

# Zoeken naar balans?

De minimale verantwoordelijkheid van partijen en het beginsel van de actieve rechter in het civiele proces

In onderstaande bijdrage wordt naar aanleiding van het verschijnen van de bundel *Eén procesrecht?* de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de rechter en de partijen in civiele procedures besproken. Het betreft hier één van de kernvragen van het (burgerlijk) procesrecht: de zoektocht naar de juiste balans tussen de taken van de procesdeelnemers.

IVO GIESEN<sup>1</sup>

## 1. De lijn van het betoog

De lijn van onderstaand betoog zal deze zijn dat ten eerste wordt geconstateerd dat juristen op elk rechtsgebied naar de juiste balans zoeken, soms wellicht te veel in onderlinge samenhang (par. 2), dat ten tweede die balans voor het burgerlijk procesrecht schuilt in een gezamenlijk optreden en verantwoordelijk zijn (par. 3), waarbij de rechter uiteindelijk de leiding heeft en moet hebben (par. 4), zodat we in de derde plaats toe moeten naar een model van, of beginsel van, *de actieve civiele rechter* (par. 5, 6 en 7).

## 2. Status quo en ontwikkelingen elders: de eigen balans zoeken

Volgens diverse overzichtsuitspraken van diverse auteurs in hun bijdragen aan de bundel *Eén procesrecht?*<sup>2</sup> is er een drieledige ontwikkeling waarneembaar op de drie hier centraal staande rechtsgebieden, en wel deze dat (a) het burgerlijke procesrecht steeds minder lijdelijk wordt, dat de partijautonomie afneemt. Op het terrein van het bestuursrecht zien we daarentegen (b) een toename van lijdelijkheid bij de rechter, en bijgevolg meer, wellicht wel niet gewilde partijautonomie bij de overige procesdeelnemers. Ook voor het strafprocesrecht is de trend (c) dat de verantwoordelijkheid van de burger voor het geding toeneemt. En dus, zo lijkt de logische conclusie te zijn, omdat de drie rechtsgebieden vanuit twee tegenover elkaar staande polen (passieve rechter/actieve rechter) zijn vertrokken, groeit men naar elkaar toe. Waarom? Men wil op elk terrein een vlotter, flexibeler, minder formalistisch procesrecht.<sup>3</sup>

---

ALS ER PARTIJAUTONOMIE IS, IS DE RECHTER  
LIJDELIJK EN ALS DE RECHTER NIET MEER  
LIJDELIJK IS, GAAT DAT TEN KOSTE VAN DE  
PARTIJAUTONOMIE VAN DE PARTIJEN IN HET  
GEDING. DE VRAAG IS WAAR DE BALANS LIGT.

---

Hierbij valt meteen op dat men wel hetzelfde wil, maar daartoe tegengesteld beweegt (meer of minder partijbreng) hetgeen dan weer niet logisch lijkt, maar is te verklaren vanuit het tegengestelde vertrekpunt. Verder dient te worden opgemerkt dat deze gang van zaken niet direct wordt toegejuicht.<sup>4</sup> Er is de nodige kritiek, ook in de bundel, zoals Van Kempen samenvat: in het straf- en bestuursproces moet de rechter actiever zijn, dus de trend moet juist omgekeerd worden, althans op die terreinen.<sup>5</sup>

Wat mij betreft zijn deze trends juist gezien, en heeft men dus gelijk, maar ik meen ook dat men daar in dit geval niet bijzonder veel mee opschiet. Omdat de vertrekposities tegengesteld zijn, gaat het niet aan om in deze al teveel bij elkaar te rade te gaan. Zoals ook Van Kempen bespreekt, leiden doel en aard van diverse procesrechten tot onmogelijkheid van harmonisatie.<sup>6</sup> Dat is juist, en dus moeten we hier niet proberen, op dit abstracte niveau, om naar een onderlinge balans te zoeken. Het gaat het er hier slechts om dat we, beperkter en dus gelukkig ook eenvoudiger, driemaal gaan

<sup>1</sup> Deze bijdrage werd in verkorte vorm als lezing gepresenteerd tijdens een symposium (op 5 februari jl.) aan de Radboud Universiteit naar aanleiding van het boek van L.E. de Groot-van Leeuwen et al. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht* (serie Rechtspleging RU, 4), Deventer: Kluwer 2009.

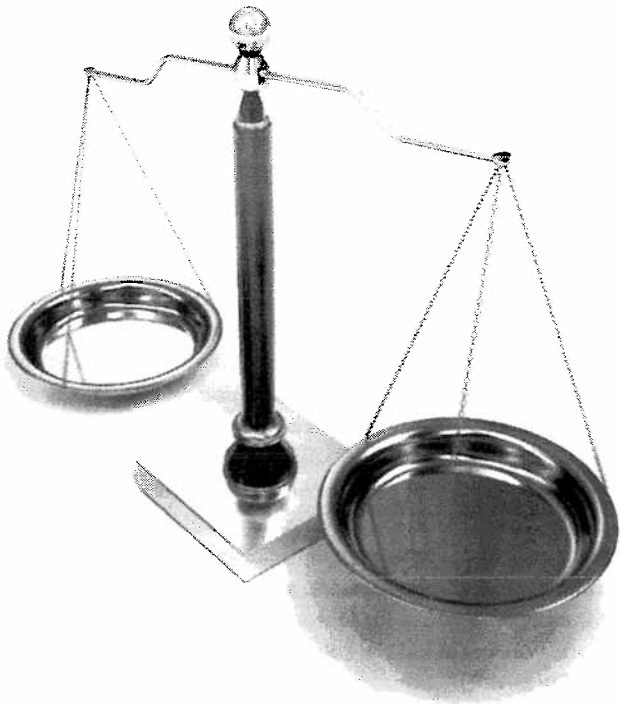
<sup>2</sup> Zie de bijdragen van L.E. de Groot-van Leeuwen en P.H.P.M.C. van Kempen in: De Groot-van Leeuwen et al., a.w., p. 2 resp. p. 276-277.

<sup>3</sup> Aldus P.H.P.M.C. van Kempen, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: De Groot-van Leeuwen et al., a.w., p. 277.

<sup>4</sup> Van Kempen, a.w., p. 282-283, en stelling 16 op p. 290.

<sup>5</sup> Van Kempen, a.w., p. 279.

<sup>6</sup> Van Kempen, a.w., p. 268 e.v.



zoeken naar ieders balans, naar de eigen balans per rechtsgebied. En dus moeten we niet naar andere rechtsgebieden kijken of zelfs verwijzen als het erop aankomt de balans voor het eigen terrein te vinden.<sup>7</sup> Dat gezegd zijnde, kunnen we ons hierna verder beperken tot het civiele procesrecht.

### 3. De huidige balans in het burgerlijk procesrecht: richting samenwerking

#### 3.1 Partijautonomie

Voor het civiele proces is zoeken naar balans wat mij betreft synoniem aan het zoeken naar gezamenlijke verantwoordelijkheid, en dus niet slechts 'eigen' verantwoordelijkheid, van de procesdeelnemers. Dat is geen eigen wijsheid, maar een wijsheid van de Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht.<sup>8</sup> Ik volg deze commissie graag omdat ze mij ervan hebben overtuigd dat ze de juiste insteek te pakken hebben voor een toekomstbestendig civiele procesrecht.

Het is verstandig om de achtergrond van een en ander kort te recapitulieren. Als bekend betreft de notie van partijautonomie in het burgerlijk procesrecht het uitgangspunt dat rechtssubjecten, de latere procespartijen, vrij zijn zelf hun rechtspositie te bepalen en dat men bij de verwezenlijking van die rechten in een civiele procedure evenzeer autonoom dient te zijn.<sup>9</sup> Het is de procesrechtelijke tegenhanger van autonomie in het overeenkomstenrecht. Kort

---

## HET PARTIJDEBAT, HOOR EN WEDERHOOR, EN HET VOORKOMEN VAN VERRASSINGEN VORMEN DE ONDERGRENSEN VOOR HET KUNNEN INPERKEN VAN DE PARTIJAUTONOMIE.

---

gezegd bepalen de partijen wat er gebeurt. De rechter moet zich schikken: hij is in deze lijdelijk, hij dient de autonomie van partijen te respecteren en binnen de grenzen van de door partijen aangegeven rechtsstrijd te blijven. Partijautonomie en lijdelijkheid zijn daarmee twee zijden van dezelfde medaille. Als er partijautonomie is, is de rechter lijdelijk (afwachtend) en als de rechter niet meer lijdelijk is, gaat dat ten koste van de partijautonomie van de partijen in het geding. Dat is van belang want het impliceert dat de vraag uiteindelijk is: wie heeft de regie? In hoeverre is er van autonomie (lijdelijkheid) sprake? De vraag is dus, nogmaals, waar de balans ligt.

### 3.2 De commissie en hun gezamenlijke verantwoordelijkheid

In de zoektocht naar het antwoord op die vraag is gezaghebbend daarover geschreven en gedebatteerd naar aanleiding van de genoemde Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht. In mei 2003 verscheen hun interim-rapport *Een nieuwe balans* waarin als kernvoorstel is opgenomen om – kort gezegd – in de verhouding tussen rechter en partijen uit te gaan van een *gezamenlijke verantwoordelijkheid* voor het proces in plaats van lijdelijkheid. Dat is dan inclusief een algemene plicht tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces en sanctionering van die plicht. In het verlengde daarvan wordt voorgesteld om de rechter meer bevoegdheden te geven, meer 'casemanager' te maken. Denken in termen van partijautonomie en lijdelijkheid wordt teruggedrongen.

Van de vele reacties waren de meeste behoorlijk negatief, in het bijzonder specifiek op dit punt. Ik noem deze hier niet, ik heb er eerder verslag van gedaan.<sup>10</sup> In 2006 verscheen het eindrapport van dezelfde commissie. Zij houden vast, ondanks de kritiek, aan de lijn

<sup>7</sup> Zie daarover *Kamerstukken II 2006/07*, 30 951, nr. 1, p. 12, aangehaald in J.J. Dammingh, 'De veranderende rol van de rechter in het civiele proces', in: De Groot-van Leeuwen et al., *a.w.*, p. 21.

<sup>8</sup> En het past bij hetgeen Van Kempen, *a.w.*, p. 278, voor het bestuursprocesrecht en het strafprocesrecht beoogt.

<sup>9</sup> Vgl. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 35-36.

<sup>10</sup> Zie I. Giesen, 'Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging', *NJB* 2005, p. 472-474. Ik geef wel nog graag mee dat ik, om eerlijk te zijn, nogal verbaasd was over deze negatieve reacties. Al jarenlang heerste er immers het breed gedragen gevoel dat het proces en de procesregels te ingewikkeld zijn, dat het te lang duurt, en te veel kost, terwijl die oproep gekoppeld werd aan het gegeven dat altijd enkel partiële wijzigingen werden doorgevoerd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Dan wordt er vervolgens een commissie gevormd, die ook nog eens de nek uitsteekt en een fundamenteel andere aanpak bepleit, is het wéér niet goed. Sterker nog, dan vindt men opeens dat er eigenlijk helemaal niet zoveel mis was met Rechtsvordering en dat die hele exercitie dus bij voorbaat onnodig was. Het zal de status quo bias (vasthouden aan het bestaande) van de jurist wel zijn.

---

IN DE WET WORDT OPGENOMEN DAT “ELK VAN DE  
PARTIJEN VERANTWOORDELIJK IS VOOR HET  
BIJDAGEN AAN DE OPLOSSING VAN HET GESCHIL”.  
DAT LIJKT ECHTER VERDACHT VEEL OP WAT ER  
NAAR HUIDIG RECHT AL GELDT.

---

die eerder is ingezet.<sup>11</sup> Ten aanzien van het punt van de gezamenlijke verantwoordelijkheid doet men een poging nog eens nauwkeurig uit te leggen wat is bedoeld. Het gaat bijvoorbeeld niet om een vorm van ‘vrijwilligheid’. Procespartijen staan nog steeds tegenover elkaar en de rechter moet uiteindelijk nog steeds beslissen. Waar het wel om gaat, is dat beide partijen en de rechter zich inspinnen om zowel procedurele als materiële rechtvaardigheid (qua uitkomsten) te benaderen. Daartoe mogen ze scherp procederen, maar de grens ligt daar waar hun procesgedrag verdere conflicten in de hand werkt (feiten achterhouden, vertragingstechnieken inzetten enz.). Ook de rechter heeft zich overigens aan spelregels te houden. Hij moet bijvoorbeeld partijen voldoende gelegenheid geven om bewijs fatsoenlijk te kunnen presenteren.

Ik ben een voorstander van herziening en juich de gekozen insteek dus graag toe, hoewel er best op details kritiek is te leveren. Die kritiek kan echter niet zijn dat de commissie grenzeloos bezig is, wat wel doorklinkt her en der. Immers, er zijn grenzen aan de toegewezen vrijheid. Zonder dat nu te kunnen uitwerken, kan worden gesteld: het partijdebat, hoor en wederhoor, en het voorkomen van verrassingen vormen de ondergrens voor het kunnen inperken van de partijautonomie. Dat geldt ook voor de commissie: zij vindt bijvoorbeeld dat de rechter bevoegd zou moeten zijn de door partijen aangegeven grenzen ter discussie te stellen en hen zo nodig tot het verleggen van die grenzen te bewegen, maar zij betoogt niet dat de rechter de grenzen van de rechtsstrijd ook zou mogen *bepalen*. Dat is echt iets anders.

### 3.3 De reactie uit Den Haag<sup>12</sup>

Bij brief van 5 februari 2007 heeft de Minister van Justitie<sup>13</sup> in grote lijnen geschetst wat hij vindt van en wil gaan doen met de resultaten van de commissie. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de wetgever van plan is de *verantwoordelijkheid van de partijen en de rechter* voor de civiele procedure nader in de wet te verankeren. Daarmee wordt het concept van de ‘gezamenlijke verantwoordelijkheid’ volgens de minister onderschreven. Tegelijkertijd wordt dat concept echter

afgezwakt. Immers, in plaats van over ‘gezamenlijke verantwoordelijkheid’ wordt er over ‘eigen verantwoordelijkheid’ gesproken, omdat ‘gezamenlijk’ te veel zou suggereren dat partijen zouden moeten samenwerken. In de wet zal daarom worden opgenomen, in afdeling 1.3 Rv, dat *“elk van de partijen verantwoordelijk is voor het bijdragen aan de oplossing van het geschil”*. Dat lijkt echter verdacht veel op wat er naar huidig recht al geldt, bijvoorbeeld omdat de partijen volgens de minister die verantwoordelijkheid moeten oppakken vanuit hun ‘eigen belang’. De commissie wilde hier nu juist verder gaan. Het is ook niet ondenkbaar dat deze nieuwe formule van ‘eigen verantwoordelijkheid’ in elk geval in de dagelijkse praktijk zal worden gezien als een bestendiging van de huidige praktijk, ook omdat de minister in de sfeer van de sanctionering alles bij het oude laat. Zo bezien zal dat concept van ‘eigen verantwoordelijkheid’ dan ook niet leiden tot de verdere onderlinge afstemming van het gedrag van partijen en de rechter waar de commissie nu juist naar streefde. Dat leidt dus, nogmaals, tot een afgezwakte variant van wat bepleit was, en dat is jammer, als je er tenminste een voorstander van bent, zoals ik, omdat een modern en efficiënt procesrecht precies dit nodig lijkt te hebben.

### 3.4 De situatie elders

Het voorgaande vind overigens ruime steun in de ontwikkelingen en trends in de landen om ons heen, want het concept van samenwerken, van gezamenlijkheid, van coöperatie heeft ingang gevonden zowel in Engeland als Frankrijk als Duitsland.<sup>14</sup> De trend is, aldus Asser,<sup>15</sup> om de rechter veel meer directe invloed te geven, terwijl van partijen loyaliteit, medewerking wordt verwacht. Ik kan daar nu niet verder op ingaan maar een ultrasnelle blik op slechts de Engelse Civil Procedure Rules 1998 (hierna: CPR) leert al veel. De plicht voor de rechter om actief aan het managen van cases te werken, ligt besloten in CPR 1.4 section 1: *“(1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.”* Vervolgens heet het dan, dat: *“(2) Active case management includes encouraging the parties to cooperate with each other in the conduct of the proceedings.”*

### 4. Dezelfde balans ook ten aanzien van de feiten

Hoewel de partijautonomie op dat specifieke terrein nog sterk in de schoenen staat, aldus terecht Klaassen<sup>16</sup> in de bundel, zou ik menen dat het mogelijk is om de voorgaande lijn van gezamenlijke verantwoordelijkheid door te trekken naar het terrein van de feiten en het bewijsrecht. Immers, via het kunnen gelasten van een deskundigenbericht ligt er ook hier weer veel vrijheid bij de rechter, zoals Klaassen laat zien.<sup>17</sup> De leer van de aanvullende stelplicht of gemotiveerde betwisting maakt daarnaast van de feitenvergaring een echte, ongewilde samenwerking van partijen (door informatie aan te reiken stel je de wederpartij in staat om het bewijs rond te krijgen); de bewijslastverdeling via art. 150 Rv kan afwijken, als de

11 I. Giesen & L.M. Coenraad, ‘Kwaliteitsbevordering in de rechtspleging’, *NJB* 2007, p. 784-793.

12 Zie ook Giesen & Coenraad, *a.w.*, p. 787.

13 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, en daarover Dammingh, *a.w.*

14 W.D.H. Asser, in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer & Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 29 en 34, en uitvoerig op p. 18-28; B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 596-602 en 633.

15 Asser, *a.w.*, 2010, p. 29.

16 C.J.M. Klaassen, ‘Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure’, in: De Groot-van Leeuwen et al., *a.w.*, vooral p. 62-64, en recent ook Asser, *a.w.*, 2010, p. 35.

17 Klaassen, *a.w.*, p. 81.

rechter dat zo bepaald, van de hoofdregel, en de waarheidsplicht van art. 21 Rv, in combinatie met art. 22 Rv, geeft de rechter ook een rol en functie, een bevoegdheid ook, die wel eens kan indruisen tegen wat partijbelangen zouden vergen, maar vanuit een gezamenlijke verantwoordelijkheid goed is. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van een bewijsaanbod als voldoende concreet en ter zake dienend, daar zit ook beoordelingsmarge en sturingsruimte voor de rechter. En tot slot, de bewijswaardering, het slotstuk van dit alles, daar waar de besluiten vallen, is helemaal het domein van de rechter (art. 152 lid 2 Rv). Bovendien, als je de werkelijkheid zo veel mogelijk wilt benaderen, zoals Klaassen stelt, en Van Schaick in zijn oratie bestrijdt,<sup>18</sup> dan zal je iets moeten doen tegen kruit drooghoudende en omzichtig langs de randen van de feiten opererende procespartijen, en dat 'iets' betekent soms: de partijen de duimschroeven aandraaien en dus inbreuk maken op hun vrijheid en op de rechterlijke lijdelijkheid.

Kortom, de rechter is leidend, niet lijdelijk, zelfs op dit vlak. Voor het overige was het in wezen al zo, ik denk dat zulks vrij breed wordt gedeeld, dat de rechter de leiding heeft als er eenmaal geprocedeerd wordt, na het aanbrengen van de zaak. Ofwel: het geschil is van partijen, het proces is van de rechter. De rechter heeft de leiding, hij zet de koers uit, en dat hoort ook zo, want als een geschil eenmaal is voorgelegd aan de overheidsrechter is dat een publieke zaak geworden waaraan ook publieke belangen (rechtseenheid, rechtsvorming, rechtszekerheid, geen eigenrichting, vertrouwen in de rechtspleging) kleven. Daar moeten de maatschappij en de rechtspleging zich rekenschap van geven en dat doen we door een overheidsdienaar, de rechter, het proces te laten sturen, de rechter als casemanager.

## 5. Het beginsel van de actieve rechter

Blijkens de discussie zoals die is gevoerd, staat buiten twijfel dat het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter, soms als gedegradeerd tot praktisch kenmerk, aan erosie onderhevig is.<sup>19</sup> Wat mij betreft staat zelfs ter discussie of de partijautonomie nog wel een beginsel van procesrecht betreft. De Commissie fundamentele herbezinning<sup>20</sup> meent van niet. Van Schaick verdedigt 'de autonomen' echter te vuur en te zwaard.<sup>21</sup>

Mijn positie in dit debat zou ik als volgt willen bepalen. Als er een procedure zou zijn waarin de partijen vergaand autonoom zouden zijn, dan zou dat wel eens ten koste kunnen gaan van de zwakere partij. Daarmee zou de civiele procedure of althans de civiele rechtspleging als geheel in de gevarenzone kunnen komen waar het onze noties van rechtvaardigheid en gerechtigheid betreft. En dus is in elk geval tot op zekere hoogte<sup>22</sup> een rem op de lijdelijkheid van de rechter nodig. Ik vul deze noodzakelijkheid dan echter zo in dat de partijautonomie betuigd moet worden; ik vind dus dat de

---

## DE RECHTER HEEFT DE LEIDING, EN DAT HOORT OOK ZO, WANT ALS EEN GESCHIL EENMAAL IS VOORGELEGD AAN DE OVERHEIDSRECHTER IS DAT EEN PUBLIEKE ZAAK GEWORDEN WAARAAN OOK PUBLIEKE BELANGEN KLEVEN.

---

balans anders moet, en daarom zou ik eerder van het beginsel van de actieve rechter willen uitgaan.

Onze civiele procedure is redelijk aan de maat, voldoet grosso modo aan wat is vereist, het systeem werkt grotendeels, doch onvoldoende qua termijnen en qua kosten (het is te langdurig en te duur), maar we moeten (daarnaast) blijven oppassen dat de zwakere deelnemer aan het rechtsbedrijf niet onderuitgaat,<sup>23</sup> de weg verliest door de mate van complexiteit, de kosten, de beperkte snelheid enzovoort, en daarvoor is mijns inziens een actieve civiele rechter in eerste aanleg nodig.<sup>24</sup> Die noodzaak wordt versterkt doordat procederen zo duur is geworden dat rechtsbescherming feitelijk voor velen niet meer echt toegankelijk is. En als dat aspect van toegang wellicht straks beter wordt door het oprekken van de competentiegrens van de kantonrechter, zodat je in persoon tot € 25.000,- kunt procederen, zijn we er nog niet, want wie beschermt dan al die nieuwe 'one shotters' op de juridische geschillenmarkt? Het beginsel van de actieve rechter kan hier corrigeren, vandaar mijn pleidooi. Sterker nog, die actieve rechter vormt langzamerhand een basisvoorwaarde zonder welke je niet meer kunt zeggen dat het civiele proces eerlijk kan zijn en zal zijn, en dus een hoofdbeginsel van ons procesrecht.

## 6. Eerste tegenwerpingen en de weerlegging daarvan

Ik weet uiteraard dat hier ook anders over wordt gedacht, onder andere door Van Schaick,<sup>25</sup> maar diens vlammende en doorwrochte betoog overtuigt mij uiteindelijk niet, vooral omdat hij rechterlijk activisme alleen bestrijdt vanuit de gedachte dat rechterlijk activisme op waarheidsvinding, op het kunnen beslissen conform de werkelijkheid, is gericht, hetgeen hij niet juist of haalbaar acht. De actieve rechter wordt inderdaad wel gepositioneerd als een bijdrage

18 Klaassen, *a.w.*, p. 85; A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 37 e.v.

19 W.H. Heemskerk & W. Hugenholtz, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier 2009, p. 7; Stein & Rueb, *a.w.*, p. 22.

20 Asser et al., *a.w.*, 2003, p. 277.

21 Van Schaick, *a.w.*, vooral p. 55.

22 De actieve, niet-lijdelijke rechter en partijautonomie zijn dus niet steeds tegenstrijdig: de rechter verplichten om een deskundigenbericht te gelasten indien verzocht, zoals Klaassen (Klaassen, *a.w.*, p. 82) voorstelt, doet op zich geen afbreuk aan de notie van een actieve, waarheidszoekende rechter. De rechter dwingt tot actie, en is er zelf toe gedwongen die actie af te dwingen, terwijl de actie komt van de partijen zelf.

23 Uitvoerder daarover recentelijk A.W. Jongbloed, 'Leiden juridisch alfabetisme en geringe afstand tot de gerechten tot meer handhavingsmogelijkheden voor de burger?', in: E.F.D. Engelhard et al., *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 247 e.v.

24 Hoger beroep is uiteraard mogelijk, maar ik zou de omvang ervan willen inperken en dus niet toestaan dat alles weer mag worden opgerakeld in hoger beroep. Dus geen nieuwe feiten en stellingen die al in eerste aanleg konden worden opgevoerd, wat mij betreft. Nu is deze herstelkans er nog wel. Zie over deze materie ook W.L. Valk, 'Rechtsbescherming in het civiele appelprocesrecht', in: De Groot-van Leeuwen et al., *a.w.*, p. 23 e.v.

25 Vgl. Van Schaick, *a.w.*, vooral p. 47 e.v.

---

PARTIJEN DOEN EEN BEROEP OP EEN PUBLIEK  
INSTITUUT EN DAT MOET DAN ZO EFFICIËNT  
MOGELIJK WORDEN AFGEWIKKELD, JUIST OMDAT  
HET OM PUBLIEKE MIDDELEN GAAT.

---

aan de gewenste waarheidsvinding,<sup>26</sup> maar er is veel meer dan dat. Rechterlijk activisme gaat immers ook over sneller, goedkoper, efficiënter geschillen oplossen, door recht te spreken of partijen naar elders te verwijzen, omdat de civiele procedure wordt gefinancierd uit publieke middelen en niet slechts particuliere maar ook algemene belangen betreft.<sup>27</sup> Het civiele proces en het procesrecht zijn publieke goederen en dienen een algemeen belang, net zozeer als het strafproces dat doet.<sup>28</sup> Ook het civiele proces beoogt uiteindelijk eigenrichting tegen te gaan, met de rechter als behartiger van dat algemeen belang. Met andere woorden: het kan wel zo zijn dat partijen uit tactische overwegingen een bepaalde waarheid en niet *de* waarheidsvinding verkiezen in bepaalde gevallen, maar dat is dan slechts een deel van het verhaal. Men doet dan nog steeds een beroep op een publiek instituut en dat moet dan zo efficiënt mogelijk worden afgewikkeld, binnen kaders van rechtsstatelijkheid en gerechtigheid, juist omdat het om publieke middelen gaat. Wil men iets anders, dan gaat men maar naar het recent opgerichte E-court, en dan via het keuzemenu naar 'langslepende procedures' of 'procedures op onwaarheden', of anders naar arbitrage of bindend advies.

En natuurlijk is het bevoogdend en betuttelend, zoals Van Schaick<sup>29</sup> zal tegenwerpen, om procespartijen te helpen als hun advocaten disfunctioneren; en inderdaad zou een straffe afstraffing daarvan via de aansprakelijkheid van de advocaat nuttig zijn, maar zo werkt het feitelijk niet, en zo zou het ook niet moeten werken want daarmee dwingen we die arme, net teleurgestelde burger en net procespartij om nogmaals te gaan procederen, nu tegen zijn oude advocaat. Dat gaat niet aan, net zo min als we dat willen, en we dat inmiddels proberen te voorkomen via gestandaardiseerde regels, waar het schendingen van de redelijke termijn betreft. Verhoogde doelmatigheid via een actieve rechter hoeft zo ook niet ten koste te gaan van de rechtsbescherming van particulieren,<sup>30</sup> sterker nog, deze wordt zelfs bevorderd (en dat is handig in tijd waarin er vrees

is dat de Hoge Raad daarvan zal afknabbelen<sup>31</sup>). Uiteraard moet dan die rechtsbescherming in civiele procedures aan *beide* partijen toekomen – het gaat ex art. 6 EVRM om 'equality of arms' – maar dat uitgangspunt van gelijkheid geldt ongeacht de mate van activiteit die een rechter ontplooit, en staat aan een meer (of minder) actieve houding niet in de weg.<sup>32</sup>

## 7. Hoe ver reikt die actieve rechter: een nieuw vertrekpunt

Uiteraard zal de eerste vervolgvraag zijn: hoe ver strekt de macht van die actieve rechter? Mijn tentatieve antwoord hierop – ik ben dit concept voor mezelf ook nog aan het ontwikkelen – is simpel, en luidt: in principe net zo ver, afgezien van een detail wellicht, als het systeem strekt zoals we dat nu hebben, en dus niet veel verder dan wat we nu kennen en zo fraai is beschreven in de bundel, maar dan wel, en daarin schuilt het verschil en het belang van mijn betoog, vanuit een ander vertrekpunt. De rechter wacht niet principieel af. Nee, de rechter zal principieel, als je besluit om je geschil aan hem voor te leggen, actief bemoeienis daarmee oppakken en hebben. Dat heb je te accepteren, dat is de prijs die je betaalt voor overheidsinterventie, voor de inzet van publieke middelen.

Ik hecht aan die andere vertrekpositie omdat dat beter laat uitkomen dat het burgerlijk procesrecht een systeem is dat grotendeels publiek gefinancierd wordt, dat dus niet louter de betrekking tussen particulieren raakt en dat dus terecht tot uitgangspunt neemt dat partijen die het willen benutten, zich daarvan bewust moeten zijn, daaraan moeten meewerken en dus actieve bemoeienis moeten dulden om tot zo snel en eenvoudig en efficiënt mogelijke rechtspraak te komen. Dat is hun minimale verantwoordelijkheid, hun eigen én hun gezamenlijke verantwoordelijkheid.

Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

<sup>26</sup> Zie Asser, *a.w.*, 2010, p. 15. Ook Klaassen legt mijns inziens die koppeling; zie Klaassen, *a.w.*, p. 84-85.

<sup>27</sup> Ik realiseer me dat ik hier de nuance anders zoek en leg dan Van Kempen, *a.w.*, p. 269.

<sup>28</sup> In die zin ook Van Kempen, *a.w.*, p. 287.

<sup>29</sup> Zie Van Schaick, *a.w.*, p. 53.

<sup>30</sup> Anders Van Kempen, *a.w.*, stelling 9 op p. 289.

<sup>31</sup> Die discussie (te weten de vrees dat de rechtsbescherming zal verminderen) speelt naar aanleiding van de plannen van de Hoge Raad in het rapport van de commissie-Hammerstein om een selectiekamer in te stellen. Zie bijvoorbeeld het interview met G. Corstens door C. Lindo, *NJB* 2009, p. 1074 e.v.; M.A. Loth, 'Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt', in: A.G. Castermans et al. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 3 e.v.; B.T.M. van der Wiel, 'Selecteren in plaats van afserven', *AA* 2009, p. 855 e.v.; C.M. Schrijnen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2009, p. 353-354.

<sup>32</sup> Sterker: het EHRM heeft een voorkeur voor de actieve rechter, vgl. EHRM 25 januari 1987, NJ 1990, 231, m.nt. EAA (Capuano/Italië).