren.'[25]

De rechtbank had slechts opgemerkt dat partijen zich zouden kunnen uitlaten over de eigen-schuld-vraag. En dat ambtshalve *opwerpen* oordeelt de Hoge Raad in dit geval gerechtvaardigd, met een overweging die ruimte biedt voor een ruimer toepassingsbereik en tegen de in het Eindrapport naar voren gebrachte opvatting aanleunt.

Het is in het algemeen moeilijk om aan te geven wanneer de eigen-schuld-vraag ambtshalve *aan de orde mag worden gesteld*.[26] Wel zijn er indicatieve fac-

24 HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2004/461 (Regiopolitie/Hovax), rov. 5.2.

25 HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2004/461 (Regiopolitie/Hovax), rov. 5.2.

26 Het gaat expliciet niet om een ambtshalve toepassing van eigen schuld.

toren aan te wijzen. In dit geval hadden partijen zich namelijk geconcentreerd op de vraag of er sprake was van aansprakelijkheid en waren zij nog niet toegekomen aan het debat over de omvang van de schadevergoeding. In een dergelijk geval lag een beroep op eigen schuld zo zeer voor de hand, mede gelet op eerdere stellingen van partijen, dat het de rechter vrij stond om dit aspect ambtshalve op te werpen.[27]

Opgemerkt dient te worden dat de Hoge Raad zich al eerder heeft uitgelaten over een dergelijke vraag, zij het in het kader van het bepalen van de omvang van de vordering. Het betrof een cassatieberoep tegen een beschikking van de Ondernemingskamer, waarin de Hoge Raad overwoog:

> 'Indien de ondernemingskamer niettemin, gelet op de in rov. 1 van haar beschikking opgesomde omstandigheden, aanleiding zag deze kwestie [een aspect dat niet onder de vordering kan worden geschaard, AGFA] ambtshalve aan de orde te stellen, had zij partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid moeten stellen het processuele debat daarover aan te gaan en had zij zich van een beslissing op dit punt dienen te onthouden als vervolgens zou blijken dat partijen dit debat niet wensten te voeren.'[28]

De Nederlandse civiele rechter heeft, kortom, meer ruimte dan vaak wordt gedacht om aspecten zelf op te werpen of aan de orde te stellen. Hij hoeft hiervoor niet aan te haken bij wat partijen hem aanreiken. Het is wel noodzakelijk dat er voorafgaand aan het opwerpen enig aanknopingspunt kan worden gevonden in het partijdebat. Anders schendt de rechter het beginsel van hoor en wederhoor. De vraag die resteert, is hoe zich dit verhoudt tot het beginsel van partijautonomie. Ontneemt de Hoge Raad met deze jurisprudentie[29] partijen niet (teveel) hun rechtsstrijd? In paragraaf 6 zal worden bezien hoe de rechters in Frankrijk en Duitsland dit soort kwesties benaderen. Daaruit blijkt, mijns inziens, dat het beginsel van partijautonomie, dat ook in die landen wordt gehuldigd, sterk uiteenlopende invullingen kent. Mijns inziens

27 HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2004/461 (Regiopolitie/Hovax), rov. 5.3.

28 HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge (Laurus), rov. 3.5.

29 In dit rijtje past bijvoorbeeld ook nog: HR 14 maart 2008, *NJ* 2008/466, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (Lammers/Aerts q.q.), rov. 4.3.2.

doorstaat de in Frankrijk of Duitsland gekozen invulling de toets van artikel 6 EVRM net zo goed als de door 'ons' gekozen invulling.[30]

Willemsen/NOM N.V.
In het Eindrapport is, als gezegd, ook aandacht gevraagd voor de verhouding tussen de procedure in eerste aanleg, de appelprocedure en de procedure in cassatie. Vooral de verhouding tussen de eerste twee procedures is interessant. Partijen krijgen in appel namelijk alle ruimte om een nieuwe juridische koers te varen. En daar is ook veel voor te zeggen. Wellicht realiseert een partij zich pas na het eindvonnis van de rechtbank dat zij toch beter een ander pad had kunnen bewandelen of gaat zij over op een andere raadsman die haar ander advies geeft. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is de herkansingsfunctie van het appel dan ook begrijpelijk. Maar efficiënt is het niet. En ik zou ook menen dat de discussie nauw verbonden is met de mate van activiteit die men aan een rechter zou willen gunnen. Op het moment dat de rechter wordt toegestaan om, evenals zijn Duitse collega, met partijen over het dossier te spreken, hen te wijzen op hiaten en daar anderszins op door te vragen, lijkt mij dat in eerste aanleg een goed beeld van het geschil zou kunnen opdoemen.

Met het in kaart brengen van de geschilpunten in eerste aanleg, kan ook de discussie over de volledige herkansing in appel op de kaart worden gezet.

Een eerste aanzet tot het beperken van de mogelijkheden in appel is de *twee-conclusie-regel*, door Snijders ook wel aangeduid als de *in beginsel strakke regel*.[31] Deze is neergelegd in artikel 347 Rv en ingevuld in het arrest *Willemsen/NOM*. NOM had eerst bij pleidooi in appel een nieuwe grond aan haar vordering ten grondslag gelegd. Normaal zou dat zijn te beschouwen als een eiswijziging waarvoor artikel 130, lid 1 jo. 353, lid 1 Rv regelt dat zulks mogelijk is tot het eindarrest. De Hoge Raad oordeelt anders. Eerst wordt de achtergrond van de regeling geschetst en komt efficiëntie nadrukkelijk aan de orde:

> 'De door de Hoge Raad als juist aanvaarde ruime uitleg van het begrip grief hangt samen met de bepaling van art. 347 lid 1 Rv., dat in hoger beroep slechts een conclusie van eis en een conclusie van antwoord worden genomen, welke regel beoogt het debat in hoger beroep te beperken. Deze regel brengt mee dat de geïntimeerde bij het inrichten van zijn

30 Een dergelijke opvatting verdedigde ik ook in: *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 76-78, 198-200 en 203-204.

31 Vgl. H.J. Snijders onder HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (Willemsen/NOM).

> verweer in beginsel ervan mag uitgaan dat de omvang van de rechtsstrijd in appel door de conclusie van eis is vastgelegd en geen rekening ermee hoeft te houden dat zijn verweer tot nieuwe grieven aanleiding kan geven. Daaruit volgt dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan de conclusie van eis, dan wel (in het geval van een incidenteel appel) de conclusie van antwoord worden aangevoerd.
> (...)
> Dit stelsel hangt samen met het feit dat het debat in hoger beroep voortbouwt op hetgeen in eerste aanleg is geschied en in zoverre ten opzichte van de eerste aanleg als voortgezette instantie heeft te gelden. In het belang van de concentratie van het debat en van een spoedige afdoening van het geschil, mag in dit licht van appellant in beginsel worden verlangd dat hij in zijn conclusie van eis (memorie van grieven) aanstonds niet alleen al zijn bezwaren tegen de beslissingen van de lagere rechter aanvoert, maar ook de nieuwe feiten of stellingen naar voren brengt waarop hij zich in appel mede wenst te beroepen.'[32]

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad, in strijd met artikel 130, lid 1 jo. 353, lid 1 Rv:

> 'Het vorenstaande betekent mede dat de in art. 347 lid 1 Rv. besloten twee-conclusie-regel ook de – ingevolge art. 130 lid 1 in verbinding met art. 353 lid 1 Rv. – aan de oorspronkelijk eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van zijn eis, in hoger beroep beperkt in die zin dat hij in beginsel zijn eis slechts kan veranderen of vermeerderen niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord. Dit geldt ook als de vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijk eiser is gesteld.'[33]

Kortom, een eiswijziging wordt door de Hoge Raad opgevat als een nieuwe grief, die niet eerst na de memorie van grieven kan worden aangevoerd. Dat is niet een uitleg die de wetgever voor ogen heeft gestaan, maar wel een praktische die bijdraagt aan de stroomlijning van de civiele procedure. Concreet betekent dit dat partijen nog steeds de herkansingsmogelijkheid in appel hebben. Maar lang kunnen ze niet nadenken over hetgeen zij in eerste aanleg over het hoofd hebben gezien. Eventuele nova kunnen immers tot en met de memorie van grieven worden aangevoerd.

32 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. H.J. Snijders (Willemsen/NOM), rov. 4.2.2-4.2.3.
33 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. H.J. Snijders (Willemsen/NOM), rov. 4.2.4.

6 Artikel 6 EVRM miskend?

In het Eindrapport fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht worden veel mooie, maar ook vergaande voorstellen ter verbetering van het civiele procesrecht gedaan. Voorstellen die raken aan het fundament van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Niet verwonderlijk is dat deze voorstellen de nodige kritiek hebben ontvangen, ook fundamentele kritiek.[34] Met het aanvaarden van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en partijen, ook in de fase van de feitengaring, wordt het beginsel van partijautonomie, in de vorm zoals dat thans wordt gehuldigd, wat meer losgelaten. Kan dat wel? Gaat dat er niet toe leiden dat de rechter feitelijk meeprocedeert en zijn onpartijdigheid verliest? En hoe zit dat met het eventueel afschaffen van de herkansingsfunctie in appel?

Ik meen dat deze, op artikel 6 EVRM gestoelde,[35] bezwaren ten onrechte worden aangevoerd. Wat men ook moge vinden van de door het driemanschap gesuggereerde aanpassingen van het civiele procesrecht, strijdig met artikel 6 EVRM lijken ze mij niet. Sterker nog, een dergelijke invulling van het procesrecht bestaat al in ons omringende landen. Landen waar artikel 6 EVRM evenzeer wordt gehuldigd als in Nederland. En dat geldt ook voor het beginsel van partijautonomie. Zoals in het navolgende zal blijken, wordt ook in Frankrijk en Duitsland gewerkt met de partijautonomie. Waar wij dat beginsel in Nederland maar al te vaak opvoeren om de rol van de rechter aan het begin van het proces van feitengaring te 'neutraliseren', wordt de partijautonomie in Duitsland en Frankrijk veeleer verplaatst naar het eind van het feitengaringsproces. Het loslaten van de partijautonomie is dus niet zozeer nodig, wel een herbezinning op de precieze functie, invulling en de beperkingen die het beginsel aan de rechter oplegt en zou moeten opleggen.[36]

34 Vgl. Van Schaick die op het vlak van de partijautonomie zeer kritisch is: Asser/Van Schaick 2011, p. 15 e.v. (nr. 9 e.v.) en p. 122 (nr. 93), daarbij betogende dat met partijautonomie als leidend principe de meest bevredigende uitspraken zijn te verwachten. Vgl. ook: H.J. Snijders, 'Inleiding op de commentaren. Vrijheid en verantwoordelijkheid van procespartijen in civiele zaken', p. 16 e.v. en P. Ingelse, 'Herbezinning op de partijautonomie', p. 45 e.v., beiden in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op de fundamentele herbezinning*, Ars Aequi Libri 2004.

35 Snijders verwijst terecht naar dat, mede aan het beginsel van partijautonomie ten grondslag liggende, artikel van H.J. Snijders, 'Inleiding op de commentaren. Vrijheid en verantwoordelijkheid van procespartijen in civiele zaken', in: P. Ingelse, *Commentaren op de fundamentele herbezinning*, Ars Aequi Libri 2004, p. 20.

36 Vgl. mijns inziens in vergelijkbare zin: R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 83 e.v.

Frankrijk: een ruimere rechtsstrijd
In het Franse civiele procesrecht wordt uitgegaan van een andere invulling van het begrip rechtsstrijd dan in het Nederlandse civiele procesrecht. Met de aanhangig gemaakte vordering en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen, wel aangeduid als de *cause de la demande*, beschikt de Franse rechter over het onderwerp van het geschil. Partijen zijn verantwoordelijk voor het aanleveren van de voor het oordeel benodigde feiten, de rechter past het recht toe.[37] Artikel 6 Code de procédure civile (CPC) benadrukt zulks ook: 'les parties ont la charge d'alléguer les faits propres.'

Met de opmerking dat de Franse civiele rechter gebonden is aan de door partijen overlegde gegevens kunnen twee misverstanden ontstaan. Ten eerste, de Franse rechter heeft ten opzichte van zijn Nederlandse collega meer ruimte om ook de juistheid van niet-betwiste stellingen te onderzoeken.[38] Ten tweede, en belangrijker, de Franse rechter is weliswaar gebonden aan de door partijen aangevoerde feiten, maar hierbij betreft het alle zich in het dossier bevindende feiten. Artikel 7, lid 2 CPC verwoordt het als volgt: 'Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien leurs prétentions.'[39] Zelfs de niet door partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag gelegde stellingen kunnen derhalve in de overwegingen van de rechter worden betrokken. Een met Nederland vergelijkbaar onderscheid tussen rechtsstrijd (artikel 24 Rv) en feitelijke grondslag (artikel 149 Rv) kent het Franse civiele procesrecht dus niet.

De bevoegdheden van de Franse rechter zijn niet onbegrensd. Zo is het niet de bedoeling dat partijen worden verrast door het optreden van de rechter. Zowel voor een onderzoek naar de juistheid van niet-betwiste stellingen als voor het raadplegen van niet door partijen naar voren gebrachte feiten uit het dossier, dient een aanknopingspunt te kunnen worden gevonden in het partijdebat. Verder vormen hoor en wederhoor een essentieel element bij de aanwending van deze bevoegdheden. De rechter gebruikt slechts feitelijk materiaal uit

37 Vgl. de artikelen 4, 6 en 9 Code de procédure civile; G. Couchez, *Procédure civile*, Parijs: Armand Colin 2004, p. 196.

38 Guinchard, Ferrand & Chainais, *Procédure civile*, Dalloz 2008, p. 603 (nr. 676).

39 Het vormt ook de weerslag van bestendige jurisprudentie van de Cour de cassation. Vgl.: Cour de cassation 20 november 1984, Le Dalloz 1985, p. 265; Cour de cassation 11 oktober 1977, Le Dalloz 1978, p. 87; Cour de cassation 19 juni 1929, Gazette Palais 1929, p. 312; Cour de cassation 3 februari 1904, Le Dalloz 1905, p. 315.

het dossier voor zijn uitspraak, als partijen zich daar in voldoende mate over hebben kunnen uitlaten. De rechter dient partijen daartoe te bewegen als zij niet bedacht behoefden te zijn op het gebruik van dergelijk materiaal, zoals in geval van aanwending van de hem onder artikel 7, lid 2 CPC toegekende bevoegdheid.[40]

Duitsland: geen nova in appel

Het Duitse appelstelsel kent niet de in Nederland vigerende gedachte dat het appel een nieuwe kans vormt voor partijen. In Duitsland bestaat er geen volwaardige tweede feitelijke instantie. Slechts in uitzonderingsgevallen kan de beroepsrechter van de feitenvaststelling van de rechter in eerste aanleg afwijken.[41] De Duitse appelrechter dient zich dus te beperken tot een *Fehlerkontrolle und –beseitigung*.[42] Bestaat er twijfel aan de juistheid en/of volledigheid van de feitenvaststelling in eerste aanleg, dan is de appelrechter hier niet aan gebonden.[43] Overigens kan de appelrechter op grond van de in eerste aanleg vastgestelde feiten wel tot andere conclusies komen dan de rechter in eerste aanleg. Daarvoor bestaat alle ruimte, anders dan voor nieuwe feiten.[44] Als nieuw in de zin van § 531 ZPO worden aangemerkt: alle feiten die na de laatste mondelinge behandeling in eerste aanleg zijn opgekomen of aangevoerd. Wat op basis van § 531 ZPO dus wel mag, is het uitwerken van in eerste aanleg aangevoerde feiten, tenzij het aanvoeren van deze aspecten in eerste aanleg al onvoldoende onderbouwd was.[45]

De reden voor dit stelselverschil is gelegen in de in § 139 ZPO neergelegde *Hinweispflicht*. Op basis van deze bepaling kan de Duitse rechter met partijen spreken over eventuele tekortkomingen in het dossier, rechtsgronden die niet zijn aangevoerd en andere aspecten die naar het oordeel van de rechter aanvulling en/of verbetering behoeven, mits hij daarvoor een aanknopingspunt

40 Cour de cassation 23 september 2004, JCP 2004, IV.3059; Cour de cassation 29 november 2001, zk.nr. 99-18559 (via www.legifrance.gouv.fr); Cour de cassation 11 mei 2000, zk.nr. 98-18581 (via www.legifrance.gouv.fr). Voor wat betreft literatuur zij gewezen op: Boré & Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz 2008, p. 301 (nr. 64.120); Guinchard, Ferrand & Chanais, *Procédure civile*, Dalloz 2008, p. 603-604 (nr. 676-677).

41 § 529, lid 1 ZPO jo. § 531 ZPO. Daarover een Engelstalig handboek over het Duitse procesrecht: Murray & Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press 2004, p. 381 e.v.

42 Stöber, *Zivilprozessordnung*, Beck 2005, p. 3601.

43 § 529, lid 1, sub 1 ZPO.

44 Vgl. ook Murray & Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press 2004, p. 16.

45 Vgl. Stöber, *Zivilprozessordnung*, Beck 2005, p. 3602.

in het partijdebat kan vinden.[46] Met deze bepaling is het voor de rechter in eerste aanleg dus mogelijk om alle geschilpunten in een vroegtijdig stadium te signaleren. Als gevolg daarvan kan de appelrechter zich meer toeleggen op de uitwerking van de juridische aspecten van het geschil. Logisch gevolg daarvan is dat de appelrechter dus moet kunnen uitgaan van de door de rechter in eerste aanleg vastgestelde feiten. In hoger beroep kunnen geen nova naar voren worden gebracht. Appel wordt veeleer gezien als een voortzetting van de procedure in eerste aanleg, dan als een geheel nieuwe, tweede kans.[47] Daarop wordt een uitzondering gemaakt in het geval de rechter in eerste aanleg de *Hinweispflicht* van § 139, lid 1 ZPO niet is nagekomen en deze niet-nakoming een belangrijke invloed op de beslissing heeft. Het is dus aan de appellant om duidelijk te maken wat hij zou hebben gedaan als hem in eerste aanleg wel een *Hinweise* was gegeven en op welke wijze dit zou hebben uitgepakt in die procedure.[48]

Het Duitse stelsel van hoger beroep biedt de mogelijkheid om zaken minder juridisch-inhoudelijk af te doen in eerste aanleg. In die eerste instantie wordt immers veelal geconcentreerd op een vaststelling van de feiten. Wensen partijen toch een diepgaander juridische beoordeling van het hen verdeeld houdende geschil, dan kunnen zij hoger beroep instellen. Dit systeem kan kostenbesparend en versnellend werken.[49] Hier kan als tegenargument worden aangevoerd dat één echte feitelijke instantie vanuit verdragsrechtelijk oogpunt, hoewel niet onmogelijk, toch wat beperkt is en dat de hiermee gepaard gaande, zware, *Hinweispflicht* de tijd en kosten die in (of soms, zonder) hoger beroep worden gewonnen, verplaatsen naar de procedure in eerste aanleg. Los van deze kritiekpunten is overigens nog de vraag in hoeverre de taak van de appelrechter daadwerkelijk wordt verlicht, of dat het debat zich in appel meer gaat concentreren op de (juridische) vraag of sprake is van een novum. Als dit laatste het geval zou zijn, wordt er met het Duitse systeem wellicht geen efficiencywinst geboekt.

46 Vgl. Reichold, *Zivilprozessordnung*, München: Beck 2009, p. 281 (nr. 7bb); A. Herb, *Europäisches Gemeinschaftrecht und nationaler Zivilprozess*, diss. Bonn, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 58-61; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München: Beck 2007, p. 73-76; BGH 2 oktober 2003, NJW 2004, p. 164.

47 Murray & Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press 2004, p. 16.

48 Murray & Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press 2004, p. 176.

49 Vgl. Murray & Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press 2004, p. 16.

Artikel 6 EVRM als toetssteen

Duitsland en Frankrijk huldigen net als Nederland het beginsel van partijautonomie. Partijen bepalen of er wordt geprocedeerd, en zo ja, waarover er wordt geprocedeerd. Zij zijn het ook die verantwoordelijk zijn voor het aanleveren van de voor de uitspraak benodigde feitelijke informatie.[50] De partijautonomie is een van het lijdelijkheidsbeginsel te onderscheiden principe. In Nederland wordt dat volgens mij nogal eens vergeten. Wat het verschil tussen Frankrijk en Duitsland enerzijds en Nederland anderzijds kan verklaren is de mate waarin het lijdelijkheidsbeginsel als gegeven wordt geaccepteerd.[51] Te actief rechterlijk optreden strijdt bijvoorbeeld wel met het lijdelijkheidsbeginsel, maar niet onmiddellijk met het beginsel van partijautonomie.

De rechters in Duitsland en Frankrijk kunnen als gematigd actief worden aangeduid. Toch verdraagt zich dat, zo meen ik, met artikel 6 EVRM en het beginsel van partijautonomie. De rechter mag dan wel actief zijn, maar hij is nog steeds wel gebonden aan het partijdebat. Dat debat wordt weer genormeerd door het op artikel 6 EVRM gebaseerde beginsel van hoor en wederhoor. Concreter aangeduid, de Duitse rechter kan niet zomaar *Hinweise* geven aan partijen, maar dient een aanknopingspunt te vinden in het partijdebat.[52] Datzelfde geldt voor de Franse rechter. Daarmee wordt het beginsel van hoor en wederhoor het normatieve kader en wordt voorkomen dat een uitspraak is gebaseerd op feiten waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten. Bovendien kan de rechter bij een concreet aanknopingspunt dan ook niet verweten worden dat hij zich partijdig gedraagt.[53] Interessant is overigens dat de

50 Vgl. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München: Beck 2007, p. 65-67; Reichold, *Zivilprozessordnung*, München: Beck 2009, p. 517 (nr. 1a); A. Herb, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, diss. Bonn, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 37-38; § 308 ZPO; artikel 1, 4, 6 en 9 CPC; Cour de cassation 14 juni 1989, Bull. Civ. III, nr. 137; Guinchard, Ferrand & Chainais, *Procédure civile*, Dalloz 2008, p. 190 (nr. 166), 587-588 (nr. 657); Couchez, *Procédure civile*, Parijs: Armand: Colin 2004, p. 196.

51 A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 76.

52 Overigens wordt zelfs wel een schending van het beginsel van hoor en wederhoor aanvaard als de Duitse rechter ten onrechte niet overgaat tot het geven van een *Hinweise*: BGH 13 maart 2008, NJW 2008, p. 1742; Reichold, *Zivilprozessordnung*, München: Beck 2009, p. 280 (nr. 2).

53 Het is vanwege een mogelijke onpartijdigheid dat bijvoorbeeld niet wordt aanvaard dat de Duitse rechter een *Hinweise* geeft met betrekking tot een niet gedaan beroep op verjaring: BGH 2 oktober 2003, NJW 2004, p. 164. Overigens wordt een *Hinweise* in het algemeen niet in strijd met het onpartijdigheidsbeginsel geacht, tenzij een bepaalde partij buitenproportioneel wordt bevoordeeld. Overigens is dat laatste niet snel het geval. Bij iedere *Hinweise* heeft een bepaalde partij meer voordeel dan de andere partij, maar omdat een *Hinweise* ertoe dient

actievere houding van de Duitse rechter juist wordt gerechtvaardigd met een beroep op artikel 6 EVRM. Het zou bijdragen aan een eerlijk procesrecht en de *equality of arms* tussen partijen.[54]

Met een actiever optredende civiele rechter wordt het beginsel van partijautonomie niet onmiddellijk verlaten. Waar het beginsel van partijautonomie in Nederland wellicht nog teveel wordt ingevuld vanuit de gedachte dat het aan partijen is om de eerste stap naar informatieverschaffing te zetten, kiest de Franse of de Duitse rechter voor een actievere, ook initiërende houding, maar is het uiteindelijk aan partijen om te bepalen of zij de eventuele 'voorzet' oppakken. Kortom, in die landen is de partijautonomie verplaatst van 'voren' naar 'achteren'. Onmiskenbaar zal dat aanvoelen alsof de partijautonomie wordt verlaten, nu een partij vermoedelijk niet snel geneigd zal zijn een 'voorzet' van de rechter terzijde te leggen. Dogmatisch, echter, wordt hiermee het beginsel van partijautonomie geen geweld aangedaan.

7 Afsluitende opmerkingen

De vraag waar het met het civiele procesrecht naartoe dient te gaan, is sterk afhankelijk van hoe men de aan het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering ten grondslag liggende procesrechtelijke uitgangspunten beschouwt. Ziet men ze als in beton gegoten, uit de meest fundamentele rechtsbeginselen voortgesproten, onaantastbare waarheden, dan zal een actievere houding van de civiele rechter op veel weerstand kunnen rekenen. Beschouwt men de aan deze klassieke procesrechtelijke uitgangspunten ten grondslag liggende fundamentele principes – principes van onpartijdigheid, hoor en wederhoor, *equality of arms* – dan zal ook een andere uitkomst denkbaar zijn.

Met de herziening van het civiele procesrecht uit 2002 is gepoogd een efficiencyslag te maken. Het procesrecht moest moderner worden, minder formeel en de verhouding tussen de rechter en partijen verdiende herziening. Uiteindelijk is de rol van de rechter verstevigd. Het gaat dan om de regierol.

geschilpunten in kaart te brengen en de procedure dus efficiënter en goedkoper maakt en bijdraagt aan het voorkomen van vervolgprocedures, wordt een *Hinweise* meestal in het belang van beide partijen beoordeeld (vgl. A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 64; A. Herb, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, diss. Bonn, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 61-62.

54 Reichold, *Zivilprozessordnung*, München: Beck 2009, p. 279-280 (nr. 1).

De regierol van de rechter kan inderdaad bijdragen aan een versnelling van de civiele procedure, maar voorstellen van het driemanschap betreffende een actievere civiele rechter in eerste aanleg en het (gedeeltelijk) afschaffen van de herkansingsfunctie in appel verdienen overweging. Wat mij betreft dienen dergelijke wijzigingen wel hand in hand te gaan. Het afschaffen van de herkansingsfunctie van het appel zonder het bieden van uitgebreider mogelijkheden aan de rechter in eerste aanleg om geschilpunten in kaart te brengen lijkt mij onverstandig. Daar lijdt de rechtsbescherming van de justitiabele onder. En doorgaan op de weg zoals die nu is ingeslagen draagt volgens mij ook niet bij aan rechtsbescherming of rechtszekerheid. Weliswaar heeft de Hoge Raad een opening geboden om niet besproken aspecten ambtshalve aan de orde te stellen, maar het zal op dit moment nog (teveel) per rechter verschillen in welke mate daarvan gebruik wordt gemaakt. Een wettelijk verankerde norm, zoals in Duitsland, of het schrappen van artikel 24 Rv, zoals in Frankrijk, kan in die zin best een nadere impuls geven aan een nog efficiënter civiel procesrecht. En dat zou dan zelfs een civiel procesrecht kunnen zijn zonder een volledige herkansing in appel en met een verlofstelsel in cassatie.