

## Een mooie balans na een fundamentele herbezinning

Het rapport 'Een nieuwe balans' (Bju, Den Haag 2003) is, ik kan het niet anders uitdrukken, een prachtig stuk rechtswetenschap. Omdat in deze kolommen ongetwijfeld ook een hoop kritiek zal klinken, waarvan een deel vast terecht zal zijn, lijkt het mij wel zo fair te melden dat wat mij betreft het Nederlands burgerlijk procesrecht met dit rapport naar een hoger niveau is getild. Het rapport behelst een mooi afgewogen en overtuigend verhaal waarin zonder veel dralen knopen worden doorgehakt, althans voor wat betreft de opstellers ervan. Nu eens een keer geen uitvoerige verhalen waarin alle 'ins' en 'outs' van leerstuk 'X' of doctrine 'Y' tot in de puntjes gefileerd worden. Hier worden gewoon rechttoe en rechtaan de belangrijkste vragen opgeworpen en van een gemotiveerd antwoord voorzien. De commissie heeft het aangedurfd zich kwetsbaar op te stellen door op hoofdlijnen keuzes te maken, en dat maakt het rapport sterk. Mijns inziens zouden ook de rechtenstudenten aan onze faculteiten gebaat zijn bij dit rapport als studiemateriaal voor het vak procesrecht. Mijn hoop is vervolgens dat juridisch (procesrechtelijk) Nederland de commissie recht zal doen door de discussie over het rapport eveneens op die hoofdlijnen te (gaan) voeren. Laten wij proberen te voorkomen dat wij met zijn allen nu al verzanden in eindeloos gepraat over detail 'Q' en detail 'P'. Die details zijn uiteraard ook belangrijk, en zullen op enig moment (maar wat mij betreft later) zeker aan bod moeten komen, maar missen het hart van dit rapport op dit moment, een rapport immers dat tracht de kern van het procesrecht als zodanig te raken en bij te sturen.

Natuurlijk is er ook kritiek mogelijk, maar als ik voorbij ga aan de details en de aandacht richt op de hoofdlijnen (in hoofdstuk 13 zijn in 6 pagina's de belangrijkste 21 hoofdlijnen en voorstellen uit het rapport overigens heel handig genummerd en kort genoemd), dan wordt dat nog best lastig. In heel veel van wat voorgesteld wordt, kan ik mij eerlijk gezegd goed vinden. Eén kritische kanttekening wil ik op deze plaats echter wel maken.

Onder nr 17 (op p. 268) wordt de naar huidig recht bestaande ruime herkansingsfunctie van het hoger beroep genuanceerd. Bepaalde feiten, verweren, bewijzen, etc. moeten in principe direct in eerste aanleg op tafel komen, en als dat niet is gebeurd, komt dat ten laste van de procespartij die dat nagelaten heeft. Herstel in hoger beroep van dergelijke 'omissies' zou niet langer zonder meer mogelijk moeten zijn. De uitwerking van dit alles is te vinden op p. 194-210. Het grote probleem op dit punt, en mijns inziens is dat van fundamenteel belang, is dat het extreem lastig is te komen tot een afbakening van gevallen waarin gezegd kan worden dat een bepaald feit of verweer 'eerder in de procedure' had kunnen worden ingebracht en dat het feit dat zulks niet ge-

beurd is, aan de betrokken partij is toe te rekenen. De commissie erkent dat ruiterlijk. De commissie stelt dan echter (p. 209) dat het hen 'niet doenlijk (lijkt) hiervoor meteen al scherpe criteria te ontwikkelen', en vervolgt dan met een schets van hoe dergelijke gevallen normaal opgelost plegen te worden: een vage norm wordt in de wet opgenomen, met een ruime toelichting in het wetgevingsproces, en verder wordt het aan de rechtspraak overgelaten om de concretisering te verzorgen. Daar wil de commissie het niet bij laten, en dus komt zij in aanvulling daarop met een andere aanpak, namelijk concretisering via wat zij dan noemt 'begeleiding bij de hantering van regels' (uitgewerkt in hoofdstuk 12, p. 247 e.v.). Ik kan best leven met die aanpak, hoewel die nog in de kinderschoenen lijkt te staan, maar het echte, hiermee niet opgeloste probleem schuilt mijns inziens in de fase daaraan voorafgaand. Het gaat mij dan hierom dat de commissie er niet aan wil om nu al een criterium op te stellen om de gevallen van (te kort gezegd) 'wel nog aanvulling in hoger beroep' versus 'geen verdere aanvulling in hoger beroep' te onderscheiden. En dat is jammer. Het was de enige keer dat ik een bladzijde van het rapport teleurgesteld omsloeg.

Toegegeven, het zal zeker lastig zijn zo'n criterium te vinden, maar als dit punt zo wezenlijk is, en dat is het voor de commissie, dan had zij mijns inziens toch wel met een (poging tot een) criterium kunnen en moeten komen. Ik zou zelf denken aan een aantal criteria voor verschillende thema's: feiten alleen nog aanbrenge als aantoonbaar is dat ze pas na de eerste aanleg bekend werden, verweren alleen nog als deze in eerste aanleg niet gevoerd kon worden (bijvoorbeeld in verband met het ontbreken van feiten), etc. Uiteraard zijn deze 'criteria' slechts pogingen tot voorbeelden en zeker niet stevig doordacht. Het punt is ook alleen dat ik op dit vlak meer input en leiding van de commissie had verwacht. Ongeveer elk te verzinnen criterium zou in elk geval als een vertrekpunt hebben kunnen functioneren waardoor de nadere uitwerking (via rechtspraak of via de nieuw voorgestelde aanpak) beter op gang zou kunnen komen. Gegeven het voorgaande zou mijn voorstel zijn om de commissie nu de tijd te geven haar bevindingen op hoofdlijnen, waar nodig, nader bij te schaven. Dan kunnen wij daarna, eens als wij het tegen die tijd allemaal zijn over de uitgangspunten van het alernieuwste burgerlijke procesrecht, de discussie starten over de uitwerking ervan op detailpunten in nieuwe wetgeving. Het worden mooie tijden in procesrechtland...

Ivo Giesen  
(universitair hoofddocent Privaatrecht en Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Universiteit van Tilburg)

