

Procesrecht

Beginselen van burgerlijk procesrecht

DE ASSER-SERIE

Aan de Leidse hoogleraar CAREL ASSER (1843–1898) is de naam van deze serie handboeken ontleend. Hij heeft zijn 'Handleiding' – waarvan de eerste aflevering in 1878 verscheen – zelf niet kunnen voltooien. Aan de serie is verder gewerkt door eminente rechtsgeleerden, onder wie E.M. MEIJERS, P. SCHOLTEN, M.H. BREGSTEIN, W.C.L. VAN DER GRINTEN, J.H. BEEKHUIS en L.E.H. RUTTEN.

De opzet van de handleiding was het in het Burgerlijk Wetboek gecodificeerde recht te behandelen en wel hoofdzakelijk ten dienste van het juridische onderwijs. Daarin is verandering opgetreden. De Asser-serie is geworden tot het toonaangevende commentaar op het burgerlijk recht ten behoeve van de rechtspraktijk. Aan de rechtspraak, in het bijzonder die van de Hoge Raad, wordt de vereiste aandacht besteed. Wetgeving buiten het BW wordt besproken voor zover zij van direct belang is voor een duidelijk beeld van het burgerlijk recht.

Om de lezer van de serie een zo volledig mogelijk inzicht te verschaffen in de aan de orde gestelde materie, wordt bij de behandeling van het Burgerlijk Wetboek mede aandacht besteed aan relevante Europeesrechtelijke en rechtsvergelijkende ontwikkelingen.

In 2008 is een begin gemaakt met een nieuwe opzet van de serie om haar beter te laten aansluiten op het systeem van het Burgerlijk Wetboek van 1992 en op de ontwikkelingen in Europees verband. Een overzicht van de nieuwe indeling van de serie treft u aan naast de titelpagina van deze uitgave. In het voorwerk vindt u informatie over de achtergrond van de gewijzigde opzet. In het nawerk is een uitgebreid serieoverzicht opgenomen. Hierin kunt u zien welke Asser-delen leverbaar zijn en welke delen in voorbereiding zijn. Delen die nog een nummer hebben dat overeenkomt met de oude opzet van de Asser-serie hebben een voetnoot. De voetnoot geeft een toelichting op het nummer.

Wegens de toenemende vervlechting van materieel en formeel recht behandelt de Asser-serie (sinds 2005) in een aantal delen ook het burgerlijk procesrecht, met inbegrip van het faillissementsrecht.

VAN DE ASSER ADVIESRAAD EN DE UITGEVER

Het recht is voortdurend aan verandering onderhevig. De weerslag daarvan is voor het in Nederland geldende privaatrecht steeds neergelegd in de Asser-serie. Aan het begin van de 21e eeuw zijn er voor het vermogensrecht ontwikkelingen te signaleren die aanleiding geven tot een wijziging van de bestaande opzet van de Asserdelen. Deze ontwikkelingen betreffen de invloed van het Europese recht op het nationale vermogensrecht en hand in hand daarmee het belang van rechtsvergelijkende projecten. Voorts is er aanleiding om de indeling van de serie aan te passen aan de volgorde van het sinds 1992 geldende wetboek. Hierna lichten de Asser Adviesraad en de uitgever het besluit toe om de opzet van de serie aan te passen.

De rechtspraktijk is ermee gediend dat de volgorde van de delen zoveel mogelijk aansluit bij de volgorde van de Boeken van het Burgerlijk Wetboek. De systematiek van de wet wordt echter niet volledig gevolgd. Zo wordt het met het oog op een overzichtelijke behandeling van de stof niet verantwoord geacht om de behandeling van het vruchtgebruik van de in Boek 5 BW geregelde beperkte rechten of de behandeling van de rechtshandeling van die van de overeenkomst te scheiden.

Het geplande Boek 9 en het inmiddels in werking getreden Boek 10 maken opname in de Asser-serie van enige daaraan gewijde boeken wenselijk. De behandeling van de materie van Boek 10 (internationaal privaatrecht) in drie delen is voltooid. Aan de stof van Boek 9 zullen twee delen over het auteursrecht en het merkenrecht worden gewijd.

De behandeling van het vermogensrecht wordt ingeleid door twee in Deel 3 op te nemen 'algemene delen vermogensrecht'. Het eerste daarvan is gewijd aan de invloed van het Europese recht op het Nederlandse vermogensrecht en het tweede zal gewijd zijn aan rechtsfiguren die voor het gehele vermogensrecht van belang zijn en (daarom) thans te weinig aandacht krijgen in de aan het goederenrecht en het verbintenissenrecht gewijde Delen.

Het eerste van de zojuist genoemde algemene delen vermogensrecht, dat is verschenen in 2008 (derde druk 2015) dient als achtergrond voor de behandeling van het Europese recht in alle aan het vermogensrecht gewijde banden. De Asser-serie beoogt het gehele in Nederland geldende privaatrecht geïntegreerd te behandelen, ongeacht of het van nationale of van Europese origine is en, in het laatste geval, ongeacht of het teruggaat op primair recht (EU-Verdragen, algemene beginselen van unierecht) of op secundair recht (richtlijnen, verordeningen). Voor zover relevant wordt het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten

van de mens betrokken bij de behandeling van het in Nederland geldende vermogensrecht.

Ten slotte wil de Asser-serie meer aandacht besteden aan rechtsvergelijking. Rechtsvergelijking is van belang voor het doorgronden van het nationale recht. Zij zal bij de ontwikkeling van privaatrechtelijke leerstukken in Europees verband van toenemend belang zijn. Gebruik zal worden gemaakt van de internationale initiatieven die bepaalde onderdelen van het recht rechtsvergelijkend benaderen; men denke aan de Unidroit Principles of International Commercial Contracts, de Principles of European Contract Law, de Principles of European Tort Law, de Study Group on a European Civil Code, de Principles of European Insolvency Law, de Principles of European Trust Law en het Common Frame of Reference. Het verhoogt de waarde van de Asser-serie als deze informatie voor de lezer wordt ontsloten. Een beknopte vermelding van en verwijzing naar de resultaten van deze wetenschappelijke inspanningen is effectief, omdat daarin verder wordt verwezen naar nationaalrechtelijke bronnen en dikwijls in een analyse bepaalde gemeenschappelijkheden of verschillen worden aangegeven. Tevens is aannemelijk dat bij de verdere harmonisering van het privaatrecht in Europa op deze resultaten zal worden voortgebouwd en dat het Hof van Justitie EU zich in zijn op de 'algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben' (art. 340 VWEU) geïnspireerde rechtspraak over bijvoorbeeld de privaatrechtelijke richtlijnen daardoor zal laten inspireren.

De Asser Adviesraad
De uitgever

ASSER-SERIE (indeling vanaf 2008)

Algemeen Deel

1. Personen- en familierecht
2. Rechtspersonenrecht
3. Vermogensrecht algemeen
4. Erfrecht en schenking
5. Zakenrecht
6. Verbintenissenrecht
7. Bijzondere overeenkomsten
8. Verkeersmiddelen en vervoer
9. Auteursrecht en merkenrecht
10. Internationaal privaatrecht

Procesrecht

Asser Adviesraad

Een deskundige adviesraad van toonaangevende juristen uit de wetenschap en de praktijk bewaakt de kwaliteit van de Asser-serie en neemt samen met de uitgever beslissingen over gewenste herzieningen, nieuwe delen en andere belangrijke ontwikkelingen die de serie aangaan. De Adviesraad bestaat uit de volgende leden:

prof.mr. W.D.H. Asser
prof.mr. S.E. Bartels
prof.mr. A.S. Hartkamp (voorzitter)
prof.mr. A.I.M. van Mierlo
prof.mr. S. Perrick
prof.mr. F.R. Salomons
prof.mr. A.C. van Schaick
prof.mr.drs. C.H. Sieburgh
prof.mr. J.B.M. Vranken

Mr. C. Assers
Handleiding
tot de beoefening
van het
Nederlands
Burgerlijk Recht

Procesrecht

Deel I

Beginselen van burgerlijk procesrecht

prof.mr. I. Giesen

Hoogleraar aan de Universiteit Utrecht en
raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch

 Wolters Kluwer
Deventer – 2015

Verkorte citeerwijze:

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/[Hier randnummer vermelden]

Voorbeeld: Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/10

Volledige citeerwijze:

I. Giesen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Omslag: Hans Roenhorst - www.h2rplus.nl

ISBN 978-90-13-13350-9

E-book 978-90-13-13351-6

NUR 822-209

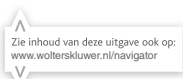
© 2015 I. Giesen en Wolters Kluwer

Redactie, auteurs en uitgever houden zich aanbevolen voor opmerkingen en suggesties van gebruikers. Men kan die sturen naar de uitgever, Postbus 23, 7400 GA Deventer, of mailen naar asser-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.



NAVIGATOR

VOORWOORD BIJ DE EERSTE DRUK

‘HET VOORDEEL VAN BEGINSLEN (...) IS DAT ZIJ DE MECHANISMEN DIE IN EEN PROCES VOOR DE RECHTER WERKZAAM ZIJN EN DE VERSCHILLENDE BELANGEN DIE BIJ EEN PROCESVOERING GEMOEID ZIJN, ZO DUIDELIJK ZICHTBAAR MAKEN.

HET IS DE NIET GERINGE VERDIENSTE VAN ART. 6 EVRM DAT HET HET WEZEN VAN DE RECHTSpraak IN ÉÉN SYNTHESE SAMENVAT EN IN TWEE VOLZINNEN TOT EEN WETTEKST SAMENPERST.’

E.J. DOMMERING (1983), p. 234

De reeks handboeken in de *Asser Procesrecht*-serie bestaat inmiddels uit een aantal delen over diverse specifieke onderwerpen (eerste aanleg, bewijs, hoger beroep, cassatie, etc.). In een serie als deze behoort aan dergelijke delen een uitgave vooraf te gaan welke in de behoefte kan voorzien om enkele thema's die de elders uitvoeriger besproken specifieke onderdelen van het procesrecht overstijgen, nader te analyseren en beschouwen. Het onderhavige boek beoogt te voorzien in deze behoefte aan een dergelijke meer algemene inleiding.

Daarbij is de focus – voor het burgerlijk procesrecht ligt dat voor de hand – gelegd bij de beginselen van ons burgerlijk procesrecht als hét overkoepelende, alle overige boekdelen verbindende thema. Voor die focus is uiteraard ook gekozen omdat dat thema ook het (burgerlijk) procesrecht als zodanig, al sinds de dagen van Van Boneval Faure, en vanaf de inwerkingtreding van het EVRM steeds pregnanter, doorklieft en doordrenkt. Bovendien lijkt het wel alsof die beginselen steeds belangrijker worden: waar de (civiele) rechtspleging meer en meer onder politieke en financiële druk staat, en heilige huisjes (benoemingen van rechters voor het leven, gefinancierde rechtsbijstand) niet langer als vanzelf geaccepteerd worden en dus afgebroken of althans ter discussie gesteld worden, zijn de basisnoties over wat die rechtspleging uiteindelijk vermag, waar de ondergrens ligt, eens te meer wezenlijk.

Met dit boek is aldus beoogd een wetenschappelijk naslagwerk te schrijven waarin de materie op gestructureerde wijze wordt uiteengezet, zodat de beginselen van burgerlijk procesrecht (beter) toegankelijk worden gemaakt voor advocaten, rechters, deurwaarders, wetenschappers en anderen die met het burgerlijk procesrecht van doen hebben. Het doel is de huidige stand van zaken zo scherp en accuraat mogelijk weer te geven – een opdracht die niet altijd eenvoudig is als het om algemene noties als beginselen gaat – doch ook om daar een eigen visie aan toe te voegen waar dat dienstig leek. Die eigen visie blijkt in

ieder geval uit de selectie van thema's die besproken worden en de multidimensionale methode die daartoe is gekozen, waarover meer in Hoofdstuk 1. Het boek bespreekt diverse beginselen van burgerlijk procesrecht in het deel over 'Beginselen van burgerlijk procesrecht' (in de hoofdstukken 5 t/m 11), en laat dat deel voorafgegaan door enkele algemene bespiegelingen over het burgerlijk procesrecht in een deel genaamd 'Algemene beschouwingen' (hoofdstukken 1 t/m 4).

Voorafgaand aan die hoofdstukken verdient hier nog aandacht dat gedurende het schrijfproces aan dit boek door het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Raad voor de rechtspraak het project 'Kwaliteit en Innovatie' (Kel) werd opgestart en uitgerold. Dat project voorziet in, ten eerste, de digitalisering van de civiele rechtspleging in Nederland, en ten tweede, daaraan gerelateerd, de nodige herzieningen van (onder andere) ons Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (zie *Kamerstukken* 34 059, 34 138 en 34 212). Die herzieningen zullen gefaseerd en via pilots worden geïntroduceerd, vanaf, naar verwachting, juli 2016. In dit boek is gepoogd hiermee om te gaan door in deze eerste druk uit te gaan van de voorlopig nog bestaande regels van procesrecht en, waar nodig, alvast kort aan te geven waar de regels zullen gaan veranderen. De focus ligt dus op het thans nog geldende recht. Deze keuze was vooral mogelijk doordat de beginselen van procesrecht door deze operatie geen majeure wijzigingen zullen ondergaan. De Kel-operatie is dus voor het thema van dit boek van relatief gering belang; op het (vaak wat) abstractere niveau van de bespreking van de beginselen van procesrecht in dit boek heeft deze wetgevingsoperatie minder vat gekregen.

Hoewel dit boek nu (in een eerste druk) verschijnt, dient meteen al vermeld te worden dat het werk in feite nog niet 'af' is. Deze eerste druk is slechts de eerste resultante van 'werk in uitvoering'. Het is de bedoeling om in de komende jaren in nieuwe, geactualiseerde (volledig Kel-waardige) drukken stap voor stap een aantal nieuwe, moderne onderwerpen (denk aan: de waarheidsplicht; transparantie; effectiviteit; efficiency) toe te voegen, verder uit te laten dienen of een prominentere plaats (eventueel zelfs in nieuwe hoofdstukken) te geven en om de andere, wel al besproken thema's ook vanuit andere invalshoeken te gaan benaderen. Dat deze eerste druk er nu in deze vorm ligt, is mede te danken aan het feit dat ik geregeld uit eerder verschenen eigen publicaties kon putten, hetgeen ik dan ook regelmatig heb gedaan. Daarbij heb ik mede dankbaar gebruik gemaakt van en geput uit het jaarlijkse overzicht over de civiele rechtspleging dat ik enkele jaren samen met Lieke Coenraad voor het *NJB* heb mogen verzorgen.

Naast Lieke Coenraad dank ik de uitgever, met name Pieter Bon, en de Asser Adviesraad die mij deze prachtige klus hebben toebedeeld, het Departement Recht en het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht die mij enige extra tijd (en enige extra ondersteuning) gunden om aan het boek te kunnen werken, en al mijn Utrechtse collega's, in het bijzonder Rob Widdershoven en Laura van Kessel, die bereid waren met mij

van gedachten te wisselen of zelfs delen van het boek van commentaar te voorzien. Ook gaat veel dank uit naar vijf van mijn collega-hoogleraren burgerlijk recht uit allerlei windstreken (Bart, Steven, Chris, Willem en Siewert) met wie ik jaarlijks in de vorm van een onderzoeksverblijf een week in prachtige (vakantie) verblijven doorbreng en die daarbij steeds weer veel inspiratie aanreikten, alsmede aan Lonneke Stevens voor een week strikte werkdiscipline in Drenthe en voor zoveel meer, en aan diverse student-assistenten, te weten Annebel Weghorst, Sam Merab Samii, Frederique Bos, Michiel van Rede, Marjosse Hiel, Mikel Tolboom en Jaap van der Steenhoven, voor de onderzoeksassistentie die ik de afgelopen jaren van hen kreeg.

Ik dank echter vooral en bovenal Jan Vranken die mij altijd al inspireerde, en ook nu weer, en die mij voor dit project (weer) onder zijn hoede nam en als kritisch geweten meegelezen heeft en mij voor menig misverstand of misser behoed heeft. Alle resterende fouten zijn uiteraard geheel en al mijn eigen verantwoordelijkheid. Kanttekeningen en opmerkingen van u als lezer, verneem ik uiteraard graag (I.Giesen@uu.nl).

Het onderzoek voor dit deel werd afgesloten op 15 juli 2015. Met ontwikkelingen nadien kon slechts zeer sporadisch rekening worden gehouden.

Utrecht, 13 augustus 2015

Ivo Giesen

INHOUDSOPGAVE

<i>Uitgebreide inhoudsopgave</i>	XIX
<i>Enige afkortingen</i>	XXXV
<i>Lijst van verkort aangehaalde werken</i>	XXXVII

Deel A Algemene beschouwingen	1
Hoofdstuk 1 - Algemene inleiding	3
1.1 Inleidende opmerkingen: doel, focus en benadering	3
1.2 Doelen van het burgerlijk procesrecht	12
1.3 Feitelijke context: beleidsmatige en empirische gegevens over conflicten en de rechtspleging in Nederland	17
1.3.1 Conflicten binnen de rechtspleging	17
1.3.2 Cijfers over de Nederlandse (en Europese) rechtspleging	20
1.3.3 Cijfers = Beleid (?)	24
1.4 De invloed van de Raad van Europa en het EVRM	25
1.4.1 Algemeen	25
1.4.2 Reikwijdte en werking van het EVRM	26
1.4.3 Art. 13 EVRM	32
1.5 De EU en beginselen van procesrecht	34
1.6 Keuze van de te bespreken beginselen van burgerlijk procesrecht	37
1.6.1 Inleiding	37
1.6.2 Niet apart besproken uitgangspunten van ons burgerlijk procesrecht	40
1.7 Afronding	43
Hoofdstuk 2 - Rechtsvinding en de 'multilevel' civiele rechtspleging	45
2.1 Inleiding	45
2.2 Rechtsvinding en rechtsvorming in een 'multilevel' rechtspleging	46
2.2.1 Procesrechtelijke rechtsvinding op nationaal niveau	46
2.2.2 Bronnen van het burgerlijk procesrecht (1)	51
2.2.3 Bronnen van burgerlijk procesrecht (2): zelfregulering via rechtersregelingen	53
2.2.4 Rechtsvinding en rechtsvorming in het Europese (proces)recht	61
2.2.5 'Meergelaagdheid': multilevel burgerlijk procesrecht	69
2.3 Slot	73

	Hoofdstuk 3 - Nieuwe beginselen van civiel procesrecht?	75
3.1	Inleidende opmerkingen	75
3.2	Nieuwe beginselen: new public management (NPM)?	75
3.3	Nieuwe beginselen: waarheidsvinding en de waarheidsplicht?	80
3.3.1	Art. 21 Rv	80
3.3.2	De sanctionering van art. 21-22 Rv	84
3.3.3	Van waarheidsplicht tot beginsel van waarheidsvinding?	86
3.3.4	Art. 22 Rv	93
3.3.5	Wel een algemene informatieplicht?	94
3.4	Nieuwe beginselen: effectieve rechtsbescherming?	94
3.5	Conclusie	100
	Hoofdstuk 4 - Sanctionering na schending van een beginsel van procesrecht	103
4.1	Inleiding	103
4.2	Het EVRM: sanctionering achteraf	106
4.2.1	Art. 46 EVRM en art. 41 EVRM	106
4.2.2	Art. 13 EVRM: een effectief nationaal rechtsmiddel	109
4.2.3	Nogmaals: art. 46 EVRM	111
4.3	Nationaal recht: hoger beroep en cassatie	113
4.4	Nationaal recht: herstel en sanctionering via een kort geding-procedure	114
4.5	Nationaal recht: de verklaring voor recht	116
4.6	Nationaal recht: herroeping	120
4.7	Nationaal recht: aansprakelijkheid van de Staat	122
4.7.1	Inleiding	122
4.7.2	Aansprakelijkheid van de Staat wegens onrechtmatige rechtspraak	123
4.7.3	Aansprakelijkheid in Europees verband	127
4.7.4	Gewijzigde inzichten (I): aansprakelijkheid van de rechter	135
4.7.5	Gewijzigde inzichten (II): redelijke termijn en smartengeld	143
4.7.6	Een alternatief: vergoeding van 'integriteitsschade'	153
4.8	Conclusie	159
	Deel B Beginselen van burgerlijk procesrecht	161
	Hoofdstuk 5 - Toegang tot de rechter	163
5.1	Inleidende opmerkingen	163
5.2	Toegang tot de rechter volgens het EVRM	166
5.2.1	Hoofddlijnen	166
5.2.2	Sanctionering	175
5.3	Toegang tot de rechter in Nederland	176
5.4	Grenzen aan de toegang en de toelaatbaarheid daarvan	178
5.4.1	Voorbeelden uit Nederland en op basis van het EVRM	178
5.4.2	Uitgelicht: debat in Nederland over de kosten van procederen	194
5.4.3	Afronding: er liggen ook kansen	201

5.5	Toegang en massa(schade)claims	203
5.5.1	Inleiding	203
5.5.2	Het EVRM	204
5.5.3	De Europese Unie	204
5.5.4	Nederlands recht: art. 3:305a BW	208
5.5.5	Nederlands recht: de Wet collectieve afwikkeling massaschade	217
5.6	Toegang en ADR	219
5.7	Conclusie	227
	Hoofdstuk 6 - Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter	229
6.1	Inleiding	229
6.1.1	Inleiding en belang	229
6.1.2	Wie moet onafhankelijk en onpartijdig zijn?	231
6.1.3	Plan van behandeling	233
6.2	Onafhankelijkheid ten opzichte van 'derden'	234
6.3	Onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende en wetgevende macht	236
6.3.1	Inleiding	236
6.3.2	Het EVRM en de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht	237
6.3.3	De (rechtspositionele) onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht naar Nederlands recht	239
6.3.4	Onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgevende macht: EVRM en Nederland	240
6.4	Onpartijdigheid van de rechter ten opzichte van de procespartijen	244
6.4.1	De eisen die het EVRM stelt	244
6.4.2	Onpartijdigheid naar Nederlands recht	253
6.4.3	Psychologische aspecten van de onpartijdigheid van de rechter	255
6.4.4	Een zijpad: onpartijdige arbiters	272
6.5	Sanctionering: (preventieve) maatregelen tegen afhankelijkheid en/of partijdigheid	274
6.5.1	Inleiding: hoger beroep en transparantie	274
6.5.2	Europese maatregelen	275
6.5.3	Wraking en verschoning	276
6.6	Zelfregulering en onafhankelijkheid en onpartijdigheid	288
6.6.1	De Leidraad Onpartijdigheid en de binding van de individuele rechter	288
6.6.2	De toewijzing van zaken binnen een gerecht	290
6.7	Conclusie	293
	Hoofdstuk 7 - Hoor en wederhoor ('fair hearing')	295
7.1	Inleidende opmerkingen	295
7.2	Achtergrond en (rechtseconomische) ratio van hoor en wederhoor	297
7.3	'The right to a fair hearing' uit art. 6 EVRM	300
7.3.1	Introductie	300
7.3.2	Drie aspecten van een eerlijk proces ('fair hearing')	302

7.4	Nederland	308
	7.4.1 Inleiding	308
	7.4.2 Ad (1): het recht op rechterlijk gehoor	312
	7.4.3 Ad (2): het recht op tegenspraak ('adversarial proceedings')	315
	7.4.4 Ad (3): gelijkheid der wapenen	318
	7.4.5 Grenzen aan hoor en wederhoor	327
	7.4.6 Rechtsgevolgen en sancties verbonden aan de schending van hoor en wederhoor	332
7.5	Slotoverweging	333
	Hoofdstuk 8 - Openbaarheid van rechtspraak	335
8.1	Inleidende opmerkingen	335
8.2	Omschrijving en ratio van openbaarheid van rechtspraak	336
8.3	De (vereisten aan de) openbaarheid van rechtspraak op grond van art. 6 EVRM	339
	8.3.1 Hoofdpijnen: 'public hearing' en 'public pronouncement'	339
	8.3.2 Uitzonderingen op de eis van openbaarheid	346
8.4	Openbaarheid in Nederland	350
	8.4.1 Inleiding	350
	8.4.2 De openbare terechtzitting	351
	8.4.3 De openbare uitspraak	356
8.5	Sanctionering bij schending van het beginsel van openbaarheid	361
8.6	Ontwikkelingen op het gebied van openbaarheid	368
	8.6.1 ADR en openbaarheid	368
	8.6.2 'Dissenting' en 'concurring opinions'	370
	8.6.3 Moderne tijden: van openbaarheid naar transparantie (?!)	371
8.7	Slot	378
	Hoofdstuk 9 - Berechting binnen een redelijke termijn	381
9.1	Inleidende opmerkingen	381
9.2	Ratio van het redelijke termijn-beginsel	384
9.3	Enkele feitelijke gegevens inzake de duur van procedures	385
9.4	Art. 6 EVRM: 'within a reasonable time'	390
	9.4.1 Inleiding	390
	9.4.2 Termijn: begin en eind	391
	9.4.3 Termijn: duur	392
	9.4.4 Termijn: een vaste termijn?	398
9.5	Rechtsgevolgen (sancties) bij een schending van het beginsel	399
	9.5.1 Inleiding: sanctie via het nationale recht	399
	9.5.2 EVRM-sanctionering: art. 41 EVRM	401
	9.5.3 Sanctionering van een 'systematic problem'	406
	9.5.4 Gevolgen voor Nederland: hoofdlijn van het geldende sanctiesysteem	408
	9.5.5 Tussenconclusie	417
9.6	De redelijke termijn in het Nederlandse recht	417
	9.6.1 Art. 20 lid 1 Rv	417
	9.6.2 Tussen partijen: art. 20 lid 2 Rv	423
9.7	Doorwerking in het Nederlandse civiele procesrecht	426
	9.7.1 Introductie	426

	9.7.2	Enkele versnellingsregels	427
	9.7.3	Sanctionering van versnellingsregels	432
9.8		Afronding	433
		Hoofdstuk 10 - De motiveringsplicht van de rechter	435
10.1		Inleiding: achtergrond van de motiveringsplicht	435
10.2		De motiveringsplicht van art. 6 EVRM	438
	10.2.1	Grondslag voor een Europese motiveringsplicht?	438
	10.2.2	De Europese invulling van de motiveringsplicht	440
	10.2.3	Sanctionering bij schending?	443
10.3		De rechterlijke motiveringsplicht in Nederland	444
	10.3.1	Inleiding	444
	10.3.2	Analyse van de wettelijke gronden	444
	10.3.3	De concrete uitwerking van het beginsel	445
	10.3.4	Verdere invulling (omvang) van die norm	446
	10.3.5	De omvang van de motiveringsplicht: het partijdebat en de bewijswaardering	448
	10.3.6	De omvang van de motiveringsplicht: de aard van het geding	453
	10.3.7	De omvang van de motiveringsplicht: de aard van de beslissing	454
	10.3.8	Sanctionering	459
	10.3.9	Tussenconclusie	464
10.4		Motiveringseisen en de cassatieprocedure	464
10.5		Psychologische inzichten inzake rechterlijke besluitvorming en motivering	467
10.6		Conclusie	476
		Hoofdstuk 11 - Partijautonomie en de actieve rechter	477
11.1		Inleidende opmerkingen	477
11.2		Het EVRM en de partijautonomie	479
11.3		De lijdelijkheid van de rechter in Nederland: hoofdlijnen	484
11.4		De voortdurende zoektocht naar balans	489
	11.4.1	De lijn van het betoog	489
	11.4.2	Ontwikkelingen op andere terreinen: eigen balans eerst	489
	11.4.3	De huidige balans in het burgerlijk procesrecht: richting samenwerking	490
	11.4.4	De actieve rechter: een nieuw vertrekpunt	500
11.5		Enkele rechtsvergelijkende notities	501
	11.5.1	De Principles of Transnational Civil Procedure	501
	11.5.2	De algemene trend richting een actieve rechter	502
	11.5.3	Het vernieuwde Engelse procesrecht	503
11.6		Afronding	508
		<i>Zakenregister</i>	511
		<i>Wetsartikelenregister</i>	515
		<i>Jurisprudentieregister</i>	521

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

Deel A	Algemene beschouwingen	1
1	Algemene inleiding	3
1.1	Inleidende opmerkingen: doel, focus en benadering	3
	1 Inhoud en doelstelling	
	2 Focus: EVRM, Nederland, rechtshandhaving en Kel.	
	3 Multidimensionale methode.	
	4 Rechtsvergelijking	
	5 Te eclecticisch?	
	6 Onderscheidend karakter	
	7 Opbouw van dit hoofdstuk en het vervolg van Deel A	
	8 Wat zijn beginselen?	
1.2	Doelen van het burgerlijk procesrecht	12
	9 Het burgerlijk procesrecht	
	10 Doel: rechtsbescherming of rechtsverschaffing	
	11 Doel: geschilbeslechting	
	12 Doel: belangenbehartiging	
	13 Doel: eigenrichting tegengaan	
	14 Doel: rechtsvorming en rechtseenheid	
	15 Engeland: CPR	
1.3	Feitelijke context: beleidsmatige en empirische gegevens over conflicten en de rechtspleging in Nederland	17
1.3.1	Conflicten binnen de rechtspleging	17
	16 Rechtspleging/burgerlijk procesrecht	
	17 Wat is een conflict?	
	18 Het ontstaan van conflicten: drie stadia	
1.3.2	Cijfers over de Nederlandse (en Europese) rechtspleging	20
	19 Algemene cijfers: kostprijs en instroom	
	20 Cijfers uit de Delta	
	21 Europese statistieken	
	22 Internationaal onderzoek	
1.3.3	Cijfers = Beleid (?)	24
	23 Cijfers vertalen in beleid	
1.4	De invloed van de Raad van Europa en het EVRM	25
1.4.1	Algemeen	25
	24 Europese resolutie	
1.4.2	Reikwijdte en werking van het EVRM	26
	25 Beschermingsbereik	
	26 Interne werking en voorrang	
	27 Horizontale werking	
	28 Ambtshalve toepassing?	

	29	Kort de situatie elders: België	
	30	Toepasselijkheid van art. 6 EVRM in civiele zaken	
	31	Afstand doen van bescherming	
1.4.3		Art. 13 EVRM	32
	32	Effectief nationaal rechtsmiddel?	
1.5		De EU en beginselen van procesrecht	34
	33	Privaatrechtelijke werking van het Handvest Grondrechten EU	
	34	Art. 47 Handvest Grondrechten EU	
1.6		Keuze van de te bespreken beginselen van burgerlijk procesrecht	37
1.6.1		Inleiding	37
	35	Plan van behandeling: keuze voor beginselen	
	36	Schurende beginselen	
1.6.2		Niet apart besproken uitgangspunten van ons burgerlijk procesrecht	40
	37	Inleiding	
	38	Rechtspraak in twee instanties	
	39	Cassatie	
	40	Verplichte procesvertegenwoordiging	
1.7		Afronding	43
	41	Conclusie	
2		Rechtsvinding en de 'multilevel' civiele rechtspleging	45
2.1		Inleiding	45
	42	Doel	
	43	Opzet	
2.2		Rechtsvinding en rechtsvorming in een 'multilevel' rechtspleging	46
2.2.1		Procesrechtelijke rechtsvinding op nationaal niveau	46
	44	Hoofdlijn: formeel recht = materieel recht	
	45	Maar toch een eigen dimensie	
	46	Bijvoorbeeld: rechtszekerheid	
	47	En: publiekrechtelijk karakter	
	48	De rechtspraakanalyse van Zonderland	
	49	Beginselen als bron van rechtsvinding	
	50	Motivering	
2.2.2		Bronnen van het burgerlijk procesrecht (1)	51
	51	Bronnen van procesrecht	
2.2.3		Bronnen van burgerlijk procesrecht (2): zelfregulering via rechtersregelingen	53
	52	Een additionele bron van recht	
	53	Rechtersregelingen	
	54	Verhouding tot art. 35 Rv?	
	55	Rechtersregelingen in de rechtspraak	
	56	Mogelijke invloed op de rechtsvinding?	
	57	Een 'BPR-raad'?	
	58	Andere invloeden?	
	59	Geschilbeslechting en/of rechtsvorming	
	60	Tussenconclusie	
2.2.4		Rechtsvinding en rechtsvorming in het Europese (proces)recht	61
	61	Introductie	
	62	Verhouding Handvest Grondrechten EU en EVRM	
	63	Rechtsvinding inzake het EU-recht	
	64	Rechtsvinding inzake het EVRM	
	65	Tussenconclusie	

Uitgebreide inhoudsopgave

2.2.5	'Meergelaagdheid': multilevel burgerlijk procesrecht	69
	66 Nog een internationale component	
	67 Opkomst van ADR	
	68 Nog een laatste extra laag: 'procedural justice'	
	69 De doorwerking van deze 'meervoudigheid'	
2.3	Slot	73
	70 Afronding	
3	Nieuwe beginselen van civiel procesrecht?	75
3.1	Inleidende opmerkingen	75
	71 Introductie	
3.2	Nieuwe beginselen: new public management (NPM)?	75
	72 'New public management'	
	73 Nieuw licht op klassieke waarden	
	74 Invloed op organisatieniveau	
	75 Spanningen	
	76 Efficiency als beginsel?	
3.3	Nieuwe beginselen: waarheidsvinding en de waarheidsplicht?	80
3.3.1	Art. 21 Rv	80
	77 Waarheidsvinding en de waarheidsplicht zijn 'booming'	
	78 Art. 21 Rv	
	79 Doel en reikwijdte van art. 21 Rv	
	80 Beknopt de situatie elders	
3.3.2	De sanctionering van art. 21-22 Rv	84
	81 Sancties	
	82 Sancties in een veranderde procescultuur	
3.3.3	Van waarheidsplicht tot beginsel van waarheidsvinding?	86
	83 De rechtspraak (1)	
	84 De rechtspraak (2)	
	85 Een zelfstandig beginsel?	
	86 De oudere literatuur daarover	
	87 De Bocks pleidooi	
	88 De post-De Bock literatuur	
	89 Het is nog te vroeg...	
3.3.4	Art. 22 Rv	93
	90 Inlichtingen vragen	
3.3.5	Wel een algemene informatieplicht?	94
	91 Een algemene informatieplicht?	
3.4	Nieuwe beginselen: effectieve rechtsbescherming?	94
	92 Wat is 'effectieve rechtsbescherming'?	
	93 Een Europees rechtsbeginsel	
	94 Ook een Nederlands rechtsbeginsel?	
	95 Een eerdere aanzet	
	96 Geen onderscheidende kracht ten opzichte van toegang	
3.5	Conclusie	100
	97 Afronding	
4	Sanctionering na schending van een beginsel van procesrecht	103
4.1	Inleiding	103
	98 Introductie	
	99 Twee voorbeelden en het belang van dit probleem	
	100 Opbouw	

4.2	Het EVRM: sanctionering achteraf	106
4.2.1	Art. 46 EVRM en art. 41 EVRM	106
	101 Art. 46 EVRM	
	102 Art. 41 EVRM	
4.2.2	Art. 13 EVRM: een effectief nationaal rechtsmiddel	109
	103 Art. 13 EVRM	
	104 Art. 13 EVRM verwijst naar nationaal niveau	
4.2.3	Nogmaals: art. 46 EVRM	111
	105 Art. 46 EVRM 'revisited'	
4.3	Nationaal recht: hoger beroep en cassatie	113
	106 Herstel ten tijde van de inbreuk	
	107 De bulk te pakken	
	108 Ideale route voor alle betrokkenen?	
4.4	Nationaal recht: herstel en sanctionering via een kort geding-procedure	114
	109 Kort geding: geen panacee voor alle kwalen	
4.5	Nationaal recht: de verklaring voor recht	116
	110 Een remedie voor Chipshol?	
	111 En het Jeffrey-arrest dan?	
	112 De enkele inbreuk volstaat	
	113 Is dit EVRM-waardig?	
4.6	Nationaal recht: herroeping	120
	114 Herroeping (art. 382 Rv)?	
	115 Het onvermijdelijke belang van 'de ander'	
4.7	Nationaal recht: aansprakelijkheid van de Staat	122
4.7.1	Inleiding	122
	116 Een weinig rooskleurig beeld	
4.7.2	Aansprakelijkheid van de Staat wegens onrechtmatige rechtspraak	123
	117 Het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak	
	118 Terughoudendheid in Nederland sindsdien	
	119 Een enkele uitzondering	
	120 Omzeilen van de terughoudendheid?	
	121 Relatie tot art. 13 EVRM	
4.7.3	Aansprakelijkheid in Europees verband	127
	122 Externe invloed: Köbler en het Hof van Justitie	
	123 Argumentatie	
	124 Rechtsvergelijkende inzichten: de 'Common law'	
	125 België	
	126 Duitsland	
	127 Aanpassing Nederlands recht nodig	
4.7.4	Gewijzigde inzichten (I): aansprakelijkheid van de rechter	135
	128 Eerste stappen	
	129 De zaak Greenworld/NAI	
	130 Een omwenteling?	
	131 EU-'proof' en EVRM-'proof'?	
	132 Overige vereisten ex art. 6:162 BW: causaliteit	
	133 Overige vereisten ex art. 6:162 BW: relativiteit en schade	
4.7.5	Gewijzigde inzichten (II): redelijke termijn en smartengeld	143
	134 Vooraf: inspiratie uit het strafrecht	
	135 Vooraf: inspiratie uit het bestuursrecht	
	136 Terug naar het privaatrecht	
	137 Noodzaak tot wijziging van de jurisprudentie	
	138 Hof Den Haag en de redelijke termijn	

Uitgebreide inhoudsopgave

	139	De belastingkamer van de Hoge Raad volgt	
	140	Net als de civiele kamer: het De Bilt-arrest	
	141	Een nieuwe procedure nodig	
	142	De overheid alsnog betrekken in de oorspronkelijke procedure	
	143	Via art. 118 Rv?	
4.7.6		Een alternatief: vergoeding van 'integriteitsschade'	153
	144	Bredere toepasbaarheid?	
	145	'Integriteitsschade'	
	146	Dogmatisch kader	
	147	Omvang van de vergoeding	
	148	Tegenwerping en afronding	
4.8		Conclusie	159
	149	Meer en nader onderzoek nodig	
Deel B		Beginselen van burgerlijk procesrecht	161
5		Toegang tot de rechter	163
5.1		Inleidende opmerkingen	163
	150	Inleiding	
	151	Codificatie	
	152	Toegang tot recht	
	153	Toegang in het dagelijks leven?	
	154	Op wereldschaal	
	155	Plan van aanpak	
5.2		Toegang tot de rechter volgens het EVRM	166
5.2.1		Hoofdpijnen	166
	156	De Golder-uitspraak	
	157	De Airey-uitspraak	
	158	De Steel & Morris-uitspraak	
	159	Samenhang met andere rechten	
	160	Overige rechtspraak	
	161	Reikwijdte: algemeen	
	162	(On)mogelijke inperkingen	
	163	De rol van art. 13 EVRM naast art. 6 EVRM	
5.2.2		Sanctionering	175
	164	EVRM-sancties	
5.3		Toegang tot de rechter in Nederland	176
	165	Art. 17 Gw	
	166	Een hernieuwde Grondwet?	
	167	Impliciet in het wetboek	
5.4		Grenzen aan de toegang en de toelaatbaarheid daarvan	178
5.4.1		Voorbeelden uit Nederland en op basis van het EVRM	178
	168	Grenzen	
	169	Een eenzijdig gezamenlijk verzoek	
	170	Minderjarigen	
	171	Verplichte procesvertegenwoordiging	
	172	Afstand van recht	
	173	Afstand van recht in Nederland	
	174	Verjaring	
	175	Verjaring: vervolg	
	176	Vervaltermijnen	
	177	De oude verzettermijn	

	178	Beroepstermijnen en deurwaarders	
	179	Recht op rechtspraak in twee instanties?	
	180	Rechtsbijstand voor rechtspersonen	
	181	Immunititeiten: EVRM	
	182	Immunititeit van jurisdictie; internationale organisaties	
	183	Immunititeit van jurisdictie; vreemde staten	
	184	Parlementaire immunititeit	
	185	Toegang en misbruik	
5.4.2		Uitgelicht: debat in Nederland over de kosten van procederen	194
	186	Kosten en toegang; gesubsidieerde rechtsbijstand	
	187	Financiële zekerheid	
	188	Griffierechten	
	189	De zaak Atrecht/Rabobank	
	190	Kritische noten in de rechtspraak	
	191	Politieke reuring	
5.4.3		Afronding: er liggen ook kansen	201
	192	(Digitale) kansen	
	193	Toegang via de EU	
5.5		Toegang en massa(schade)claims	203
5.5.1		Inleiding	203
	194	Massaclaims als 'trending topic'	
5.5.2		Het EVRM	204
	195	Geen 'actio popularis'	
5.5.3		De Europese Unie	204
	196	Collectieve acties in het mededingingsrecht	
	197	Collectieve actie in het consumentenrecht	
	198	Brede aanpak: collectief verhaal op EU-niveau	
	199	Een 'Recommendation' en 'Communication'	
5.5.4		Nederlands recht: art. 3:305a BW	208
	200	Art. 3:305a BW: karakter	
	201	Art. 3:305a BW: toepassingsvoorwaarden	
	202	Ad (i): wie mag claimen?	
	203	Ad (iii): gelijksoortige belangen?	
	204	Ad (v): een eigen belang van de rechtspersoon	
	205	Ad (vi): representatieve belangenbehartigers?	
	206	Art. 3:305a BW: vooroverleg	
	207	Art. 3:305a BW: in te roepen gevolgen	
	208	Alsnog schadevergoeding via collectieve actie	
5.5.5		Nederlands recht: de Wet collectieve afwikkeling massaschade	217
	209	Meer toegang via de Wet collectieve afwikkeling massaschade	
	210	Maar individueel beperkte toegang	
5.6		Toegang en ADR	219
	211	Conflicten oplossen	
	212	ADR en toegang	
	213	Arbitrage, bindend advies en toegang	
	214	ADR: stimulans, géén dwang	
	215	Engeland	
	216	Grenzen? De Alassini-zaak	
	217	De verhouding tussen overheidsrechtspraak en mediation	
5.7		Conclusie	227
	218	Tot slot	

6	Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter	229
6.1	Inleiding	229
6.1.1	Inleiding en belang	229
	219 Belang	
	220 Onafhankelijk en onpartijdig in brede zin	
	221 De (aan te passen) Grondwet	
6.1.2	Wie moet onafhankelijk en onpartijdig zijn?	231
	222 Wie? De rechterlijke instantie	
	223 Vier criteria	
	224 De rechterlijke macht in Nederland	
6.1.3	Plan van behandeling	233
	225 Verdere opzet	
6.2	Onafhankelijkheid ten opzichte van 'derden'	234
	226 De buitenwacht	
	227 De 'responsieve' rechter	
	228 De Raad voor de rechtspraak	
6.3	Onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende en wetgevende macht	236
6.3.1	Inleiding	236
	229 Twee samenhangende kernwaarden	
6.3.2	Het EVRM en de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht	237
	230 De rechter en de uitvoerende macht	
	231 Feitelijk misbruik	
6.3.3	De (rechtspositionele) onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht naar Nederlands recht	239
	232 De rechtspositie van de rechter	
6.3.4	Onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgevende macht: EVRM en Nederland	240
	233 De rechter en de wetgevende macht	
	234 Rechtsvormende taken kunnen 'clashen'	
	235 De Nederlandse praktijk: co-existentie	
6.4	Onpartijdigheid van de rechter ten opzichte van de procespartijen	244
6.4.1	De eisen die het EVRM stelt	244
	236 Neutraliteit en objectiviteit	
	237 De zaak Hauschildt t. Denemarken	
	238 Subjectieve toets	
	239 Objectieve toets	
	240 Geen waterdicht schot: de zaak Kyprianou t. Cyprus	
	241 Verdere voorbeelden	
	242 De persoon van de rechter	
	243 Dezelfde cassatierechters	
	244 Bij prejudiciële vragen	
	245 De Procola-zaak	
	246 De Kleyn-zaak	
	247 De Hoge Raad als adviesorgaan	
6.4.2	Onpartijdigheid naar Nederlands recht	253
	248 Sinds jaar en dag vereist	
	249 (Advocaten als) rechter-plaatsvervangers?	
	250 Doorbreking rechtsmiddelenverbod	
6.4.3	Psychologische aspecten van de onpartijdigheid van de rechter	255
	251 Bewijsoordelen door dezelfde rechters?	
	252 Onbevangenheid blijft bestaan (?)	
	253 De 'confirmation bias'	
	254 Een verklaring voor de 'confirmation bias'?	

	255	Kritiek op een robuust bevonden bias	
	256	De 'confirmation bias' en voorlopige oordelen	
	257	Een vergelijkbaar geval: een incidenteel vonnis	
	258	Achtergrond: de vrees voor een structurele aanval	
	259	Die motivering overtuigt niet	
	260	Nog een vergelijkbaar geval: verwijzing na cassatie	
	261	Vergelijkbare gevallen: informatievergaring	
	262	Verdere omgang met deze 'bias'?: 'debiasing' en 'open minded' denken	
	263	Andere technieken	
	264	'Debiasing': denken in alternatieven en motiveren	
	265	'Actively open minded thinking'	
	266	Nogmaals voorlopige oordelen en de motiveringseisen	
	267	Afrondend: een Droste-effect?	
6.4.4		Een zijpad: onpartijdige arbiters	272
	268	Beginselen van arbitrage	
	269	Onpartijdige arbiters	
6.5		Sanctionering: (preventieve) maatregelen tegen afhankelijkheid en/of partijdigheid	274
6.5.1		Inleiding: hoger beroep en transparantie	274
	270	Sanctionering	
	271	Rechtsmiddelen	
	272	Transparantie	
6.5.2		Europese maatregelen	275
	273	Heropening?	
6.5.3		Wraking en verschoning	276
	274	De mogelijkheid van wraking	
	275	Uitputting nationale rechtsmiddelen	
	276	Geharmoniseerde regeling	
	277	Wrakingsgrond	
	278	De wrakingsprocedure	
	279	De wrakingsprocedure (2)	
	280	Rechtsmiddelen?	
	281	Onrechtmatige afwijzing?	
	282	Wraking van de wrakingskamer?	
	283	Herhaalde wrakingsverzoeken	
	284	Verschoenen en terugtrekken	
	285	Keerzijde	
6.6		Zelfregulering en onafhankelijkheid en onpartijdigheid	288
6.6.1		De Leidraad Onpartijdigheid en de binding van de individuele rechter	288
	286	De Leidraad Onpartijdigheid van de rechter	
	287	Een vorm van alternatieve regelgeving	
	288	Binding van de rechter	
6.6.2		De toewijzing van zaken binnen een gerecht	290
	289	Zaakstoedeling	
	290	De Chipshol-zaak	
6.7		Conclusie	293
	291	Afronding	
7		Hoor en wederhoor ('fair hearing')	295
7.1		Inleidende opmerkingen	295
	292	Onderdeel van een ruimer recht op 'fair hearing'	
	293	Hoor en wederhoor wereldwijd	
	294	Specifiek binnen Europa	

Uitgebreide inhoudsopgave

7.2	Achtergrond en (rechtseconomische) ratio van hoor en wederhoor	297
	295 Ratio en achtergrond	
	296 Een bredere blik: rechtseconomie en procesrecht	
	297 Hoor en wederhoor rechtseconomisch bekeken	
7.3	'The right to a fair hearing' uit art. 6 EVRM	300
7.3.1	Introductie	300
	298 Vertrekpunt: 'fair hearing' en drie onderdelen daarvan	
	299 Fair hearing: inhoud	
	300 Hoor en wederhoor op zijn Hollands?	
7.3.2	Drie aspecten van een eerlijk proces ('fair hearing')	302
	301 Ad (1): 'Equality of arms' en het Dombo-arrest	
	302 Uitwerking	
	303 (Aanwezigheid bij) een 'oral hearing'	
	304 Ad (2): Het recht op 'adversarial proceedings'	
	305 De zaak Mantovanelli t. Frankrijk	
	306 Het arrest Fortum Corporation t. Finland	
	307 Ad (3): 'Proper participation': het Kerojärvi t. Finland-arrest	
7.4	Nederland	308
7.4.1	Inleiding	308
	308 'Fair hearing' en art. 19 Rv	
	309 Driedeling in Nederland	
7.4.2	Ad (1): het recht op rechterlijk gehoor	312
	310 Omschrijving	
	311 Recht op een effectieve reactie	
	312 Een later opgemaakt proces-verbaal	
	313 Stukken in het geding	
7.4.3	Ad (2): het recht op tegenspraak ('adversarial proceedings')	315
	314 Omschrijving	
	315 De verlokkingen van internet	
	316 Late of ontijdige overlegging van stukken	
7.4.4	Ad (3): gelijkheid der wapenen	318
	317 Omschrijving	
	318 'Equality' in het bewijsrecht	
	319 Recht op een mondelinge behandeling?	
	320 De mondelinge behandeling (vervolg)	
	321 De comparitie als mondelinge behandeling	
	322 Het recht op pleidooi	
	323 Terechte weigering pleidooi?	
	324 Onterechte weigering pleidooi	
	325 Onterechte weigering pleidooi (2)	
7.4.5	Grenzen aan hoor en wederhoor	327
	326 Inleiding	
	327 Afstand van recht	
	328 Verstekken en verzoeken	
	329 Beslagzaken	
	330 Spoed en gebrek aan belang	
	331 Aanvullen van rechtsgronden	
	332 Geheime stukken	
7.4.6	Rechtsgevolgen en sancties verbonden aan de schending van hoor en wederhoor	332
	333 Introductie	
	334 Medewerkingsplicht	
	335 Sancties	

7.5	Slotoverweging	333
	336 Slot	
8	Openbaarheid van rechtspraak	335
8.1	Inleidende opmerkingen	335
	337 Inleiding	
8.2	Omschrijving en ratio van openbaarheid van rechtspraak	336
	338 Omschrijving	
	339 Ratio	
	340 Beginsel met nadelen?	
8.3	De (vereisten aan de) openbaarheid van rechtspraak op grond van art. 6 EVRM	339
8.3.1	Hoofdpijnen: 'public hearing' en 'public pronouncement'	339
	341 De juridische basis	
	342 De zaak Sutter t. Zwitserland	
	343 'Public hearing'	
	344 'Public pronouncement'	
	345 Efficiency mag vooropstaan	
	346 Latere rechtspraak (1)	
	347 Latere rechtspraak (2)	
	348 Latere rechtspraak (3)	
	349 Afstand van recht	
8.3.2	Uitzonderingen op de eis van openbaarheid	346
	350 Uitzonderingen op eis van een public hearing	
	351 Concrete uitzonderingsgronden	
	352 Toepassing	
	353 Uitzonderingen op de eis van een public pronouncement	
	354 De uitzondering op de uitzondering	
8.4	Openbaarheid in Nederland	350
8.4.1	Inleiding	350
	355 Bronnen	
8.4.2	De openbare terechtzitting	351
	356 Art. 27 Rv en art. 4 RO	
	357 Op welke wijze openbaar?	
	358 Generieke uitzonderingen	
	359 Art. 803 Rv	
	360 Specifieke uitzonderingen	
	361 De lijst van uitzonderingen	
	362 Art. 29 Rv	
8.4.3	De openbare uitspraak	356
	363 Art. 28 Rv en art. 5 RO	
	364 Terhandstelling volstaat	
	365 Wijze van openbaarmaking aan derden	
	366 Problemen bij verstrekking aan derden	
	367 Veelheid aan uitspraken	
8.5	Sanctionering bij schending van het beginsel van openbaarheid	361
	368 Diffuse sanctie: nietigheid?	
	369 Herstel of onrechtmatige daad?	
	370 De onrechtmatige daad als rechtsmiddel?	
	371 Hulpeloze procedurele rechten?	
	372 Onrechtmatige daad en verklaring voor recht?	
	373 'Integriteitsschade' als oplossing?	
	374 Tussentijds verzet als oplossing?	

Uitgebreide inhoudsopgave

8.6	Ontwikkelingen op het gebied van openbaarheid	368
8.6.1	ADR en openbaarheid	368
	375 Openbare mediation?	
	376 Openbare arbitrage?	
8.6.2	'Dissenting' en 'concurring opinions'	370
	377 Een oud debat over rechtsvinding	
8.6.3	Moderne tijden: van openbaarheid naar transparantie (?!)	371
	378 Transparantie	
	379 Ad (1): internet	
	380 Eigen opvatting: alle rechtspraak openbaar?	
	381 Ad (2): moderne omgang met maatschappij en (nieuwe) media	
	382 Transparantie en 'bekritiseerbaarheid'	
	383 Transparantie en het civiele recht	
	384 Focus op gewone civiele zaken	
8.7	Slot	378
	385 Meer belang dan wij beseffen	
9	Berechting binnen een redelijke termijn	381
9.1	Inleidende opmerkingen	381
	386 Inleiding	
9.2	Ratio van het redelijke termijn-beginsel	384
	387 Ratio	
9.3	Enkele feitelijke gegevens inzake de duur van procedures	385
	388 Feitelijke duur bij de rechtbanken	
	389 De kantonrechter	
	390 Rechtsmiddelen	
	391 Afrondend	
	392 Onderling compenseren tussen rechtsgebieden?	
9.4	Art. 6 EVRM: 'within a reasonable time'	390
9.4.1	Inleiding	390
	393 Vertrekpunt	
9.4.2	Termijn: begin en eind	391
	394 Totale lengte	
	395 Begin	
	396 Einde	
9.4.3	Termijn: duur	392
	397 Maximale duur: afweging	
	398 (1) De complexiteit van de zaak	
	399 (2) Het gedrag van degene die klaagt over de lange duur	
	400 (3) Het gedrag van de autoriteiten	
	401 (4) Het belang van de klagende partij	
	402 Overige factoren	
	403 Concrete voorbeelden	
9.4.4	Termijn: een vaste termijn?	398
	404 Géén vaste termijnen	
9.5	Rechtsgevolgen (sancties) bij een schending van het beginsel	399
9.5.1	Inleiding: sanctie via het nationale recht	399
	405 Nationaal sanctioneren	
	406 Voorhuis t. Nederland	
9.5.2	EVRM-sanctionering: art. 41 EVRM	401
	407 Art. 41 EVRM	
	408 De zaak Pizzati t. Italië	

	409 De zaak Scordino t. Italië	
	410 Scordino t. Italië: vervolg	
	411 Gebundelde klacht: collectieve actie	
9.5.3	Sanctionering van een 'systematic problem'	406
	412 Rumpf t. Duitsland	
9.5.4	Gevolgen voor Nederland: hoofdlijn van het geldende sanctiesysteem	408
	413 Herstel in oude toestand?	
	414 Positie van de oorspronkelijke procespartij	
	415 Drie te verdisconteren facetten	
	416 Naar een civielrechtelijke oplossing?	
	417 Vestiging van aansprakelijkheid	
	418 Complicatie: een nieuwe procedure nodig	
	419 Omvang van de vergoeding	
	420 Verdere beoordeling	
9.5.5	Tussenconclusie	417
	421 Conclusie	
9.6	De redelijke termijn in het Nederlandse recht	417
9.6.1	Art. 20 lid 1 Rv	417
	422 Belang van art. 20 Rv	
	423 Termijnen	
	424 De rechter waakt	
	425 Bepaling van de redelijke termijn	
	426 Vaststellen van een schending naar Nederlands recht	
	427 Sanctie?	
9.6.2	Tussen partijen: art. 20 lid 2 Rv	423
	428 Partijen zijn zelf verantwoordelijk	
	429 Gerechtvaardigd belang van de ander	
	430 Sancties door de rechter?	
	431 Onrechtmatige daad	
	432 'Doorrekenen' in de procedure zelf	
9.7	Doorwerking in het Nederlandse civiele procesrecht	426
9.7.1	Introductie	426
	433 Inleiding	
9.7.2	Enkele versnellingsregels	427
	434 Versnellingsregels	
	435 Versnellingsregels (2)	
	436 Versnellingsregels (3)	
	437 Versnellingsregels (4)	
	438 Versnellingsregels (5)	
	439 Versnellingsregels (6)	
	440 Andere mogelijkheden	
9.7.3	Sanctionering van versnellingsregels	432
	441 Sancties	
9.8	Afronding	433
	442 Conclusie	
10	De motiveringsplicht van de rechter	435
10.1	Inleiding: achtergrond van de motiveringsplicht	435
	443 Introductie: grondslagen en opzet	
	444 Ratio: kwaliteit en vertrouwen	
	445 Ratio: controle, aanvaardbaarheid en rechtsontwikkeling	
10.2	De motiveringsplicht van art. 6 EVRM	438

Uitgebreide inhoudsopgave

10.2.1	Grondslag voor een Europese motiveringsplicht?	438
	446 Impliciete eis	
	447 De zaak Van de Hurk t. Nederland	
10.2.2	De Europese invulling van de motiveringsplicht	440
	448 Vervolg: Hirvisaari t. Finland	
	449 En de zaak Jokela t. Finland	
	450 Stap 3: Suominen t. Finland	
	451 De zaak Salov t. Oekraïne	
10.2.3	Sanctionering bij schending?	443
	452 Mogelijke sancties?	
10.3	De rechterlijke motiveringsplicht in Nederland	444
10.3.1	Inleiding	444
	453 Wettelijke grondslagen	
10.3.2	Analyse van de wettelijke gronden	444
	454 Autonome ontwikkeling	
10.3.3	De concrete uitwerking van het beginsel	445
	455 De standaardformulering	
	456 Vaste rechtspraak in lijn met de eisen uit het EVRM	
10.3.4	Verdere invulling (omvang) van die norm	446
	457 Steeds beoordeling in concreto	
10.3.5	De omvang van de motiveringsplicht: het partijdebat en de bewijswaardering	448
	458 Het partijdebat	
	459 Bewijswaardering en motivering	
	460 Enige nadere invulling	
	461 Motivering en deskundigenbericht	
	462 Algemeen: afwijkende omvang van de motiveringsplicht	
10.3.6	De omvang van de motiveringsplicht: de aard van het geding	453
	463 Aard van het geding	
	464 Het kort geding	
	465 Conservatoir beslag	
10.3.7	De omvang van de motiveringsplicht: de aard van de beslissing	454
	466 Aard van de beslissing	
	467 Eigen schuld-oordelen	
	468 Alimentatiebeslissingen	
	469 Materieel vs. processueel	
	470 Materieel vs. processueel: vervolg	
10.3.8	Sanctionering	459
	471 Nationale sanctie? Rechtsmiddelen en doorbreking appelverbod	
	472 Deze rechtspraak overtuigt niet	
	473 Art. 79 RO	
	474 Aansprakelijkheid als sanctie	
	475 Causaliteit?	
	476 Structureel bewijsprobleem	
	477 Risicotoedeling	
10.3.9	Tussenconclusie	464
	478 Gewichtig, maar sanctieloos	
10.4	Motiveringseisen en de cassatieprocedure	464
	479 Grond voor cassatie	
	480 De Hoge Raad moet zelf ook motiveren	
	481 Art. 81 RO, art. 80a RO en art. 6 EVRM	
10.5	Psychologische inzichten inzake rechterlijke besluitvorming en motivering	467
	482 Psychologie en beslissingen	

	483	Leren van psychologie	
	484	'Hindsight bias'	
	485	'Anchoring'	
	486	'Primacy effect'	
	487	'Loss aversion'	
	488	'Status quo bias' of het 'endowment effect'	
	489	'Framing'	
	490	'Confirmation bias'	
	491	'Overconfidence'	
	492	'Availability heuristic'	
	493	'Representativeness' of 'similarity heuristic'	
	494	'Nature knows best' en motivering als hulp	
10.6		Conclusie	476
	495	Van een ander statuut, ten onrechte	
11		Partijautonomie en de actieve rechter	477
11.1		Inleidende opmerkingen	477
	496	Veel debat, maar over welk beginsel?	
	497	Opbouw	
	498	Partijautonomie in het procesrecht	
11.2		Het EVRM en de partijautonomie	479
	499	Art. 6 EVRM zwijgt	
	500	De zaak Capuano t. Italië	
	501	De zaak Buchholz t. Duitsland	
	502	Nogmaals Kerojärvi t. Finland	
	503	Resolutie R (84) 5	
	504	Afronding	
11.3		De lijdelijkheid van de rechter in Nederland: hoofdlijnen	484
	505	Art. 23 Rv	
	506	Art. 24 Rv	
	507	Art. 149 Rv	
	508	Terugtrek van de lijdelijkheid	
	509	Terugtrek van de lijdelijkheid: vervolg	
	510	De rechter als case manager?	
11.4		De voortdurende zoektocht naar balans	489
11.4.1		De lijn van het betoog	489
	511	Opbouw	
11.4.2		Ontwikkelingen op andere terreinen: eigen balans eerst	489
	512	Driedelige ontwikkeling	
11.4.3		De huidige balans in het burgerlijk procesrecht: richting samenwerking	490
	513	Partijautonomie	
	514	De gezamenlijke verantwoordelijkheid	
	515	De reactie uit Den Haag	
	516	Voortgezet debat in de literatuur	
	517	Dezelfde balans ook ten aanzien van de feiten?	
	518	Het beginsel van de actieve rechter!	
	519	De actieve rechter: toelichting	
	520	Eerste tegenwerpingen en weerlegging daarvan	
11.4.4		De actieve rechter: een nieuw vertrekpunt	500
	521	Tot hoever reikt die actieve rechter?	

Uitgebreide inhoudsopgave

11.5	Enkele rechtsvergelijkende notities	501
11.5.1	De Principles of Transnational Civil Procedure	501
	522 De actieve rechter en de PTCP	
11.5.2	De algemene trend richting een actieve rechter	502
	523 De situatie in andere stelsels	
11.5.3	Het vernieuwde Engelse procesrecht	503
	524 Engeland: de Woolf reforms	
	525 'Case management' als plicht	
	526 Coöperatief handelen	
	527 Wettelijke basis	
	528 'Pre-action protocols'	
	529 De zaak Jean F Jones v. University of Warwick	
11.6	Afronding	508
	530 Naar een coöperatief model	
	531 Nadelen?	

ENIGE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijk Beslissingen (Rechtspraak voor Bestuursrecht)
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
AC	Appeal Cases
ACM	Autoriteit Consument & Markt
ADR	Alternative Dispute Resolution
Afd.	Afdeling
AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-Generaal
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
art.	artikel
artt.	artikelen
Appl. No.	Application number
AV&S	Aansprakelijkheid Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BGH	Bundesgerichtshof (Duitsland)
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BNP	Bruto Nationaal Product
Bopz	Bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Duitsland)
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass. 1re civ.	Cour de Cassation, première chambre civil (Frankrijk)
Cass.	Hof van Cassatie (België)
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CEPEJ	European Commission for the Efficiency of Justice
CPR	Civil Procedure Rules
c.q.	casu quo (en/of)
CRvB	Centrale Raad van Beroep
c.s.	cum suis
curs.	cursivering
diss.	dissertatie

D.w.z.	Dat wil zeggen
ECHR	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
e.a.	en anderen
e.d.	en dergelijke
Ed.	Editor
Eds.	Editors
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ERPL	European Review of Private Law
et al.	en anderen
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fw	Faillissementswet
GG	Grundgesetz
Gw	Grondwet
GwH	Grondwettelijk Hof (België)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (bij uitspraken tot 1 december 2009) en Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
i.c.	in casu
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie
JV	Justitiële Verkenningen
Kel	Programma Kwaliteit en Innovatie
LRr	Landelijk Rolreglement
L&S	Letsel & Schade
MfN	Mediators federatie Nederland
MJ 4	Maastricht Journal for European and Comparative Law
M&M	Markt & Mededinging
m.n.	met name
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NiPR	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaat- recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor Mensenrechten

NTM/NJCM-Bull.	Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten/NJCM-Bulletin
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NMI	Nederlands Mediation Instituut
NPM	New Public Management
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak
o.a.	Onder anderen
O&A	Overheid & Aansprakelijkheid
ODR	Online Dispute Resolution
OK	Ondernemingskamer
p.	Pagina
PG	Parlementaire geschiedenis
P-G	Procureur-Generaal
Prg.	De Praktijkgids
PTCP	ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure
R&R	Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht
Rb.	Rechtbank
RdW	Recht der Werkelijkheid
resp.	respectievelijk
RHH	Landelijk Procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
r.ov.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Rvdr	Raad voor de rechtspraak
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
t.	tegen
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
T&C	Tekst & Commentaar

TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TMA	Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheid
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
TvPP	Tijdschrift voor de Procespraktijk
UKHL	United Kingdom House of Lords
VBR	Vereniging voor Burgerlijk Recht
vgl.	vergelijk
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VK	Verenigd Koninkrijk
VN	Verenigde Naties
Vol.	Volume
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter
WCAM	Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade
Wet RRA	Wet Rechtspositie Rechterlijk Ambtenaren
WLR	Weekly Law Reports
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE WERKEN

ALLEMEERSCH 2007

B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2007.

ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012

A.G.F. ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (Burgerlijk Proces en Praktijk nr. XIV) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

ASSER 1992

W.D.H. ASSER, *Salomo's wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992.

ASSER 2000

W.D.H. ASSER, *Fair, redelijk en billijk. Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht* (oratie Leiden) 2000.

ASSER/GROEN/VRANKEN 2003

W.D.H. ASSER, H.A. GROEN & J.B.M. VRANKEN (m.m.v. I.N. TZANKOVA), *Een nieuwe balans: interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003.

ASSER/GROEN/VRANKEN 2006

W.D.H. ASSER, H.A. GROEN & J.B.M. VRANKEN (m.m.v. I.N. TZANKOVA), *Uitgebalanceerd: eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2006.

ASSER/HARTKAMP 3-I 2015

A.S. HARTKAMP, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (3^e druk).

ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015

A.S. HARTKAMP & C.H. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (14^e druk).

ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013

W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

ASSER PROCESRECHT/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012

F.B. BAKELS, A. HAMMERSTEIN & E.M. WESSELING-VAN GENT, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012 (2^e druk).

ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015

E. KORTHALS ALTES & H.A. GROEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (5^e druk).

ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011

A.C. VAN SCHAICK, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

ASSER/SCHOLTEN *Algemeen deel** 1974

P. SCHOLTEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

ASSER/VRANKEN *Algemeen deel*** 1995

J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

ASSER/VRANKEN *Algemeen deel**** 2005

J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel****, Deventer: Kluwer 2005.

ASSER/VRANKEN *Algemeen deel***** 2014

J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Barendrecht & Klijn 2004

J.M. Barendrecht & A. Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen*, Den Haag: Rvdv 2004.

BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011

T. BARKHUYSEN & M.L. VAN EMMERIK, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht* (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2011.

BAUW 2010

E. BAUW, *Rechtspraak in tijden van crisis* (oratie UvA Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers 2010.

DE BOCK 2011

R.H. DE BOCK, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*

R.H. DE BOCK, 'Grip op kwaliteit', in: R.H. de Bock e.a., *Kwaliteit als keuze*. (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2015-1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 27-139.

BOSCH-BOESJES 1991

J.E. BOSCH-BOESJES, *Lijdelijkheid in het geding. Een vergelijkend onderzoek naar de mate van zeggenschap van de rechter in de civiele dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en in de administratieve procedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

BRENNINKMEIJER 1987

A.F.M. BRENNINKMEIJER, *De toegang tot de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

BRENNINKMEIJER 1994

A.F.M. BRENNINKMEIJER, *Rechtspleging*, Nijmegen: AAL 1994.

BREUER 2011

M. BREUER, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

COENRAAD 2000

L.M. COENRAAD, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

- VAN DIJK, in: *Handelingen NJV 1983-I*
P. VAN DIJK, *De op Nederland rustende verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1983-I*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.
- Van Dijk e.a. 2006
P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006 (4th edition).
- DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*
E.J. DOMMERING, *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1983-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
- VAN DEN EIJNDEN 2011
P.M. VAN DEN EIJNDEN, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.
- VAN EMMERIK 1997
M.L. VAN EMMERIK, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.
- GERARDS 2011
J. GERARDS, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011.
- VAN GERVEN/LIERMAN 2010
W. VAN GERVEN & S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen Deel. 40 jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010.
- GIESEN 2001
I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Bju 2001.
- GIESEN 2005
I. GIESEN, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Bju 2005.
- GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007
I. GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2007.
- DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008
G. DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (Recht & Praktijk nr. 165) (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008.

DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*

G. DE GROOT, *Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht*, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-I*, Deventer: Kluwer 2012.

GS *Burgerlijke Rechtsvordering*

E. Wesseling-van Gent, M. Ynzonides, P. Vlas (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

HAAZEN 2013

O.A. HAAZEN, *Het einde van het doofpotmodel. Tien redenen om wetsvoorstel 33 079 inzake het recht op afschrift aan te scherpen*, Deventer: Kluwer 2013.

Harris e.a. 2014

D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates & C. Buckley (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2014 (Third Edition).

Hol/Giesen/Kristen 2011

A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011.

HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015

W. HUGENHOLTZ & W.H. HEEMSKERK, bewerkt door W. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy 2015 (24^e druk).

JANS c.s. 2011

J. JANS, S. PRECHAL & R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: AAL 2011 (3^e druk).

JANSEN 2000

A.M.L. JANSEN, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2000.

TEN KATE, in: *Haardt-bundel 1983*

Th.B. TEN KATE, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt (Haardt-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983.

VAN KESSEL 2014

L.C.W.M. VAN KESSEL, 'HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736 (Eiser c.s./ Gemeente De Bilt): redres van schendingen van het recht op berechting binnen een redelijke termijn in civiele procedures', *NTBR 2014/32*.

KNIGGE 1998

A. KNIGGE, *Effectieve toegang tot het civiele geding. Een onderzoek naar de rechtsingang van de civiele procedure ten overstaan van de Nederlandse rechter en het ius standi in iudicio* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012

M.W. KNIGGE, *De procesovereenkomst* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIII) (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2012.

KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010

H.B. KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 12), Kluwer: Deventer 2010

KUIJER 2004

M. KUIJER, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

LAWSON/TEUBEN 2004

R.A. LAWSON & K. TEUBEN, 'De redelijke termijn in het Nederlands burgerlijk procesrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Termijnen, BW-krant jaarboek 20*, Deventer: Kluwer 2004, p. 153-189.

LEWIN 2013

G.C.C. LEWIN, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht* (oratie UvA Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers 2013.

LINDENBERGH 2011

S.D. LINDENBERGH, 'Vermogenrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, (Preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2011.

LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006

V.C.A. LINDIJER, *De goede procesorde* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IV) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

MAK 2008

E. MAK, *De rechtspraak in balans* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

MEIJKNECHT 2013

P.A.M. MEIJKNECHT, *Infrastructuur en hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (5^e druk).

VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011

A.I.M. VAN MIERLO & J.H. VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 1), Deventer: Kluwer 2011 (2^e druk).

Peers e.a. (auteur) 2014

S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (eds.), *The EU charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014.

Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. F.M. Bart) (red.), *Parlementaire Geschiedenis. Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002 (ook online).

VAN DEN REEK 1997

W.A.J.P. VAN DEN REEK, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1997.

VAN SCHAICK 2009

A.C. VAN SCHAICK, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011

P. SLUIJTER, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstoring procesgedrag?* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XII) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008

P. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008 (2^e druk).

SNIJDERS e.a. 2011

H.J. SNIJDERS, C.J.M. KLAASSEN & G.J. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (5^e druk).

STEIN & RUEB 2013

P.A. STEIN & A.S. RUEB, *Compendium van het nieuwe burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (19^e druk).

TEUBEN, *Rechtensregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004

K. TEUBEN, *Rechtensregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. II) (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007

I.N. TZANKOVA, *Toegang tot het recht bij massaschade* (Recht en Praktijk nr. 150) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007.

VAN BOGAERT 2005

V.V.R. VAN BOGAERT, *De rechter beoordeeld* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005.

VLEMMINX 2013

F.M.C. VLEMMINX, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Bju 2013.

VAN DER WIEL 2004

B.T.M. VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

ZONDERLAND 1976

P. ZONDERLAND, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

Deel A
Algemene beschouwingen

HOOFDSTUK 1

Algemene inleiding

1.1 Inleidende opmerkingen: doel, focus en benadering

[1] *Inhoud en doelstelling.* Dit eerste deel in de *Asser Procesrecht*-reeks behandelt de belangrijkste beginselen die aan het Nederlandse burgerlijk procesrecht en civiele rechtspleging ten grondslag liggen. Die beginselen worden stuk voor stuk besproken in *Deel B* (Beginselen van burgerlijk procesrecht; hoofdstuk 5 t/m 11). Voorafgaand en verweven met de bespreking van die beginselen komen ook nog enkele andere, daaraan gerelateerde algemene vragen van (Nederlands) burgerlijk procesrecht aan bod in dit *Deel A* (Algemene beschouwingen; hoofdstuk 1 t/m 4).

Het doel dat ik beoog te bereiken met dit boek is te voorzien in een informierend en opiniërend handboek (of naslagwerk) dat een algemene introductie bevat op de algemene uitgangspunten van ons burgerlijk procesrecht, ingestoken vanuit de belangrijkste beginselen die het fundament van dat rechtsgebied vormen. Omdat het hier gaat om het eerste deel in een reeks van (straks negen) boeken over Nederlands burgerlijk procesrecht, hoeven diverse andere, op zichzelf eveneens algemene thema's niet hier aan bod te komen (wanneer heeft de Nederlandse civiele rechter internationale rechtsmacht? Welke rechter is wanneer absoluut en relatief bevoegd? Wie draagt de bewijslast? Wanneer staat hoger beroep open?), zodat een zekere beperking tot de stof zoals hierna besproken, verantwoord is.

Als handboek beoogt dit boek de lezer (uiteraard) wegwijs te maken in de jurisprudentie, literatuur en discussiepunten op de besproken terreinen, hoewel de enorme rijkdom aan materiaal (het burgerlijk procesrecht en de beginselen spelen al eeuwenlang een wezenlijke rol in de alledaagse rechtspleging en leiden tot vele uitspraken en geschriften, zodat soms volstaan moet worden met verdere verwijzingen) het niet mogelijk maakt om overal alles en iedereen te citeren en alles wat interessant is te bespreken. Uiteraard zal de lezer niet verstoken blijven van de visie van de auteur van dit boek, welke vooral tot uitdrukking komt in de keuzes ten aanzien van de besproken (deel)onderwerpen en uiteraard in de vorm van inhoudelijke keuzes waar zich nog geen heersende oplossingen aandienen of waar de gemaakte keuzes bijgesteld zouden moeten worden.

[2] *Focus: EVRM, Nederland, rechtshandhaving en Kel.* In Deel B van dit boek (hoofdstuk 5 t/m 11) wordt de te behandelen stof benaderd vanuit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), vooral natuurlijk vanuit het voor dit thema immens belangrijke art. 6 EVRM,¹ doch met gepaste aandacht voor bijvoorbeeld art. 13 EVRM en art. 47 Handvest Grondrechten EU,² én vanuit het oorspronkelijk nationale Nederlandse recht (hoewel dat inmiddels sterk verweven is met en beïnvloed moet zijn door het EVRM-recht).³ Per hoofdstuk ligt de focus dus steeds op zowel de eisen die uit het EVRM voortvloeien als op de eisen die naar het 'gewone' Nederlands recht gelden, waarbij ik vanuit het EVRM start omdat dat verdrag als internationaal recht conform de Grondwet voorrang heeft op ons nationale recht, ook in die gevallen waarin het Nederlandse recht al (ver in tijd) voor het EVRM regelingen inzake de besproken materie kende, zoals dat bijvoorbeeld het geval is inzake de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (hoofdstuk 6).

Een wezenlijk derde punt is dat regelmatig speciale aandacht wordt gevraagd voor de rechtshandhaving, voor de mogelijke wijze(n) van sanctionering, en voor de rechtsgevolgen van een eventuele schending van één van de betreffende beginselen, zowel nationaal als Europees. De reden daarvoor is dat juist binnen het vaak zo praktisch ingestelde burgerlijk procesrecht precies dit praktisch zo gewichtige aspect tot op heden minder aandacht heeft gekregen, in elk geval vanuit het oogpunt van de civiele rechtspleging. Gevolg daarvan is dat het sanctiearsenaal binnen het burgerlijk (proces)recht in mijn visie nog te weinig ontwikkeld is. De meer dan gebruikelijke aandacht in dit boek voor dat sanctiearsenaal is een eerste poging die omissie te redresseren.

Tot slot verdient hier nog aandacht dat gedurende het schrijfproces aan dit boek door het Ministerie van Veiligheid en Justitie en de Raad voor de rechtspraak het project 'Kwaliteit en Innovatie' (verder: Kel) werd opgestart en uitgerold. Dat project voorziet in, ten eerste, de digitalisering van de civiele rechtspleging in Nederland, en ten tweede, daaraan gerelateerd, de nodige herzieningen van

-
- [2] 1 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 510, spreekt over een 'normatief oriëntatiepunt' en een 'sterke impuls' voor de ontwikkeling van het procesrecht. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 24, noemt het een 'leading article'. Zie ook het overzicht van A. HAMMERSTEIN, 'De invloed van art. 6 lid 1 EVRM op het burgerlijk procesrecht', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, 2004, p. 221 e.v., die van 'bevruuchtend en vernieuwend' spreekt (p. 233).
- 2 Ik zal in de hoofdstukken hierna geen separate beschouwingen wijden aan art. 47 Handvest Grondrechten EU omdat de inhoud daarvan nauw aansluit bij de invulling die aan art. 6 EVRM en art. 13 EVRM is gegeven, vgl. verder nr. 34.
- 3 Vanwege het relatief geringe belang daarvan, ga ik voorbij aan art. 14 IVBPR dat sterk lijkt op art. 6 EVRM, net als SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 21-22.

(onder andere) ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁴ Die herzieningen zullen gefaseerd, in drie ‘releases’ en per ‘release’ vervolgens in vier fases, waaronder een pilotfase, worden geïntroduceerd. Dat gebeurt naar verwachting vanaf juli 2016.⁵ De komende jaren zullen dus twee procesrechtelijke ‘sporen’ (het nieuwe digitale procederen en het ouderwetse schriftelijk procederen) naast elkaar (voort)bestaan, temeer omdat alle lopende zaken volgens het ‘oude’ regime worden afgewikkeld.⁶ Daarbij kent ieder spoor gedurende enige tijd deels andere regels vanwege de gefaseerde invoering. In dit boek is gepoogd hiermee om te gaan door voorlopig nog uit te gaan van de ‘oude’ regels van procesrecht en waar nodig alvast kort aan te geven waar die regels zullen veranderen. De keuze voor deze manier van omgaan met de straks continue wijzigende regelgeving, was mogelijk doordat de beginselen van procesrecht – zoals neergelegd in en voortvloeiend uit zowel het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (afdeling 1.3) als art. 6 EVRM – door deze operatie *geen* majeure wijzigingen zullen ondergaan.⁷ De Kel-operatie is voor het thema van dit boek dus van relatief gering belang. Hoor en wederhoor wordt niet afgeschaft, net zomin als de onafhankelijkheid van de rechter wordt aangescherpt, etc. Wel zullen er uiteraard nieuwe specifieke rechtsregels komen die van invloed (kunnen) zijn op de reikwijdte en impact van sommige beginselen, en als dat gebeurt, wordt dat

[2] 4 Zie ten eerste de consultatievoorstellen die zijn geopenbaard in het najaar van 2013, via www.internetconsultatie.nl/kei, en uit oktober 2014 het wetsvoorstel via *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 1–4. Zie verder *het Jaarplan van de rechtspraak 2014*, p. 12, via www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Documents/Jaarplan%20van%20de%20Rechtspraak%202014.pdf, en uit de literatuur bijv. J. EKELMANS, ‘Het wetsvoorstel voor de civiele rechtsgang in eerste aanleg: met het hoofd en hard?’, *NTBR* 2014/8, p. 48 e.v.; H. HOFHUIS, ‘Vernieuwing van het civiele proces’, *Trema* 2015, p. 10 e.v.; C. KLAASSEN, ‘Kroniek van de civiele rechtspleging’, *NJB* 2015/738, p. 1027 e.v.; A.I.M. VAN MIERLO & P.J.J. VONK, ‘Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht; procederen in nieuwe jas na KEI’, *WPNR* 7065 (2015), p. 511 e.v.; K. TEUBEN, K.J.O. JANSEN, ‘Het wetsvoorstel vereenvoudiging en digitalisering procesrecht: kanttekeningen vanuit de procespraktijk’, *TCR* 2015, p. 3 e.v. Voor de Kel-operatie in hoger beroep en cassatie, zie *Kamerstukken* 34 138, en voor de (Rijks)bezemwetting *Kamerstukken* 34 212 en *Kamerstukken* 34 237.

5 Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 3, p. 121, en nr. 6, p. 12 en 17.

6 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 3, p. 46.

7 Zo ook J. EKELMANS, ‘Het wetsvoorstel voor de civiele rechtsgang in eerste aanleg: met het hoofd en hard?’, *NTBR* 2012/8, p. 49. Wel wordt het opschrift van afdeling 1.3 Rv gewijzigd in ‘Algemene beginselen’. Blijkens de voorstellen ondergaan uit afdeling 1.3 Rv verder alleen de regels van openbaarheid enige wijziging, maar die zijn technisch van aard. Volgens het rapport *Naar een nieuwe rechtsgang* van het Deelprogramma Civiel Bestuur (augustus 2013), p. 44–47, is er alleen ten aanzien van de openbaarmaking van vonnissen onder de nieuwe regelgeving potentieel een probleem. De overige beginselen van procesrecht worden niet aangetast, eerder versterkt (de beoogde snellere procesgang straks is immers goed nieuws in het licht van de eis van berechting binnen een redelijke termijn...).

waar nodig aangegeven,⁸ maar op het (vaak wat) abstractere niveau van de bespreking van de beginselen van procesrecht heeft deze wetgevingsoperatie minder vat gekregen.

[3] *Multidimensionale methode.* Het karakter van dit boek wordt wat mij betreft vooral bepaald door de gekozen benadering. In 2005 heb ik in mijn oratie getracht te verwoorden¹ hoe ik in mijn onderzoekswerk methodisch te werk zou willen gaan. Kort gezegd komt die opvatting hierop neer dat ik de zogenaamde ‘multidimensionale benadering’ zal proberen te hanteren.² Uit die oratie put ik de volgende bespreking van de hier bedoelde benadering (ik veroorloof mij daarbij een wat langer citaat uit eigen werk omdat dat meteen duidelijk maakt wat hier van belang is):³

“Ik wil proberen om de resultaten uit andere disciplines te betrekken bij het – want dat blijft zo – vanuit een juridische invalshoek uit te voeren onderzoek. (...) Ik noem het resultaat daarvan zelf ‘argumentatieve rechtsvergelijking’, hetgeen hierop neerkomt dat ik mij richt op het achterhalen en expliciet maken, in eerste instantie via rechtsvergelijking, van de argumenten voor of tegen een bepaalde oplossing voor een bepaald probleem. Ik wil de echte, al dan niet juridische redenen achterhalen en daarbij de rookgordijnen omzeilen die de werkelijke rechtspolitieke keuzes omgeven, zodat gefundeerd voor een bepaalde oplossing kan worden gekozen. Het gaat bij dit alles dus in eerste instantie om de argumentatie en omdat die argumentatie niet strikt juridisch van aard hoeft te zijn, sterker nog, dat vaak niet zal zijn, wil ik bewerkstelligen dat daarbij tevens gebruik wordt gemaakt van inzichten die andere wetenschappen bieden. Dat kan de rechtseconomie zijn, of de psychologie, de bestuurskunde of de politicologie, bedrijfskunde of organisatiekunde, maar misschien ook de communicatiewetenschap, et cetera. Ik wil dus zo veel mogelijk bronnen van argumenten, zo veel mogelijk perspectieven meenemen. Laat ik proberen nog voorzichtiger te zijn: ik wil zo weinig mogelijk potentiële bronnen voor argumenten bij voorbaat uitsluiten. Deze benadering zou men dan multidisciplinair kunnen noemen, maar ik spreek in alle bescheidenheid liever, net als Van Boom, van een *multidimensionale benadering*. (...)”

Dit betekent voor dit boek meer concreet het volgende. Mijn benadering is die van het op incidentele basis verkenningen verrichten buiten het strikte juridische domein van het Nederlandse burgerlijk procesrecht, dus af en toe vanuit een (meer) externe blik op het recht kijken. Dat kan dan – nog betrekkelijk veilig – een (intern of extern) rechtsvergelijkende opmerking hier en daar zijn (zie nader nr. 4, en vooral hoofdstuk 11, over de actieve rechter). Of het kan gaan om – al iets minder veilig – een meer rechtssociologische, meer beleidsmatige benadering van een subonderdeel (zie hoofdstuk 9 over de redelijke termijn),

[2] 8 Als in dit boek verwezen wordt naar wetsartikelen uit het concept-wetsvoorstel tot herziening van Rv, gebruik ik daarvoor de aanduiding ‘Kel-Rv’.

[3] 1 Zie GIESEN 2005.

2 Ik ontleen deze ‘methode’ en de terminologie aan W.H. VAN BOOM, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, 2003, p. 36.

3 Zie GIESEN 2005, p. 18-21 (de voetnoten in het origineel heb ik hier niet overgenomen). Inmiddels begint in dit verband de term ‘civilologie’ in opkomst te raken, vgl. W.H. VAN BOOM, I. GIESEN & A.J. VERHEIJ, ‘Inleiding: een handboek voor de civiloloog-privatist’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.) *Capita civilologie*, 2013, p. 1-3.

een rechtseconomische blik (in hoofdstuk 7⁴), of een uit de psychologie stammende observatie betreffen. Zo zullen enige cognitief-psychologische inzichten langskomen in hoofdstuk 6 (onpartijdigheid van de rechter) en hoofdstuk 10 (motiveringsplicht). Kort en goed gaat het steeds om (bescheiden) aandacht voor sociaalwetenschappelijke aspecten van de beginselen van procesrecht. Dat is allemaal geheel in lijn met de benadering die ik voorsta. Ik kies dus niet voor een enkel, alomvattend en allesbepalend kader van waaruit het gehele onderwerp beschouwd wordt. In plaats daarvan kies ik steeds een ander, nieuw 'frame', telkens een frame dat past bij de te bespreken materie, zodat er vanuit dat kader ook iets kan worden toegevoegd aan de juridische analyse van het onderwerp. Door het boek heen komen dus meerdere frames, disciplines en externe bronnen voor de juridische argumentatie aan bod. Deze externe gerichtheid die ontvankelijk maakt voor invloeden van buiten, levert meer kennis op, en daarmee beter recht, alsmede in elk geval een open blik.

[4] *Rechtsvergelijking*. Ik schreef al dat in het vervolg van dit boek de analyse her en der verrijkt zal worden met een (extern) rechtsvergelijkende opmerking.¹ Vooral in hoofdstuk 4 (sanctionering) en hoofdstuk 11 (partijautonomie) maak ik gebruik van buitenlandse bronnen. Toch zou ik het niet aandurven om dit boek een (extern) rechtsvergelijkende analyse te noemen, want daarvoor is de omvang van de rechtsvergelijking gewoonweg te gering en is de rechtsvergelijking onvoldoende structureel doorgevoerd. Het blijft dus bij 'een beetje' rechtsvergelij-

[3] 4 In de rechtseconomische literatuur is het nodige geschreven over (rechtseconomische aspecten van) de civiele rechtspleging. Daarbij wordt vooral aandacht geschonken aan specifieke thema's als de kosten van procedures, inclusief kostenveroordelingen en noties als 'no cure no pay', prikkels om wel of niet te procederen, het instellen van hoger beroep, 'discovery', de rol van jury's en van advocaten, etc. De in dit boek centraal gestelde beginselen van procesrecht worden echter niet als zodanig op rechtseconomische wijze geanalyseerd (dat gebeurt enkel *via* bepaalde leerstukken; een systeem van 'no cure no pay' is immers van invloed op de toegang tot de rechter), wellicht omdat dit te 'vage' noties zijn om fatsoenlijk in een model te kunnen vatten. Dat is de reden dat in dit werk de rechtseconomie niet expliciet is betrokken, behalve zeer summier in hoofdstuk 7. Wie meer wil weten, zie bijv. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2003 (6th ed.), p. 563-610; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, p. 387-470; B.H. KOBAYASHI et al, 'Civil Procedure: General Economic Analysis', in: B. Bouckart & G. de Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, nr. 7000; Th.J. MICELLI, *The Economic Approach tot Law*, 2009 (2nd ed.), p. 226-267; G.P. MILLER, 'The legal-economic analysis of comparative civil procedure', 45 *Am. J. Comp. L.* 905 1997.

[4] 1 Daarnaast zal de *interne* rechtsvergelijking niet geschuwd (kunnen) worden, bijv. in hoofdstuk 4. Veel van wat in het Nederlandse bestuurs- of strafrecht is gezegd over aspecten van art. 6 EVRM, denk aan de dissertaties van KUIJER 2004 en JANSEN 2000 en aan BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, is immers ook voor en in dit boek van belang. Evenzeer hoop ik dat dit boek van belang kan zijn voor bijv. het bestuursrecht.

king (beter wellicht: de blik op de situatie elders richten²) op die plaatsen waar dat nuttig³ voorkomt naast de overal door te voeren analyse van het EVRM.

Dat EVRM-perspectief maakt een echt rechtsvergelijkend onderzoek overigens ook minder voor de hand liggend. Immers, via het EVRM wordt er in alle hoofdstukken al een internationaal kader geschetst (dat in alle rechtsvergelijkend interessante rechtsstelsels zoals Frankrijk, Engeland en Duitsland, ook zal gelden) van waaruit de analyse van het Nederlandse recht (mede) kan geschieden en van waaruit tevens de toets aan internationale maatstaven kan plaatsvinden. Het EVRM-perspectief biedt dus eigenlijk al die rechtsvergelijkende ingang en blik. Dat alles wordt versterkt waar er ook gekeken wordt naar regelingen en rechtspraak op het supranationale niveau van de Europese Unie (EU) en naar de 'Principles of Transnational Civil Procedure' (PTCP).⁴

Naast dit inhoudelijke motief dat de noodzaak van rechtsvergelijking afzwakt, is er ook een praktische reden waarom er geen structurele rechtsvergelijking wordt bedreven, en waarom ook andere aspecten van de multidimensionale benadering niet op structurele wijze zijn doorgevoerd, en dat betreft het tijdsaspect. Een boek als dit schrijven op een strikt doorgevoerde rechtsvergelijkende en multidimensionale basis is niet haalbaar binnen een redelijk afzienbare tijd. Om de totstandkoming van dit boek niet eindeloos te vertragen is de hier verantwoorde, meer eclectische benadering aanvaard. Een integrale behandeling van een extern perspectief door het hele boek was niet haalbaar. De belofte staat echter om volgende drukken niet alleen bij de tijd te brengen, maar ook om juist daar waar het om de multidimensionale (en dus ook rechtsvergelijkende) insteek gaat, steeds verder uit te breiden.

[5] *Te eclectisch?* Het grote gevaar van de door mij gehanteerde benadering is dat die gezien zal worden als een vorm van 'pick and choose' en 'anything goes'. In zekere zin is dat ook zo. De hier gekozen insteek zal immers niet structureel van stal gehaald (kunnen) worden, daartoe ontbreekt de tijd en mankracht. Maar de verkozen benadering, indien toegepast, levert (hopelijk) wel wat op en uiteindelijk gaat het daar toch om. Ik verkies in elk geval liever een wellicht wat mager uitvallende extra oogst, dan helemaal geen extra oogst als er overwegende bezwaren zijn om vooralsnog tot een volle extra oogst te kunnen geraken.

[4] 2 Waarbij ik voorbijga aan de kenmerken van de rechtspleging/rechterlijke macht elders, zie daarover J. Bell, *Judiciaries within Europe*, 2006.

3 Het aantal geschillen (2% van het totaal, aldus B.C.J. VAN VELTHOVEN, C.M. KLEIN HAARHUIS, *Geschiedbeslechtingdelta 2009, 2010*, p. 146), dat een grensoverschrijdend karakter heeft, rechtvaardigt momenteel overigens nauwelijks die rechtsvergelijkende blik. Zie nader over het nut van procesrechtsvergelijking ZONDERLAND 1976, p. 36 e.v.

4 Zie over die PTCP bijv.: R.R. VERKERK & R. VERKIJK, 'Principles of transnational civil procedure, vanuit een Nederlands perspectief', *NTBR* 2006, p. 212 e.v.; M. TARUFFO, 'Harmonisation in a global context', in: X.E. Kramer, C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, 2012, p. 207 e.v.

Uiteraard roepen de nieuwe inzichten soms ook nieuwe vragen op, vragen die hier niet steeds te beantwoorden zijn. Dat zijn dan echter steeds vragen waar ook andere beoefenaren van de rechtswetenschap, de civiele rechtspleging en het burgerlijk procesrecht mee aan de slag kunnen. Ik hoop alleen maar dat men dat dan ook doet, zodat een volgende druk van dit boek op die punten uitvoeriger kan zijn.

[6] *Onderscheidend karakter.* Het onderscheidende karakter van het onderhavige boek ten opzichte van de al bestaande literatuur (waarbij de fraaie tweede druk van Smits¹ in het bijzonder genoemd moet worden), schuilt mijns inziens in de navolgende vier aspecten.

Ten eerste is er het gekozen vertrekpunt. Waar Smits vertrekt vanuit art. 6 EVRM, vertrek dit boek vanuit de keuze voor een zevental, op dit moment als zodanig erkende beginselen van Nederlands burgerlijk procesrecht, welke vervolgens niet enkel vanuit Nederlands perspectief, maar mede en vooral geanalyseerd worden vanuit de invloed die het EVRM heeft gehad op de betreffende beginselen. Dat leidt er bijvoorbeeld toe dat de motiveringsplicht in dit boek een apart hoofdstuk beslaat (hoofdstuk 10), waar dit beginsel elders vaak een onderdeel vormt van het 'fair trial' beginsel, en dat ook de partijautonomie (de actieve rechter) een aparte plek heeft gekregen (hoofdstuk 11). Andere boeken die art. 6 EVRM en beginselen van burgerlijk procesrecht betreffen, zien in principe slechts op één enkel beginsel en kunnen daardoor over dat betreffende beginsel veel uitvoeriger zijn dan ik hierna zou kunnen en willen zijn.²

Ten tweede is er, in samenhang daarmee, de omvang van de behandelde materie. Omdat ik, vertrekkend vanuit de Nederlandse situatie, enkele 'extra' beginselen behandelen wil, is de bespreking van de beginselen iets beperkter gebleven en kon niet elk subthema overal besproken worden. Een verwijzing helpt de lezer dan verder. Een derde karakteristiek van dit boek ligt in de gekozen focus zoals hiervoor beschreven (nr. 2). Ik analyseer de materie vanuit zowel het EVRM als het Nederlandse recht en leg speciaal de nadruk op de handhaving van eventuele schendingen. Een vierde onderscheidend kenmerk is de hier gehanteerde multidimensionale benadering (zie nr. 3-5).

[7] *Opbouw van dit hoofdstuk en het vervolg van Deel A.* In lijn met het voorgaande, wordt er in het vervolg van dit hoofdstuk nog enige plaats ingeruimd voor een korte, eerste bespreking van een aantal onderwerpen dat in een Algemeen deel van het Nederlands burgerlijk procesrecht thuishoort, maar niet specifiek in een bijzonder hoofdstuk past. Het gaat dan om de doelen van het civiele procesrecht, inclusief de verhouding tussen formeel en materieel recht (§ 1.2), om enige feitelijke informatie (de empirische context) over de Nederlandse rechtspleging (§ 1.3), om de reikwijdte en doorwerking van het EVRM

[6] 1 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008.

2 Vgl. VAN DEN EIJNDEN 2011; KUIJER 2004 en JANSEN 2000.

(§ 1.4) – een paragraaf die mede dient als introductie op dat artikel ten behoeve van *Deel B* – en om de reikwijdte en doorwerking van het EU-recht op het terrein van het procesrecht, waarbij met name het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gezien wordt (§ 1.5). Tot slot ga ik in § 1.6 in op de door mij gemaakte keuze van die beginselen van Nederlands burgerlijk procesrecht die ik in *Deel B* zal gaan bespreken, alvorens ik met een korte conclusie afsluit (§ 1.7).

In hoofdstuk 2 komen vervolgens de belangrijkste bronnen van het burgerlijk procesrecht¹ – welke laten zien dat er tegenwoordig ook hier sprake is van ‘multilevel’ regulering – alsmede, daaraan gekoppeld, de wijze van rechtsvinding in het burgerlijk procesrecht aan de orde. Daarna gaat hoofdstuk 3 nader in op de verhouding tussen de in dit boek besproken rechtsbeginselen – die kunnen gelden als ‘klassieke rechtsstatelijke waarden’ – en moderne tegenhangers in de vorm van ‘new public management’ beginselen. Ook bespreek ik in dit hoofdstuk enkele andere (neutraal geformuleerde) uitgangspunten, zoals ‘waarheidsvinding’ en ‘effectieve rechtsbescherming’, die mogelijk ook als procesrechtelijke beginselen zouden kunnen (gaan) gelden. Hoofdstuk 4 gaat vervolgens in op de algemene, alle hoofdstukken omvattende kwestie van de mogelijke wijze(n) van handhaving (en sanctionering) op EVRM- en nationaal niveau, inclusief civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, van een schending van een beginsel van burgerlijk procesrecht. Dat thema verdient een apart hoofdstuk omdat deze kwestie, zoals gezegd (nr. 2), tot op heden nog onvoldoende is doordacht en uitgewerkt.

[8] *Wat zijn beginselen?* Wat de lezer niet zal aantreffen in dit boek, is een (theoretische, laat staan rechtsfilosofische) verhandeling over wat bedoeld wordt met of verstaan wordt onder ‘(rechts)beginselen’, waartoe ze precies dienen of kunnen dienen, waarin hun belang¹ is gelegen, en welke dat dan (kunnen) zijn op dit gebied. Anderen deden dat reeds uitvoerig.² Ook ga ik niet nader in op allerlei onderscheidingen die de grenzen proberen te markeren tussen beginselen, kenmerken, hoofdkenmerken, karakteristieken, etc.³ Ik volsta op dit punt met de navolgende drie opmerkingen.

[7] 1 Waartoe de besproken beginselen zelf overigens ook horen, zie nr. 51.

[8] 1 Dat de beginselen van procesrecht van extreem groot belang zijn, bewijst bijv. de *Visie op de Rechtspraak* van de Raad voor de rechtspraak (2010), p. 19 e.v., waaruit blijkt dat dit soort kernwaarden, zoals onafhankelijkheid, één van de twee pijlers van de missie van de rechtspraak vormen, en onderdeel van de visie van de rechtspraak zijn.

2 Een fraaie ingang op dit terrein is nog altijd het *Ars Aequi* themanummer uit 1991 (AA 1991-10). Zie echter ook H. VAN MAARSEVEEN & H. STOUT, ‘Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak’, *NJB* 1979, p. 193-200; G.J. WIARDA, *3 typen van rechtsvinding*, 1999 (4^e druk bewerkt door T. Koopmans), p. 87 e.v.; C.E. SMITH, *Regels van rechtsvinding*, 2005, p. 111-115; ASSER/VRANKEN *Algemeen deel*** 1995/131-140 en in kort bestek R. NEHMELMAN & C.W. NOORLANDER, *Horizontale werking van grondrechten*, 2013, p. 93-95. Over wat (rechts)beginselen zijn, zie ook nog VAN GERVEN/LIERMAN 2010, nr. 46-48.

3 Zie bijv. HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, die onderscheiden tussen hoofdbeginselen van fundamentele aard en hoofdbeginselen in de zin van hoofdkenmerken.

Ten eerste. Ik hanteer hierna de navolgende definitie van wat beginselen van burgerlijk procesrecht zijn, namelijk: die basisvoorwaarden – als uitgangspunt voor verder uitgewerkte regels – zonder welke niet meer gezegd kan worden dat het civiele proces eerlijk kan en zal zijn, zodat de civiele rechtspleging in zijn geheel, het stelsel van procesrecht als zodanig, niet langer geloofwaardig, eerlijk en werkbaar is.⁴

Ten tweede vermeld ik, indachtig het motto van Dommering⁵ dat ik via het voorwoord aan dit boek heb meegegeven, dat beginselen zichtbaar maken welke mechanismen en welke belangen in de civiele procedure een rol spelen, terwijl een set beginselen in wezen een heel Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou kunnen vervangen. Verder zie ik het belang van het nadenken over en werken met beginselen van procesrecht vooral hierin dat die beginselen de basis, het grondpatroon, van ons civiel procesrecht vormen. Het zijn de minimumvoorwaarden die wij in ere willen houden om, ook in het civiele recht, een gedegen en een rechtvaardig proces aan te kunnen bieden, zodat de burger niet onheus beroofd wordt van geld, goederen, etc.

Beginselen hebben daarnaast echter ook praktische waarde, want ze leiden op vrij natuurlijke wijze tot een zekere harmonisatie van de verschillende wijzen van procesinleiding.⁶ Het is bovendien mogelijk om terug te vallen op beginselen als een instrument om vormen van ‘onrecht’ (gevallen waarin een bepaalde procesuele regel zo uitpakt dat deze qua resultaat niet kan kloppen) te repareren. Beginselen dienen dan als breekijzer om een ongewenst resultaat te kunnen omzeilen, zoals de redelijkheid en billijkheid dat in het materiële burgerlijke recht doet.⁷

Bij wege van derde opmerking volsta ik met een verwijzing naar § 6 van dit hoofdstuk en, in tweede instantie, hoofdstuk 3, waarin ik mijn keuze voor de wel en niet te bespreken beginselen nader zal toelichten.

[8] 4 Vgl. BRENNINKMEIJER 1994, p. 24 en BOSCH-BOESJES 1991, p. 236. E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiele procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 393, spreekt over minimumvereisten voor een behoorlijk proces, en bespreekt de terminologie die anderen benutten (op p. 394) als het over beginselen gaat.

5 Zie DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 234.

6 ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/4. Ze kunnen bovendien bijdragen aan harmonisatie van bijv. bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht, zie reeds J.B.M. VRANKEN & A.F.M. BRENNINKMEIJER, ‘Harmonisatie van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht’, *WPNR* 6094 (1993) p. 1016, of van harmonisatie op wereldschaal, vgl. N. ANDREWS, ‘Fundamental Principles of Civil Procedure: Order out of Chaos’, in: X.E. Kramer, C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, 2012, p. 20.

7 Overigens wordt in dit verband ook over ‘de goede procesorde’ gesproken, zie nader LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006 (m.n. p. 486 e.v.). Zonder dat hier nader uit te kunnen werken, zijn wat mij betreft beide instrumenten wat dit aangaat, betrekkelijk inwisselbaar, vgl. ook STEIN/RUEB 2013, p. 49-50 (‘breed inzetbare toverformule’). Over hun verhouding ook J.E.A.A. TEN BERG-KOOLEN, ‘De goede procesorde in het burgerlijk procesrecht’, *NJB* 1986, p. 113-119.

1.2 Doelen van het burgerlijk procesrecht

[9] *Het burgerlijk procesrecht.* Om voldoende grip te kunnen krijgen op de basale, maar daarmee niet eenvoudig of eenduidig te beantwoorden vraag waarin de doelen van het burgerlijk procesrecht gelegen zijn,¹ is het raadzaam om een korte schets te geven van wat dat burgerlijk procesrecht eigenlijk is. Het burgerlijk procesrecht is, in mijn visie,² dat deel van het door de overheid afgekondigde deel van het privaatrecht dat ziet op de inrichting van en de regels inzake de wijze waarop een openstaande vraag of geschil tussen particulieren over een vraag van privaatrechtelijke aard, afgewikkeld en beslist wordt door een overheidsrechter. Het burgerlijk procesrecht biedt de spelregels voor het – door een neutrale beslisser in de persoon van een overheidsrechter – vaststellen van de privaatrechtelijke rechten en plichten van (rechts)personen. Het proces, de procedure waarin die derde vaststelt wat rechtens is, is zodoende zelf aan regels onderworpen.³

[10] *Doel: rechtsbescherming of rechtsverschaffing.* Karakteristiek aan de civiele procedure is ten eerste dat deze een aanspraak op overheidshulp geeft.¹ Dat wil zeggen dat burgers en rechtspersonen de overheid in de vorm van de overheidsrechter, mogen en kunnen inschakelen om hun rechten te verwezenlijken, teneinde vervolgens, als inderdaad een daartoe strekkende uitspraak is verkregen, ook nog eens een beroep te kunnen doen op de deurwaarder en eventueel de politie en haar geweldsmonopolie,² om dat vonnis te executeren.

Via het civiele proces wordt dus, indien gewenst, een legitimatie tot dwanguitoefening verschaft. Die legitimatie om een recht af te kunnen dwingen,

[9] 1 ZONDERLAND 1976, p. 10 e.v. bespreekt de doeleinden van rechtsvordering deels onder het kopje 'filosofie van procesrecht', doch m.n. op p. 23 e.v. Er wordt ook wel over 'functies' gesproken, zoals door SNIJDERS e.a. 2011, nr. 9 e.v., en ook worden functies genoemd die ik hierna niet noem, zoals de 'bedreigingsfunctie' (SNIJDERS e.a. 2011, nr. 11). Ik geef toe dat het burgerlijk procesrecht een 'stok achter de deur' vormt en een sterke preventieve rol kan hebben (dreigen met procederen leidt tot vrijwillige nakoming), maar ik zie die preventie niet als *doel* van het burgerlijk procesrecht. Omdat het burgerlijk procesrecht als pressiemiddel ook misbruikt kan worden, zou het accepteren van dreiging als doel tevens betekenen dat het op onjuiste wijze hanteren van dit instrument als verwerkelijking van een daaraan inherent doel zou gelden.

2 ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/7, hanteert een andere maar in de kern gelijk-luidende omschrijving. Vgl. ook de preciezere omschrijving in SNIJDERS e.a. 2011, nr. 1, alsmede ZONDERLAND 1976, p. 1-2.

3 Ik laat daarbij in het midden of het burgerlijk procesrecht tot het privaatrecht of het publiekrecht hoort, zie ZONDERLAND 1976, p. 4-6 en BRENNINKMEIJER 1994. De civiele rechter heeft in elk geval een publieke taak, ook ten behoeve van de maatschappij als geheel, aldus ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/5, p. 5.

[10] 1 Zie STEIN/RUEB 2013, p. 2, waarop het navolgende mede gebaseerd is, en ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/2. Zie ook ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 34.

2 Vgl. BRENNINKMEIJER 1994, p. 43.

onderstreept het (vaak als ‘dienend’ bestempelde) doel dat het procesrecht in eerste instantie vervult, te weten het bieden van rechtsbescherming, ook wel de ‘rechtsverschaffingsfunctie’³ of het ‘doel van de recht- en titelverschaffing’⁴ genoemd. Het civiele procesrecht is zo een verlengstuk van het materiële privaatrecht, een systeem van regels dat ertoe strekt materiële rechten te verwezenlijken, om vermeende of gepretendeerde rechten gestand te kunnen doen.⁵ Het draait derhalve om het ‘vaststellen en zo nodig verwezenlijken van de daadwerkelijk bestaande civielrechtelijke rechten’.⁶ De Kel-wetgever⁷ formuleert het aldus: “Het procesrecht moet de rechtszoekende een efficiënte, effectieve en eerlijke mogelijkheid bieden om zijn materiële rechten te verwezenlijken.” Dat is een dienende taak, en dus ‘dienstbaar’,⁸ maar daarmee is echter niet alles gezegd.

In dit verband wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen regels van formeel recht en regels van materieel recht; de procedure uit burgerlijke rechtsvordering versus de inhoud uit het BW. Hoewel de deformalisering van het procesrecht reeds decennia geleden stevig is ingezet, kan en mag dat onderscheid nog steeds worden gemaakt.⁹ Wel moet daarbij bedacht worden dat procesrecht en materieel recht nauw verweven zijn en er een stevige ‘kruisbestuiving’ tussen beide rechtsgebieden plaatsvindt. Beide terreinen zijn aan elkaar geklonken; er vindt een constante wisselwerking plaats.¹⁰ Karakteristiek is namelijk dat het formele en materiële recht sterk samenhangen; zij kunnen niet zonder elkaar.¹¹ Het materiële recht heeft het formele procesrecht nodig om te kunnen worden

[10] 3 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 10.

4 ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 33 e.v., alwaar ook de dienende functie wordt genoemd. Vgl. ook ASSER/GROEN/VRANKEN 2006, p. 31. Voor FRANKRIJK: S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile: droit interne et droit communautaire*, 2010, nr. 11.

5 Zo de minister, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, § 13, onderschreven door ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/7, als het *primaire* doel van het burgerlijk procesrecht. Vgl. ook LEWIN 2013, p. 3; E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiele procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 393; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 37.

6 ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/3. Zo ook TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 71; KNIGGE 1998, p. 7; ASSER 2000, p. 12 (hoofddoel); STEIN/RUEB 2013, p. 1. Vgl. ook HAAZEN 2013, p. 3 (handhaving).

7 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 4. Vgl. ook DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 33.

8 TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 71; ASSER 2000, p. 12; ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/3. Vgl. ook ZONDERLAND 1976, p. 6 en DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 34.

9 Vgl. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/3, wijzend o.a. op TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 71, die er overigens op wijst dat de formalisering het onderscheid tussen formeel en materieel recht niet zal opheffen. Zie ook ASSER 2000, met veel literatuur in noot 9.

10 Zo ook ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/7. De verhouding tussen materieel en formeel recht is overigens een terrein dat nog (te) weinig ontgonnen en doordacht is, niettegenstaande de fraaie aanzet van VAN SCHAICK, voornoemd. Zie overigens ook al ZONDERLAND 1976, p. 6-10.

11 ZONDERLAND 1976, p. 9, spreekt van ‘functionele samenhang’.

verwezenlijkt, om niet als louter pretentie, als gepretendeerd recht te bestaan;¹² en zonder materieel recht valt er voor het civiele procesrecht niets te verwezenlijken.¹³ Het burgerlijk procesrecht staat dus niet op zichzelf en kan niet zelfstandig bestaan, is dus, in elk geval wat dit aspect aangaat, inderdaad 'dienend'.¹⁴

[11] *Doel: geschilbeslechting.* Nauw verbonden aan deze rechtsbeschermingsfunctie is dat het proces, en dus het civiele procesrecht, ten tweede ertoe dient om geschillen van civielrechtelijke aard te beslechten – wellicht zelfs op te lossen, doch in elk geval voorlopig te beëindigen.¹ Met de vaststelling door de rechter dat een partij een bepaald recht of een bepaalde plicht ten opzichte van een ander heeft, is het twistpunt dat partijen verdeeld hield (in elk geval voorlopig) uit de wereld. Of de civiele procedure de meest geschikte vorm is om geschillen tussen mensen te beslechten, is een andere vraag² maar dat laat onverlet dat het proces vaak bereikt dat het geschil ten minste wordt bevroren of zelfs geheel verdamppt.

[12] *Doel: belangenbehartiging.* In kwesties aangaande – wat dan heet – voluntaire jurisdictie of 'oneigenlijke rechtspraak', hebben wij niet alleen met 'twistgedingen' van doen die om een (tijdelijke) oplossing vragen, maar spelen soms ook kwesties die vooral de ordening van onze maatschappij raken.¹ Het doel van de ook daar gebruikte civiele procedure ligt dan net even anders dan in puur vermogensrechtelijke geschillen. In dit soort zaken is de rechter en dus de civiele procedure weliswaar ook weer gericht op het vaststellen (en verwezenlijken) van de rechtspositie van burgers (bijvoorbeeld onder welk geslacht wordt iemand in de registers opgenomen, art. 1:28 BW), en dus op rechtsbescherming, maar dat

[10] 12 Vgl. SNIJDERS e.a. 2011, nr. 9.

13 Kenmerkend voor de hier bedoelde samenhang tussen materieel en formeel recht is ook dat in het BW regels staan die eigenlijk processueel van aard zijn. Denk aan de verjaringsregels in art. 3:307 BW e.v., en de regels inzake rechtsvorderingen in titel 11 van Boek 3 BW die ook processueel van aard zijn (bijv. art. 3:296 BW en art. 3:297 BW). Daarentegen staan in Rv ook diverse regels die eigenlijk heel 'materieel' van aard zijn, in elk geval qua gevolgen. De regel uit art. 150 Rv over hoe de bewijslast verdeeld moet worden, is van directe invloed op het materiële resultaat van vrijwel elk privaatrechtelijk geschil en is dus net zo goed materieelrechtelijk te noemen. Voor voorbeelden ook ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/7 en ASSER 2000, p. 7. Vgl. verder STEIN/RUEB 2013, p. 6.

14 Recent nog ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/7.

[11] 1 Zie nader STEIN/RUEB 2013, p. 1. Vgl. ook HAAZEN 2013, p. 3; ASSER 2000, p. 12. SNIJDERS e.a. 2011, nr. 9, ziet dit als een functie die slechts indirect gerealiseerd kan worden, maar de rechter die bemiddelt en schikt, geeft daaraan wel directe betekenis. Gezien de toegenomen focus op bemiddeling door de rechterlijke macht, groeit het belang van deze functie.

2 Een vraag die regelmatig negatief beantwoord zal moeten worden, in het licht van allerlei ADR-vormen die veeleer het daadwerkelijke onderliggende probleem aanpakken.

[12] 1 Over het onderscheid 'eigenlijke' en 'oneigenlijke' rechtspraak o.a. ZONDERLAND 1976, p. 81-84. Hierbij dient gezegd te worden dat de pure orderingskwesties zeldzamer worden en het hier ook steeds meer om 'twistgedingen' draait.

geschiedt dan vanuit een ordenende functie en dus ook zonder dat er noodzakelijkerwijs een geschil aan de te ordenen kwestie ten grondslag ligt. Dat betekent dat het hiervoor als tweede geïdentificeerde doel van geschilbeslechting geen of een mindere grote rol kan spelen, maar dat het in plaats daarvan gaat om het behartigen van of zorgen voor specifieke belangen van burgers.

[13] *Doel: eigenrichting tegengaan.* Wat daarvan verder zij, het einddoel van elke vorm van civiel procederen is uiteindelijk gelegen in het handhaven van de maatschappelijke orde door het tegengaan van eigeninrichting.¹ De maatschappij kan zich niet veroorloven, dat iedereen of zelfs maar een enkeling op eigen houtje zijn (vermeende) rechten gaat afdwingen. Dat leidt als snel tot een maatschappij waarin het recht van de sterkste geldt, en dat loopt binnen afzienbare tijd stevig uit de hand. Dat eigenrichting alleen al daarom voorkomen moet worden, is bijvoorbeeld terug te zien in art. 3:296 BW: via de rechter kan de crediteur zorgen dat hij nakoming krijgt van een aanspraak op een doen of nalaten van de debiteur. Dat wil overigens niet zeggen dat er op deze hoofdregel geen uitzonderingen bestaan. Zo kennen en accepteren wij bijvoorbeeld het opschortingsrecht (art. 6:52 BW), de buitengerechtelijke ontbinding (art. 6:265 BW) en het retentierecht (art. 3:290 BW).

[14] *Doel: rechtsvorming en rechtseenheid.* Daarnaast heeft dit vooralsnog vooral als *dienend* gepresenteerde procesrechtelijke systeem wat mij betreft echter ook nog zijn eigen, zelfstandige functie en doel;¹ de procedure is namelijk ook op zichzelf van waarde. Dat materieel recht via formeel recht tot leven komt, zoals wij reeds zagen, zodat er een dynamische en wederkerige verhouding bestaat tussen materieel en formeel recht,² betekent immers ook dat op het terrein van het (materiële) privaatrecht de rechtsvinding, de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling, alsmede de rechtseenheid, via de civiele procedure ontstaat. Dit maakt dat het burgerlijk procesrecht ook nog de functie heeft om rechtsvor-

[13] 1 Daarover STEIN/RUEB 2013, p. 2-3; ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/2; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 12 (politioele functie) en BRENNINKMEIJER 1994, p. 53-54 en LEWIN 2013, p. 6. Zo ook ZONDERLAND 1976, p. 25. Over mogelijke functies van het burgerlijk procesrecht ook, in breder verband, Barendrecht & Klijn 2004, p. 10-11 en LEWIN 2013.

[14] 1 Zo ook ASSER/GROEN/VRANKEN 2006, p. 31 en ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 37 e.v., die dit als een zelfstandig doel naast het doel van recht- en titelverschaffing plaatsen. Of dat laatstgenoemde doel dan het primaire doel is of zou moeten zijn, vgl. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/7, noot 1, vind ik een discussie van weinig waarde. Volgens TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 71, heeft het procesrecht 'geen doel in zichzelf'. Voor DE BOCK 2011, p. 65, is 'het behoorlijk verloop van de procedure' een doel op zich. Vgl. ook M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, 1999, p. 144.

2 Zie ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 40, onder verwijzing naar VAN DEN REEK 1997, p. 219 e.v. die zich baseert op het werk van Eggens, o.a. in LAND-EGGENS, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Zesde deel, 2^e druk, Van Bewijs*, 1933 (ook opgenomen in de *Eggens-bundel*, 1998), m.n. p. 7-9 (p. 505-507).

ming en rechtseenheid te brengen.³ Dat bewerkstelligt het procesrecht overigens niet enkel voor de rechtseenheid en rechtsvorming op het terrein van het materiële privaatrecht – dat zou nog steeds ‘dienend’ kunnen heten, indien gewenst – maar zeker ook voor het ‘eigen terrein’ van het formele recht. Ook het burgerlijk procesrecht vergt immers uitleg, en ook hier is rechterlijke rechtsvorming nodig om bij de tijd te blijven.

Sterker, zonder civiele procedure zouden wij in het huidige systeem van machtenverdeling nooit tot rechterlijke uitleg van bestaand (proces)recht, en tot vorming van nieuw (proces)recht door de rechter komen en zou ook de (procesrechtelijke) rechtseenheid niet langs deze weg gestalte kunnen krijgen.⁴ Zeker in het huidige tijdsgewricht waarin – in elk geval voor het privaatrecht – de rechterlijke rechtsvorming de wetgevende rechtsvorming ruim overvleugeld heeft qua belang,⁵ is dat cruciaal en is dus het burgerlijk procesrecht evenzeer cruciaal. Dat stemt meteen ook tot verder en blijvend nadenken over hoe die civiele procedure en dat procesrecht dan zo optimaal mogelijk gesitueerd en ingericht moeten worden om die rechtsvormende functie te vervullen.⁶

[15] *Engeland: CPR.* Vermeldenswaard is dat in Engeland bij de grote hervorming van het civiele procesrecht eind vorige eeuw de doelstellingen van dat nieuwe civiele procesrecht expliciet in wetgeving zijn opgenomen. In de *Civil Procedures Rules 1998 (CPR)* werd immers vastgelegd in *Rule 1.1 CPR* dat:¹

- [14] 3 Exemplarisch is nog steeds de aandacht in *ASSER/VRANKEN Algemeen deel*** 1995 voor de procesrechtelijke context van rechtsvindingsvraagstukken. Vgl. inmiddels ook VAN GERVEN/LIERMAN 2010. Zie over deze functie(s) ook SNIJDERS e.a. 2011, nr. 13-14; DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 34. LEWIN 2013, p. 13, ziet e.e.a. slechts als ‘nuttig bijproduct’.
- 4 Ongetwijfeld zouden er dan alternatieven opduiken, iets wat we op het vlak van de rechtseenheid ook al hebben gezien waar het gaat om rechtersregelingen, zie TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, en voortbouwend daarop GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007.
- 5 Zie ook de discussie zoals gevoerd na het rapport-Hammerstein over de taak van de Hoge Raad, o.a. in Hol/Giesen/Kristen 2011.
- 6 Daarbij speelt ook een rol dat als, bijv. door de te hoge kosten of te hoge griffierechten, minder geprocedeerd zou gaan worden, een tendens die in de V.S. al zichtbaar is, de hoeveelheid ‘rechtsvorming’ ook zal afnemen, vgl. in dit verband J. LANDE, ‘How much justice can we afford?’, *Journal of Dispute Resolution* 2006, p. 213 e.v.
- [15] 1 Overigens merk ik voor de volledigheid nog op dat inmiddels *Rule 1.1 CPR* gewijzigd is via de door Sir Jackson voorgestelde hervorming van de CPR uit april 2013. In de nieuwe versie is opgenomen dat de rechter niet alleen ‘justly’ met zaken moet kunnen omgaan, maar ook ‘at proportionate costs’. Zie voor deze wijziging www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil en www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/262/article/4/made, alsmede N. ANDREWS, *Accessible, Affordable, and Accurate Civil Justice*, p. 2, via SSRN (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330309). Dat de ‘costs’ van procederen in Engeland een probleem zijn, is genoegzaam bekend, zie bijv. A.A.S. ZUCKERMAN, ‘Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure’, in: A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, 1999, p. 7 e.v. en 15 e.v., specifiek ook op p. 12.

- “(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.
- (2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable –
- (a) ensuring that the parties are on an equal footing;
 - (b) saving expense;
 - (c) dealing with the case in ways which are proportionate –
 - (i) to the amount of money involved;
 - (ii) to the importance of the case;
 - (iii) to the complexity of the issues; and
 - (iv) to the financial position of each party;
 - (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and
 - (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.”

Uiteraard zijn dergelijke doelstellingen (rechtvaardig omgaan met zaken; gelijkheid van partijen binnen een eerlijke procedure, tegen zo min mogelijk kosten en tijd voor partijen en de rechterlijke macht, mede in proportie tot het belang van de zaak), ook niet vreemd aan de Nederlandse rechtspleging – recht- en titelverschaffing staat voorop – maar het gaat hier, op deze wijze verwoord, wel om doelen die veel meer het oog hebben op wat partijen die een geschil hebben bij ‘procederen’ voor ogen staat, dan dat het hier specifiek gaat om een doel van het rechtsgebied ‘burgerlijk procesrecht’ en van de rechtspleging als geheel. Dat is ook goed, want op deze wijze als wetgever ‘vertrekken’ vanuit het perspectief van de gebruiker van het recht misstaat niet (en zien we ook meer en meer gebeuren²). Sterker nog, dat past eigenlijk juist heel goed bij de dienende functie (‘dienend’ voor de gebruiker) die bij ons vaak aan het burgerlijk procesrecht wordt toegedicht. Dat andere vertrekpunt maakt echter wel dat de vergelijking tussen de hier verwoorde doelstellingen en de hiervoor voor Nederland blootgelegde doelen, enigszins mank gaat. Maar misschien zegt dat ook wel weer iets, bijvoorbeeld dat wij hier nog te weinig vanuit het perspectief van de gebruikers over het burgerlijk procesrecht nadenken.³

1.3 Feitelijke context: beleidsmatige en empirische gegevens over conflicten en de rechtspleging in Nederland

1.3.1 Conflicten binnen de rechtspleging

[16] *Rechtspleging/burgerlijk procesrecht.* In dit boek gaat het om de beginselen van burgerlijk procesrecht, maar die beginselen worden wel in een bredere

[15] 2 Ik noem hier slechts J.M. BARENDRECHT, ‘Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker’, *NJB* 2011/293, p. 350-357 en J.M. BARENDRECHT, M.A. GRAMATIKOV, ‘Aanvaardbaarheid van rechtspleging’, *NJB* 2010/85, p. 1102-1110.

3 Wel zo: de bronnen in de vorige noot. Hierbij hoort het in de tekst benutte ‘misschien’ enige nadruk te krijgen, want de ook in Nederland overbekende analyse van de rechtspleging en het burgerlijk procesrecht in termen van te kostbaar, te langdurig en te complex, vertrekt in wezen vanuit de gebruiker van de rechtspleging.

context beschouwd. Die context bestaat vooral uit de overige regels van burgerlijk procesrecht, doch ook uit het daaromheen gelegen systeem van geschilhantering, wat ik dan maar de 'rechtspleging' noem. Daarmee doel ik op het beleid en de regels betreffende de organisatie van de overheidsrechtspraak rondom dat civiele proces, alsmede de regels inzake (de organisatie van) de diverse procesdeelnemers, zoals de (grondwettelijke) regels over de rechterlijke macht, inclusief de Raad voor de rechtspraak en de Hoge Raad, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, etc.

[17] *Wat is een conflict?* Binnen de rechtspleging wordt getracht om op een zo goed en vlot mogelijke wijze allerhande typen van conflicten op te lossen. Een belangrijke voorvraag daarbij is natuurlijk wat een conflict of een geschil eigenlijk is. Meer kennis over wat conflicten zijn en hoe zij ontstaan, leidt immers ook tot meer kennis over de beste wijze van omgang daarmee en over de daarachter schuil gaande principes. Dit kan nuttig zijn voor de rechtspleging en het burgerlijk procesrecht in het bijzonder, omdat dan meteen de vraag rijst wat de civiele procedure daarvan zou kunnen leren, in potentie althans, indien de procesdeelnemers daartoe openstaan. Daarmee raken we dan meteen aan het innovatieve vermogen van de rechtspleging, een vermogen dat meer en meer wordt (en moet worden) aangeboord omdat de oude structuren, mede door bezuinigingen op rechtsbijstand, niet altijd nog voldoende lijken te functioneren.¹

Over de vraag wat een conflict is, hoe een conflict ontstaat en escaleert, en hoe daarmee om kan worden gegaan, is teveel geschreven om dat hier bij benadering te kunnen omvatten.² Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat het hele debat over en naar aanleiding van de opkomst van ADR, mediation in het bijzonder, als wijze van omgang met conflicten, overgedaan zou moeten worden, hetgeen een zelfstandig boek vergt. Die wijze van omgang met conflicten staat hier bovendien niet centraal.

Over het *ontstaan* van geschillen dient echter wel nog iets gezegd te worden, want dat is ook voor het burgerlijk procesrecht belangrijk. Gelukkig is er op dat vlak al veel voorwerk gedaan waarop kan worden voortgeborduurd. Zo laten zowel Ter Voert³ als De Hoon⁴ zien dat niet alle 'probleemgeladen' situaties (incidenten waarbij het recht aan de orde is of zou kunnen zijn) tot een daadwerkelijke probleem- of conflictsituatie zullen escaleren. Vaak immers lost het incident vanzelf op. Helaas gebeurt dat niet altijd, aangezien dat mede afhankelijk is van hoe de betrokkenen de situatie interpreteren en begrijpen, en hoe zij daarop dan reageren, mede in het licht van mogelijk tijdgebrek, botsende

[17] 1 Zie M. BARENDRECHT, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011/293, p. 350-357.

2 Ik noem wel de uitvoerige beschouwingen in D. ALLEWIJN, *Tussen partijen is in geschil...*, 2011, p. 109-146.

3 Zie M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 154 e.v.

4 M.W. DE HOON, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), 2005, p. 37 e.v.

ego's, etc. Zo kan het gebeuren dat een 'verschil van mening' toch een 'issue' wordt.⁵ Want wat de ene persoon niet hinderlijk vindt, stoort een ander mateloos.

[18] *Het ontstaan van conflicten: drie stadia.* Het verdere ontstaan van een conflict of geschil kan vervolgens in drie stadia worden beschreven.¹ Ten eerste ervaart iemand een gebeurtenis als schadelijk, iemand heeft onvrede met het niet kunnen verwezenlijken van het eigen belang en benoemt dat ook als zodanig (*naming*). Vervolgens kan die persoon die gebeurtenis aan een (fout van een) ander toeschrijven (*blaming*), hetgeen een normale menselijke reactie is die ook zomaar wederzijds kan zijn, waarna herstel of vergoeding van de schadelijke ervaring wordt gevraagd (*claiming*).² Als de ander die eisen vervolgens niet wil inwilligen, niet accepteert, is er een conflict.

Een belangrijke les hieruit is derhalve dat uiteindelijk de betrokkenen zelf bepalen – en daarmee zonder dat er een externe maatstaf of toets kan worden aangelegd voor het wel of niet bestaan van een geschil – of iets een conflict of juridisch probleem heet te zijn. Het is daarom terecht dat in de '*Geschilbeslechtingdelta*', waarover nr. 20 hierna, vooral gemeten wordt in hoeverre 'de Nederlander' conflicten heeft ondervonden en hoe deze daarmee is omgegaan.³ Uit datzelfde onderzoek blijkt echter ook dat de *kans* op (juridische) problemen mede afhankelijk is van factoren buiten de burger zelf, zoals economische conjunctuur (meer economische groei leidt tot minder geld- en werkproblemen) en vergrijzing (meer problemen in de zorg). Ook veranderingen in het rechtsbestel beïnvloeden het aantal problemen in gunstige (preventief effect van nieuwe regels) of ongunstige (meer te overtreden regels, meer jurisdisering) zin, net als de sociale en persoonlijke omstandigheden van de burger (maatschappelijk participierend?; sociale hulpbronnen voorradig?).⁴

Voordat we nader aan dit onderzoek toekomen (in nr. 20, verdient nog vermelding dat gedurende een conflict, nadat de beschuldigingen zijn geuit, de communicatie tussen de betrokkenen moeizamer verloopt, hetgeen (verdere) escalatie in de hand werkt. Boodschappen die afwijken van de eigen mening van de ontvangende partij worden niet meer selecteert en dus niet ontvangen (de 'confirmation bias'); het luistervermogen neemt af. Intussen is ook de invloed van

[17] 5 M.W. DE HOON, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), 2005, p. 37-38. Zie ook nog M. PEL, 'De opleiding tot mediatr en verwijzer', *AA* 2005, p. 140.

[18] 1 D. ALLEWIJN, *Tussen partijen is in geschil...*, 2011, p. 131 e.v., gaat uit van negen fases.

2 M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 154; M.W. DE HOON, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), 2005, p. 38.

3 Vgl. M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 154.

4 Ik verwijs naar de weergave van M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 155-157.

diverse andere 'biases' onverminderd aanwezig.⁵ Het gebruik van een referentiepunt ('framing') maakt het beeld voor de betrokkene overzichtelijk maar vaak ook té simpel, terwijl die persoon ook 'naïef realistisch' denkt dat zijn eigen wereldbeeld gedeeld wordt door anderen. Daar komt bij dat juist in een conflictsituatie de neiging bestaat het eigen (positieve) zelfbeeld te koesteren en te verdedigen ('ego-defensiviteit'). Voeg daarbij de fundamentele neiging tot wederkerigheid, zodat (als) vijandig (gepercipieerd) gedrag tot vijandig gedrag leidt, en de mogelijkheid van escalatie zal duidelijk zijn.⁶

1.3.2 Cijfers over de Nederlandse (en Europese) rechtspleging

[19] *Algemene cijfers: kostprijs en instroom.* Wat gebeurt er vervolgens met de zo ontstane geschillen? De omgang met geschillen en specifiek de beslechting daarvan via civiele procedures is niet alleen in regels maar ook in *cijfers* en daarmee tevens in daaraan gerelateerd *beleid* te vangen. Dat beleid kan vervolgens weer van invloed zijn op de manier waarop beginselen van procesrecht worden gepercipieerd en benaderd. Zo kan het beginsel van toegang tot de overheidsrechter moeilijk los gezien worden van de cijfers inzake de toestroom van (civiele) zaken bij de rechtbanken en hoven, en het daarop gebaseerde beleid (bijvoorbeeld: steeds meer inzetten op geschiloplossing via mediation buiten de overheidsrechter om; korten op gefinancierde rechtsbijstand).

Als we dan kijken naar enkele van de beschikbare cijfers,¹ dan blijkt ten eerste dat de rechtspraak vooral een groeisector is. Verkerk² vermeldt, verwijzend naar een WODC-onderzoek, dat in de tien jaren tussen 1995 en 2004 het aantal werknemers bij rechtbanken met 50% is gestegen. De kosten stegen in die periode bijna 100%.³ Waar de civiele rechtspleging elke burger nog € 10,- kostte in 1995, was dat al € 19,- in 2004. Hoewel de banengroei ongetwijfeld is afgezwakt, is die pas jaren later tot een halt gekomen en dus zal de kostprijs per burger sindsdien ongetwijfeld hoger zijn geworden, uiteraard versterkt door de gebruikelijke

[18] 5 Zie nader L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN, R. RIJNHOUT, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013.

6 Zie M.W. DE HOON, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), 2005, p. 38-39, voortbouwend op psychologische literatuur.

[19] 1 Zie in het algemeen J. DE MOT, 'Burgerlijk procesrecht en empirisch onderzoek', *NjW* 2005, p. 470 e.v.

2 Zie R. VERKERK, 'Burgerlijk procesrecht en ideologie', *R&R* 2011-1, p. 24, noot 92, verwijzend naar J.C. VAN ERP, m.m.v. A. HENDRIKS, *Kwantitatieve ontwikkelingen rechtspraak 2000-2005*, 2006.

3 Zo ook B. Kuhry, F. De Kam (eds.), *Waar voor ons belastinggeld?*, 2012, p. 163, alwaar overigens veel meer en verder uitgewerkte cijfers te vinden zijn.

loonstijgingen.⁴ Voor 2010 kan bijvoorbeeld uitgegaan worden van een bedrag van bijna € 29,-.⁵

Deze personeels- en kostenstijging is overigens weer minder verwonderlijk als bedacht wordt dat de extra instroom van zaken (voor de gehele rechtspleging, dus zowel kanton, civiel, bestuur als straf, en dan in eerste aanleg en hoger beroep) de laatste jaren ook enorm is geweest.⁶ Waren er in 2007 nog elk jaar 1,7 miljoen nieuwe zaken,⁷ in 2009, waren dat er al ruim 1,9 miljoen. In 2010 is er echter een stadium van stilstand bereikt. De instroom was en bleef toen steken op die 1,9 miljoen zaken per jaar.⁸ Opvallend was toen echter wel dat het aantal zaken bij de sectoren kanton en civiel op dat moment nog steeds toenam (1%, resp. 2%), terwijl de andere sectoren een stevige daling aan instroom lieten zien (minus 14% voor de bestuurssector en minus 8% voor de strafsector).

Ook opvallend toen was het absolute aantal civiele zaken: in eerste aanleg waren er in 2010 bijna 1,6 miljoen nieuwe rechtszaken per jaar, op basis van de gegevens uit begin 2011 over 2010.⁹ De laatst verschenen jaarverslagen van de Raad voor de rechtspraak, over 2013 en 2014, laten inmiddels zien dat de stijging van zaaksaantallen de laatste jaren, vanaf 2010, in eerste instantie is omgebogen en is omgezet in een dalende trend, maar dat nu juist in 2013 de instroom weer is gegroeid met 3% en dat deze vervolgens in 2014 gelijk is gebleven.¹⁰ Duidelijk wordt ook dat de instroom van civiele zaken onverminderd groot is. In 2013 stroomden bij de kantonrechter bijna 1,1 miljoen zaken in, een stijging van 6% ten opzichte van 2012, en bij de sector civiel van de rechtbanken ook nog eens afgerond 310.000 zaken.¹¹ Wel nam het aantal handelszaken bij de kantonrechter af, met 9%, hetgeen

- [19]
- 4 Het aantal rechterlijke ambtenaren fluctueert, van (afgerond) 2.400 in 2006 naar 2.500 in 2010, via 2.200 rechters in 2007 en 2009 en 2.400 in 2008, maar in die jaren wel met een licht stijgende trend. Zie *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, p. 64. In 2013 waren er nog 2.378 rechters actief, zie het *Jaarverslag Rechtspraak 2013*, p. 60 (Tabel 23).
 - 5 Volgens het rapport van B. Kuhry, F. De Kam (eds.), *Waar voor ons belastinggeld?*, 2012, p. 157, kostte in 2010 alleen al de civiele rechtspleging € 478 miljoen; er waren toen 16,6 miljoen inwoners.
 - 6 Zie ook E. NIEMEIJER, C.M. KLEIN HAARHUIS, 'Aantallen civiele rechtszaken in Nederland en elders', *Justitiële Verkenningen*, jrg. 35, nr. 4, 2009, p. 82-85, die overigens aangeven dat het hierbij met name om verstekzaken bij de kantonrechter gaat.
 - 7 In de jaren 2005 en 2006 lag het aantal op ruwweg hetzelfde niveau van rond de 1,7 miljoen, zie *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, p. 52.
 - 8 Zie de cijfers in het *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, p. 51.
 - 9 *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, p. 51. De productie is overigens meegegroeid, hetgeen een prestatie van formaat is, zie de cijfers op p. 53-54. Ik merk op dat in latere jaarverslagen (bijv. in het *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2012*, op p. 73) het aantal zaken dat in 2010 is ingestroomd, lager wordt opgegeven dan in het eerdere jaarverslag over 2010 (in 2012 gaat het om, afgerond, 1.455.000 civiele zaken op een totaal van 1.835.000 zaken). Het verschil kan ik niet verklaren.
 - 10 Zie Tabel 1 in het *Jaarverslag Rechtspraak 2013*, p. 38, en Tabel 1 in het *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, p. 41.
 - 11 Zie Tabel 1 in het *Jaarverslag Rechtspraak 2013*, p. 38.

wel gewijd wordt aan de normering van incassokosten en de verhoogde griffierechten.¹² In 2014 nam het aantal kantonzaken met 3% toe, en daalde het aantal civiele zaken bij de rechtbank tot (afgerond) 295.000 stuks. In beide sectoren daalde overigens het aantal handelszaken.¹³

[20] *Cijfers uit de Delta*. Over waar al die rechtszaken vandaan komen en hoe daar vervolgens mee wordt omgegaan, lezen we meer in de (tweede) *Geschilbeslechtingdelta* (uit 2009). In 2004 verscheen de (eerste) *Geschilbeslechtingdelta 2003*,¹ waarin beschreven werd in welke mate burgers met juridische problemen te maken hebben en hoe men daar dan mee om ging. Voor de periode 2004-2008 is dit onderzoek herhaald, aangevuld en geboekstaafd in de *Geschilbeslechtingdelta 2009*.²

Kort gezegd blijkt uit dit laatste onderzoek dat over de vijf gemeten jaren 60,5% van de burgers een (potentieel) juridisch probleem aan de hand heeft gehad (dat was 67,2% in het onderzoek uit 2003). Als men problemen had, waren dat er gemiddeld 3,1 (dat was 3,7) en gemiddeld voor de bevolking als geheel was er sprake van 1,9 probleem per persoon (dat was 2,5). De probleemfrequentie daalt dus.³ Echter, de probleemfrequentie daalt niet voor alle typen problemen in dezelfde mate, bijvoorbeeld niet voor problemen bij de aanschaf van een product of dienst. Bovendien hebben mensen met een hoger opleidingsniveau meer problemen per persoon.⁴

De oplossing voor zijn problemen zoekt de Nederlandse burger meer dan voorheen door rechtshulp in te schakelen (52%, was 45,5%) – vooral via de advocatuur (11,3%) en de rechtsbijstandverzekering (10,9%; verzekerden doen ook vaker een beroep op rechtshulp) – en minder door passief te blijven (6%, was 9,2%) of het probleem zelf ter hand te nemen (42%, was 45,3%). De verklaring

[19] 12 *Jaarverslag Rechtspraak 2013*, p. 35. Er bestaat daarover echter nog veel onduidelijkheid, zie R.J.J. Eshuis, F.P. van Tulder (red.), *Daling instroom civiele handelszaken onderzocht*, Memorandum 2014-4, 2014.

13 Zie Tabel 1 in het *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, p. 41.

[20] 1 Zie B.C.J. VAN VELTHOVEN, M.J. TER VOERT, m.m.v. M. VAN GAMMEREN-ZOETEWELJ, *Geschilbeslechtingdelta 2003*, 2004, en daarover de diverse bijdragen in *NJB 2005-1*, p. 1 e.v., alsmede Barendrecht & Klijn 2004, p. 23-31.

2 B.C.J. VAN VELTHOVEN, C.M. KLEIN HAARHUIS, *Geschilbeslechtingdelta 2009*, 2010. De hierna vermelde gegevens zijn terug te vinden in de samenvatting op p. 11-20, m.n. p. 14-15 en 18. Zie echter ook M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 155-165. De hiernavolgende tekst is gebaseerd op I. GIESEN, L.M. COENRAAD, 'De ketens van en binnen de Nederlandse rechtspleging', *NJB 2010/777*, p. 965-966.

3 Omdat pas twee enquêtes zijn afgenomen, is het nog te vroeg om verbanden te leggen, maar verklaringen daarvoor kunnen gevonden worden in bijv.: de economische conjunctuur, de vergrijzing, het stijgend opleidingsniveau, meer eigen woningbezit, en/of meer arbeidsparticipatie.

4 Vgl. ook M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 156.

hiervoor? Wellicht is het rechtshulpaanbod gestegen en toegankelijker geworden of zijn wij mondiger geworden en meer en eerder bereid om actie te ondernemen.

Qua afloop van de geschillen valt op dat slechts in 12,7% van de afgewikkelde problemen een officiële procedure (4,9% gerechtelijk, 7,8% buitengerechtelijk) is gestart. Uiteindelijk vormt in 6,5% van de gevallen (net als in 2003) de beslissing van een derde het eindpunt; in 53% (een stijging) bereiken we een vorm van overeenstemming (waarvan dan weer 3% via mediation loopt⁵). Dat betekent echter nog steeds dat in 40,5% van de gevallen geen resultaat wordt bereikt, hetgeen een niet gering percentage is. Wellicht is de rechtshulp dus toch niet toegankelijk genoeg en/of zijn we nog lang niet voldoende mondig. Ook het publieke vertrouwen in de juridische voorzieningen (rechtspraak en advocatuur) kan nog veel beter;⁶ zij die problemen hadden en met gerechtelijke instanties van doen hadden, zijn daar het minst over te spreken, en dat geeft te denken.

[21] *Europese statistieken.* In Europees Unie-verband – een deel van het procesrecht dat, zoals wij nog zullen zien in nr. 33 e.v., meer en meer terrein bestrijkt – blijkt bijvoorbeeld dat de toegang tot de rechter feitelijk een probleem kan vormen. Met behulp van een *Eurobarometer* (een enquête op Europees niveau) werd onderzocht hoe het gesteld is met de ervaringen, meningen en voorkeuren van Europese burgers als het gaat om *civil justice* in Europees verband.¹ Daaruit blijkt onder meer, niet wereldschokkend en geruststellend overigens, dat slechts weinig Europeanen ooit grensoverschrijdend in een procedure betrokken zijn geweest, danwel verwachten dat ooit mee te zullen maken. Meer dan de helft van de ondervraagden verwacht vervolgens wel dat het heel of

[20] 5 Zie D. SHESTOWSKY, 'The Psychology of Procedural Preference: How Litigants Evaluate Legal Procedures Ex Ante', 2014 *Iowa Law Review* 99:637, over de procedurele preferenties, *ex ante*, van personen (in de V.S.) die bij civiele procedures betrokken raken (mediation en een 'judge trial' scoren ongeveer gelijk). Hier verdient nog opmerking dat de resultaten van mediation over het algemeen goed zijn, zie het overzicht van enkele evaluaties in I. GIESEN, L.M. COENRAAD, 'De ketens van en binnen de Nederlandse rechtspleging', *NJB* 2010/777, p. 966-968. Als het om cijfers van de naleving van schikkingsafspraken en vonnissen gaat, zie R.J.J. ESHUIS, 'Worden rechterlijke uitspaken en schikkingsafspraken wel nageleefd?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 185-202: het is niet zeker dat schikkingen beter worden nageleefd.

6 In algemene zin over dat thema M. CROES, 'Heeft de burger vertrouwen in de rechter?', in: M.L.M. Hertogh & H.A.M. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, 2012, en vgl. www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Persinformatie/factsheets%202012/hoeveel-vertouwen-geniet-de-rechtspraak.pdf.

[21] 1 Zie TNS Opinion & Social, *Civil justice in the European Union, Special Eurobarometer 292*, 2008. De EU meet overigens ook, los van de hier besproken grensoverschrijdende geschillen, de effectiviteit van de diverse nationale rechtsstelsels, voor zover de beschikbare data dat toelaten, zie http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2013_160_en.pdf. Datzelfde gebeurt binnen de Raad van Europa door *The European Commission for the Efficiency of Justice*, CEPEJ, zie bijv. www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf.

redelijk moeilijk zal zijn om elders toegang tot recht te krijgen,² en voor zover procederen elders nodig zou zijn, is men bezorgd over gebrek aan kennis van de regels elders, het bestaan van taalbarrières, en hoge kosten. Ook is er sprake van een gebrek aan vertrouwen in het andere rechtssysteem. Daaruit volgt dan, en dat is politiek uiteraard van belang, dat driekwart van de Europeanen meent dat additionele maatregelen nodig zijn om de burgers bij te staan, en dat de helft dan voor EU-maatregelen kiest. Uniforme, Europese procedures worden als een 'useful objective' gezien door 79% van de ondervraagden, en meer dan 80% meent dat het belangrijk is dat de EU intervenueert bij de effectuering van vonnissen over de grens. Kortom: als de Europese Commissie nog munitie voor handelingsvrijheid op het terrein van het Europese procesrecht zocht, heeft men hier het wapendepot gevonden.³

[22] *Internationaal onderzoek.* Verder valt uit internationaal onderzoek naar geschillen in vogelvlucht het navolgende op te maken: in Westerse landen geldt in grote lijnen dat juridische problemen met een behoorlijke regelmaat voorkomen (vooral consumentenproblemen, huren of bezit van onroerend goed). De problemen spelen met name bij personen in de leeftijdscategorie van 25-45 jaar en bij hoger opgeleiden, hoewel de kans op dit soort problemen op zich weinig samenhang vertoont met de specifieke achtergrond van een specifiek persoon. De aanpak van een probleem (niets doen, zelf oplossen, hulp inschakelen, etc.) hangt vooral van het type probleem af, maar de meeste problemen worden zonder deskundige hulp opgelost. In Nederland springt de categorie van de werkgerelateerde problemen eruit. Dat ligt aan de werknemerbescherming die (blijkbaar) noopt tot procederen.¹

1.3.3 Cijfers = Beleid (?)

[23] *Cijfers vertalen in beleid.* Sinds de instroom van zaken en andere gegevens uit de rechtspleging stelselmatiger worden gemeten en het aantal zaken bijna geëxplodeerd is, is ook de factor 'beleid' belangrijker geworden,

[21] 2 Men ziet dan ook veelal af van procedures in grensoverschrijdende zaken, aldus *Kamerstukken II 2013/14*, 22 112, nr. 1708, p. 1-2, verwijzend naar de *Special Eurobarometer 395, European Small Claims Procedure* uit 2013, zie http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_395_en.pdf, op p. 25.

3 Dit beeld wordt bevestigd in de *Special Eurobarometer 351, Civil Justice* uit 2010, zie http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_351_en.pdf. Samengevat (zie p. 7): 2% van de burgers is betrokken geweest bij een grensoverschrijdende procedure, 56% verwacht dat het moeilijk zal zijn elders te procederen, driekwart van de ondervraagden denkt dat extra maatregelen nodig zijn, en 84% wil interventie als het om executie van vonnissen gaat. De recentere enquête *Justice in the EU, Eurobarometer 385*, gaat helaas niet (opnieuw) in op deze vragen, zie http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_385_en.pdf.

[22] 1 Zie hierover M. TER VOERT, 'Hoe ontstaan en verlopen geschillen?', in: M. Hertogh, H. Weyers (red.), *Recht van onderop*, 2011, p. 165-167.

althans daar heeft het alle schijn van. Het lijkt wel alsof elke reeks cijfers een eigen beleidsstuk verdient, wat misschien ook wel zo is, maar voor diegene die het overzicht had willen bewaren, raken de spreekwoordelijke bomen in het bos dan wel op enig moment uit zicht. Alleen al het beleidsprogramma op het gebied van de omgang met en opmars van mediation levert een boekenkast vol materiaal op. Daarnaast werd bijvoorbeeld de nieuwe organisatie van de rechterlijke macht vanuit de Raad voor de rechtspraak, een orgaan dat toch al het nodige 'beleid' met zich brengt, geëvalueerd en zo'n evaluatie is altijd goed voor een stevig pakket papier en een stuk of wat CD-ROMs. Ook werd over velerlei andere onderwerpen (mede door diezelfde Raad voor de rechtspraak) beleid gemaakt, geëvalueerd en besproken.¹

Intrinsiek is het goed dat dit gebeurt, en de kwaliteitsslag die de rechterlijke macht wil maken kan alleen maar worden toegejuicht, maar wel dient in het oog te worden gehouden dat de cijfers, via het te ontwerpen beleid, vertaald moeten worden naar normatieve juridische regels en dat daarbij die cijfers op zichzelf vaak niet alles zeggen, althans in elk geval niet *linea recta* in beleid kunnen worden omgezet. Het normatieve, juridische sausje, bijvoorbeeld gegoten via de band van de beginselen van procesrecht, kan ertoe leiden dat cijfermatig wellicht verantwoord beleid, toch niet ingevoerd zou moeten worden. Het is dus steeds noodzakelijk om de vertaalslag tussen beleid en recht te (kunnen) maken.²

1.4 De invloed van de Raad van Europa en het EVRM

1.4.1 Algemeen

[24] *Europese resolutie*. De 'Europeanisering' en de doorwerking van Europese regels slaat hard toe in het privaatrecht,¹ zeker ook in het civiele procesrecht, en zelfs als het gaat om de organisatie en inrichting van de rechterlijke macht in Nederland. Zo is al de vraag gesteld, doch voorlopig met 'nee' beantwoord, of we naar een Europese rechterlijke macht toe zouden moeten.²

[23] 1 Over de Raad voor de rechtspraak is inmiddels de nodige literatuur voorhanden. Ik noem nu slechts W.M.C.J. RUTTEN-VAN DEURZEN, *Kwaliteit van rechtspleging*, 2010, die focust op de kwaliteitszorg door de Raad voor de rechtspraak, m.n. hoofdstuk 8 en 9.

2 Nader over de vertaalslag tussen empirie en recht, I. GIESEN, 'Het incorporeren van extrajuridische inzichten in het privaatrechtelijke debat', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik. Liber Amicorum Jan Vranken*, 2013, p. 217-231, met verdere verwijzingen.

[24] 1 In algemene zin daarover: *Kamerstukken II 2013/14*, 22 112, nr. 1708 (de visie van de minister); A.L.M. KEIRSE, P.M. VEDER, *Europeanisering van vermogensrecht*, Preadvies VBR, 2010; C.H. SIEBURGH, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1*, p. 187 e.v., alsmede, een viertal veronderstellingen over de verhouding tussen Europese rechtspraak en nationale rechtspraak toetsend, J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks 3/2013*, p. 17 e.v.

2 Zie W.F. KORTHALS ALTES, 'Europeanisering en specialisering', *Trema 2011-5*, p. 161-167.

Dit is uiteraard geen ontwikkeling van 2010 of 2014, maar al langer gaande, zoals blijkt uit een Aanbeveling van de Raad van Europa uit 1984 waarin voor de leden van de Raad van Europa gezamenlijk beginselen van burgerlijk procesrecht werden opgesteld.³ In dit document wordt onder meer gesteld dat “the right to justice guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights (...) an essential feature of any democratic society” is. En aangezien de regels van procesrecht in sommige landen misschien nog niet helemaal aan de maat zijn en gemanipuleerd kunnen worden om verdragend te werken, is het nodig dat deze regels:

“should be simplified and made more flexible and expeditious, while at the same time maintaining the guarantees provided for litigants by the traditional rules of procedure and maintaining the high level of justice required in a democratic society.”

In Nederland heeft deze aanbeveling indertijd niet tot veel beroering geleid en ook niet tot enige wetwijziging. Toch geeft de opstelling ervan op zichzelf al aan welk belang men in Europa hecht aan – te kort gezegd – eerlijke, simpele, snelle procedures, óók in het civiele recht. Dat er in Nederland weinig schendingen van het EVRM voorkomen, zeker niet van art. 6 EVRM binnen het burgerlijk procesrecht, wil niet zeggen dat dit nooit gebeurt,⁴ en elke schending is er één te veel, zodat ook in Nederland voortdurend naar verdere verbetering zou moeten worden gestreefd.

1.4.2 Reikwijdte en werking van het EVRM

[25] *Beschermingsbereik.* Het EVRM beschermt, blijkens art. 1 EVRM, eenieder die onder de rechtsmacht van een verdragssluitende staat valt, waarbij het dan gaat om (groepen) natuurlijke personen en niet-overheidsorganisaties, ongeacht de nationaliteit of de legaliteit van iemands verblijf.¹ Die bescherming, uiteindelijk gericht op de menselijke waardigheid, strekt zich uit tot de verdragssluitende staten; alleen (deze) staten kunnen aansprakelijk worden gesteld. Daarbij gaat het dan wel om *alle* onderdelen van overheidsorganisaties, dus om alle publieke autoriteiten belast met bestuurlijke, wetgevende, alsmede, niet onbelangrijk, rechtsprekende taken. In sommige gevallen kan de schending van een mensenrecht door een natuurlijk persoon of een private rechtspersoon echter ook aan een staat worden toegerekend. Dat geldt in het bijzonder wanneer er een zogenaam-

[24] 3 *Recommendation No. R (84) 5 of the committee of ministers to member states on the Principles of Civil Procedure designed to improve the functioning of justice* (Adopted by the Committee of Ministers on 28 February 1984 at the 367th meeting of the Ministers' Deputies). Zie nader ALLEMEERSCH 2007, p. 592-593.

4 Ik noem HR 20 november 2009, *NJ* 2009/580 (Peski/Staat) en HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (Chip(s)hol/Staat).

[25] 1 Voor een kort overzicht BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 15-16. (Privaatrechtelijke) Rechtspersonen vallen hier ook onder, zie A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 24.

de 'positive obligation' bestaat om bepaalde rechten, bijvoorbeeld via wetgeving, te beschermen.²

Ook aan art. 6 EVRM kleeft inmiddels een aantal van dit soort positieve verplichtingen (hoewel in de literatuur erop wordt gewezen dat onder art. 6 EVRM het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen lastig te maken is³). Hieronder kan onder meer worden verstaan de plicht voor een staat om voor een behoorlijk uitgebouwd justitieapparaat zorg te dragen, inclusief de financiële (budgettaire) inspanningen die daarvoor nodig zijn, waarbij ook gedacht moet worden aan een systeem van gefinancierde rechtsbijstand. Het EHRM onderzoekt hierbij ook of het daarmee beoogde resultaat wel wordt bereikt.⁴

[26] *Interne werking en voorrang.* In het gematigd-monistisch stelsel in Nederland (art. 93-94 Gw) werken de rechten uit het EVRM automatisch door. Daarmee hebben deze rechten tevens voorrang boven nationaal recht dat daarmee strijdig is. Voor art. 6 EVRM komt daar dan nog de rechtstreekse werking van een 'eenieder verbindende verdragsbepaling' bij. Dat het EVRM in Nederland – elders ligt dat anders¹ – deze interne werking kent en voorrang heeft boven eventueel daarmee strijdige nationale regelingen, geldt op basis van onze eigen Grondwet (art. 92-95 Gw).² De nationale rechtsorde bepaalt dus hoe die doorwerking plaatsvindt.

[27] *Horizontale werking.* Het EVRM beschermt de burger echter slechts tegen een mensenrechtenschending door een staat (de zogenaamde verticale werking). Horizontale werking (derdenwerking) in de zin dat de ene burger zich jegens een andere burger rechtstreeks kan beroepen op (een deel van) de rechten uit het EVRM, is volgens het EHRM iets dat aan de verdragsluitende staten wordt

[25] 2 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 17-18; HARRIS e.a. 2014, p. 21-23; uitvoerig ook over positieve verplichtingen: VLEMMINX 2013, p. 275 e.v.; GERARDS 2011, p. 229 e.v.; R. NEHMELMAN & C.W. NOORLANDER, *Horizontale werking van grondrechten*, 2013, p. 52-60.

3 Zie VLEMMINX 2013, p. 275 en 313.

4 Zie KUIJER 2004, p. 54-55. Voor een breder overzicht VLEMMINX 2013, p. 313 e.v.

[26] 1 Zie het overzicht bij J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 32-33.

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 25-26; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 29-30; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 511; A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 30-31. Zie ook HARRIS e.a. 2014, p. 27. De rechtspraak van het EHRM heeft feitelijk *erga omnes*-werking; uitspraken maken als gezaghebbende interpretatie deel uit van de verdragsbepalingen, zie BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 30-31 en J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 21.

overgelaten (deze werking mag worden aanvaard, maar het is geen plicht¹).² In een enkel geval moet echter worden erkend dat effectieve rechtsbescherming afhankelijk is van enige mate van horizontale werking. Die wordt dan bijvoorbeeld gezocht via de al genoemde 'positive obligations' van de staat om te interveniëren in de relatie tussen particulieren om zo een (private) schending van het EVRM te voorkomen.³

Dit horizontale effect speelt in de rechtspraak van het EHRM inzake art. 6 EVRM echter nog niet, aldus Kuijer.⁴ Horizontale werking ontbreekt dus, althans is twijfelachtig.⁵ Het artikel kan derhalve alleen worden ingeroepen tegen onderdelen van de staat. Daarmee is echter niet gezegd dat het artikel niet ook enorm belangrijk is voor particulieren, inclusief civiele procespartijen, en dus voor het burgerlijk procesrecht, want er is wel degelijk sprake van een zekere *indirecte* horizontale werking. Die werking is indirect in die zin dat de overheid, de staat, de nationale civiele procedure zo moet inrichten dat ongewenst procesgedrag wordt voorkomen; en de rechter moet erop toezien dat dit wordt nageleefd.⁶

- [27]
- 1 Zie BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 18; A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 34. Omdat het EHRM alleen oordeelt over een eventuele mensenrechtsschending door een staat, is het leerstuk als zodanig ook niet nodig. Zie ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/221.
 - 2 Zie recent in zijn algemeenheid hierover R. NEHMELMAN & C.W. NOORLANDER, *Horizontale werking van grondrechten*, 2013, p. 51 e.v.; GERARDS 2011, p. 263 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 23.
 - 3 Zie KUIJER 2004, p. 55-56; KNIGGE 1998, p. 9; Harris e.a. 2014, p. 23-24; VAN GERVEN/LIERMAN 2010, nr. 135; GERARDS 2011, p. 263; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/221; T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, 'Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1', *NTBR* 2011/68, p. 484 en 486 en O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 2007, p. 167 e.v.
 - 4 KUIJER 2004, p. 56. Hij stelt dat het recht op een eerlijk proces naar zijn aard betrekking heeft op de relatie tussen een burger en de overheid in de persoon van de rechter. Ik betwijfel dat. Als partij A de procedure vertraagt, gaat dat immers (ook) ten koste van het eerlijke proces van partij B, en de 'equality of arms' ziet op de gelijkheid tussen twee procespartijen ten opzichte van elkaar.
 - 5 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 41, op p. 48; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 179, verwijzend naar JANSSEN 2000, p. 175-176; VAN DER WIEL 2004, p. 62-66; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 513-515; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 26; STEIN/RUEB 2013, p. 21; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/221; GERARDS 2011, p. 263. Zo ook, na weging van vele argumenten R. NEHMELMAN & C.W. NOORLANDER, *Horizontale werking van grondrechten*, 2013, p. 61-68. Anders: DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 234 (wel horizontale werking in voorkomende gevallen).
 - 6 Zie nader STEIN/RUEB 2013, p. 21; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 514-516; GERARDS 2011, p. 263 en 281. Meer algemeen: A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 33-39 en ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/226-231. De rechtsverhouding tussen partijen als zodanig wordt echter niet beïnvloed door art. 6 EVRM, aldus LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 516, op basis van HR 29 juni 1990, *NJ* 1991/337, m.nt. E.A. Alkema (Trakzel/Amsterdam).

Dit volgt ook uit de rechtspraak van het EHRM zelf. Daarin is immers neergelegd, bijvoorbeeld in de zaak *Hoffmann t. Oostenrijk*⁷, dat de (hoogste) nationale rechter als overheidsorgaan gebonden is aan het EVRM, hetgeen maakt dat deze rechter steeds verplicht is de normen die uit dat verdrag voortvloeien, toe te passen, ook in een civiel geschil tussen particulieren. Daarmee is *de facto* alsnog bereikt dat aan het EVRM (indirect) horizontale werking toekomt.⁸ In dit verband kan ook nog op de zaak *T. t. Zwitserland*⁹ gewezen worden: de nationale rechter moet als bewaker van het recht op een eerlijk proces voorkomen dat een civiele wederpartij inbreuk maakt op de rechten die de burger aan het EVRM ontleent.

[28] *Ambtshalve toepassing?* Niet onbelangrijk is de vraag of de Nederlandse (civiele) rechter de bepalingen van het EVRM, inclusief de processuele eisen uit art. 6 EVRM, zo nodig ambtshalve moet toepassen, dus ook zonder dat een procespartij een beroep daarop heeft gedaan. Moet de rechter bijvoorbeeld zelfstandig ingaan op de vraag of een beroep op verjaring wellicht in strijd is met het recht op toegang tot de rechter?¹

Omdat het EVRM deel is van onze rechtsorde, zo redeneert Van Maanen, hoort dit bij het recht dat de rechter geacht wordt te kennen, en dus vult de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan (art. 25 Rv), ongeacht of dat moet van het EHRM of niet.²

Zo eenvoudig ligt het echter niet, want ook ten aanzien van het 'normale' Nederlandse privaatrecht dat de rechter kent, geldt immers niet dat deze rechter dat recht altijd ambtshalve moet of mag toepassen. Dat verschilt per geval en per zaak. Het probleem met die regeling is nu juist dat vaak niet erg duidelijk is wanneer ambtshalve toepassing noodzakelijk en verplicht is en wanneer niet.³ En

[27] 7 EHRM 23 juni 1993, *NJ* 1995/510 (*Hoffmann t. Oostenrijk*), § 29. Zie verder o.a. EHRM 13 juli 2004, *NJ* 2005/508, m.nt. J. de Boer (*Pla t. Andorra*); O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 2007, p. 173 e.v.; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/221; J. GERARDS, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 25; GERARDS 2011, p. 263 en 281 en BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 17.

8 Expliciet BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 17 en 117. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 27, verwijzend naar L.F.M. VERHEIJ, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, 1992, p. 126-128; KUIJER 2004, p. 56 en KNIGGE 1998, p. 9.

9 Zie EHRM 28 juni 2001, *NJ* 2002/181, m.nt. E.J. Dommering (*T. t. Zwitserland*), waarover LAWSON/TEUBEN 2004, p. 160.

[28] 1 Het voorbeeld ontleen ik aan G.E. VAN MAANEN, 'Deel I De impact van het EVRM op het privaatrecht', in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies VBR, 2011, p. 11-17.

2 G.E. VAN MAANEN, 'Deel I De impact van het EVRM op het privaatrecht', in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies VBR, 2011, p. 61-62.

3 Vgl. over die kwestie (principeel en praktisch) ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/92-93 en 99-100. Vgl. ook STEIN/RUEB 2013, p. 39-44; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 44-48.

uit de gevallen waarin de regel wel (enigszins) duidelijk is, zoals bij een verjaarsverweer of een eigen schuld-verweer (in beide gevallen geldt: ambtshalve toepassing is in beginsel niet aan de orde), kan als algemene lijn worden gedestilleerd dat ambtshalve toetsing nodig is bij kwesties die van openbare orde zijn (zoals beroepstermijnen). Maar art. 6 EVRM als zodanig is niet van openbare orde.⁴ Buiten het door de openbare orde bestreken terrein kan de rechter pas ‘aan de slag’ met een verweer of grondslag als er voldoende (feitelijk) gesteld is om dat beroep te kunnen staven.

Kortom: een procespartij hoeft dus niet zelf art. 6 EVRM te benoemen of in te roepen, maar moet wel (voldoende) feitelijke gronden aanvoeren die de rechter als een beroep op art. 6 EVRM kan lezen, want anders treedt die rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Als derhalve voldoende feiten worden aangevoerd, zal de rechter de zaak met een eventuele EVRM-rechtsgrond (moeten) aanvullen en daarop beslissen, doch in beginsel past die rechter het EVRM niet ambtshalve toe. Met dit systeem strookt ook dat het EHRM zelf nooit een plicht tot ambtshalve toetsing en aanvulling heeft voorgeschreven.⁵ In de uitspraak *Van Oosterwijck t. België* heeft het EHRM immers aangegeven dat als een procespartij zich niet op art. 6 EVRM beroept, deze burger de nationale rechtsmiddelen niet heeft uitgeput:

“In States where the Convention is part of the law of the land, a complainant has to invoke its provisions if so doing is the only means open to him or her of obtaining the redress sought.”⁶

[29] *Kort de situatie elders: België.* De (derden)werking van mensenrechten in verhoudingen tussen particulieren (die dan rechtstreeks een beroep kunnen doen op de betreffende bepalingen in een conflict met een andere particulier), wordt per rechtsstelsel¹ en per mensenrecht anders geregeld.² In België is deze doorwerking bijvoorbeeld impliciet aanvaard door de cassatierechter. De feitenrechters en de doctrine nemen die derdenwerking van het EVRM wel aan, maar dan vooral voor art. 8 EVRM, art. 9 EVRM en art. 11 EVRM. Art. 6 EVRM wordt in dit verband niet genoemd.³

[28] 4 A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 43-44.

5 T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, ‘Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1’, *NTBR* 2011/68, p. 489; A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 39-41, en nader uitgewerkt op p. 42 e.v. Volgens HARTKAMP is een dergelijke ambtshalve toepassing overigens wel nodig in een privaatrechtelijk geschil tussen een particulier en de overheid, zie ASSER/HARTKAMP 3-1 2015/202: in die verhouding heeft het EVRM namelijk directe werking.

6 Zie EHRM 6 november 1980, Series A, Vol. 40 (*Van Oosterwijck t. België*), recentelijk nog aangehaald in EHRM 7 januari 2014, nr. 3363/08 (*Lakatoš t. Servië*).

[29] 1 Vgl. Harris e.a. 2014, p. 27-28.

2 Zie voor Duits, Nederlands en Engels recht uitvoerig: O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 2007, p. 63-162.

3 Zie VAN GERVEN/LIERMAN 2010, p. 31-32.

[30] *Toepasselijkheid van art. 6 EVRM in civiele zaken.* Art. 6 EVRM¹ is, net als andere grondrechten, in zijn algemeenheid gericht op bescherming van de burger tegen de staat, waarbij het EVRM een minimumstandaard² biedt. De staat moet de rechten uit het EVRM naleven, en daarbij gelden zelfs positieve verplichtingen. De staat moet bijvoorbeeld een zodanig ingericht rechterlijk apparaat hebben dat een eerlijke berechting binnen een redelijke termijn mogelijk is, en daartoe dient de staat voldoende voorzieningen te treffen. Lukt dat niet direct, dan rust op de staat de verantwoordelijkheid om die situatie zo spoedig mogelijk te herstellen bijvoorbeeld door meer rechters aan te nemen, het procesrecht te herzien en te versnellen, etc. Dat geldt zelfs als een en ander tot hoge kosten en veel lasten leidt.³ Dit is het macroperspectief, het niveau van het rechtssysteem als zodanig.

De toepasselijkheid van het EVRM, speciaal art. 6 EVRM, op een geschil in concreto, hangt vervolgens af van de vraag of het in het voorliggende geval gaat om de bepaling van iemands 'civil rights and obligations'. Dat is in een civiele procedure naar haar aard eigenlijk vrijwel steeds het geval,⁴ hoewel er enkele uitzonderingen zijn aanvaard in de rechtspraak,⁵ zodat ik ervan af kan zien om deze mensenrechtelijke kwestie hier nader uit te diepen.⁶ Dit criterium geldt evenzeer als het om de procedure in hoger beroep of cassatie gaat.⁷ En hoewel dat eerder sterk omstreden was, geldt art. 6 EVRM tegenwoordig in beginsel ook ('ja, tenzij...') in voorlopige voorzieningsprocedures, zoals het Nederlandse

- [30]
- 1 Dit boek is niet bedoeld als een commentaar op art. 6 EVRM, zodat vele algemene kwesties en vragen die onder dat artikel spelen, niet specifiek aan bod zullen (kunnen) komen in deze uitgave. Ik wijs op de diverse handboeken die er zijn, zoals Harris e.a. 2014, m.n. p. 371 e.v.
 - 2 Zie bijv. VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 35.
 - 3 Zie KNIGGE 1998, p. 10. Vgl. ook BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 42.
 - 4 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 42. Vgl. verder A.J.P. SCHILD, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, 2012, p. 233-236.
 - 5 Art. 6 EVRM is in Nederland bijv. niet van toepassing als het gaat om een getuigenverhoor op grond van art. 66 Fw of om een voorlopig getuigenverhoor, zie HR 6 oktober 2006, NJ 2010/184 (ABN-AMRO/Arts q.q.), r.o. 3.3.
 - 6 Dat is meer iets voor de handboeken over het EVRM, alwaar men overigens voor een ruime, inhoudelijke (niet formele) uitleg pleit (in lijn met o.a. EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986/102, m.nt. E.A. Alkema (Bentham t. Nederland)) die hierop neerkomt dat in alle zaken van overheidsbemoedenis met de juridische positie van een private partij de 'access to a court' verzekerd moet zijn, zie Van Dijk e.a. 2006, p. 538-539. Vgl. verder Harris e.a. 2014, p. 378 e.v. De overheid zelf geniet echter geen art. 6 EVRM-bescherming, vgl. HR 6 februari 1987, NJ 1988/926, m.nt. M. Scheltema (Den Haag/ Aral) en een gedoogbeschikking is geen burgerlijk recht, vgl. EHRM 17 september 2013, nr. 9765/09 (De Bruin t. Nederland).
 - 7 Zie reeds VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 79. Let wel: hieruit volgt niet dat er een recht op hoger beroep bestaat, zie nr. 169, doch slechts dat als er hoger beroep of cassatie open is gesteld, ook die fase van de procedure aan art. 6 EVRM moet voldoen.

civiele kort geding; dat blijkt uit de zaak *Micallef t. Malta*.⁸ Het moet dan wel gaan om een geschil waarin in zowel de voorlopige voorziening als in de bodemprocedure een 'civil right' op het spel staat (uitzettingen van vreemdelingen vallen daar bijvoorbeeld niet onder) en de voorziening in kwestie feitelijk iemands burgerlijk rechten of plichten vaststelt. Bovendien gelden niet alle EVRM-waarborgen altijd in dit type procedures.

[31] *Afstand doen van bescherming*. Het is mogelijk om als procespartij afstand te doen van de bescherming die (een onderdeel van) art. 6 EVRM biedt, doch dat kan slechts onder de voorwaarde dat die afstand van recht vrijwillig en ondubbelzinnig wordt gedaan en dit niet strijdig is met een publiek belang.¹ Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om af te zien van de berechting door een overheidsrechter, door bijvoorbeeld te kiezen voor arbitrage,² of (zelfs) voor een onafhankelijke rechter.³ Inzake de mogelijkheid om afstand te doen van de recht op een openbare berechting, overwoog het EHRM:⁴

"66. The public character of court hearings constitutes a fundamental principle enshrined in paragraph 1 of Article 6. Admittedly neither the letter nor the spirit of this provision prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to have his case heard in public (...). However, a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest."

Dit is ook de lijn die meer algemeen lijkt te gelden als het gaat om afstand doen van een EVRM-mensenrecht.

1.4.3 Art. 13 EVRM¹

[32] *Effectief nationaal rechtsmiddel?* Art. 13 EVRM bepaalt dat wanneer er sprake is van een verdedigbare bewering dat een verdragsrecht is geschonden, de

- [30] 8 Zie EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (*Micallef t. Malta*), en daarover BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 43-44 en F.J. FERNHOUT, 'Procesrecht in kort geding, Gevolgen van EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, *NJ* 2010, 180 (*Micallef/Malta*)', *TvPP* 2009-10, p. 108-111.
- [31] 1 Zie KUIJER 2004, p. 66-73; Van Dijk e.a. 2006, p. 569. Vgl. o.a. EHRM 27 februari 1980, *NJ* 1980/561 (*Deweert t. België*).
- 2 Zie bijv. W.D.H. ASSER, 'Beginselen van een faire arbitrale rechtspleging', *TvA* 2013/40, die aldaar bespreekt welke beginselen van procesrecht ook het arbitragerecht beheersen.
- 3 Zie daarover KUIJER 2004, p. 71. De auteur zelf bestrijdt overigens deze mogelijkheid.
- 4 Zie EHRM 21 februari 1990, *NJ* 1991/624, m.nt. E.A. Alkema (*Håkansson & Stuesson t. Zweden*). Vgl. ook al EHRM 10 februari 1983, nr. 7299/75 en 7496/76 (*Albert & Le Compte t. België*), § 35.
- [32] 1 Zie over art. 13 EVRM ook nog nr. 103, Harris e.a. 2014, p. 764 e.v. en VLEMMINX 2013, p. 33 e.v.

staat verplicht is ervoor te zorgen dat er een effectief nationaal rechtsmiddel ter beschikking staat om de inhoudelijke kant van die zaak te kunnen beoordelen. Dat artikel vormt daarmee een extra stok achter de deur om de bescherming van de (overige) mensenrechten te garanderen. Het is zodoende een recht dat dient *ter versterking* van de andere EVRM-rechten, omdat het een *nationale aanspraak op bescherming* tegen een vermeende inbreuk op een mensenrecht geeft. Een vermeend slachtoffer hoeft dan dus niet bij het EHRM te klagen; dat moet ook binnen het eigen, interne rechtsstelsel kunnen.²

Van belang bij art. 13 EVRM is voorts dat het nationale rechtsmiddel er niet 'gewoon' moet zijn, maar dat dit rechtsmiddel ook *effectief* moet zijn. Als de in een nationale procedure toegekende schadevergoeding niet wordt betaald en het vervolgens vijf jaar duurt voordat het tot een beslissing daarover komt, is die (in casu: administratieve) procedure niet effectief genoeg.³ Hoe dat nationale rechtsmiddel dan op nationaal vlak verder ingekleed wordt, is op zichzelf aan de nationale staat in kwestie om te bepalen, zolang er maar voldoende nationale rechtsbescherming wordt geboden. De betreffende instantie moet via een bindende beslissing voor volledig rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding kunnen zorgen.⁴

In Nederland accepteert de Hoge Raad als het om het bestaan van een effectief nationaal rechtsmiddel gaat, vooralsnog dat het voldoende is dat er de mogelijkheid tot het vragen om een voorlopige voorziening bij de civiele rechter bestaat. Daarbij zal het dan om de vrijwel altijd toegankelijke kortgedingprocedure bij de voorzieningenrechter gaan, gebaseerd op een vrijwel altijd te construeren (vermeend) onrechtmatig handelen.⁵ Of dit inderdaad volstaat, valt overigens te betwijfelen want een beslissing in kort geding is uiteindelijk slechts een voorlopige voorziening, een ordemaatregel, en kan dus naar de aard der zaak niet leiden tot definitief rechtsherstel of schadevergoeding. Anderzijds: ook een uitspraak in kort geding is (vooralsnog) bindend voor partijen.⁶

De gedachte dat – zo bezien – het belang van art. 13 EVRM in de civielrechtelijke praktijk, althans in Nederland, niet heel groot zal zijn, wordt versterkt door de verhouding die er momenteel tussen art. 6 EVRM en art. 13 EVRM bestaat. In die gevallen waarin beide artikelen van toepassing zijn, heeft art. 6 EVRM als *lex specialis* de functie van art. 13 EVRM overgenomen, omdat dit eerste artikel een recht op *rechterlijk* gehoor inhoudt (hetgeen art. 13 EVRM niet bieden kan), en

[32] 2 Vgl. BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 13.

3 Zie EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210, m.nt. E.A. Alkema (Oneryildiz t. Turkije).

4 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 13. Zie bij wijze van voorbeeld ook EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (Z t. Verenigd Koninkrijk): de schending van art. 3 EVRM kon in strijd met art. 13 EVRM niet effectief bestreden worden nu het Engelse aansprakelijkheidsrecht geen 'duty of care' van de verantwoordelijke overheidsinstantie (jeugdzorg) erkende.

5 Zie nr. 109 en HR 10 maart 2006, NJ 2006/458, m.nt. J.M. Reijntjes (Hertz c.s./Staat).

6 Nader daarover STEIN/RUEB 2013, p. 282-283.

omdat het voor alle 'civil rights and obligations' geldt. Bovendien zijn de voorwaarden voor toepassing van art. 13 EVRM 'less strict' dan die voor art. 6 EVRM.⁷ Art. 13 EVRM heeft daarmee vooral belang buiten het terrein dat door art. 6 EVRM wordt bestreken, maar dat (niet art. 6 EVRM-)terrein is niet (meer) zo heel groot: het omvat vooral het vreemdelingenrecht (tenzij het om het redelijke termijn-vereiste gaat⁸) en het belastingrecht (tenzij het om fiscale boeterecht gaat).⁹ Overigens is het wel zo dat als art. 13 EVRM in een geval dat onder het vreemdelingenrecht valt, toegepast wordt, art. 6 EVRM daarbij kan dienen als inspiratie voor de vereisten die onder de noemer van art. 13 EVRM worden gesteld.¹⁰

1.5 De EU en beginselen van procesrecht¹

[33] *Privaatrechtelijke werking van het Handvest Grondrechten EU.* De meest wezenlijke uitgangspunten en beginselen van het Unierecht zijn, zeker waar het om het burgerlijk procesrecht gaat, 'gecodificeerd' in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (verder: Handvest Grondrechten EU). Zo heeft dus inmiddels ook de EU een eigen grondrechtencatalogus, behorend tot het primaire recht van de Unie.² Die catalogus heeft – kort gezegd – op eigen kracht

- [32] 7 Zie bijv. EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08 (Lalmahomed t. Nederland), § 52; EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 (G.R. t. Nederland), § 50. Zie ook VLEMMINX 2013, p. 36-37.
- 8 Zie de conclusie van A-G Widdershoven van 23 oktober 2013, te vinden via ECLI:NL:RVS:2013:1586.
- 9 Zie bijv. T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.H. GERARDS, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, 2009, p. 27.
- 10 EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 (G.R. t. Nederland), § 49.
- [33] 1 Vgl. ook A. WALLERMAN, 'The Impact of EU Law on Civil Procedure', *TCR* 2013, p. 91 e.v., en over Europees civiel procesrecht in het algemeen: L. VAN HEIJNINGEN e.a., *Doorwerking van Europees recht in het nationaal procesrecht*, 2013; G. WAGNER, 'Harmonisation of Civil Procedure: Policy Perspectives', in: X.E. Kramer, C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, 2012, p. 93 e.v.; alsmede M. FREUDENTHAL, *Schets van het Europees civiel procesrecht*, 2013 (2e druk) en X. KRAMER, *Procedure Matters*, 2013.
- 2 Uitvoerig hierover P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER, A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010-2, p. 529 e.v.; T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, 'Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht', *NTBR* 2011/68, p. 479 e.v. en *NTBR* 2011/76, p. 547 e.v., alsmede S. IGLESIAS SANCHEZ, 'The court and the Charter', *Common Market Law Review* 49: 1565-1612, 2012. Zie ook VAN GERVEN/LIERMAN 2010, nr. 130 e.v.; M. FREUDENTHAL, *Schets van het Europees civiel procesrecht*, 2013 (2^e druk), p. 8.

gelding binnen de rechtsordes van de lidstaten, waaronder Nederland, (hier) voorrang boven nationaal recht,³ en bovendien een ruime reikwijdte.⁴

Over de mogelijkheden van toepassing van het Handvest Grondrechten EU op relaties tussen particulieren, zegt dat Handvest zelf – meer specifiek art. 51 Handvest Grondrechten EU dat het toepassingsgebied regelt – niets, zodat het Handvest in elk geval tekstueel gezien niet rechtstreeks van toepassing lijkt te zijn.⁵ De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie geeft echter aanleiding te denken dat er een zekere doorwerking in privaatrechtelijke verhoudingen van bepalingen die zich formeel tot de lidstaten richten, mogelijk is, indien dat ten minste nodig is om de effectieve werking van een dergelijke bepaling te garanderen. Die redenering kan ook ten aanzien van het Handvest worden benut.⁶

Bovendien zijn de grondrechten die in het Handvest opgenomen zijn, ook deels bekend als tussen particulieren geldende algemene beginselen van Unierecht. Die status als algemeen beginsel wordt vervolgens bevestigd door de opname in het Handvest, welke erkenning ook weer gevolgen heeft. Immers, de nationale rechter is op basis van het *Mangold*-arrest⁷ verplicht om de volle werking van deze beginselen te verzekeren (daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht moeten dus buiten toepassing blijven) als het geschil binnen het toepassingsgebied van het EU-recht

- [33]
- 3 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 14, verwijzend naar de beroemde uitspraken inzake *Van Gend en Loos* en *Costa/ENEL*.
 - 4 Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, NJ 2013/348 (Åkerberg Fransson), waarover M.A. FIERSTRA, *NTER* 2013, p. 197 e.v. Zie ook H.J.Th.M. VAN ROOSMALEN, A. PAHLADISINGH, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: beweging in de rechtspraak', *NTER* 2013, p. 83-85. Het Hof van Justitie gebruikt het handvest ook steeds vaker, zo volgt uit (de EU-monitor van de) European Commission, *2012 Report on the Application of the EU Charter on Fundamental Rights*, 2013, p. 22. Voor Nederlandse kwantitatieve gegevens, zie H. VAN HARTEN, H. GROOTELAAR, 'Doorwerking van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in de Nederlandse rechtspraak: een kwantitative stand van zaken', *NTM/NJCM-bull.* 2014, p. 182 e.v.
 - 5 Zie T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, 'Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1', *NTBR* 2011/68, p. 484, die directe werking voor de toekomst echter niet uitsluiten. Over de eventuele samenloop van het Handvest Grondrechten EU met het EVRM en de (rechtsvindings)vragen die daaruit volgen, zie nr. 62.
 - 6 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER, A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010-2, p. 541-542. Dat past bij de gedachte van het bereiken van effectieve rechtsbescherming, waarover nader nr. 92 e.v. Nader over deze materie ook Peers e.a. (Ward) 2014, nr. 51.42 e.v.; H.C.F.J.A. DE WAELE, 'Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk', *NTER* 2015, p. 158 e.v., n.a.v. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (AMS), alsmede J.M. EMAUS, 'Rechten, beginselen en de horizontale werking van de grondrechten uit het EU-Handvest', *NTBR* 2015/10; R. VAN DER HULLE, 'De horizontale werking van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie anno 2014', *NTM/NJCM-bull.* 39 [2014] 5, p. 559 e.v., alsmede ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/231a e.v.
 - 7 HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981 (*Mangold*).

valt, ook wanneer het bijvoorbeeld om contractuele verhoudingen tussen particulieren gaat.⁸

[34] *Art. 47 Handvest Grondrechten EU.* Gegeven die doorwerking, is van belang dat in het hier relevante art. 47 Handvest Grondrechten EU, net als in art. 6 EVRM en art. 13 EVRM, het fundamentele recht op een eerlijk proces is neergelegd, en ook nog eens op min of meer dezelfde wijze,¹ doch wel met een ruimer toepassingsgebied. De toepassing van art. 47 Handvest Grondrechten EU is immers niet beperkt tot de vaststelling van ‘burgerlijke rechten’, zoals het EVRM; het artikel geldt steeds als er een procedure aanhangig is waarin het Unierecht aan de orde is.² Uiteraard is dat ook geregeld in ‘Nederlandse’ civiele procedures het geval, denk aan consumentenzaken, het aanbestedingsrecht, ondernemingsrechtelijke kwesties, etc.³ Omdat vervolgens in de slotzin van art. 52 lid 3 Handvest Grondrechten EU wordt bepaald dat het recht van de Unie een ruimere bescherming kan bieden dan het EVRM (dat zou bijvoorbeeld via het beginsel van effectieve rechtsbescherming kunnen, waarover nr. 92 e.v.) en omdat art. 53 Handvest Grondrechten EU vermeldt dat het hoogste niveau van bescherming

- [33] 8 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER, A. VAN BOSSUYT, ‘Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde’, *TPR* 2010-2, p. 542-544. Vgl. ook T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, ‘Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1’, *NTBR* 2011/68, p. 485-487 en ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/144.
- [34] 1 Zie de formulering in art. 47 Handvest Grondrechten EU (“Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. (...)”) in vergelijking met art. 6 lid 1 EVRM (“Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen (...)”). Volgens HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *NJ* 2011/129; *AB* 2011/222 (DEB/Duitsland), nr. 32, correspondeert art. 47 tweede alinea Handvest Grondrechten EU met art. 6 lid 1 EVRM. Zie ook HvJ EU 18 maart 2010, *AB* 2010/157, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Alassini) en Peers e.a. (Peers/Prechal) 2014, nr. 52.111.
- 2 Zie o.a. de AB-noot van Widdershoven onder HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *AB* 2011/222 (DEB/Duitsland), nr. 6; Peers e.a. (Aalto e.a.) 2014, nr. 47.01 en T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, ‘Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 2’, *NTBR* 2011/76, p. 550. Uitvoerig over art. 47 Handvest Grondrechten EU: Peers e.a. (Aalto e.a.) 2014, nr. 41-01 e.v.
- 3 Bedenk daarbij ook dat dan prejudiciële vragen gesteld kunnen worden; deze worden gemiddeld eerder beantwoord dan dat het EHRM een uitspraak doet.

gegarandeerd wordt,⁴ kan het zijn dat er toch een verschil ontstaat of gaat ontstaan tussen het ene en het andere recht en dat het EVRM *niet* de meeste bescherming blijkt te (gaan) bieden.⁵ Zie nader nr. 62. In de kern betekent dit stelsel dat het EVRM als minimumgrens geldt en dat bij strijdige rechtspraak de interpretatie die het meeste bescherming biedt, gekozen dient worden.⁶ De mogelijke impact van een eventuele toetreding van de EU tot het EVRM laat ik daarbij verder buiten beschouwing; dat gaat het bestek van dit boek te buiten.⁷

1.6 Keuze van de te bespreken beginselen van burgerlijk procesrecht

1.6.1 Inleiding

[35] *Plan van behandeling: keuze voor beginselen.* Zoals bekend schreef Van Boneval Faure tegen het einde van de negentiende eeuw over zeven beginselen van burgerlijk procesrecht. Zoals Wiersma al in 1983 liet zien, is de situatie sindsdien stevig veranderd en zijn sommige van die oorspronkelijke beginselen

- [34] 4 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER, A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010-2, p. 552. Zulks is inmiddels bevestigd in de rechtspraak, zie HvJ EU 5 oktober 2010, C-400/10 (McB), nr. 53 en HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, NJ 2011/129 (DEB/Duitsland), nr. 35. Zie ook Peers e.a. (Peers/Prechal) 2014, nr. 52.121 en 52.129 e.v.
- 5 Zo, op grond van EU-rechtspraak, H.J.TH.M. VAN ROOSMALEN, A. PAHLADISINGH, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: beweging in de rechtspraak', *NTER* 2013, p. 85-86. Zo ook S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, 'Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 38.
- 6 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER, A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010-2, p. 554-555; T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, 'Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 2', *NTBR* 2011/76, p. 548. Dat laatste strookt met art. 53 EVRM. Tot een hiërarchie tussen grondrechten leidt dit alles naar verluidt niet omdat in een voorkomend geval zowel het HvJ als het EHRM zich moeite getroosten om een evenwicht te vinden tussen beide rechten. Overigens volgt hieruit wel dat een hoger niveau van *nationale* grondwettelijke bescherming, niet voorgaat boven de bescherming van het Handvest Grondrechten EU, zie HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, AB 2013/132 (Melloni).
- 7 Zie daarover het negatieve advies van het HvJ EU (Advies 2/13 van 18 december 2014), en verder J. GERARDS & L. GLAS, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM', *AA* 2012, p. 520 e.v.; R. BÖCKER, 'Gaten dichten', *NJB* 2013/1435, p. 1560 e.v. en *Kamerstukken I* 2010/11, 32 500 V, Y, p. 9-11. Over de verhouding EU/EVRM ook VAN GERVEN/LIERMAN 2010, nr. 138; Harris e.a. 2014, p. 31-33 en 171 e.v.

vervangen door andere.¹ Dat de situatie tegenwoordig nog weer anders is,² en ook elders wellicht als anders wordt gezien,³ ligt natuurlijk aan veranderende opvattingen over wat eigenlijk een beginsel (of hoofdkenmerk of uitgangspunt of basisvoorwaarde) is.⁴ Het heeft echter ook van doen met eigentijdse noties over wat wezenlijk is voor een procesrechtelijk systeem, en vooral ook met de opkomst en groei van (de rechten uit) het EVRM en met de (veranderde) positie van de rechter toen en nu. Zo heeft de opkomst van het motiveringsbeginsel rechtstreeks te maken met de veranderende, steeds belangrijkere rol van de rechter in de maatschappij, als geschilbeslechter die steeds vaker ingeroepen wordt, en als 'wetgever-plaatsvervanger'. Tot slot is de beantwoording van de vraag welke uitgangspunten, kenmerken of karakteristieken van het civiele proces, als beginsel van procesrecht zouden moeten of kunnen gelden, in belangrijke mate afhankelijk van de specifieke keuzes die degene die aan het woord is maakt.

De 'beginsel'-status van een aantal kenmerken van het burgerlijk procesrecht staat heden ten dage buiten kijf (hoewel daarmee niet gezegd is dat dit altijd zo zal blijven; de geschiedenis leert anders). Dat zijn de hierna besproken beginselen van toegang tot de rechter (hoofdstuk 5), de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter (hoofdstuk 6), hoor en wederhoor (ofwel 'fair trial' in EVRM-termen; hoofdstuk 7), openbaarheid van rechtspraak (hoofdstuk 8), berechting binnen een redelijke termijn (hoofdstuk 9), en de motiveringsplicht van de rechter (hoofdstuk 10). Het betreft hier steeds (vgl. mijn eerdere werkdefinitie in nr. 8) basisvoorwaarden – als uitgangspunt voor verder uitgewerkte regels – zonder welke niet meer gezegd kan worden dat het civiele proces eerlijk kan en zal zijn, zodat de civiele rechtspleging in zijn geheel, het stelsel van procesrecht als zodanig, niet langer geloofwaardig, eerlijk en werkbaar is. De keuze om deze beginselen steeds apart te bespreken, was dus snel gemaakt.

Daarna wordt het echter lastiger, want wat te doen met bijvoorbeeld de (combinatie van) partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter? Dat is een

[35] 1 K. WIERSMA, 'Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt (Haardt-bundel)*, 1983, p. 131-132. W.L. HAARDT, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, p. 137 e.v., constateerde in 1970 echter nog weinig verandering (op p. 151).

2 Vgl. de opsommingen bij SNIJDERS e.a. 2011, nr. 28-29; HUGENHOLZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5; STEIN/RUEB 2013, p. 22 en MEIJKNECHT 2013, p. 75 e.v.

3 N. ANDREWS, 'Fundamental Principles of Civil Procedure: Order out of Chaos', in: X.E. KRAMER, C.H. VAN RHEE (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, 2012, p. 20, ziet ruimte voor vier beginselen, maar hij onderscheidt vervolgens (p. 33) diverse subonderdelen die anderen als een zelfstandig beginsel zouden benoemen.

4 Vgl. ZONDERLAND 1976, p. 45 (die zich overigens afvraagt of er wel beginselen bestaan binnen de rechtspleging, zie p. 46). Ik weersta de (overigens geringe) verleiding om hier of elders een beschouwing te wijden aan de verschillende manieren waarop een 'beginsel' kan worden omschreven en aan diverse onderscheidingen die in dat verband gemaakt kunnen worden tussen bijv. (hoofd)kenmerken, inrichtingseisen, beginselen, etc., zoals ik al liet weten in nr. 8.

gewichtig onderdeel, een belangrijke karaktertrek ten minste, van ons burgerlijk procesrecht, maar geldt deze notie ook in het huidige tijdsgewricht nog als beginsel van procesrecht?⁵ Of moet juist gezegd worden – zoals hierna (hoofdstuk 11) verder zal worden toegelicht – dat dit beginsel door de ontwikkelingen van de laatste decennia als het ware in zijn tegendeel is komen te verkeren, zodat wij inmiddels ‘het beginsel van de actieve rechter’ zouden moeten aanvaarden? Die keuze kan uiteraard kritiek uitlokken of wenkbrauwen doen fronsen, maar dat hoort noodzakelijkerwijs bij het maken van keuzes.

En wat kan in dit verband dan worden gezegd over de voor ons procesrechtstelsel zo basale noties van rechtspraak in twee instanties, de mogelijkheid van cassatieberoep en de verplichte procesvertegenwoordiging?⁶ Hier is ervoor gekozen om (opnieuw) zeven beginselen te bespreken en daarmee dus om deze en andere basiswaarden, kenmerken van burgerlijk procesrecht of uitgangspunten welke een ‘beginsel’-karakter hadden, zouden kunnen hebben, of wellicht nog gaan krijgen, niet ook nog in aparte hoofdstukken te bespreken. De laatste categorie, die van ‘could be’-beginselen, krijgt wel nog enige zelfstandige aandacht hierna in hoofdstuk 3, vooruitlopend op een eventuele opname, afhankelijk van hoe de ontwikkeling doorzet de komende jaren, als nieuwe beginselen van civiel procesrecht in mogelijke volgende drukken van dit werk, en mede omdat de contouren van die mogelijke beginselen nog minder uitgewerkt zijn, zodat er ook praktisch nut in schuilt om enige aandacht aan die nieuwe principes te besteden.

[36] *Schurende beginselen.* Beginselen ‘schuren’, botsen, en de acceptatie van het ene beginsel doet op enig moment in zekere zin afbreuk, althans kan afbreuk doen, aan een ander beginsel, omdat het ene beginsel dan in dat specifieke geval opeens blijkt voor te gaan, na ampele afweging, op dat andere beginsel. De berechting binnen een redelijke termijn zal het in een gegeven geval bijvoorbeeld kunnen afleggen tegen de notie van hoor en wederhoor, want extra ruimte om de procespartijen te horen over een onderdeel van wat in geschil is, levert vertraging op. Als een zaak eigenlijk al te lang loopt, kan die spanning erg groot worden, en moet wellicht zelfs een vertraging die gewoonlijk als redelijke termijn-schending zou gelden, voor lief worden genomen. Omdat in de navolgende hoofdstukken geen ruimte bestaat om elk van de te bespreken beginselen steeds ook nog eens af te zetten tegen al die andere beginselen en dus ook niet om die vaak inherente spanning te laten zien, anders dan door een elke hint in die richting, volgt de waarschuwing voor schurende beginselen alvast in algemene zin hier. Bij deze: beginselen schuren, beginselen botsen.

[35] 5 Vgl. W.L. HAARDT, ‘Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970’, in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, p. 141-143.

6 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 487, noemt bijv. de beide eerste aspecten ook nog, naast de ook door mij gekozen beginselen. Het door deze auteur besproken thema van ‘de goede procesorde’ is zo veelomvattend dat dit als zodanig niet als beginsel van procesrecht in aanmerking komt.

1.6.2 Niet apart besproken uitgangspunten van ons burgerlijk procesrecht

[37] *Inleiding.* Niet alle belangrijke voorwaarden, kenmerken of vereisten voor een, naar onze hedendaagse maatstaven, fatsoenlijke civiele procedure tellen ook meteen als een beginsel van procesrecht, en dan zeker niet voor iedereen die daarover zijn of haar mening ventileert.¹ Er is dan ook, zie nr. 8 en 35, de nodige onenigheid over wat als beginsel geldt of moet gelden. Dat betekent ook dat in wezen eenieder zijn eigen indeling hanteert en kan hanteren. Dit boek volgt dan de keuzes die ik gemaakt heb. Een aantal andere noties, kenmerken of aspecten van de civiele rechtspleging worden door anderen soms ook (nog) genoemd als beginsel van burgerlijk procesrecht, maar in dit boek niet in een apart hoofdstuk besproken. Ik bespreek enkele daarvan kort.²

[38] *Rechtspraak in twee instanties.* De gedachte dat een procespartij het recht moet hebben op een herkansing, op een tweede poging om de zaak te bepleiten voor een andere, nieuwe, hogere rechter, wordt op zichzelf breed geaccepteerd. Ook het Nederlandse systeem gaat uit van de idee dat een partij in hoger beroep kan. Het doel daarvan is onder andere om de procespartijen de gelegenheid te geven om eventuele eigen fouten te herstellen of om fouten van de eerste rechter te laten herstellen door de hogere rechter. Dit recht is dus vaak aanwezig, maar niet altijd, bijvoorbeeld niet als een vordering een zodanig geringe waarde vertegenwoordigt dat die 'niet de moeite waard' is om in twee instanties te laten beoordelen. Ik noem art. 322 Rv waarin vorderingen met een waarde geringer dan € 1.750,- van hoger beroep uitgesloten worden. Daarnaast zijn er specifieke wettelijke bepalingen die een rechtsmiddel uitsluiten.¹

Als de mogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen, uitgesloten is, levert dat volgens het EHRM geen schending van art. 6 EVRM op, want dat verdragsartikel biedt de justitiabele geen recht op hoger beroep. Datzelfde geldt voor de Nederlandse Grondwet of wet. Zie nader nr. 179. Dat enkele gegeven leidt al snel tot de conclusie dat de notie van rechtspraak in twee instanties wellicht wel een kenmerk of uitgangspunt van het Nederlandse burgerlijk procesrecht is, en als

[37] 1 H. VAN MAARSEVEEN & H. STOUT, 'Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak', *NJB* 1979, p. 195 en 199, pleiten zelfs voor reductie van het aantal beginselen.

2 Ook dit is dan weer een selectie. Ik ga bijv. ook voorbij aan diverse algemene rechtsbeginselen die natuurlijk ook in het procesrecht relevant zijn, zoals de rechtszekerheid. Zie daarover H.J.M. BOUKEMA, 'Rechtszekerheid in het burgerlijk procesrecht', *R&R* 1999, p. 222 e.v.

[38] 1 Zie nader ASSER PROCESRECHT/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012/12 e.v. en 22-23.

zodanig waardevol is, maar dat dit geen status van beginsel van procesrecht (meer²) heeft.

Het is op zichzelf verdedigbaar om rechtspraak in twee instanties wél als een beginsel te zien, omdat daarmee elke justitiabele altijd de mogelijkheid krijgt om het oordeel van een rechter te laten toetsen, maar dat zou tevens onwerkbaar zijn op systeemniveau. Heel veel zaken die slechts een gering belang vertegenwoordigen en die nu van beroep uitgesloten zijn, zouden dan wel in de herkansing mogen. En veel zaken waarin procedurele stappen worden gezet en tussenbeslissingen worden genomen waartegen geen rechtsmiddel openstaat, zouden dan wel in een tweede ronde opnieuw moeten worden beoordeeld, met alle vertraging voor de hoofdzaak van dien. Dat alles zou te veel extra lasten voor de rechterlijke macht en de rechtspleging opleveren ten opzichte van het geringe (geldelijke) belang dat er met dit soort procedures gemoeid is.

[39] *Cassatie*. Hetgeen hiervoor over rechtspraak in twee instanties gezegd werd, geldt in grote lijnen op dezelfde wijze voor de mogelijkheid om in cassatie te kunnen gaan teneinde de hoogste civiele rechter de juridische merites en de motivering van de uitspraak te laten controleren. Het gaat daarbij om rechtsbescherming voor de justitiabele, doch cassatie is vooral voor de rechtsvorming en het bewaken van de rechtseenheid nodig. Er bestaat echter geen beginsel (meer¹) dat een procespartij het recht op een procedure in cassatie geeft; een cassatieprocedure is niet noodzakelijk en niet verplicht naar EVRM-normen.

Het is uiteraard wel goed en nuttig dat het instituut bestaat en in Nederland ook nog eens in ruime mate openstaat. Uitzonderingen op de ongehinderde toegang tot cassatie zijn er echter ook, en die kunnen door de beugel, zodat ook hier de status van beginsel niet passend zou zijn. Die toegang tot cassatie is soms immers beperkt, dan kan er alleen over vormverzuimen worden geklaagd (zoals in bagatelzaken, zie art. 80 RO), en daarnaast mag de Hoge Raad zaken ook verkort, dat wil zeggen: ongemotiveerd afdoen (art. 81 RO). Als bekend is daar het systeem van selectie na de cassatiepoort bijgekomen, zie art. 80a RO, hetgeen bevestigt dat een volledige gang naar de cassatierechter geen recht is, en geen beginsel van procesrecht vormt.²

[40] *Verplichte procesvertegenwoordiging*. Het is op dit moment nog steeds de regel dat in civiele zaken bij de rechtbank bijstand door een advocaat verplicht is;

[38] 2 E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 399. Dat is wel nog zo bij W.L. HAARDT, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, p. 146-148, en bij SNIJDERS e.a. 2011, nr. 52, onder de noemer controle, eenheid en ontwikkeling. HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, noemt dit een hoofdkenmerk.

[39] 1 Zo ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 399.

2 Zie o.a. de bijdragen van ASSER en KEIRSE, in: Hol/Giesen/Kristen 2011.

een procespartij moet zich dus verplicht laten vertegenwoordigen, aldus expliciet art. 79 lid 2 Rv en impliciet art. 111 lid 2 sub c Rv (zie ook art. 30a lid 4 Kel-Rv en art. 111 lid 2 sub b Kel-Rv). Men kan niet in persoon procederen in die gevallen.¹ De redenen die voor deze regeling, die allicht als gedwongen winkelnering over kan komen,² worden aangevoerd, zijn van oudsher dat het (proces)recht voor de justitiabele zelf te complex is, terwijl een procedure gevoerd door een deskundig vertegenwoordiger beter verloopt (hetgeen dan zou leiden tot minder werk voor de rechter) zodat de zaak bovendien (beter) tot zijn recht komt, terwijl de advocaat tevens procedures zal kunnen voorkomen, als een eerste drempel zal fungeren.³ Ook kan op deze wijze de emotie buiten de zaak blijven, enige afstand tot wat er speelt is gewenst. Maar de keerzijde daarvan is wel dat het contact tussen justitiabele en de rechter vrijwel verloren gaat, terwijl deze regeling kostbaar is gezien de tarieven in de advocatuur,⁴ en de regeling zonder evidente problemen anders luidt (geen bijstand nodig) waar het gaat om zaken die voor de kantonrechter dienen (art. 79 lid 1 Rv; vertegenwoordiging door een gemachtigde is overigens wel toegestaan, zie art. 80 Rv), waar het gaat om de gedaagde in kortgedingprocedures (art. 255 Rv), en deze regeling bijvoorbeeld ook niet geldt in bestuursrechtelijke zaken, welke toch ook ingewikkeld liggen.⁵ Hulp en bijstand aan de anders reddeloos verloren justitiabele is dus geen alomvattende overweging, en dat blote feit, alsmede de discussie die gevoerd kan worden over deze verplichte bijstand, toont mijns inziens overtuigend aan dat het hier geen beginsel van burgerlijk procesrecht betreffen kan.⁶ Dat art. 47 lid 2 laatste zin Handvest

- [40]
- 1 Uitvoerig W.H.B. DEN HARTOG JAGER, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, 2012 (2^e druk).
 - 2 In die richting, doch veel genuanceerder, ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/24, met een pleidooi voor een opener systeem van rechtsbijstandverlening. Hij is dus voor verplichte bijstand, doch niet voor een procesmonopolie voor de advocatuur. Zie ook B. BAARSMA, P.C. DE JONGE, 'De noodzaak van het procesmonopolie staat niet vast', *NJB* 2009/391, p. 484-490, met reactie W. BEKKERS, 'Verplichte rechtsbijstand van een advocaat afschaffen?', *NJB* 2009/701, p. 958.
 - 3 STEIN/RUEB 2013, p. 47. Vgl. ook ZONDERLAND 1976, p. 156-158 en W.H.B. DEN HARTOG JAGER, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, 2012 (2^e druk), p. 34-39. Over het mogelijk dempende effect dat advocaten zouden kunnen hebben op conflicten, zie R.J. GILSON & R.H. MNOOKIN, 'Cooperation and Competition in Litigation: Can Lawyers Dampen Conflict?', in: K.J. Arrow e.a. (eds.), *Barriers to Conflict Resolution*, 1995, p. 185 e.v.
 - 4 In strijd met art. 6 EVRM is de regel niet, althans niet volgens de Hoge Raad, zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/24 en HR 23 oktober 1992, *NJ* 1993/3 (Kortmann).
 - 5 STEIN/RUEB 2013, p. 47. Sterker: BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 131, menen dat het bestuursrechtelijke uitgangspunt van geen verplichte procesvertegenwoordiging onder druk kan komen te staan in het licht van de daadwerkelijke effectieve toegang tot de rechter. Mocht dat zo zijn, dan is dat echter het beginsel dat ingeroepen zal (moeten of kunnen) worden.
 - 6 Zo ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 399. Anders nog W.L. HAARDT, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, p. 148-150.

Grondrechten EU advisering en vertegenwoordiging aan iedereen toestaat, wil uiteraard nog niet zeggen dat procesvertegenwoordiging dan ook verplicht zou moeten zijn.

1.7 Afronding

[41] *Conclusie.* Hiermee zijn de contouren geschetst van wat de focus, het doel en de benadering van dit boek is, en welke doelen ten grondslag liggen aan ons burgerlijk procesrecht. Verder zijn enkele cijfers over procederen in Nederland gepresenteerd en is besproken hoe de doorwerking en invloed van het EVRM en het recht van de EU verloopt. Ook is aangegeven welke kenmerken van het civiele proces in dit boek niet nader besproken zullen worden.

HOOFDSTUK 2

Rechtsvinding en de ‘multilevel’ civiele rechtspleging

2.1 Inleiding

[42] *Doel.* In dit hoofdstuk volgen enige inleidende beschouwingen over rechtsvinding (en dus rechtsvorming) in het burgerlijk procesrecht, zowel nationaal en internationaal, en over ‘klassieke’ en ‘nieuwe’ bronnen van dat procesrecht. Het doel daarvan is om enige nadere context te bieden – een ‘sfeerverkenning’ is wellicht een beter woord – voorafgaand aan de meer op de specifieke beginselen en juridische analyse gerichte hoofdstukken hierna. Waar immers, zoals hierna, het denkraam mede gevormd wordt door beginselen van procesrecht, is het goed om degene die dat denkkader benut, te doordringen van het besef dat het argumenteren vanuit en met (één van) die beginselen een belangrijk vertrekpunt vormt van de redenering (bijvoorbeeld bij de rechtsvinding), en dat zo’n vertrekpunt de uiteindelijke uitkomst stuurt (en dus rechtsvormend van gewicht kan zijn). Zo zet bijvoorbeeld het denken in termen van hoor en wederhoor als beginsel van procesrecht de besluitvorming door een rechter op een ander spoor dan denken vanuit de efficiency van het systeem van procesrecht.

Bij dit alles speelt naar het zich laat aanzien ook de factor tijd een rol: een beginsel zoals dat heden ten dage begrepen wordt, zal wellicht een ontwikkeling hebben ondergaan ten opzichte van de voorliggende periode, hetgeen ook weer van invloed zal kunnen zijn op de vraag hoe met en vanuit dat beginsel kan worden geargumenteed. Als de lijdelijkheid van de rechter minder wordt, zegt dat ook iets over de argumentatieve kracht die dat beginsel met zich brengt in relatie tot bijvoorbeeld rechtsvindingsvragen. Vandaar dus de navolgende ‘sfeer-tekening’ rondom vragen van rechtsvinding, rechtsvorming en rechtsbronnen in de hedendaagse (naar zal blijken: gelaagde) rechtspleging.

[43] *Opzet.* Onderdeel van deze inleidende beschouwingen is in de eerste plaats (§ 2.2.1) een schets van het traditionele, nationale kader voor rechtsvinding en rechtsvorming in het burgerlijk procesrecht, afgezet tegen de kennis over rechtsvinding op materieelrechtelijk vlak. Daarna volgt in § 2.2.2, om de procesrechtelijke context verder te omlijsten, een kort overzicht van de belangrijkste bronnen van ons burgerlijk procesrecht. Dat overzicht wordt dan toegespitst op (vooralsnog) minder in het oog springende, ‘moderne’ bronnen voor rechtsvinding

en rechtsvorming, te weten diverse vormen van zelfregulering in ons burgerlijk procesrecht (§ 2.2.3). Vervolgens wordt de rechtsvinding op Europees vlak (EVRM en EU-recht) besproken, omdat enige kennis daarvan van belang is voor de waardering van wat later in dit boek over dat EVRM en het EU-recht wordt geschreven, hoewel ook dit onderdeel slechts als een ruwe schets van een veel breder onderzoeksveld kan gelden (§ 2.2.4). Uit dit alles zal als vanzelf als rode draad tevoorschijn komen, mede op grond van de opkomst van alternatieve geschilbeslechtsmechanismen en de toenemende invloed van 'procedural justice' theorieën (§ 2.2.5), dat er ook in het burgerlijk procesrecht sprake is van wat dan tegenwoordig 'meergelaagdheid' heet (ofwel: *multilevel* burgerlijk procesrecht),¹ met alle gevolgen van dien. Een korte conclusie (§ 2.3) rondt dit hoofdstuk af.

2.2 Rechtsvinding en rechtsvorming in een 'multilevel' rechtspleging

2.2.1 Procesrechtelijke rechtsvinding op nationaal niveau

[44] *Hoofddlijn: formeel recht = materieel recht.* Het is geen boude stelling te beweren dat in feite niemand zit te wachten op de complicaties van een (processueel) geschil binnen een lopend (materieelrechtelijk) geschil, de partijen niet en de rechter ook niet. En dus zijn strijdpunten over procesrechtelijke kwesties voor niemand echt 'prettig', niettegenstaande dat zo'n processueel geschil de uitkomst van het materiële geding wezenlijk kan beïnvloeden. Toch spelen er regelmatig procesrechtelijke kwesties en geschilpunten door het materiële geschil heen, juist vanwege die mogelijke invloed op de uitkomsten ervan. En dus zal de rechter zich ook regelmatig moeten buigen over processuele geschillen en zich moeten uitlaten over de juiste interpretatie van procesrechtelijke regels. Volgens Smits¹ is het daarbij de taak van de rechter om, door de procesrechtelijke onvolkomenheden heen, door te dringen tot wat partijen onderling hebben kunnen en moeten begrijpen. De rechter moet de procesrechtelijke belemmeringen wegruimen en zo het materiële geschil zichtbaar maken. Dat vergt echter procesrechtelijke rechtsvinding, en dus rijst de vraag hoe die rechtsvinding in het procesrecht er dan uit ziet.

Een ultrakorte schets van het traditionele nationale kader voor rechtsvinding (en dus de rechtsvorming) op het terrein van het burgerlijk procesrecht, vooral in relatie tot rechtsvinding op materieelrechtelijk vlak, zou kunnen luiden dat die procesrechtelijke rechtsvinding niet wezenlijk anders verloopt dan de rechtsvinding op het terrein van het materiële privaatrecht.² Bekijken wij de stand van

[43] 1 Zie vooral VAN GERVEN/LIERMAN 2010, die zich overigens niet specifiek op het procesrecht hebben gericht.

[44] 1 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 150, n.a.v. ASSER/VRANKEN *Algemeen deel*** 1995/231-232.

2 Zie ASSER 2000, p. 13.

zaken in Nederland op dit terrein, dan kan in wezen de vaststelling van Asser³ volstaan dat rechtsvinding op het terrein van het civiele procesrecht zich niet meer onderscheidt van gewone rechtsvinding ten aanzien van het materiële burgerlijk recht, welke stelling dan gevolgd zou kunnen worden door een verwijzing naar de vele fraaie boekwerken die daarover geschreven zijn door onder andere Scholten, Wiarda en Vranken.⁴ Zonderland poneerde dezelfde gedachte eerder ook al:⁵

“Een nauwkeurig onderscheid tussen de bijzonderheden van de processueelrechtelijke en de overige interpretatiemaatstaven is vanwege de uiteindelijke functionele samenhang van materieel en formeel recht moeilijk te handhaven, zodat de behandeling onvermijdelijk overlappingsen geeft.”

[45] *Maar toch een eigen dimensie.* Niettemin is er, zo haast ook dezelfde Zonderland zich toe te voegen, in elk geval op detailpunten nog wel enige eigen dimensie toe te schrijven aan procesrechtelijke rechtsvinding. Er zijn inzichten die juist op het terrein van de procesrechtelijke rechtsvinding (sterker) leven. Sterker, hij heeft een betrekkelijk unieke, belangrijke en uitvoerige beschouwing gewijd aan de wijze van rechtsvinding in het civiele procesrecht, mede op basis van een analyse van de belangrijkste rechtspraak van de Hoge Raad.

[46] *Bijvoorbeeld: rechtszekerheid.* Voorafgaand aan die rechtspraakanalyse, slaat Zonderland al enige specifiek processuele piketpaaltjes. Zo moet er bijvoorbeeld in het burgerlijk procesrecht voldoende (lees: meer dan elders) waarde worden gehecht aan de eisen van rechtszekerheid; die rechtszekerheid staat als argument vaker op de voorgrond dan in het materiële recht.¹ Immers, de praktische eis, als uitwerking daarvan, om het rechtsverkeer niet onnodig in verwarring of onzekerheid te laten verkeren of te brengen als het om procesrechtelijke regels gaat, brengt met zich dat wetgeving en rechtspraak niet met elkaar zouden moeten contrasteren. En dat betekent dat zowel de wetgever als de rechter weliswaar op hun eigen terrein vrij zijn om het burgerlijk procesrecht nader vorm te geven (door nieuwe regels te creëren, respectievelijk door bestaande regels te (her)interpreteren) doch dat het respect voor die eis van de praktijk beide rechtsvormers ertoe dwingt 'om van deze vrijheid slechts met mate gebruik te maken'.² De wetgever kan bijvoorbeeld een jurisprudentiële regel van procesrecht voor een bepaald deelreëen willen afschaffen of veranderen, maar dient zich dan wel af te vragen of de praktijk daarbij niet onnodig belast wordt (vanwege inconsistenties in het systeem).

[44] 3 ASSER 2000, p. 13.

4 Zie ASSER/SCHOLTEN *Algemeen deel** 1974; G.J. WIARDA, *3 typen van rechtsvinding*, 4^e druk bewerkt door T. Koopmans, 1999; ASSER/VRANKEN *Algemeen deel*** 1995; ASSER/VRANKEN *Algemeen deel**** 2005.

5 ZONDERLAND 1976, p. 182.

[46] 1 Rechtszekerheid is overigens te duiden als een 'metabeginsel' want het speelt zowel binnen het materiële als het formele recht een rol.

2 Zie ZONDERLAND 1976, p. 174.

[47] *En: publiekrechtelijk karakter.* Dit voorbeeld is meteen een voorbeeld van een ander niet onbelangrijk 'detail' dat de processuele rechtsvinding anders kan inkleuren dan de rechtsvinding op materieelrechtelijk vlak. Het betreft de idee dat vanwege het (meer) publiekrechtelijke karakter van het procesrecht,¹ er ook meer gelet moet worden op de consequenties van bepaalde keuzes, speciaal ook in verband met de belangen van degenen die niet als procespartij betrokken zijn bij de rechtsvindingskwestie. De belangen van derden spelen dus een steviger rol dan in een puur privaatrechtelijke setting, bijvoorbeeld via de al genoemde rechtszekerheid die verlangt dat er niet al te bruusk wordt omgegaan met geldend recht.²

[48] *De rechtspraakanalyse van Zonderland.* Vertrekkend vanuit deze 'eigen dimensies' van de rechtsvinding in het burgerlijk procesrecht, heeft Zonderland zo'n veertig jaar geleden op basis van een analyse van de toenmalige rechtspraak van de Hoge Raad een aantal factoren en interpretatiemethoden onderscheiden die volgens hem specifiek (of anders) van gewicht zijn bij de procesrechtelijke rechtsvinding. Hij kwam zo tot een bespreking van een aantal inzichten, factoren en methoden die ook nu nog van waarde zou kunnen zijn, en die ik, voor zover ik deze inderdaad (nog) van waarde acht, hierna puntsgewijs parafraseer:¹

- Omdat het op procesrechtelijk terrein om 'spelregels' gaat, is het zaak om, meer dan op materieel vlak, te letten op de bewoordingen van die regels (een zekere 'strakheid' is geboden en komt meer voor). Maar via een 'redelijke wetstoepassing' kan de uitlegger eventueel iets verder van de tekst afraken dan gewoonlijk.
- Echter, de grammaticale uitleg mag niet tot een woordenspel en 'Begriffjurisprudenz' verworden en dus moet die taalkundige uitleg steeds gezien worden door de bril van de bedoelingen die de wet(gever) heeft willen uitdrukken (teleologie), in het licht van de ontwikkelingen van het systeem² (waarbij de parlementaire behandeling overigens niet teveel betekenis mag krijgen). De grammatica zou dus via wetshistorie en de strekking van een regel moeten worden doorgrond.

[47] 1 Uitvoerig daarover uiteraard BRENNINKMEIJER 1994.

2 Ik ontleen dit aan ZONDERLAND 1976, p. 181.

[48] 1 Ik verwijs hier naar ZONDERLAND 1976, p. 182-228, waaruit al het navolgende is geput. Daarbij heb ik overigens onderdelen van plaats verwisseld en samengevoegd; ik heb geen update gemaakt van het rechtspraakoverzicht van ZONDERLAND.

2 Een voorbeeld hiervan biedt HR 16 maart 2007, NJ 2007/637, m.nt. H.J. Snijders (Johannes/Baranco), r.o. 3.7.2: de ontwikkeling van de beginselen van procesrecht (!) maakt dat art. 80 lid 1 RO (sinds 1838 niet meer fundamenteel herzien) ruimer moet worden uitgelegd, waarna de Hoge Raad een additionele grond formuleert voor cassatie van kantonrechtveronnissen die onder de appelgrens blijven.

- De materieelrechtelijke waardering van een handeling en de procesrechtelijke waardering van een handeling in een geding verschillen, omdat de wederpartij (en) en de rechter mede en direct daarbij betrokken zijn; de rol (en het belang) van de rechtspleging bij een bepaalde uitleg strekt verder dan het enkele punt dat partijen verdeeld houdt.
- Procesrechtelijke knopen moeten worden doorgehakt om materieelrechtelijk juiste uitspraken te kunnen doen: dát er wordt beslist is daarmee soms belangrijker dan wát er wordt beslist (het gaat, nogmaals, om spelregels).
- Het doel van het procesrecht is belangrijk bij de uitleg (wordt dit gediend door de gekozen uitleg?), en daarmee ziet de teleologie als methode veel meer op een algemene teleologie dan slechts de strekking van een specifieke bepaling.
- Op procesrechtelijk vlak blijkt de Hoge Raad nogal eens apodictisch te argumenteren, hetgeen past bij het doorhakken van knopen, op welke manier dan ook. Het resultaat is hier, net als bij meer 'overredende' beslissingen, van meer betekenis dan de motivering.
- De vereisten van een redelijke procesorde, mits niet als stoplap benut, zijn van belang, omdat zo bevorderd wordt dat er eerlijke spelregels bestaan.³
- De systematische interpretatie, de eerbied voor het stelsel der wet, inclusief de analogie, is van groot belang in het licht van de noodzaak de rechtszekerheid te dienen, hetgeen meer dan elders voor het burgerlijk procesrecht geldt. De systematiek vormt een waarborg tegen vergissingen.⁴
- Een belangenafweging is ook op procesrechtterrein mogelijk om juiste resultaten te bereiken, net als het gebruik van proceseconomische redenen voor een bepaalde uitleg, en de aard van de betrokken rechtsgang (een kort geding is wezenlijk anders dan een bodemprocedure).
- Al het voorgaande draagt bij aan het achterwege (kunnen) laten van zinloos formalisme,⁵ zonder af te doen aan de duidelijkheid die het procesrecht eist (omdat het om spelregels gaat). Dat laatste element maakt overigens dat

[48] 3 Dit kan overigens een ingang zijn om een open norm te kunnen gaan gebruiken, conform de gedachte van ASSER 2000, p. 13 (ook in procesrecht open normen benutten bij de uitleg; een soort art. 6:2 BW zou voor het burgerlijk procesrecht niet misstaan). De systematische interpretatie, de eerbied voor het stelsel der wet, inclusief de analogie, is van groot belang in het licht van de noodzaak de rechtszekerheid te

4 HR 16 maart 2007, NJ 2007/637, m.nt. H.J. Snijders (Johannes/Baranco) is ook hier een voorbeeld. De verruiming van art. 80 lid 1 RO wordt systematisch gekoppeld aan de (on)mogelijkheid van doorbreking van een appelverbod.

5 Zie hierover ook ASSER 2000, p. 12. Hij ziet de (voortdurende) trend tot deformalisering als grenzeloos, want het gaat bij die deformalisering om de attitude van de rechter, en dus om een manier van uitleg en van rechtstoepassing die inmiddels deel is geworden van het instrumentarium van die rechter. Zo ook expliciet TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 71.

omgaan door de Hoge Raad wellicht minder voor de hand ligt, hoewel dat ook op procesrechtelijke terrein niet uitgesloten is.⁶

Met dit alles is het uitlegarsenaal⁷ intussen zo rijk voorzien dat ook procesrechtelijk gezien, net zoals dat op materieelrechtelijk vlak geldt, elk gewenst resultaat in beginsel bereikbaar is, mits de rechter maar de gelegenheid neemt om rechtsvormend op te treden.⁸ (Ook) in zoverre wijkt de (wijze van) procesrechtsvinding dus niet af van de 'gewone' rechtsvinding, en is er veeleer sprake van nuanceringen op detailpunten.

[49] *Beginselen als bron van rechtsvinding.* Zonderland¹ onderscheidde, naast de hiervoor genoemde factoren, ook nog als zelfstandige interpretatiemethode op procesrechtelijk terrein het gebruik van beginselen (van, in casu, procesrecht). Dat is gegeven de thematiek van dit boek uiteraard een kwestie van bijzonder gewicht die aandacht verdient. De in de hoofdstukken hierna te bespreken specifieke beginselen van civiel procesrecht kunnen immers in de huidige rechtspraktijk als interpretatietechnieken benut worden teneinde het procesrecht uit te leggen en eventueel verder te ontwikkelen.

Zonderland gaf indertijd aan dat de Hoge Raad slechts af en toe een beroep doet op beginselen van procesrecht, en dan soms ook nog impliciet. Daarbij merkte hij tevens op dat het juist is dat de Hoge Raad zich niet te veel daarop verlaat, omdat beginselen te ruim kunnen worden omschreven, zodat vervolgens daarmee elk gewenst resultaat kan worden bereikt.² Dit alles is heden ten dage wel anders. Het gebruik van rechtsbeginselen bij de rechtsvinding (in elk geval op materieelrechtelijk vlak) wordt breed erkend en aanvaard,³ is in zekere zin in de wet verankerd via art. 3:12 BW, en ook de rechtspraak laat heel regelmatig

[48] 6 Ik noem als voorbeeld de nieuwe regels inzake het kostenverhaal rondom de vrijwaringsprocedure, zie HR 28 oktober 2011, NJ 2012/213, m.nt. H.B. Krans (X./ZLTO), waarmee werd teruggekomen op HR 26 maart 1993, NJ 1993/613 (NMB Postbank/Ontvanger).

7 Ook de literatuur kan van invloed zijn als het om procesrechtelijke rechtsvinding gaat, zie HR 16 maart 2007, NJ 2007/637, m.nt. H.J. Snijders (Johannes/Baranco).

8 Die laatste toevoeging wordt steeds relevanter in die zin dat als, bijv. door de (te) hoge kosten van procederen, er de facto minder geprocedeerd zou gaan worden, de hoeveelheid zaken waarin rechtsvorming een optie is, ook zal afnemen. Dit is een tendens die in de V.S. al zichtbaar is, vgl. in dit verband J. Lande, 'How much justice can we afford?', *Journal of Dispute Resolution* 2006, p. 213 e.v. De nadruk op mediation in Nederland kan hetzelfde gaan betekenen, want een mediationprocedure vormt geen recht, vgl. ASSER/VRANKEN *Algemeen deel**** 2005/133-137.

[49] 1 ZONDERLAND 1976, p. 218-220.

2 ZONDERLAND 1976, p. 220.

3 Zie bijv. ASSER/VRANKEN *Algemeen deel*** 1995/131-140; G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, 4^e druk bewerkt door T. Koopmans, 1999, p. 87-91; F. BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 2005, p. 70 e.v. Vgl. ook C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, 2005, p. 111 e.v. en p. 189 e.v., doch ook al J.M. Polak, *Theorie en praktijk door rechtsvinding*, 1953, p. 48-49.

voorbeelden zien van het gebruik van rechtsbeginselen (in het procesrecht via art. 6 EVRM) om een bepaalde uitleg te verantwoorden. Dat wordt bovendien breed geaccepteerd, zonder dat het gevaar waar Zonderland op wees, zich lijkt te realiseren. Wellicht ligt dit hieraan dat de hedendaagse beginselen van procesrecht een betrekkelijk overzichtelijk bereik hebben, omdat dat bereik samenloopt met de reikwijdte van art. 6 EVRM zoals uitgelegd door het EHRM en met art. 47 Handvest Grondrechten EU.

[50] *Motivering*. Rechtsvorming, vooral die door de Hoge Raad, vergt uiteraard het nodige qua motivering, en dat geldt ongeacht of het nu de rechtsonwikkeling op materieel of op procedureel vlak betreft.¹ De gedachte dat de grotere mate van 'techniek' die op procedureel vlak nu eenmaal speelt, wellicht maakt dat er qua motivering minder gevergd hoeft te worden, gaat niet op. Alleen al niet omdat procedurele beslissingen en ontwikkelingen directe en levengrote invloed (kunnen) hebben op materiële resultaten van procedures. De eisen aan de motivering van procedurele rechtsvinding zullen dus niet mogen afwijken van de daarbij gebruikelijke eisen.²

Het gegeven dat de eisen aan die motivering 'versterkt' of 'aangescherpt' lijken te zijn de laatste jaren – binnen het forum van de rechtswetenschap wordt de lat hoog en steeds hoger gelegd – doet zich dus ook procedureel gevoelen. Dat het motiveringsbeginsel zodoende aan betekenis gewonnen heeft, kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de 'vermaatschappelijking' van de rechtspraak en de gegroeide behoefte aan rechterlijke rechtsvorming, waarbij die behoefte bijvoorbeeld is gevoed door het toegenomen gebruik van open normen. Daardoor immers bepaalt de rechter welke omstandigheden wel of niet relevant zijn en is het de rechter die deze vervolgens wegen moet en dan beslist.³ Of dat voldoende onderkend wordt, is overigens een andere vraag.⁴

2.2.2 Bronnen van het burgerlijk procesrecht (1)

[51] *Bronnen van procesrecht*. De hiervoor besproken rechtsvinding in het burgerlijk procesrecht geschiedt uiteraard aan de hand van, en heeft betrekking

[50] 1 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 152.

2 Anders echter (ogenschijnlijk) SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 150-151, voor zover het niet over rechtsvorming door de Hoge Raad gaat. Over dit thema handelt, naast de 'standaard' rechtsvindingsliteratuur, bijv. ook *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), 1993, alsmede G. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden*, 2014, p. 113 e.v.

3 Vgl. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/8, op p. 14.

4 Een andere vraag betreft de 'dissenting opinion'. Er wordt regelmatig voor gepleit, maar art. 6 EVRM noopt daar niet toe, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 197, hoewel het EHRM zelf het concept wel kent. Het beginsel van openbaarheid verzet zich er echter ook niet tegen, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 199. Zie nader nr. 377.

op, de geijkte en bekende rechtsbronnen waarin ons burgerlijk procesrecht is terug te vinden. Dat betreft ten eerste de Grondwet, want een aantal artikelen daarin bevat regels van (civiel) procesrecht en zelfs (een aanzet tot) een beginsel van procesrecht, denk aan art. 17 Gw. En daar zal mettertijd wellicht nog een – kort gezegd – nationale variant van (wat nu besloten ligt in) art. 6 EVRM bijkomen.¹ Echter, in verband met art. 120 Gw, het toetsingsverbod, is het belang van de Grondwet in de praktijk nog erg klein. Sprekend specifiek over beginselen van procesrecht is uiteraard ook het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en dan speciaal afdeling 1.3 Rv, van belang. Die afdeling bevat een aantal beginselen die nog besproken zullen worden in de hoofdstukken hierna.

Belangrijker echter, omdat tegenwoordig de vraag naar beginselen van procesrecht onlosmakelijk verbonden is met en gerelateerd is aan het EVRM, zijn dan nog art. 6 EVRM alsmede art. 13 EVRM. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon moet echter in één adem daarmee gewezen worden op art. 47 Handvest Grondrechten EU, waarin een EU-rechtelijke variant van art. 6 EVRM en art. 13 EVRM is opgenomen, zie nr. 62.

Ik noem hier tevens art. 81 lid 2 sub f VWEU.² Dit artikel ziet op de toegankelijkheid van de rechtspleging en vormt de basis voor het Europese procesrecht in verordeningen en richtlijnen (denk aan de EEX-Verordening, de Betekeningsverordening, de Bewijsverordening, EET-Verordening, de Europese Betalingsbevelprocedure, de Europese procedure voor geringe vorderingen, en de Richtlijn inzake bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken) en dus tevens, indirect, de basis voor de rechtspraak van het Hof van Justitie over al die regelingen.³

Verder vormt, ook los van de rol als bron van beginselen van procesrecht, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de belangrijkste kenbron en rechtsbron van ons burgerlijk procesrecht, hoewel de rechtspraak van de Hoge Raad in dit verband zeker niet te onderschatten is als rechtsbron. Veel regels en doctrines van procesrecht zijn en worden in de rechtspraak ontwikkeld, hetgeen overigens logisch is want het is ook daar dat die regels hun werk moeten doen. Daarnaast worden nog de nodige processuele kwesties geregeld in de Wet op de rechterlijke organisatie en uiteraard ook in het Burgerlijk Wetboek, vooral in titel 3.11 BW, en verder in de Advocatenwet, de Wet op de gerechtsdeurwaarders, de Wet op de rechtsbijstand, alsmede in soortgelijke specifieke wetten en in diverse verdragen.

Tot slot, en slechts voor de zekerheid: de hier centraal staande beginselen van procesrecht zijn, als gezegd, terug te voeren tot en vinden hun oorsprong mede in allerlei specifieke regels (Grondwet, Rv, EVRM), doch deze beginselen vormen op hun beurt ook weer een bron van recht, als de term 'rechtsbron' tenminste niet te

[51] 1 Zie de aankondiging van de hiervoor benodigde grondwetswijziging: *Kamerstukken I* 2013/14, 31 570, H. Zie uitvoeriger over de achtergrond daarvan nr. 166.
2 Zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/5, op p. 7, alsmede M. FREUDENTHAL, *Europees Burgerlijk Procesrecht*, 2013 (2^e druk).
3 Daarover uitvoerig M. FREUDENTHAL, *Schets van het Europees civiel procesrecht*, 2013 (2^e druk).

nauw wordt uitgelegd. Die beginselen geven immers richting, duiding, inspiratie aan wetgever en rechter bij de creatie, aanvulling en interpretatie van regels en begrippen van procesrecht, en zorgen zo dus mede voor het ontstaan van nieuw procesrecht.

2.2.3 Bronnen van burgerlijk procesrecht (2): zelfregulering via rechtersregelingen

[52] Een additionele bron van recht. Tot voor kort was met het voorgaande het plaatje van rechtsbronnen wel zo ongeveer volledig geschetst, maar de laatste jaren wordt steeds breder erkend dat veel van ons privaatrecht, inclusief het procesrecht, voortvloeit uit vaak niet als zodanig erkende rechtsbronnen, namelijk (vormen van) zelfregulering.¹ Waar er in dit verband, door de toenemende invloed van zelfregulering als kenbron van materieel privaatrecht, wel wordt gesproken over een 'multilevel' privaatrecht,² is er dus ook sprake van 'multilevel' burgerlijk procesrecht.³

Uit de hoek van dat burgerlijk procesrecht kan⁴ als voorbeeld van zelfregulering worden gewezen op de diverse Landelijke Rolreglementen (voor hoven, rechtbanken en kantonrechters), doch bijvoorbeeld ook op de *Leidraad Onpartij-*

- [52] 1 Zie uitvoerig GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, met vele verdere verwijzingen, waarop deze gehele paragraaf is gebaseerd. Zie inmiddels ook A.J. AKKERMANS, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011/72, p. 510 e.v.; M. MENTING, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnbergen', *NTBR* 2015/16; M.-C. MENTING & J.B.M. VRANKEN, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting e.a., *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijke perspectief. Preadviezen VBR*, 2014, p. 7-42. Voor Duitsland bijv. P. BUCK-HEEB & A. DIECKMANN, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, met verdere bronnen. Uit de recentere rechtspraak noem ik HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20 (Achmea/X.), waarin de 'Gedragscode Persoonlijk Onderzoek' van het Verbond van Verzekeraars beslissend voor de zaak bleek (handelen in strijd met die code is onrechtmatig).
- 2 Uitvoerig VAN GERVEN/LIERMAN 2010; de noot van Vranken onder HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (Stichting GeSp/Aegon), sub E (over 'nieuw privaatrecht'), Zie ook M.-C. MENTING & J.B.M. VRANKEN, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting e.a., *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijke perspectief. Preadviezen VBR*, 2014, p. 7-42.
- 3 Ik heb het hier dus niet over procesovereenkomsten (zie KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012), of, zoals steeds populairder in de V.S., 'contract procedure', d.w.z. privéregels van procesrecht, door partijen opgesteld en geaccepteerd voordat er een dispuut is gerezen, die door de rechter worden gebruikt, zie K.E. DAVIS & H. HERSHKOFF, 'Contracting for Procedure', NYU School of Law, Working Paper No. 11-51, ssrn.com/abstract=1892914.
- 4 M.-C. MENTING & J.B.M. VRANKEN, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting e.a., *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijke perspectief. Preadviezen VBR*, 2014, p. 23, doen dat overigens expliciet niet.

digheid van de rechter, waarover nader nr. 286-288⁵, op de Gedragscode rechtspraak van de NVvR,⁶ etc. De gedragsregels van de NOvA en vergelijkbare beroepsorganisaties worden ook beschouwd als vormen van zelfregulering. Ik noem hierbij ook specifiek het Mediation Reglement van (voorheen) het Nederlands Mediation Instituut (NMI), tegenwoordig Mediators federatie Nederland (MfN) dat dient als modelovereenkomst voor de specifiek te sluiten mediation-overeenkomst. Het MfN heeft ook gedragsregels ontwikkeld voor de aangesloten mediators.

[53] *Rechtersregelingen*. Ik wil hier specifiek een aantal facetten van de zogenaamde rechtersregelingen nog iets nader belichten.¹ Een rechtersregeling is:

“een op schrift gestelde algemene regel (dan wel een complex van zulke regels) die is vastgesteld door een of meer rechters, anders dan in de vorm van een beslissing in een concrete zaak, en die betrekking heeft op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslissing van zaken.”²

Het betreft, kortom, het fenomeen dat de rechterlijke macht voor een bepaald vraagstuk (landelijk) gezamenlijk beleid ontwikkelt, dat ook op schrift stelt en in beginsel toepast teneinde zo tot meer eenheid en duidelijkheid in de rechtstoepassing te komen.³

Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken⁴ en het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren zijn de bekendste voorbeelden van rechtersregelingen. Andere rolreglementen betreffen de gerechtshoven (voor familiezaken) en de rechtbanken voor scheidingen en alimen-

[52] 5 Er is overigens ook een internationale tegenhanger, de 'Bangalore Principles of Judicial Conduct'.

6 Zie S. VIEZEE & T. VAN WALCHREN, 'De dronken rechter en de NVvR-rechterscode', *NJB* 2012/1469, p. 1790 e.v. en P.C. KOP, Waar zit de rechterlijke macht?, *NJB* 2012/1470, p. 1796 e.v.

[53] 1 Zie reeds GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 32-34; TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 7.

2 TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 7.
3 Of de betreffende regelingen ook 'bindend' zijn, is hiermee overigens nog niet bepaald (zie daarover nader GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 81 e.v. Voor de goede orde vermeld ik hier vast dat de rechterlijke macht deze regelingen niet per se als vorm van (zelf)regulering of regelgeving ziet of wenst te zien. Men spreekt liever over hulpmiddelen bij het afhandelen van zaken. Omdat echter de regelingen zien op vele duizenden gevallen die naar de kern gelijk behandeld moeten worden, en omdat deze regelingen ook het vertrouwen wekken dat precies dat (gelijke behandeling), via deze regelingen geschieden zal, gaat het hier wat mij betreft wel degelijk over algemeen toepasselijke normen of regels.

4 Uitvoerig over de totstandkoming daarvan en over de voorwaarden waaronder een rechtersregeling in haar algemeenheid tot stand kan komen: H.Æ. UNIKEN VENEMA, 'Het landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, 2001, p. 139 e.v.

tatieprocedures.⁵ Daarnaast noem ik nog als voorbeelden de Beslagsyllabus, de Liquidatietarieven, het Rapport Voor-Werk II inzake buitengerechtelijke kosten, de Kantonrechttersformule (als invulling van art. 7:685 BW) van de Kring van Kantonrechtters, en de Aanbevelingen van Recofa inzake de toepassing van de Wet Schuldsanering natuurlijke personen.⁶

[54] *Verhouding tot art. 35 Rv?* In het licht van deze voorbeelden doemt de vraag op hoe deze regelingen zich verhouden tot art. 35 Rv. Daarin is bepaald dat bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld over termijnen voor proceshandelingen en de voorwaarden voor het mogen uitstellen van proceshandelingen. Ook over het verloop van de procedure en over maatregelen ter bevordering van de eenheid, zijn maatregelen bij AMvB mogelijk. Wat in de diverse rolreglementen en de andere rechttersregelingen vastgelegd is, had dus ook bij AMvB geregeld kunnen worden.

Daarmee rijst de vraag wat de rol is of zou kunnen zijn van art. 35 Rv, en waarom dat artikel vooralsnog niet benut is of wordt. Blijkens de wetsgeschiedenis en de analyse door Teuben daarvan, is de wetgever van mening dat de bedoelde regelingen eerst en vooral door de rechterlijke macht ontwikkeld zouden moeten worden. Slechts wanneer dat niet of niet op tijd gebeurt, zal de wetgever ingrijpen en via art. 35 Rv snel alsnog zelf (kunnen) handelen en bedoelde regelingen alsnog (kunnen) afkondigen.¹ Dat laatste geldt natuurlijk, na tijdige totstandkoming van de regelingen, nog steeds zodat de wetgever nog immer kan ingrijpen, mocht dat nodig zijn, bijvoorbeeld omdat de rechttersregelingen onder druk komen te staan. Het signaal aan de praktijk dat pogingen om de regelingen onderuit te halen, weinig zinvol zullen zijn, omdat eventueel dezelfde regels als AMvB terug zullen keren, is helder. Duidelijk wordt hiermee overigens ook dat de rechter in elk geval bevoegd is (in de gedachtegang van de wetgever) om dit soort regelingen op te stellen, uiteraard zonder daarmee de bevoegdheid van de wetgever zelf aan te tasten.² Naar de kern genomen, spreekt hier veel vertrouwen uit van de wetgever in de rechterlijke macht en in het fenomeen zelfregulering.

[55] *Rechttersregelingen in de rechtspraak.* In de rechtspraak van de Hoge Raad is dat vertrouwen in zelfregulerende processuele instrumenten niet altijd even

[53] 5 Ze zijn te vinden via www.rechtspraak.nl. Zie ook TEUBEN, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 14.

6 Meer over deze en andere vormen bij TEUBEN, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 13 e.v.

[54] 1 Zie TEUBEN, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 95-96, verwijzend naar en citerend uit de parlementaire geschiedenis.

2 TEUBEN, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 94-96.

sterk terug te vinden.¹ Hoewel rechtersregelingen regelmatig benut worden in de rechtspraak, ook getoetst worden in cassatie – dat kan omdat het vaak om recht in de zin van art. 79 RO gaat² – en ook volgens de Hoge Raad het uitgangspunt kunnen vormen voor de opstelling van rechter en partijen in bepaalde kwesties,³ werd anderzijds echter, mede op basis van het beginsel van hoor en wederhoor overigens, de regeling in het procesreglement van de hoven over de toelating tot pleidooi, onderuitgehaald door de Hoge Raad,⁴ nader besproken in nr. 323. Het ging daarin om de weigering van een pleidooi na een tardief verzoek daartoe door een procespartij. De weigering werd door de rolraadsheer van het hof onder andere gemotiveerd door erop te wijzen dat volgens het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012 het recht op antwoordenquête in casu was vervallen, terwijl dat Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012 een rechtersregeling is die partijen bindt, en een dergelijke weigering niet absoluut is, maar geïntimeerde geen gemotiveerd beroep heeft gedaan op (toen) art. 2.9.4 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012. De Hoge Raad casseert en stipt

- [55]
- 1 Zie voor een rechtspraakanalyse van zelfregulering (vooral in het materiële privaatrecht) over 2007-2008 ook I. GIESEN, 'De omgang met en handhaving van 'meer-voudigheid van maatschappelijke normstelsels': een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 6772 (2008), p. 785-792.
 - 2 Zie GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 45 e.v.; TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 56 e.v., en zie bijv. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/505, m.nt. E.A. Alkema (X./Staat) waarin aan de orde was het geval dat in een strafzaak publiekelijk (in persberichten en ter terechtzitting) mededelingen waren gedaan over strafbare feiten waarvan een met name genoemde (rechts)persoon werd verdacht. De vraag rees of de Staat zodoende in strijd met de onschuldpresumptie en dus onrechtmatig had gehandeld jegens de verdachte. Het in acht nemen van die onschuldpresumptie is nader geregeld in een (toenmalige, inmiddels aangevulde en vervangen) 'Richtlijn informatieverstrekking strafzaken aan media door politie en Openbaar Ministerie' uit 1992, welke door de Hoge Raad zonder verdere toelichting als recht in de zin van art. 79 RO wordt gezien (r.o. 3.5.3). Toetsing door de Hoge Raad aan die richtlijn levert dan op dat het hof ten onrechte meende dat de onschuldpresumptie niet geschonden was, omdat de persberichten naar het oordeel van de Raad te weinig terughoudend en zakelijk waren (r.o. 3.5.4). Anderzijds volgt uit die richtlijn dat het vermelden van de naam van de verdachte (rechts)persoon niet onrechtmatig was, zoals het hof ook beslist had (r.o. 3.5.6). Dat die richtlijn hier gevolgd wordt, is uiteraard logisch als eenmaal aanvaard is dat het daarbij om recht in de zin van art. 79 RO gaat, maar dat dat laatste zonder toelichting geschiedt, is opmerkelijk.
 - 3 Zie bijv. HR 3 december 2010, *NJ* 2010/650 (Van Rens/Van Waalwijk van Doorn), waarin de termijn van vier dagen voor het overleggen van stukken voor het pleidooi weliswaar niet bepalend werd geacht, maar daaraan wel als uitgangspunt kan worden ontleend dat eerdere inzending van stukken tijdig genoeg is (tenzij bijzondere omstandigheden, etc.).
 - 4 HR 2 december 2011, *NJ* 2012/575 (Waarborgfonds Motorrijtuigen/X.). Zie ook al HR 10 juni 2011, *NJ* 2011/272 (Distribucion Y Servicio D&S/Ahold) en verder nog HR 27 januari 2012, *NJ* 2012/77 (X./Verster q.q.) en HR 27 januari 2012, *NJ* 2012/76 (Weef/Banque Artesia Nederland).

daarbij, onder andere, aan dat partijen in beginsel het recht hebben hun standpunten bij pleidooi toe te lichten, en dat een verzoek om de zaak te mogen bepleiten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal mogen worden afgewezen, terwijl het bepaalde in het rolreglement niet kan afdoen aan het in de wet vastgelegde recht op pleidooi.

Men wil blijkbaar, zo zou de conclusie kunnen luiden, niet altijd dat een rechtersregeling de procespartijen en anderen (de rechterlijke macht) binden⁵ kan, althans niet als daarmee afbreuk wordt gedaan aan wat de wet (zoals uitgelegd in de rechtspraak) te bieden heeft. Dat laatste ('de wet gaat voor') maakt de bereikte uitkomst uiteraard logisch, maar betekent wel dat de waarde en het gezag van (hier) het procesreglement in de lucht zou kunnen komen te hangen, en daarmee zou de procespraktijk dan weer minder gediend zijn. Aan de andere kant: een strikte controle door de Hoge Raad op (de juistheid van) rechtersregelingen kan ook goed zijn voor de receptie en het gebruik ervan in die praktijk ('de regeling is akkoord bevonden').

[56] *Mogelijke invloed op de rechtsvinding?* Er doet zich nog een ander moeilijk fenomeen voor als het gaat om rechtersregelingen, en dat betreft de mogelijke invloed daarvan op de rechtsvinding en -vorming in het burgerlijk procesrecht. Het gaat er daarbij om te bepalen waar de grenzen liggen van wat via zelfregulering (ook wel: alternatieve regelgeving) te bereiken is: hoe ver kan die vorm van regulering reiken als het gaat om (invloed op) de rechtsontwikkeling in het burgerlijk procesrecht?

In dat verband is van belang dat, hoewel cijfers ontbreken,¹ zelfregulering een steeds grotere rol lijkt te spelen bij de oplossing (en daarmee ook het voorkomen) van privaatrechtelijke conflicten. In het verlengde daarvan wordt er dan ook voor gepleit dat bijvoorbeeld de Hoge Raad zijn (cassatie)taak anders, actiever inricht, bijvoorbeeld door het (spontaan) aanreiken van bijvoorbeeld 'best practice rules'.

[55] 5 Over de binding van rechterregelingen uitvoerig GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 81-89; P. BUCK-HEEB & A. DIECKMANN, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, p. 255 e.v. en J. SILLEN, 'Tussen dogmatiek en pragmatisme: binding aan rechtersregelingen in Nederland en Duitsland', *AA* 2014, p. 569 e.v. Ik concludeerde in GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 89, dat rechtersregelingen bindend kunnen zijn voor rechters, de opstellers ervan, maar ook voor de externe gebruikers, de procespartijen. Daaraan zijn wel nog wat haken en ogen verbonden zodat een vrij diffuus systeem van 'wanneer wel, wanneer niet' dreigt te ontstaan. Of dat werkelijk gebeurt, hangt echter ook af van de ruimte die iemand wil bieden en dat wordt weer bepaald door iemands opvatting inzake de taak van de (cassatie)rechter, hetgeen samenhangt met de invulling van recht in de zin van art. 79 RO (waarover uitvoeriger GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 45-51, met verwijzingen).

[56] 1 Dat constateren ook M.-C. MENTING & J.B.M. VRANKEN, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting e.a., *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijke perspectief. Preadviezen VBR*, 2014, p. 42.

Dat zou de veronderstelde trend in de richting van een verhoogd gebruik van zelfregulering extra stimuleren.²

[57] *Een 'BPR-raad'?* In lijn met het voorgaande – de stimulering van alternatieve regelgeving en private conflictafwikkeling – ligt het in de rede in te zetten op de verdere ontwikkeling van rechtersregelingen. Daarbij past bijvoorbeeld ook het pleidooi van Vranken uit 2000 om op het terrein van het procesrecht de hoogste rechterlijke colleges zelf, aangevuld met enkele andere deskundigen, regelgevende bevoegdheden te geven.¹ Een vergelijkbaar idee heeft Vranken vervolgens 'meegenomen' naar de Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht en aldaar ingang doen vinden, zowel in het interimrapport als in het eindrapport.²

In dat interimrapport uit 2003 is hoofdstuk 12 gewijd aan 'hercodificeren in de huidige tijd', dat wil zeggen aan nieuwe manieren om met een (her)codificatie om te gaan en om regelgeving tot stand te brengen, specifiek voor het terrein van het procesrecht. Kort gezegd gaat het om het tot stand brengen van procesrechtelijke regelgeving via allerlei vormen van alternatieve regelgeving door betrokkenen.³ De redenen voor deze zoektocht naar alternatieve vormen van regelgeving waren (en zijn) onder andere dat het verkrijgen van duidelijkheid erg lang duurt, van toeval afhangt (welke zaak komt bij de Hoge Raad?) en dat de rechtsvraag niet altijd scherp genoeg naar voren komt. Om dat het hoofd te kunnen bieden, zou ook⁴ de omgang met regelgeving moeten veranderen. Daartoe worden vier instrumenten genoemd (helpdesks; leidraden; een commissie burgerlijk procesrecht, en een instituut voor permanente evaluatie en advisering over de modernisering van het burgerlijk procesrecht).

[56] 2 K. DIJKHOFF, W. KEUKENS, S. REYNAERS, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht', *AA* 2006, p. 9-10.

[57] 1 J.B.M. VRANKEN, 'Toeval of beleid?', *NJB* 2000, p. 5.

2 Zie ASSER/GROEN/VRANKEN 2003 en ASSER/GROEN/VRANKEN 2006. Zie ook aanzetten hiertoe in J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenste buiten*, 2003. Een soortgelijk concept, maar breder inzetbaar dan alleen in het burgerlijk procesrecht, heb ik eerder verdedigd, zie I. GIESEN, H.N. SCHELHAAS, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *AA* 2006, p. 159-172, met verdere verwijzingen, en GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 119-121. Zie ook nog A.J. VERHEIJ, 'Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Beter Burgerlijk Recht*, 2012, p. 179 e.v. ZONDERLAND 1976, p. 180, wees overigens al veel eerder, en toen al in navolging van Dubbink, op de (toenmalige) 'Ruling committee' in Engeland, waarin een klein aantal juristen (en dus niet de reguliere wetgever) schaaft en sleutelt aan de rechtspleging door deze aan te passen aan gebleken behoeften.

3 ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 254-255, met verdere onderbouwing op p. 256-261.

4 In de literatuur zijn diverse andere manieren voorgesteld om (de oorzaken van) 'incidentele rechtsvorming' aan te pakken, zie ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 254, en van nadien bijv. I. GIESEN, H.N. SCHELHAAS, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *AA* 2006, p. 159-172, met verdere verwijzingen.

In het eindrapport wordt hierop voortgebouwd, maar impliciet. Belangrijk is dat op diverse plaatsen in het eindrapport een beroep gedaan wordt op (vormen van) zelfregulering om een onderwerp in de toekomst verder aan te kunnen pakken en te reguleren. Ook in de lijst van aanbevelingen komen we protocollen, leidraden, etc., in ruime mate tegen. De wetgever heeft, niettegenstaande de mogelijke tegenwerpingen,⁵ deze gedachte in de eerste reactie op het eindrapport opgepakt door te preluderen op de oprichting van een zogenaamde 'BPR-raad'.⁶ Dat idee lijkt overigens sindsdien een stille dood te zijn gestorven. Wellicht dat binnen de Kel-operatie van het ministerie en de Raad voor de rechtspraak welke beoogt de civiele procedure te herzien en verbeteren, aan een doorstart kan worden gedacht, maar volgens het wetsvoorstel uit die hoek staat er niets gepland op dit gebied.⁷

[58] *Andere invloeden?* Onafhankelijk van het voorgaande, naar mijn mening behartenswaardige pleidooi van het processuele driemanschap, zijn er natuurlijk al diverse vormen van alternatieve regelgeving (vooral: rechtersregelingen) in gebruik. Deze zijn ook zeker van invloed op de rechtsvorming in het procesrecht. Zo heeft de rechterlijke samenwerking die tot het landelijke rolreglement voor de rechtbanken heeft geleid, sterk rechtsvormend gewerkt. Immers, nu er een landelijk rolbeleid is, is het niet langer nodig om per arrondissement met aparte procureurs (die de plaatselijke gebruiken kennen) te werken. Advocaten kunnen nu landelijk opereren via een landelijk tableau. De procureur die enkel in een specifiek arrondissement proceshandelingen mag verrichten, is dan ook afgeschaft.¹ Maar bijvoorbeeld ook de Recofa-richtlijnen leggen in de praktijk veel gewicht in de schaal.

Die invloed van rechtersregelingen laat zich verder vooral gelden door en bij het toepassen of gebruiken van een (bepaling uit een) rechtersregeling in een rechterlijke uitspraak; dat is het moment waarop deze norm de rechtsvorming stuurt. Denk hierbij vooral aan de invulling van open (processuele) normen, zoals de goede procesorde, of eventueel het gebruik van een rechtersregeling bij de uitleg van een onduidelijke regel. Deze rechtsvormende effecten kunnen dan vervolgens nog versterkt worden als de gewezen uitspraak (in Nederland veelal impliciete) precedentwerking krijgt.²

[57] 5 Waarover GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 110-112.

6 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 28.

7 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059.

[58] 1 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 815.

2 Zie bijv. HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20 (Achmea/X.) over de 'Gedragscode Persoonlijk Onderzoek' van het Verbond van Verzekeraars die het onrechtmatigheidsoordeel kleurde. Zie over dit alles veel uitvoeriger GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 91-107 en M. MENTING, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnbergen', *NTBR* 2015/16.

[59] *Geschilbeslechting en/of rechtsvorming.* Ook los van dit meer algemene idee is nog het nodige op te merken over zelfregulering, rechtsvorming en procesrecht. Zo is bijvoorbeeld het ontwikkelen van een rechtersregeling geen dagelijkse kost voor de rechter.¹ Wij kennen wel de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger', maar dan gaat het om de Hoge Raad die binnen een bepaald geschil tot rechtsvorming (en afstemming binnen de rechtspraak) komt. Hier gaat het daarentegen om het ontwerpen en introduceren van algemene regels, los van enig concreet geschil. De vraag ligt daarmee voor de hand: mag (en kan) de rechter buiten het kader van de specifieke geschilbeslechting rechtsvormend optreden?

Teuben beantwoordt deze vraag in eerste instantie aldus dat dit afhangt van de eventuele binding van de rechter aan de betreffende rechtersregeling. Als die regeling inderdaad bindend kan zijn, dan kan op het vlak van de rechtsvorming een probleem rijzen omdat de rechter dan buiten zijn rechtsprekende taak om het recht vormt of zou kunnen vormen (via die bindende rechtersregeling). Is er geen binding, dan is er ook geen probleem omdat de rechter dan altijd binnen een geschil wel of niet toepassing geeft aan een rechtersregeling zodat de eventuele rechtsvorming ook dan alleen binnen het geschil plaatsvindt.²

Als men echter, zoals ik eerder verdedigde³, wél uitgaat van de bindende kracht van een rechtersregeling, dan rijst er schijnbaar een probleem: de rechter treedt buiten zijn bevoegdheid. De rechter zal dus, zo lijkt uit het voorgaande te volgen, wat betreft zijn rechtsvormende positie 'buiten zijn boekje' gaan als hij meewerkt aan het vaststellen van een rechtersregeling. Dat is bij nader inzien echter toch niet helemaal juist. Immers, waarin schuilt precies de bindende kracht die hier centraal staat? Die binding van de rechter kan zich als het gaat om rechtersregelingen, alleen openbaren in een specifieke uitspraak in een specifiek geschil. Slechts *in een procedure* kan de vraag naar binding aan eerdere afspraken aan bod komen en slechts in die setting kan en zal de rechter zijn eventuele binding aan een regeling, *in een uitspraak*, (moeten) verpakken. Binding van de rechter, *in abstracto*, aan een rechtersregeling is in de kern dus geen vraagpunt, en waar het wel een vraagpunt wordt, in een specifiek geval, is die binding ingekapseld in de uitspraak zelf en is die binding dus gewoon herleidbaar tot de rechtsprekende functie van de rechter, en onderworpen aan de gebruikelijke controlemechanismen. Daarbij geldt vervolgens nog dat als de binding van de rechter aan diens rechtsprekende functie gekoppeld is, dat tevens geldt voor de uit die binding voortvloeiende rechtsvorming. En rechtsvorming door de rechter in zijn rechtsprekende functie is inmiddels, in meer of minder mate,

[59] 1 Over dat proces bijv. H.Æ. UNIKEN VENEMA, 'Het landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, 2001, p. 139 e.v.

2 TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 52 en 53.

3 GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, m.n. p. 81-89.

geaccepteerd, ook al moet daarbij erkend worden dat de rechter feitelijk een uitspraak doet die de individuele zaak overstijgt. De kernvraag is dan of dat mag.

In het licht van de huidige ontwikkelingen inzake de rechtsvormende taak van de rechter ben ik van mening dat dit inderdaad mogelijk zou moeten zijn, want het is wat mij betreft het onjuist te denken dat rechtsvorming slechts bijproduct is (of zou moeten zijn) van rechtspraak door de Hoge Raad.⁴ Mijns inziens is dit juist de belangrijkste taak die hij uitoefent en de juridische werkelijkheid laat dit ook al decennia lang zo zien: de Hoge Raad wordt als rechtsvormend orgaan gezien. Dat is ook logisch omdat de concrete oplossingen van de specifieke geschillen die hem voorgelegd worden, slechts de procederende partijen betreffen, terwijl het rechtsvormende deel van elk arrest duizenden toekomstige procespartijen, advocaten en rechters raken.

Een nadeel van deze insteek zou wel kunnen zijn dat de legitimatie van de rechtsvorming die normaal aanwezig is doordat er een procedure gevolgd wordt, de 'Legitimation durch Verfahren', ontbreekt bij rechtersregelingen.⁵ Naar mijn mening kan een eventueel gevoeld 'tekort' aan legitimering echter ondervangen worden, hetgeen ik hier echter niet (opnieuw) kan uitwerken.⁶ Bovendien kunnen de nodige waarborgen worden gevonden in de motivering door de rechter als deze in een uitspraak de rechtersregeling benut. Deze zal immers zijn beslissing moeten motiveren met meer dan enkel een verwijzing naar de rechtersregeling als zodanig.⁷

[60] *Tussenconclusie.* De rechtsvinding en rechtsvorming op nationaal niveau en het arsenaal aan bronnen van procesrecht is verrijkt met een nieuwe loot aan de stam: zelfregulering. Meegaand met de tijd is het procesrecht daarmee een 'multilevel' burgerlijk procesrecht geworden. Die 'meergelaagdheid' van het civiele procesrecht wordt echter nog sterker als ook de groeiende internationale dimensie van het procesrecht bij de beschouwing wordt betrokken.

2.2.4 *Rechtsvinding en rechtsvorming in het Europese (proces)recht*

[61] *Introductie.* De rechtsvinding en rechtsvorming binnen het burgerlijk procesrecht verloopt op zichzelf niet wezenlijk anders, al zijn er uiteraard verschillen aan te wijzen, dan de rechtsvinding binnen het materiële privaatrecht.

[59] 4 Zie bijv. al I. GIESEN, H.N. SCHELHAAS, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', AA 2006, p. 159-172.

5 Zie TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 110 en 120. In het licht van hetgeen ik hiervoor schreef over dat binding en rechtsvorming uiteindelijk pas *na* en *via* een procedure ontstaat, is dat argument m.i. niet steekhoudend.

6 Zie daartoe uitvoerig GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 116-121 en 131-143.

7 TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 114.

recht,¹ zo werd hiervoor (nr. 44-45) toegelicht. Wat wel enigszins anders loopt, is de wijze van rechtsvinding in een meer internationale dimensie, in casu die van het recht van de Europese Unie en van het EVRM, door de hoven die op dat niveau de dienst uitmaken, het EHRM en het HvJ EU. Hun deels afwijkende wijze van rechtsvinding, zie hierna, is alleen al daarom van belang voor het nationale recht dat in dit boek centraal staat, omdat die Europese gerechten hiërarchisch boven de nationale Nederlandse rechter gerangschikt moeten worden. Bovendien is dit van belang omdat de verhouding tussen de nationale rechter en het EVRM en de EU tevens hierdoor gekenmerkt wordt dat die (ondergeschikte) nationale rechter ook een EVRM-rechter² en een EU-rechter is,³ zodat deze bijvoorbeeld als EU-rechter het nationale recht EU-recht-conform zal moeten uitleggen of buiten toepassing zal moeten laten.⁴

[62] *Verhouding Handvest Grondrechten EU en EVRM.* Als het over rechtsvinding in relatie tot het internationale niveau van de EU en het EVRM gaat, dient eerst hun onderlinge verhouding gezien te worden. Sinds de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest Grondrechten EU) heeft ook de EU een eigen grondrechtencatalogus, behorend tot het primaire recht van de Unie.¹ De grondrechtenbescherming die daarmee binnen de EU bereikt wordt, brengt niet alleen een positief te waarderen verbeterde rechtsbescherming op dat vlak, maar ook diverse juridische vragen, waarbij hier vooral vragen van samenloop met en de verhouding tot de regels van het EVRM en van de eigen nationale rechtsorde van belang zijn.² 'Multilevel' grondrechten-

- [61]
- 1 Zie art. 19 VEU; ASSER 2000, p. 13.
 - 2 Uitvoerig over de omgang met het EVRM door de Nederlandse hoogste rechters bij hun rechtsvinding: J. GERARDS, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 28-48.
 - 3 Zie bijv. ASSER/HARTKAMP 3-1 2015/201. Tegenovergesteld: het EHRM is, gezien vanuit de Nederlandse rechtsorde, geen vierde instantie, zie bijv. KUIJER 2004, p. 73-76. Dat geldt voor het HvJ EU ook als het om prejudiciële zaken gaat, want de nationale instantie heeft op dat moment nog niets besloten en geen uitspraak gedaan, doch vraagt slechts een oordeel 'van hogerhand'.
 - 4 ASSER/HARTKAMP 3-1 2015/100; J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 22-23. De onderlinge beïnvloeding kan overigens ook andersom lopen, zie voor het EVRM bijvoorbeeld nr. 64 hierna en J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 24-25.
- [62]
- 1 Uitvoerig hierover P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010, p. 529 e.v. Voordien bestond er uiteraard ook al grondrechtenbescherming omdat enkele (constitutionele rechters uit de) lidstaten dat eisten, en het HvJ EU (daarom) de rechten van de mens heeft erkend als algemene beginselen van het Unierecht, zie ASSER/HARTKAMP 3-1 2015/204 en 231a e.v. Zie ook art. 6 VEU. Vgl. verder H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System* (diss. Leiden), 2011, p. 26-32 en Harris e.a. 2014, p. 31 e.v.
 - 2 Vgl. BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 36-37; H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System* (diss. Leiden), 2011, p. 33-35.

bescherming leidt tot typische vragen van meergelaagdheid die doorwerken naar de uitleg en toepassing van het nationale burgerlijk procesrecht.

De voor nu belangrijkste vraag is hoe het Handvest, en specifiek art. 47 tweede alinea Handvest Grondrechten EU, zich verhoudt tot het EVRM, en specifiek art. 6 lid 1 EVRM. In beide bepalingen is hetzelfde fundamentele recht op een eerlijk proces neergelegd, en op min of meer dezelfde wijze.³ Dat strookt met de gedachte dat het Handvest geen nieuwe rechten creëert, doch voortbouwt op bestaande rechten uit – kortweg – verdragen, rechtspraak en grondwettelijke tradities.⁴ Rechten die corresponderen met rechten uit het EVRM, krijgen dezelfde inhoud en reikwijdte zoals het EVRM (en de rechtspraak van het EHRM) deze toekent, conform art. 52 lid 3 Handvest Grondrechten EU.⁵

Daarmee zou de kous in wezen af zijn (ongeacht of iemand zich beroept op art. 6 EVRM of art. 47 Handvest Grondrechten EU, de bescherming is exact gelijk), ware het niet dat in de slotzin van art. 52 lid 3 Handvest Grondrechten EU bepaald wordt dat het recht van de Unie een ruimere bescherming kan bieden en dat art. 53 Handvest Grondrechten EU nog meldt dat in de verhouding EVRM en EU het hoogste niveau van bescherming gegarandeerd wordt.⁶ Dat betekent dat er toch een verschil kan bestaan tussen het ene en het andere recht en dat het EVRM-niveau wel eens niet het meeste bescherming kan bieden. Zulks maakt

- [62] 3 Zie de formulering in art. 47 Handvest Grondrechten EU (“Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen (...)”) in vergelijking met art. 6 lid 1 EVRM (“Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen (...”). Volgens HvJ EU 22 december 2010, *NJ* 2011/129 (DEB/Duitsland), nr. 32, correspondeert art. 47 tweede alinea Handvest Grondrechten EU met art. 6 lid 1 EVRM. Zie ook Peers e.a. (Peers/Prechal) 2014, nr. 52.111 en nr. 34.
- 4 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, ‘Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde’, *TPR* 2010, p. 545 en 553.
- 5 Bijv. HvJ EU 22 december 2010, C-279/09 (DEB/Duitsland), nr. 35 en P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, ‘Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde’, *TPR* 2010, p. 552. Zie uitvoerig Peers e.a. (Peers/Prechal) 2014, 52.105 e.v.
- 6 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, ‘Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde’, *TPR* 2010, p. 552. Zulks is inmiddels bevestigd in de rechtspraak, zie HvJ EU 5 oktober 2010, C-400/10 PPU, *Jur.* I-8965 (McB), nr. 53 en HvJ EU 22 december 2010, *NJ* 2011/129 (DEB/Duitsland), nr. 35, waarover Peers e.a. (Peers/Prechal) 2014, 52.110-111, 52.121 en 52.129 e.v. De zaak *Melloni* maakt dit overigens anders voor nationale grondwettelijke bescherming. Deze kan niet uitstijgen boven wat het EU-recht verlangt. Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, *AB* 2013/132 (Melloni).

art. 52 lid 3 Handvest Grondrechten EU nogal paradoxaal, omdat een 'ruimere bescherming' nu eenmaal niet strookt met 'dezelfde inhoud'. In de kern betekent dit dat het EVRM als de minimumgrens geldt en dat bij strijdige rechtspraak de interpretatie die het meeste bescherming biedt, gekozen moet worden.⁷ Dat strookt ook met de gedachte die in het EVRM-systeem besloten ligt, dat de nationale bescherming verder kan gaan dan wat het EVRM eist; het biedt wat dat betreft minimumwaarborgen.⁸ Uiteraard kan een dergelijke nationale (uitdijning van) bescherming ook via een overdracht van nationale bevoegdheden aan de EU lopen.

Van Elsuwege, Devisscher en Van Bossuyt suggereren daarnaast nog dat art. 47 Handvest Grondrechten EU meer specifieke bescherming biedt, een algemeen recht impliceert, en een ruimere draagwijdte heeft.⁹ Gevolg daarvan zou dan zijn dat niet art. 6 EVRM maar art. 47 Handvest Grondrechten EU leidend zou moeten zijn, althans in die gevallen waarin dat Handvest toegepast kan en moet worden.¹⁰ Barkhuysen en Van Emmerik zien dat echter anders; het EVRM is leidend juist omdat het Handvest alleen handelingen van EU-instellingen betreft, alsmede lidstaten die EU-recht 'ten uitvoer brengen'.¹¹

De mogelijkheid van tegenstrijdigheden moet echter ook niet worden overschat, omdat het EVRM als inspiratiebron gediend heeft, en zal blijven dienen (zeker nadat de EU is toetgetreden tot het EVRM¹²), omdat via de doctrine van 'equivalente bescherming' de verplichtingen van lidstaten onder het EVRM en de EU met elkaar verenigd worden, en omdat beide hoogste rechterlijke instanties

- [62] 7 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010, p. 554-555. Dat laatste strookt met art. 53 EVRM. Tot een hiërarchie tussen grondrechten leidt dit alles niet omdat in een voorkomend geval zowel het HvJ EU als het EHRM zich moeite getroosten om een evenwicht te vinden tussen beide rechten.
- 8 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 11 en 31.
- 9 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010, p. 554. Wellicht is het beter om van een 'andere' draagwijdte te spreken en zijn beide grondslagen leidend, elk op hun eigen toepassingsterrein.
- 10 Over die vraag uitvoerig P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010, p. 534 e.v.
- 11 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 119. Het gaat dan om handelen binnen de reikwijdte van het EU-recht, waarover nader HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, *NJ* 2013/348 (Åkerberg Fransson) en HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (Pfleger).
- 12 Vgl. www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/04/06/ontwerp-toetredingsverdrag-eu-tot-evrm-belangrijke-stap.html en Peers e.a. (Peers/Prechal) 2014, 52.100.

naar elkaar verwijzen.¹³ In dat licht is van belang dat het EHRM inmiddels in een toenemend aantal zaken naar het Handvest Grondrechten EU verwijst, als bron van inspiratie en zelfs als volwaardig argument om een bepaalde interpretatie aan het EVRM toe te kennen.¹⁴

[63] *Rechtsvinding inzake het EU-recht.* Zonder dit thema hier omvattend te kunnen of willen bespreken, zijn enige opmerkingen over de wijze van rechtsvinding als het om het Unierecht gaat, en dan vooral de rechtsvinding door het Hof van Justitie, op zijn plaats.¹

Er zijn drie uitlegmethoden die het Hof veelal benut, te weten: de grammaticale, de systematische en de teleologische uitleg. Daarbij is de laatste methode van het meeste gewicht, zo wordt vaak gezegd,² hoewel aan geen enkele methode van uitleg dwingend prioriteit hoeft te worden toegekend.³ Verder is van belang dat het Hof bevoegd is tot een ruimhartige uitleg van het EU-Verdrag, tot erkenning van algemene rechtsbeginselen (zie art. 19 lid 1 tweede zin VEU,⁴ en in dat verband ook nr. 92 e.v.), dat het Hof continuïteit belangrijk vindt (blijkens verwijzingen naar eerdere, eigen rechtspraak), en dat begrippen autonoom en eenvormig worden uitgelegd.⁵ De nadruk ligt daarbij vaak op het nuttig effect ('effect utile') van de uit te leggen regel.⁶ Als het om de uitleg van

[62] 13 P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER & A. VAN BOSSUYT, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *TPR* 2010, p. 555-558. Aan de daar ook besproken (p. 559 e.v.) toetreding van de EU tot het EVRM ga ik verder voorbij. Zie verder nog H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System* (diss. Leiden), 2011, p. 352-363, en nr. 34 hiervoor.

14 Zie GERARDS 2011, p. 87.

[63] 1 Veel uitvoeriger hierover o.a. G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, 2013; G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 2012; H. DE WAELE, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, 2009; H.C.F.J.A. DE WAELE, 'Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch?', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 53-66 en H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System* (diss. Leiden), 2011, m.n. hoofdstuk 13; M. FREUDENTHAL, *Schets van het Europees civiel procesrecht*, 2013 (2^e druk), p. 294 e.v.

2 Zie ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/97, doch ook H.C.F.J.A. DE WAELE, 'Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch?', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 54, die aangeeft dat het HvJ EU in wezen dezelfde methoden benut als de nationale rechter (zo ook G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 2012, p. 438), maar uiteindelijk (p. 59) instemt met de stelling zoals in de tekst verwoord.

3 H.C.F.J.A. DE WAELE, 'Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch?', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 62; G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, 2013, p. 24-25.

4 Zie JANS c.s. 2011, p. 118 e.v.

5 Zie over dit alles ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/97-99.

6 Zie bijv. H.C.F.J.A. DE WAELE, 'Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch?', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 53.

richtlijnen gaat, worden naast de drie genoemde methoden ook de verdragsconforme uitleg en de historische methode benut. Voor zover de nationale rechter met een richtlijn van doen heeft, moet het nationale recht, zoals bekend, richtlijnconform worden uitgelegd.⁷

Exemplarisch voor de wijze van rechtsvinding van het Hof als ook grondrechten een rol spelen, is mijns inziens de zaak *DEB/Duitsland*.⁸ In die zaak werd van het Hof gevraagd om art. 47 Handvest Grondrechten EU uit te leggen in verband met de vraag of een rechtspersoon naar Europees recht een recht op gefinancierde rechtsbijstand kan doen gelden. Het Hof deed dat door gebruik te maken van de Toelichting op dat Handvest,⁹ doch ook door te letten op de rechtspraak van het EHRM¹⁰, de context van de bepaling (het recht van de EU en van de lidstaten)¹¹, de taalkundige uitleg, zelfs via verschillende taalversies¹², de systematische uitleg¹³ van, in casu, het Handvest Grondrechten EU, alsmede het voorwerp van geschil en het (economisch) belang daarvan, in diverse deelaspecten.¹⁴

[64] *Rechtsvinding inzake het EVRM*. Hoewel ook hier geldt dat het thema 'rechtsvinding' inzake het ERVM niet omvattend besproken kan worden, zijn enige opmerkingen over de uitgangspunten bij en de wijze van rechtsvinding door het EHRM op zijn plaats.¹ Daarbij staat voorop dat het Hof art. 31 e.v. Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht volgt als het om de uitleg van het EVRM gaat, maar men heeft tevens een eigen 'cultuur' voor wat betreft de interpretatie van de veelal autonome EVRM-concepten ontwikkeld.²

Taalkundige interpretatie van de tekst van het verdrag staat op het lijstje van interpretatiemethoden, waarbij de vergelijking tussen de twee authentieke taalversies nuttig en nodig kan zijn. Ook wordt de systematiek van het verdrag benut, alsmede de historie ervan, inclusief het gebruik van de voorbereidende stukken, hoewel het belang daarvan gering is. Van groter belang is de (meta)teleologische interpretatie, de uitleg in het licht van het doel van het verdrag waarbij reële,

[63] 7 ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/180 en 181 e.v.

8 HvJ EU 22 december 2010, NJ 2011/129 (*DEB/Duitsland*). Zie over die zaak ook al nr. 34 en 170.

9 Zie voormeld arrest, nr. 32, 35, 36 en 39.

10 Idem, in nr. 36, 37 en 45-52.

11 Nr. 37 en 43-44.

12 Nr. 38-39.

13 Nr. 40-42.

14 Nr. 53-56.

[64] 1 Uitvoerder hierover o.a. HARRIS e.a. 2014, p. 7 e.v.; GERARDS 2011, m.n. p. 13-96 en H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System* (diss. Leiden), 2011.

2 Zie HARRIS e.a. 2014, p. 7; KUIJER 2004, p. 44; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 20; J. GERARDS, *EVRM – Algemene beginselen*, 2011, p. 16-19 en 49 e.v., over de autonome uitleg.

effectieve bescherming vooropstaat.³ Ook de grondslagen van het verdrag, zoals respect voor de menselijke waardigheid, menselijke vrijheid en de noties van zelfbeschikking en persoonlijke autonomie, zijn daarbij belangrijke principes die behulpzaam kunnen zijn bij de interpretatie.⁴ Dergelijke 'grote' principes brengen overigens onvermijdelijk met zich dat een restrictieve aanpak door de rechter niet direct in de rede ligt. Kenmerkend in dat verband is bijvoorbeeld de zaak *Delcourt*, waarin wordt gesteld dat:

"a restrictive interpretation of Article 6, para. 1, would not correspond to the aim and purpose of that provision."⁵

Daarbij past dan ook dat het EVRM gezien wordt als een 'living instrument' en de interpretatie ervan dus mee moet gaan met (ontwikkelingen in) de tijd. Dit kan als 'evolutieve interpretatie' gezien worden, maar heet ook wel de sociologische methode. In elk geval volgt daaruit dat de intentie van de makers van het verdrag (en dus de 'travaux préparatoires') niet meer alleen beslissend kan zijn, en dus tevens dat die totstandkomingsgeschiedenis steeds minder belangrijk wordt.⁶

In verband met deze evolutieve interpretatie wordt door het Hof, en dat wijkt naar zijn aard af van de mogelijke interpretatiewijzen op nationaal niveau, ook wel het 'consensus'-principe benut, hetgeen ook de 'common ground'-methode of de comparatieve interpretatiemethode wordt genoemd. Dit wil zoveel zeggen dat als de algemene praktijk van de verdragssluitende staten een bepaalde kant op gaat en verbetert vanuit mensenrechtelijk perspectief, dat dan de wetgeving van een achterblijvende staat op enig moment als een schending kan gaan worden gezien.⁷ Het op dergelijke wijze mede aanhaken bij wat op (individueel) nationaal niveau geschiedt, vindt ook plaats via de recenter ontwikkelde 'vast-

[64] 3 Over e.e.a. KUIJER 2004, p. 45-46; GERARDS 2011, p. 30-34 en 44-49 en m.n. p. 62 e.v.; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 20; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/232.

4 Zie GERARDS 2011, p. 44-49, bijv. EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, *NTM/NJCM-bull.* 2010, p. 1062 e.v. (Jehova's Getuigen van Moskou t. Rusland), § 135.

5 Zie EHRM 17 januari 1971, Series A. Vol. 11 (*Delcourt t. België*), nr. 25.

6 BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 19; GERARDS 2011, p. 67-70 en 34 e.v.; KUIJER 2004, p. 46-47. Zie ook ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/232 en vgl. Harris e.a. 2014, p. 8-10 en 19-20. Daarmee heeft het Hof ruimte gecreëerd om met verstrekkende uitspraken te kunnen komen, uitspraken die de mensenrechtenbescherming wezenlijk vooruit hebben geholpen, en ook de civiele procedure door het mensenrechtenperspectief hebben doen omsluiten, en die vooral recent tot m.i. onterechte (vooral politiek georiënteerde) kritiek hebben geleid. Zie ook over deze evolutieve methode, de mogelijke gevaren daarvan, en consensus zoeken als oplossing daarvoor: K. DZEHTSIAROU, 'European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention in Human Rights', 2011 *German Law Journal* Vol. 12, No. 10, p. 1730 e.v.; J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 17 e.v.

7 KUIJER 2004, p. 47; GERARDS 2011, p. 74-95; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 20. Zie ook Harris e.a. 2014, p. 10-13.

klik'-methode, waarbij het Hof de te verlenen EVRM-bescherming 'vastklikt' aan of 'aanhaakt' bij de bescherming die al op nationaal niveau wordt verstrekt: als een voorlopige voorziening op nationaal niveau volgens dat nationale recht aan de eisen van art. 6 EVRM moet voldoen, dan kan het Hof daarbij eenvoudig aanhaken en art. 6 EVRM ook benutten.⁸

In dit verband is verder van belang dat de doctrine van de 'margin of appreciation' die aan de verdragssluitende staten is gelaten en – te kort gezegd – hierop neerkomt dat de nationale autoriteiten een zekere discretionaire ruimte krijgen, als 'policy instrument' benut wordt.⁹ In het kader van art. 6 EVRM betekent dit dat in civiele procedures de marge voor de autoriteiten iets groter is dan in het strafrecht, althans als het over de 'fair hearing' gaat.¹⁰

Ook dient er gewicht te worden toegekend aan het gegeven dat de EVRM-uitleg door het EHRM uiteindelijk om een vorm van rechtsvinding in grondrechtzaken gaat, hetgeen enkele bijzonderheden met zich brengt, zoals een tweefasentoets (is een grondrecht geschonden, en zo ja, was die inbreuk gerechtvaardigd?)¹¹ en specifiek voor het EHRM de erkenning van positieve verplichtingen en de zojuist al genoemde 'margin of appreciation' doctrine.¹²

Tot slot verdient in dit verband nog vermelding dat het Hof in Straatsburg in beginsel de eigen precedentes volgt¹³ en dat het Hof elke individuele zaak van elke klager in concreto beoordeelt en geen abstract algemeen oordeel zal vellen over nationale wetgeving als zodanig.¹⁴ Althans, dat laatste gebeurt slechts in uitzonderlijke gevallen.¹⁵ Men beslist dus concrete zaken, net zoals dat tot voor

- [64]
- 8 GERARDS 2011, p. 58-62; J. GERARDS, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/2013, p. 24-25. Het voorbeeld is ontleend aan EHRM 15 januari 2008, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (Micallef t. Malta).
 - 9 KUIJER 2004, p. 48-49; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 24. Uitvoerig GERARDS 2011, p. 183 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 14-17.
 - 10 Zie EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994/534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (Dombo Beheer t. Nederland), par. 32. KUIJER 2004, p. 49-50, gaat ervan uit dat deze ruimere marge niet per se voor alle rechten uit art. 6 EVRM geldt, bijv. niet voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, die immers niet wezenlijk anders hoort te zijn voor 'criminal charges' als voor de vaststelling van 'civil rights'. Verder geldt dat er voor procedurele rechten weinig marge is, aldus BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 25.
 - 11 Zie uitvoering daarover J. GERARDS, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 12-22, alsmede GERARDS 2011, p. 13-15.
 - 12 Meer daarover bij J. GERARDS, 'Oordelen over grondrechtzaken', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, 2012, p. 24-28.
 - 13 Harris 2014, p. 21; GERARDS 2011, p. 24-29.
 - 14 Zie o.a. EHRM 24 mei 1989, Serie A, Vol. 154 (Hauschildt t. Denemarken); KUIJER 2004, p. 63 e.v.; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 20-21.
 - 15 Waarbij KUIJER 2004, p. 64, de zaak EHRM 19 april 1994, Serie A, Vol. A-288 (Van de Hurk t. Nederland) noemt.

betrekkelijk kort ook algemeen gedacht werd van de Hoge Raad in Nederland.¹⁶ Of het Europese Hof die concrete insteek ook vol kan houden, valt echter nog te bezien, want een kentering richting uitspraken die (bewust) veel meer zaaksoverstijgend zijn, lijkt onderweg te zijn.¹⁷

[65] *Tussenconclusie.* De meergelaagdheid die zelfregulering als additionele 'bron van recht' heeft aangebracht binnen het burgerlijk procesrecht, wordt verder uitgediept als ook de Europese context (bij de uitleg) van de beginselen van procesrecht in de beschouwing wordt betrokken. De gebruikelijke wijze van rechtsvinding op nationaal niveau krijgt dan deels andere accenten, nu daarbij opeens facetten als autonome uitleg, de 'common ground'-methode, de vastklikmethode, verschillende taalversies, verdrags- en richtlijnconforme uitleg en grote principes als 'effect utile', praktische en effectieve bescherming, menselijke waardigheid en zelfbeschikking een grotere of kleinere rol gaan spelen. Daarmee zijn dan tevens de wezenlijke verschillen ten opzichte van uitleg naar nationaal recht aangestipt. De 'meerlagigheid' houdt daar echter niet op, want er kunnen nog meer en andere dimensies onderscheiden worden binnen die meergelaagde rechtsorde.

2.2.5 'Meergelaagdheid': multilevel burgerlijk procesrecht

[66] *Nog een internationale component.* Dat ons burgerlijk procesrecht inmiddels gerechtvaardigd een meergelaagd of 'multilevel' procesrecht mag heten, zie eerder nr. 52, blijkt ook uit het bestaan van de eerder in nr. 4 al genoemde ALI/Unidroit Principles, doch ook uit de voorgangers daarvan, zoals de 'principles' die destijds door de commissie-Storme opgesteld zijn.¹ Ook die internationale component kan van invloed zijn op de interpretatie en receptie van bepaalde beginselen van procesrecht (en dus worden de ALI/Unidroit Principles hierna ook geregeld in de beschouwingen betrokken).

[67] *Opkomst van ADR.* Maar ook de opkomst van allerlei vormen en varianten van 'alternative dispute resolution' (ADR), inclusief mediation, gedurende de laatste jaren – die opmars kan hier niet geschetst worden, maar zie wel nog

[64] 16 Daarin lijkt enige kentering te komen, doordat meer nadruk komt te liggen op de leiderschapsrol die de Hoge Raad bij de rechtsvorming en rechtsontwikkeling in Nederland zou moeten spelen, zie o.a. de bijdragen van VRANKEN en van GIESEN in Hol/Giesen/Kristen 2011, over de taak van de Hoge Raad richting 2025, met verdere verwijzingen.

17 GERARDS 2011, p. 19-24. Meer hierover ook al bij KUIJER 2004, p. 65-66.

[66] 1 M.E. STORME e.a., *Approximation of judiciary law in the European Union*, 1994.

nr. 211 e.v.¹ – zal zijn weerslag (gaan) hebben op de verdere ontwikkeling van het procesrecht, bijvoorbeeld doordat 'best practices' uit de ADR-wereld en de 'ADR manier van werken', langzaam maar zeker ook zouden kunnen gaan doorsijpelen naar de wereld van het procesrecht (bijvoorbeeld waar het om het gebruik en de mogelijke inrichting van comparities en andere zittingen in het bijzijn van de procespartijen gaat).² Die 'ADR'-kennis en -kunde voegt zodoende nog een extra laag toe aan de fleurige palet dat ons stelsel van civiele rechtspleging al is.

[68] *Nog een laatste extra laag: 'procedural justice'*. Tot slot kan heden ten dage niet miskend of ontkend worden dat de gedachtevorming omtrent de theorie van 'procedural justice' van invloed is op de manier waarop het Nederlandse burgerlijk procesrecht wordt geanalyseerd. Het gedachtegoed van 'procedural justice' wordt immers in diverse procesrechtelijke beschouwingen als een (deel van het) toetsingskader, soms naast het kader van art. 6 EVRM, voor nieuwe ideeën benut.¹ Het lijkt dan ook gepast om in dit verband iets meer daarover te zeggen, hoewel dat op deze plaats niet uitputtend kan geschieden.²

'Procedural justice' draait om de (in psychologisch onderzoek blootgelegde) notie dat procederende partijen niet alleen hechten aan een voor hen gunstige uitkomst van de procedure, maar ook (volgens velen: vooral³) aan de manier

[67] 1 Zie ook in het algemeen (de resoluten van) het project 'Mediation naast rechtspraak' onder leiding van M. PEL & A.H. SANTING-WUBS, *Mediation in juridisch perspectief*, 2012 (2^e druk). Zie ook nog D. SHESTOWSKY, 'The Psychology of Procedural Preference: Hoe Litigants Evaluate Legal Procedures Ex Ante', 2014 *Iowa Law Review* 99:637, over de procedurele preferenties, *ex ante*, van personen (in de V.S.) die bij civiele procedures betrokken raken.

2 Net zoals andersom processuele aspecten (beginselen van procesrecht bijv.) doordringen in de mediation-praktijk: 'reflexwerking', zie A.H. Sating-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, 2012 (2^e druk), p. 76-78.

[68] 1 Zie bijv. A. BRENNINKMEIJER, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009/1603, p. 2050 e.v., die ook expliciet de link legt met art. 6 EVRM, een artikel dat volgens hem nauw aansluit bij de gedachte van procedurele rechtvaardigheid; Van der Linden 2010, en (onder de noemer 'kwaliteit van de procedure') SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011, p. 17-18.

2 Kritiek is er ook: B.C.J. VAN VELTHOVEN, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RMThemis* 2011-1, p. 7 e.v. (te kort: de uitkomst van de zaak is toch wel erg bepalend), met reactie A. BRENNINKMEIJER e.a., 'Procedurele rechtvaardigheid', *RMThemis* 2012-4, p. 178 e.v., en nawoord B.C.J. VAN VELTHOVEN, 'Empirische kennis over effecten procedurele rechtvaardigheid geeft vooralsnog weinig houvast voor justitiële beleidsvorming', *RMThemis* 2012-4, p. 182 e.v.

3 Zie K. VAN DEN BOS, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid', in: W.L. Tiemeijer e.a. (red.), *De menselijke beslisser*, 2009, p. 93. Omdat burgers de juistheid en eerlijkheid van de verkregen uitkomst niet kunnen beoordelen (zij zijn leken), beoordelen ze, als vervanging, dat aspect dat ze wel kunnen beoordelen, en dat is hun behandeling en de gevolgde procedure. Vgl. ook L. KLAMING & B. BETHLEHEM, 'Procedurele rechtvaardigheid', *TVP* 2007, p. 119 en A. BRENNINKMEIJER, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009/1603, p. 2053.

waarop die procedure verloopt en (in de praktijk) ingevuld wordt.⁴ Een kwalitatief goede procedure bevat een aantal facetten, facetten van rechtvaardigheid, welke stuk voor stuk ook 'meetbaar' zijn via een aantal indicatoren.

Het gaat dan ten eerste om 'procedural justice' in enge zin, dat wil zeggen de rechtvaardigheid van het proces dat tot een bepaalde uitkomst leidt, om de mate waarin dat de rechtvaardigheidsgevoelens van de burger bevredigt. Indicatoren daarvoor zijn de mogelijkheid om de uitkomst te beïnvloeden, de mogelijkheid van controle over het proces, consistentie, onpartijdigheid van de beslisser, en de mate waarin de persoonlijke moraal van de betrokkene strookt met de gevolgde procedure. Het tweede facet van de 'interactional justice' ziet op de kwaliteit van de wijze waarop de betrokkene in de procedure door anderen bejegend wordt (beleefdheid, waardigheid, fatsoen en respect), terwijl het aspect van 'informational justice' ten derde ziet op de mate waarin een adequate en eerlijke uitleg over de procedure en de uitkomst is verkregen. De redelijkheid, tijdigheid, en mate van specificiteit zijn hier de indicatoren.⁵

Iets concreter beschouwd blijken accurate informatievoorziening, consistentie in behandeling in de tijd en tussen personen, participatie of 'voice', en voldoende aandacht ('due consideration') van groot gewicht.⁶ Let wel, dit alles geldt enkel als de betrokkene de eerlijkheid en juistheid van de verkregen uitkomst niet kan beoordelen, als deze dus onzeker is (hetgeen de gemiddelde justitiabele in elke civiele procedure zal overkomen), en daarom in plaats daarvan de gevolgde procedure 'toetst' op rechtvaardigheidsgehalte.⁷ Bovendien geldt dat het rechtvaardigheidsoordeel van een betrokkene sterker beïnvloed wordt door wat er aan

[68] 4 Het navolgende is in eerste instantie gebaseerd op de fraaie en korte weergave van SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011, p. 17-18. Zie echter zeker ook J. THIBAUT & L. WALKER, *Procedural Justice*, 1975 en E.A. LIND & T.R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, 1988. K. VAN DEN BOS, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid', in: W.L. Tiemeijer e.a. (red.), *De menselijke beslisser*, 2009, p. 91, formuleert procedurele rechtvaardigheid als "de waargenomen rechtvaardigheid en eerlijkheid waarmee de overheidsinstantie bepaalde procedures toepast op een burger, en ook hoe deze instantie heeft gehandeld bij het toepassen van deze procedures".

5 Ik merk op dat de hier gekozen indeling van facetten en indicatoren de mijne is, andere indelingen en verdelingen zijn mogelijk en worden ook benut. Vgl. ook B.C.J. VAN VELTHOVEN, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RMThemis* 2011-1, p. 8-9.

6 Zie het overzicht bij K. VAN DEN BOS, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid', in: W.L. Tiemeijer e.a. (red.), *De menselijke beslisser*, 2009, p. 96. Vgl. tevens L. KLAMING & B. BETHLEHEM, 'Procedurele rechtvaardigheid', *TVP* 2007, p. 121; R. VERKERK, 'Procedural Fairness and Compliance', in: C.H. Van Rhee & A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform*, 2010, p. 258-259.

7 Zie de hiervoor in dit nummer genoemde literatuur. Zie voor een overzicht ook K. VAN DEN BOS, 'Sociale wetenschappen, sociale psychologie en sociale rechtvaardigheid in een sadistisch universum', *Nederlands Tijdschrift voor de Psychologie*, 57 (2002), 161-169, en meer specifiek in relatie tot het vertrouwen in een autoriteit, K. VAN DEN BOS, H.A.M. WILKE, E.A. LIND, 'When Do We Need Procedural Fairness? The Role of Trust in Authority', *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, Vol. 75, No. 6, 1449-1458.

het begin gebeurt dan door latere informatie. Een 'foutje' bij de initiële bejegening door een rechter is dus lastig 'goed' te maken.⁸

Het werken met 'procedural justice' als (een onderdeel van het) toetsingskader bij de keuze voor nieuwe oplossingsrichtingen binnen het procesrecht, voegt, net als het betrekken van ervaringen in andere landen, een extra dimensie, een additionele laag, toe aan het procesrechtelijke onderzoek en dus aan het (denken over ons) procesrechtelijke systeem, en het vertrouwen⁹ daarin. Die extra dimensie kan verder reiken dan de formele criteria, op systeemniveau, uit het EVRM.¹⁰ In die extra laag ligt dan ook de meerwaarde voor het burgerlijk procesrecht: het idee van procedurele rechtvaardigheid is een nuttig ijkpunt als gestreefd wordt naar een procedure die de behoeften van de justitiabele serieus neemt, waarbij een informele(re) procedure met meer persoonlijk contact belangrijk lijkt te zijn.¹¹ En als er zo'n rechtvaardige procedure bestaat, is dat goed voor de legitimiteit van het rechterlijk oordeel¹² en heeft dat een positief effect op gedachten, gevoelens en gedrag, het zogenaamde 'fair process effect',¹³ hetgeen bijvoorbeeld tot uiting lijkt te komen als het gaat om het naleven van (voldoen aan) een civielrechtelijk vonnis.¹⁴

[69] *De doorwerking van deze 'meervoudigheid'*. De hier besproken facetten van gelaagdheid, in meervoud, werken inmiddels door tot in de haarvaten van de rechtspleging. Zij werken eerst en vooral daar door waar het gaat om het gebruik van beginselen van procesrecht, omdat die beginselen, als alle andere rechtsbeginselen, een zeer open textuur hebben en dus veel 'suggesties' voor oplossingen (zoals die bijvoorbeeld uit zelfreguleringsinitiatieven zouden kunnen blijken) kunnen absorberen. Die beginselen vergen steeds een weging van alle voorhanden zijnde informatie, factoren en belangen, zodat nieuwe invloeden (bijvoorbeeld 'best practices' uit ADR-land, mede in het licht van wat 'procedural justice' lijkt te eisen) in zekere zin eenvoudig(er) te incorporeren zijn. Omdat de naar hun aard open

[68] 8 Zie specifiek K. VAN DEN BOS, R. VERMUNT, H.A.M. WILKE, 'Procedural and Distributive Justice: What Is Fair Depends More on What Comes First Than on What Comes Next', *Journal of Personality and Social Psychology* 1997, Vol. 72, No. 1, 95-104.

9 Het ervaren van procedurele rechtvaardigheid leidt tot meer vertrouwen, zo blijkt, zie o.a. K. VAN DEN BOS, L. VAN DER VELDEN & E.A. LIND, 'On the role of perceived procedural justice in citizens' reactions to government decisions and handling of conflicts', *Utrecht Law Review*, Vol. 10, Issue 4 (November) 2014, p. 1 e.v.

10 A. BRENNINKMEIJER, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009/1603, p. 2054-2055.

11 Vgl. ook Barendrecht & Klijn 2004, p. 15; A. BRENNINKMEIJER, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009/1603, p. 2055.

12 A. BRENNINKMEIJER, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009/1603, p. 2056.

13 Zie K. VAN DEN BOS, H.A.M. WILKE, R. VERMUNT, E.A. LIND, 'Evaluating Outcomes by Means of the Fair Process Effect: Evidence for Different Processes in Fairness and Satisfaction Judgments', *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, Vol. 74, No. 6, 1493-1503, en (samengevat) L. KLAMING & B. BETHLEHEM, 'Procedurele rechtvaardigheid', *TVP* 2007, p. 121.

14 Zie R. VERKERK, 'Procedural Fairness and Compliance', in: C.H. Van Rhee & A. Uzelač, *Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform*, 2010, p. 253 e.v.

beginselen vervolgens op hun beurt ook weer zelfstandig bijdragen aan de uitleg en aanvulling van de (meer specifieke, technische) regels van procesrecht – die regels worden tegenwoordig vaak in het licht van de achterliggende waarden bekeken en ingevuld – sijn die invloeden in elk geval indirect door naar de gewone regels van burgerlijk procesrecht.

2.3 Slot

[70] *Afronding.* Hiervoor zijn enkele inleidende beschouwingen over rechtsvinding in het burgerlijk procesrecht, en over de 'klassieke' en de 'moderne' bronnen van dat procesrecht opgenomen, met als doel om enige nadere context te bieden voorafgaand aan de meer op de specifieke beginselen gerichte juridische analyse in hoofdstuk 5 en verder hierna. Daarvoor volgt echter eerst nog een hoofdstuk dat specifiek gericht is op de sanctionering van schendingen van procesrechtelijke beginselen.

HOOFDSTUK 3

Nieuwe beginselen van civiel procesrecht?

3.1 Inleidende opmerkingen

[71] *Introductie.* In hoofdstuk 5 en volgende van dit boek komt een aantal van de – wat ik zou willen noemen – ‘klassieke’ procesrechtsbeginselen aan bod. Het gaat om beginselen die fundamenteel van karakter zijn en de tand des tijds hebben doorstaan, al is dat niet steeds zonder ingrijpende wijzigingen gegaan (vgl. hoofdstuk 11). De keuze voor die beginselen is hiervoor al toegelicht, in nr. 35.

In dit hoofdstuk richt ik ‘alvast’ de blik op de toekomst, op wat er in het vat zit aan mogelijk nieuwe, toekomstige beginselen van burgerlijk procesrecht. Die toekomst kan bijvoorbeeld schuilen in wat wel de ‘NPM-beginselen’ worden genoemd, de leidende principes van het ‘new public management’, waarbij gedacht kan worden aan transparantie, klantgerichtheid, efficiency, professionaliteit, etc. In één woord: ‘kwaliteit’. Ik bespreek dit hierna in § 3.2. Daar bespreek ik ook kort de verhouding tussen dit soort moderne beginselen en de overige, klassieke beginselen. Verder zal ik in dit hoofdstuk ingaan op de (recente ontwikkeling van de) waarheidsvinding als mogelijk beginsel van procesrecht in § 3.3, en op het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat vooral in EU-verband tot bloei is gekomen, uit EVRM-verband al wel bekend is, en ook begint door te dringen in het nationale burgerlijk procesrecht (§ 3.4). Als ‘norm’ om te bepalen of er al sprake is van een volwaardig beginsel, gebruik ik de definitie van ‘beginsel’ welke in hoofdstuk 1, nr. 8, is besproken, te weten: de basisvoorwaarden – als uitgangspunt voor verder uitgewerkte regels – zonder welke niet meer gezegd kan worden dat het civiele proces eerlijk kan en zal zijn, zodat de civiele rechtspleging in zijn geheel, het stelsel van procesrecht als zodanig, niet langer geloofwaardig, eerlijk en werkbaar is. In § 3.5 concludeer ik.

3.2 Nieuwe beginselen: new public management (NPM)?

[72] *‘New public management’.* In het eerste deel van haar Rotterdamse proefschrift heeft Mak¹ de vraag gesteld welke plaats op dit moment toekomt aan de ‘klassiek-rechtsstatelijke waarden’ of beginselen voor de organisatie van de rechtspraak – in mijn terminologie: beginselen van civiel procesrecht – waarbij

[72] 1 Mak 2008, m.n. p. 22.

hier vooral aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter moet worden gedacht, en welke plaats daarbij gereserveerd is voor nieuwe uitgangspunten om legitieme rechtspraak te verzekeren via 'new public management' (NPM) beginselen als transparantie, effectiviteit en efficiëntie. Omdat die NPM-principes een bredere impact hebben, of ten minste zouden kunnen hebben, dan louter de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht, bespreek ik deze vraag kort in dit hoofdstuk.

Daarbij rijst als eerste de vraag wat wordt bedoeld met die 'NPM-uitgangspunten'. Het startpunt daarbij is kwaliteit; het gaat in organisaties om het realiseren van 'maximale kwaliteitseisen'. De theorievorming legt daarbij de nadruk op efficiëntie en effectiviteit in samenhang met 'klantgerichtheid'. Dat laatste betekent in concreto dat een moderne (rechterlijke) organisatie tegemoet zal moeten komen aan de wensen van de klanten met betrekking tot de kwaliteit van het 'product'. Die kwaliteit² wordt bepaald door elementen als wachttijd, termijn van behandeling (ook bekend als een klassieke waarde, via het beginsel van de berechting binnen redelijke termijn), volledigheid, bejegening ('procedural justice'), consistentie, toegankelijkheid (toegang tot de rechter), nauwkeurigheid en responsiviteit. De belangrijkste eis is echter effectiviteit, aldus Mak, want dit uitgangspunt staat centraal in moderniseringsdebatten; de rechtspleging moet effectief, doelgericht zijn of worden, en minder waardegeoriënteerd (want dat leidt tot inflexibiliteit).³ Sinds de laatste grote herzieningen van de rechterlijke organisatie is dat inderdaad het geval: effectiviteit is zeer belangrijk geworden.⁴

[73] *Nieuw licht op klassieke waarden.* Over de verhouding tussen beide concepten stelt Mak vervolgens dat de NPM-beginselen nieuw zijn, maar ook een nieuw licht werpen op de bekende (klassieke) kernwaarden,¹ want deze veranderen onder invloed van NPM van kleur.² De klassieke waarden zijn

[72] 2 Zie over kwaliteit(sbevordering) van de rechtspraak (en de rol van de Raad voor de rechtspraak daarbij) ook W.M.C.J. Rutten-van Deurzen, *Kwaliteit van rechtspleging*, 2010 (op p. 359 komen veel van de hierna genoemde elementen van kwaliteit ook terug), alsmede DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 29 e.v., m.n. p. 45. Zie nog in internationaal verband P. ALBERS, 'Quality assessment of courts and the judiciary: from judicial quality to court excellence', in: A. Uzelac & C.H. van Rhee, *Access to justice and the judiciary*, 2009, p. 57 e.v.

3 MAK 2008, p. 34-35. Over NPM ook DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 47-49.

4 Het gaat hier overigens niet om het effectiviteitsbeginsel naar EU-recht dat vereist dat rechtsregels van nationaal recht de uitoefening van rechten gebaseerd op het EU-recht niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maken. Dit is een Europees minimumvereiste in relatie tot het uitgangspunt van nationale procedurele autonomie bij de tenuitvoerlegging van EU-recht, zie R. ORTLEP, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. UU), 2011, p. 56 e.v., m.n. p. 56 en 62, en vgl. hierna nr. 92.

[73] 1 Zie over kernwaarden ook E. MAK & N. AYRIR, 'De kernwaarden van de moderne rechter', *Trema* 2011, p. 302 e.v.; E. BAUW e.a., *Togadragers in de rechtsstaat*, 2013, p. 66-93.

2 MAK 2008, p. 25.

geïncorporeerd in het kwaliteitsconcept, en staan daarmee naast transparantie, effectiviteit en efficiëntie. De kwaliteit van de rechterlijke organisatie omvat dus bijvoorbeeld de onafhankelijkheid en onpartijdigheid ervan.³ Daarbij is het zo dat beide concepten elkaar geregeld aanvullen of versterken, want rechtspraak die onafhankelijk en onpartijdig is, is in harmonie met een transparante, efficiënte en effectieve rechterlijke organisatie, maar beide kunnen ook botsen, althans schuren.⁴ NPM brengt bijvoorbeeld met zich dat met onafhankelijkheid ook (een mate van) 'verantwoordelijkheid' komt, bijvoorbeeld de verantwoordelijkheid om 'goed' (als een 'redelijk handelend' rechter) te oordelen.⁵

[74] *Invloed op organisatieniveau.* Het gevolg van de onstuitbare opkomst van NPM voor ons systeem van burgerlijke rechtsvordering is niet eenvoudig en in een enkele pennestreek te duiden. Dat is ook wel logisch, want managementprincipes zijn nu eenmaal eerder gericht op de organisatie van de rechtspraak (grofweg: de RO en de Raad voor de rechtspraak¹) dan op de inhoud, de wijze waarop en de regels waarbinnen de rechters die binnen die organisatie moeten werken en functioneren (rechtsvordering).² Dat de instelling van een gerecht 'bij formele wet' niet erg veel flexibiliteit biedt, en dus niet efficiënt in 'NPM'-termen is (hoewel het wel effectief is; het leidt tot onafhankelijke rechtspraak),³ is vooral een organisatieprobleem en niet een probleem dat ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regardeert. NPM-beginselen zullen dus vooral van invloed zijn op organisatieniveau (moeten we bijvoorbeeld wel of niet kiezen voor *unus*-rechtspraak?⁴), en daarmee minder (direct) hun stempel drukken op de in dit boek centraal staande beginselen van procesrecht. Dat betekent dat hier geen integrale behandeling van voornoemde 'beginselen' als transparantie, efficiëntie en effectiviteit zal plaatsvinden, hetgeen echter niet uitsluit dat her en der op de waarde van en de spanning veroorzaakt door dit soort 'nieuwewetsigheden' zal worden gewezen,⁵ terwijl deze NPM-beginselen in ieder geval als 'reguliere' argumenten voor of tegen bepaalde oplossingen voor bepaalde problemen in ogenschouw zullen (moeten) worden genomen.

[73] 3 MAK 2008, p. 35.

4 MAK 2008, p. 52.

5 MAK 2008, p. 150 e.v. Zie in dit verband ook nog M. NOORDEGRAAF e.a., *Professionele standaarden: een vergelijkend perspectief*, Research Memoranda 3/2014.

[74] 1 Zie nader W.M.C.J. Rutten-van Deurzen, *Kwaliteit van rechtspleging*, 2010.

2 Vgl. DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 40-42, die constateert dat de aandacht voor kwaliteit te weinig de inhoudelijke kwaliteit betreft, en als het over inhoud gaat, gaat het vaak over 'voorwaardenscheppende' kwaliteitseisen.

3 MAK 2008, p. 153.

4 Daarover MAK 2008, p. 297-298, doch ook R. BAAS e.a., *Rechtspreken: samen of alleen*, Research Memoranda 5/2010, 2010 en E. BAUW e.a., 'De waarde van meervoud', *NJB 2013/292*, p. 356 e.v.

5 Zo is verwijzing door de rechter naar (een vorm van) ADR kostenbesparend en dus efficiënt, maar ook in strijd met de notie van toegang tot de rechter, vgl. MAK 2008, p. 154-155.

[75] *Spanningen*. De hiervoor genoemde spanning schuilt dan bijvoorbeeld in de verhouding tussen efficiënt rechtspreken aan de ene kant en de zo veel mogelijk onbelemmerde toegang tot de rechter aan de andere kant.¹ Kosten versus kwaliteit dus.² Ook ligt er een spanningsveld in de mate van transparantie – waarschijnlijk wordt er in ‘NPM’-land overigens eerder gesproken over ‘klantgerichtheid’ – die de rechter vanuit zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid nog ‘verwerken’ kan: té klantgericht wordt gepercipieerd door de wederpartij als partijdig. De professionalisering van de rechterlijke macht, als een meer overkoepelend begrip, staat schijnbaar op gespannen voet met datzelfde beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Immers, dat beginsel legt een sterke eigen verantwoordelijkheid bij elke individuele rechter, en duldt dus in feite geen sturing, zoals elke vorm van ‘professionalisering’ met zich brengt.³

Aan de andere kant kan die professionalisering ook goed doen. Als we ertoe zouden willen komen om bijvoorbeeld kwaliteitscriteria aan te leggen voor de (inhoudelijke) beoordeling van (onderdelen van) het stelsel van burgerlijk procesrecht, of van de rechtspleging in Nederland in de breedte,⁴ dan zouden de beginselen van procesrecht als eerste toetssteen⁵ kunnen dienen, wellicht aangevuld door ook op enig moment een blik op het kostenaspect te richten. Kan het

- [75]
- 1 Die spanning, de ‘schurende samenwerking’ van beginselen, zit uiteraard ook al in het samenspel tussen diverse klassieke beginselen, denk aan hoor en wederhoor versus de berechting binnen redelijke termijn.
 - 2 Vgl. ook B. NIEMEIJER, P. VAN WIJCK, ‘Zelfbeelden en maatschappelijke verwachtingen van de rechtspraak’, *Trema* 2014, p. 268 e.v. Over de kwaliteit van de civiele rechtspleging en de invulling van dat begrip (vakmanschap, dienstverlening, integriteit, etc.), wordt veel geschreven, ook omdat de Raad voor de rechtspraak de kwaliteitsbewaking en -bevordering duidelijk op de voorgrond heeft geplaatst. Ik noem hier nog slechts J.M. BARENDRECHT, Wat is goede rechtspraak?, *Trema* 2007, p. 197 e.v.; VAN DELDEN e.a., ‘Kwaliteit van rechtspraak’, *NJB* 2007/139, p. 144 e.v.; I. GIESEN & L. COENRAAD, ‘Kwaliteitsbevordering in de rechtspleging’, *NJB* 2007, p. 784 e.v.; W.M.C.J. RUTTEN-VAN DEURZEN, *Kwaliteit van rechtspleging*, 2010.
 - 3 Daarbij speelt ook mee dat de beroepsgroep worstelt met de (op zich onderkende noodzaak van) ‘professionalisering’. Rechters, de professionals in deze, werken immers “niet volgens de ideologie van New Public Management. Die voeren een strijd om erkenning van hun professionele ideaal”, aldus Gabriel van den Brink in een interview (*Filosofie Magazine*, maart 2012, p. 42). Zeer kritisch over de opkomst van NPM in de Belgische rechtspleging is B. NELISSEN, ‘Bouche de la loi ‘a papa’ in kielzog van New Public Management?’, *NjW* 2012, 268, p. 570 e.v.
 - 4 Ten dele gebeurt dit al. Ik wijs slechts op de Toetsingscommissie Civiele vonnissen die in 2010 voor de Raad voor de rechtspraak adviseerde over het toetsen van de kwaliteit van civiele vonnissen, en het vervolg van dat project: O.G.H. MILAR & J.W. ROUWENDAL, *Rechtspraakbrede toetsing van civiele vonnissen*, 2014, zie www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rapport%20Rechtspraakbrede.pdf, waarover H.É. UNIKEN VENEMA e.a., ‘Rechtspraakbrede toetsing civiele vonnissen: de meest gestelde vragen’, *Trema* 2014, p. 121 e.v.; D. DE GROOT, ‘Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening’, in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 152-153.
 - 5 Vgl. ook DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1, o.a. p. 44 en 56: zij gaat op zoek naar een ‘samenhangend model’ voor inhoudelijke kwaliteit.

huidige burgerlijk procesrecht waarmaken dat er binnen redelijke termijn een vonnis ligt? Is dat vonnis openbaar uitgesproken? Door een rechter die onpartijdig was? 'Beginselen van procesrecht' zijn in de kern dus niets anders dan kwaliteitscriteria, maar dan van voor de tijd dat een dergelijke term in de (management)mode bleek te zijn geraakt. En dus ligt daar ook de verbindende schakel tussen de klassiek-rechtsstatelijke waarden en NPM. Professionaliteit zou als koepelbegrip voor vijf tot tien in ogenschouw te nemen procesbeginselen kunnen gelden, waarbij efficiency, kostenbewustzijn en transparantie dan ook langzaam een stekje kunnen veroveren.

[76] *Efficiency als beginsel?* Zo ver is het echter nog niet. Hoewel efficiency hier en elders – zoals in Engeland in de CPR¹ – langzaam maar zeker steeds verder doordringt binnen het procesrecht is het nog geen beginsel van procesrecht. Efficiency is nog geen fundamenteel recht dat de rechter in acht moet nemen.² Dat kan het mijns inziens ook niet zijn, en wordt het waarschijnlijk ook nooit – ook al zijn moderne wetsherzieningen zoals de lopende Kel-operatie wel geënt op het streven naar meer efficiency³ – omdat denken in termen van rechten die geldend te maken zijn tegen de overheid, zoals dat past bij art. 6 EVRM als hoofdbron van de hedendaagse beginselen, niet aansluit bij de denkwereld die bij NPM hoort. Efficiency ziet niet altijd en noodzakelijk op de bescherming van de ene of andere procespartij en ziet niet steeds op de overheid die in toom gehouden moet worden (soms wellicht wel, als de overheid dreigt om teveel efficiency na te streven) zoals de klassiek-rechtsstatelijke waarden (de naam zegt veel...) dat wel doen. De insteek, het vertrekpunt, en daarmee de ratio en strekking van zoiets als efficiency, is gewoonweg anders. NPM, net als efficiency, ziet op de rechtspleging als geheel, op het macroniveau, van waaruit dan de juiste aanpak door moet sijpelen naar de individuele zaak van een individuele rechter. Het ziet niet in eerste instantie, zoals de beginselen dat wel doen, op de bescherming op microniveau, per individu per zaak, welke dan samengeballd leidt tot een juist stelsel van rechtspleging op macroniveau.⁴ Voordat de uitgangspunten van NPM het kunnen schoppen tot beginselen van

[76] 1 Zie bijv. naar Engels recht *Rule 1.1 (2)(e)* CPR, waarin de opdracht wordt verwoord aan de rechter om "an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases" aan een zaak te besteden. Zie nader nr. 15.
2 Vgl. KUIJER 2004, p. 8 en E.A. ALKEMA, 'De rechterlijke macht – enige opmerkingen vooraf', in: J.P. Loof, *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*, 1999, p. 4-5.
3 Het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 2) focust op digitalisering, en ook los daarvan op vereenvoudiging, lagere kosten, meer regie door de rechter (vgl. art. 19 lid 2 Kel-Rv) en meer snelheid, hetgeen wat mij betreft allemaal onderdelen van een efficiëncyslag zijn. Zie over het consultatievoorstel ook J. EKELMANS, 'Het wetsvoorstel voor de civiele rechtsgang in eerste aanleg: met het hoofd en hard?', *NTBR* 2012/8, p. 48 e.v. Maar ook bijv. het wetsvoorstel 33 079 inzake de herziening van art. 843a Rv ziet op een efficiencyverhoging, vgl. HAAZEN 2013, p. 2.
4 Juist daarom mag de noodzaak van 'effectieve rechtsbescherming' uit art. 6 EVRM niet worden verzwakt ten behoeve van de efficiency, zie KUIJER 2004, p. 81.

procesrecht moet dus eerst een wezenlijke kentering plaatsvinden ten aanzien van wat er onder het begrip 'beginsel van procesrecht' wordt verstaan. Daarom zal ik het 'nieuwe publieke management'-denken hier nog buiten de deur van de beginselen van procesrecht houden.⁵

3.3 Nieuwe beginselen: waarheidsvinding en de waarheidsplicht?¹

3.3.1 Art. 21 Rv

[77] *Waarheidsvinding en de waarheidsplicht zijn 'booming'*. Soms is, schijnbaar uit het niets, een juridisch concept, idee of leerstuk opeens (weer) 'hot' en overal in beeld. Dat overkwam bijvoorbeeld 'de omkeringsregel', het leerstuk van de bevrijdende verjaring, en de klachtplicht van art. 6:89 BW en art. 7:23 BW, en aan dat rijtje lijkt sinds kort ook de waarheidsplicht van art. 21 Rv – en breder geformuleerd: de waarheidsvinding – toegevoegd te kunnen worden.²

In een arrest van 25 maart 2011³ betreffende een alimentatiegeschil over de financiële draagkracht van de man, liet de Hoge Raad optekenen – weinig verrassend⁴ gezien de plaats van het artikel in het wetboek – dat art. 21 Rv ook van toepassing is op verzoekschriftprocedures, omdat “de verplichting in de eerste volzin [van art. 21 Rv, IG] geldt voor alle in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering geregelde procedures”. Daarna vervolgde de Raad:

[76] 5 De eigen ervaring leert dat waar managementprincipes om de hoek komen kijken, de 'noodzakelijke' nieuwe richting altijd om de zoveel jaren bijdraait, meestal een totaal andere kant op. Vgl. ook B. NELISSEN, 'Bouche de la loi 'a papa' in kielzog van New Public Management?', *NjW* 2012, 268, p. 574.

[77] 1 Zie in het algemeen hierover DE BOCK 2011; DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-1*; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/71-151, alsmede M.A. LOTH, 'Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-1*, p. 1 e.v. en (over het proces van waarheidsvinding en de valkuilen daarbij) R.W.M. GIARD, 'Waarheidsvinding', *Trema* 2013, p. 89 e.v., en R. GIARD, 'Rechtspraak: waarheidsvinding als een (zelf)kritische praktijk', *Rechtstreeks* 3/2014, p. 16 e.v. Zie echter ook over het civiele geding als stok achter de deur, als pressiemiddel, waarbij de waarheid minder van belang is: F.W. GROSHUDE, 'De achterkant van het burgerlijk procesrecht', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Van Nederlands naar Europees Procesrecht?!*, 2000, p. 99 e.v.

2 Zo ook C.J.-A. SEINEN, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht', *TCR* 2014, p. 84. Verrassend is dit in zoverre overigens niet omdat in de voorgaande jaren al sprake was van (een groeiende) aandacht voor waarheidsvinding en mededelingsplichten in het procesrecht, zie nader VAN DEN REEK 1997, met verdere verwijzingen, net als DE BOCK 2011. Een voorbeeld is S. GERBRANDY, *Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht, 1961. Vgl. verder L. WIJNBURGEN, 'Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden geachte gevolgtrekking', *WPNR* 6908 (2011), p. 974 e.v. en ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/29.

3 HR 25 maart 2011, *NJ* 2012/627, m.nt. H.J. Snijders (M./V.).

4 Zie ook VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011/89.

“Als partijen niet aan deze verplichting tot een juiste en volledige voorlichting van de rechter en de wederpartij hebben voldaan, staat het de rechter vrij daaraan de gevolgtrekkingen te verbinden die hij geraden acht. Of partijen aan deze verplichting hebben voldaan, berust op een aan de rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de gedingstukken en op waarderings van feitelijke aard die in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht. De rechter mag ambtshalve oordelen dat een van partijen of beide partijen in strijd heeft dan wel hebben gehandeld met hun in art. 21 bedoelde verplichting en daaraan, ook zonder dat partijen daarover specifiek hebben gedebatteerd, gevolgen verbinden die in overeenstemming zijn met de aard van en de ernst van deze schending van de desbetreffende verplichting. Een verrassingsbeslissing kan dit dus (...) niet opleveren, tenzij uit het processuele debat blijkt dat partijen met een dergelijke beslissing en de gevolgen daarvan geen rekening behoeften te houden. Het feit dat de rechtbank op basis van de processtukken tot een inhoudelijke beslissing is gekomen, sluit niet uit dat het hof tot het oordeel komt dat art. 21 is geschonden en op basis van de naar zijn oordeel gebrekkige informatie een beslissing neemt die in overeenstemming hiermee leidt tot de gevolgtrekkingen over de draagkracht van beide partijen die het hof in deze context geraden achtte.”

Uit art. 21 Rv volgt dat partijen verplicht zijn de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Doen zij dat niet, dan kan de rechter die maatregelen treffen die hij geraden vindt; hij kan en mag dergelijk gedrag dus sanctioneren.

Bovenstaande uitspraak geeft nader cachet aan art. 21 Rv door uit te stralen dat die plicht in ruime mate (in alle soorten procedures) geldt, ook ambtshalve benut kan worden, en dat de toepassing van de bepaling vooral tot het domein van de feitenrechter hoort, ook inzake de sanctionering ervan na een schending. Daarmee past deze uitspraak feilloos in de trend van de laatste jaren die laat zien dat de waarheidsplicht, zoals inmiddels neergelegd in art. 21 Rv, (her)ontdekt is en ook gebruikt wordt.⁵

[78] *Art. 21 Rv.* Duidelijk is dat de waarheidsvinding aan belang wint. Dat lijkt mede het gevolg te zijn van de opname van art. 21 Rv in het wetboek in 2002.¹ Dat artikel beoogt, als gezegd, te bewerkstelligen dat partijen de feiten volledig en naar waarheid aanvoeren. Het gaat er daarbij echter vooral om, zo leert de parlementaire geschiedenis, de ‘bewuste leugen’ uit te bannen.² Dat wil zoveel zeggen als dat het weglaten van voor de beslissing relevante feiten niet door de beugel kan, zodat de term ‘bewust’ in zoverre met een korrel zout moet worden genomen. Verdraaien en verzwijgen van feiten mag niet, en vragen moeten naar waarheid worden beantwoord. De rechter mag niet misleid worden.³ Dat is ook conform de gedragsregels

[77] 5 Zie voor een overzicht van de situatie in de doctrine tot 1976: ZONDERLAND 1976, p. 149-152, met als conclusie (op p. 152) dat de rechtspraak alle kanten op kan omdat de doctrine geen richting geeft.

[78] 1 Zulks wordt nog versterkt door de diverse informatieplichten in het wetboek, zoals de substantiëringsplicht. Nader: DE BOCK 2011, p. 57-63 en VAN DEN REEK 1997.

2 Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht 2002*, p. 146; DE BOCK 2011, p. 54; DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 58; VAN DER WIEL 2004, p. 26. Vgl. ook GIESEN 2001, p. 24.

3 DE BOCK 2011, p. 54; Vgl. ook HR (strafkamer) 30 oktober 2001, *NJ 2003/201*, m.nt. W.D.H. Asser (F.C. de V.). Zie ook ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/40; DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 58. VAN DER WIEL 2004, p. 28-32, geeft een nadere invulling aan de waarheidsplicht.

voor de advocatuur. Eventueel moet iemand daarmee ook bewijs tegen zichzelf leveren,⁴ maar een procespartij hoeft niet spontaan de eigen zwakheden prijs te geven. Bovendien maakt elke procespartij een eigen selectie van feiten, kiest men een eigen insteek (de advocaat verwoordt de opvatting van zijn cliënt) en interpretatie van de feiten.⁵ Daarnaast geldt nog dat gewichtige redenen (vertrouwelijke privégegevens of bedrijfsgeheimen) met zich kunnen brengen dat een partij van de waarheidsplicht ontheven wordt.⁶

Deze waarheidsplicht van art. 21 Rv is direct gekoppeld aan de bevoegdheid van de rechter, opgenomen in art. 22 Rv, om bij partijen nadere inlichtingen op te vragen (stellingen toe te lichten of bescheiden aan te reiken). Uiteraard biedt dat een wederpartij de gelegenheid te trachten om, uiteraard via de rechter, juist dat te bereiken door die rechter te vragen om van zijn bevoegdheid gebruik te maken.⁷

[79] *Doel en reikwijdte van art. 21 Rv.* Het doel van de regel van art. 21 Rv is, uiteindelijk, om te bewerkstelligen dat de rechter zo vroeg mogelijk een zo compleet mogelijk beeld van de feiten van het geschil krijgt, zodat zo veel mogelijk recht gedaan kan worden conform de materiële werkelijkheid.¹ De Bock zet vervolgens nog een extra stap door op basis van de wetsgeschiedenis te betogen dat art. 21 Rv ook een *positieve* verplichting schept op basis waarvan partijen uit zichzelf (spontaan dus) alle relevante feiten waarheidsgetrouw naar voren moeten brengen.² Omdat diezelfde wetsgeschiedenis echter ook en mijns inziens vooral inzet op het aspect van het uitbannen van ('slechts') de bewuste leugen, en de rechtspraak vooral misleiding tracht te voorkomen, denk ik dat De Bock hier iets verder gaat dan de stand van het recht nu al toelaat.

Volgens Van Schaick is hier waarschijnlijk echter meer dan dat aan de hand. Hij noemt de waarheidsplicht immers 'een farce' want als iedereen naar waarheid zou handelen, zouden er geen geschillen (meer) bestaan. Vandaar dat wat er resteert van die plicht, in mijn weergave van zijn betoog, een 'sanctieloze regel' is

[78] 4 Dat was al bekend, zie HR 12 juni 1953, NJ 1954/61, m.nt. D.J. Veegens (Bloedproef), en GIESEN 2001, p. 21.

5 VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011/89-90. Vgl. ook nog DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 64, over de wat oudere literatuur op dit vlak.

6 VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011/90.

7 Zie ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/40, en over art. 22 Rv uitvoeriger ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/194, alsmede nr. 90 hierna.

[79] 1 DE BOCK 2011, p. 53; Vgl. DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 57. Zoals V. VAN DEN BRINK, 'De waarheid is van iedereen', *NTBR* 2014/20, p. 171, constateert, kan geen weldenkend mens tegen 'meer waarheid' zijn.

2 DE BOCK 2011, p. 55, verwijzend naar Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 147, maar die passage moet in verband gezien worden met art. 22 Rv, welk artikel de rechter de bevoegdheid geeft om informatie te vragen. Anders: ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/40.

die de bewuste leugen uitbant.³ De waarheidsplicht heeft wat hem betreft slechts een signaalfunctie.⁴

Dat betoog laat onverlet dat ik *de lege ferenda* met de door De Bock blootgelegde positieve (op moreel gezag steunende, door andere informatieplichten ondersteunde) verplichting zou kunnen instemmen, mits deze ook adequaat af te dwingen zou zijn,⁵ hetgeen vooralsnog een probleem lijkt te zijn – ik kom daar op terug in nr. 81-82 – en deze nader afgebakend kan worden. Het gaat mijns inziens namelijk niet aan dat die positieve plicht tot informatieverstrekking ook zo ver strekt dat een procespartij zonder enige aanleiding de ander een nieuw (feitelijk) verweer aan de hand moet doen.⁶ Zodoende is enige inperking nodig, zelfs als het om een zwaarwegend belang als de waarheidsplicht gaat.

[80] *Beknopt de situatie elders.* Een zeer beknopt rechtsvergelijkend overzicht ondersteunt het voorgaande. Zoals De Bock¹ heeft laten zien, heeft de waarheidsplicht ook elders (enige) wortel geschoten, bijvoorbeeld in § 138 ZPO in Duitsland, in navolging van Oostenrijk. De Duitse rechter is verplicht ‘der Wahrheit zu dienen’.² In Frankrijk komt men sterk in de buurt van wat een waarheidsplicht zou kunnen zijn, vooral – wat mij betreft³ – via art. 10 Code Civil (“Chacun est tenu d’apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité”), omdat in de Franse Code de procédure civil verrassenderwijs geen bepalingen zijn opgenomen die kunnen tippen aan ons art. 21 Rv. Dit wetboek bevat slechts enkele uitwerkingen van het grotere idee achter art. 10 Code Civil in art. 6, art. 10 en art. 11 Code de procédure civil.

In Engeland kennen de Civil Procedure Rules wel de zogenoemde ‘statement of truth’ (in Rule 22.1) welke de verklaring van een procespartij vergezellen moet om deze als bewijs te kunnen meewegen, maar een echte, expliciete waarheidsplicht in ‘continentale zin’ kent men daarmee niet. In de Principles of Transnational Civil Procedure (PTCP) wordt, tot slot, wel gesproken over ‘access to information and evidence’, in Principle 16. Daarmee is wel een algemeen recht op

[79] 3 VAN SCHAICK 2009, p. 37-38.

4 ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/93, in noot 2. Kritisch over de opvattingen van VAN SCHAICK in deze is DE GROOT, in: *Handelingen NJV* 2012-I, p. 93-94.

5 Dat ‘handhavingsdeficit’ was voor mij eerder reden om niet voor een algemene informatieverplichting te pleiten, vgl. GIESEN 2001, p. 27-30 en 38-39.

6 GIESEN 2001, p. 21. Vgl. ook Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 147 (men is niet verplicht om feiten aan te voeren die buiten het kader, de door partijen bepaalde omvang van het geschil, vallen). Er zal bovendien ook aan de lijdelijkheid van de rechter moeten worden gesleuteld, maar dat proces is in volle gang, zie hierna hoofdstuk 11.

[80] 1 DE BOCK 2011, p. 52-53, alsmede ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/76; VAN DER WIEL 2004, p. 16-24 en GIESEN 2001, p. 30 e.v.

2 Aldus het Duitse Bundesverfassungsgericht, zie BverfG 12 december 2012, 2 BvR 1750/12, Absatz 16.

3 Zie ook GIESEN 2001, p. 32-33.

toegang tot informatie gegeven, maar nog geen uitspraak gedaan over het internationale bestaan van zoiets als een waarheidsplicht.⁴

3.3.2 De sanctionering van art. 21-22 Rv

[81] *Sancties.* De door de wetgever ontworpen sanctie op een niet-voldoen aan de (rechts)plichten uit art. 21 Rv en art. 22 Rv,¹ is deze dat de rechter die gevolgtrekking die hij geraden acht, mag maken. Dat is (bewust) een uitermate vage sanctie; het kan hier om van alles en nog wat gaan.² Men kan daarbij denken aan een herhaald verzoek met een dwangsom versterkt om dat verzoek af te dwingen, aan een omkering van de bewijslast, aan een vermoeden, aan een veroordeling in de proceskosten, een afwijzing van het gevorderde,³ althans resterende onzekerheid ten laste laten komen van degene die niet voldeed aan de bepaling,⁴ een onvoldoende betwisting, een sneer van de rechter, etc. Voor zover bekend werd er in elk geval tot voor kort niet veel⁵ gedaan met de beschikbare sancties; de proceskostenveroordeling wordt bijvoorbeeld nauwelijks gevraagd of toegepast,⁶ wellicht mede omdat ambtshalve toepassing weliswaar toegestaan⁷ maar niet noodzakelijk is.⁸ Deze terughoudendheid is overigens wel logisch omdat bij rechterlijke sanctionering de procedure overschaduw wordt door processuele perikelen, en omdat de pakkans klein is. Het probleem is immers dat als iemand informatie achterhoudt, een ander dat meestal niet te weten komt,

[80] 4 Zie nader DE GROOT, in: *Handelingen NJV* 2012-I, p. 70-71, met verwijzingen.

[81] 1 Het gaat dan om een schending van een rechtsplicht en dus een onrechtmatige daad, zie VAN DER WIEL 2004, p. 33.

2 Uitvoerig C.J.-A. SEINEN, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht', *TCR* 2014, p. 84 e.v. Zie verder I. TILLEMA, 'De rekening voor het eigen gedrag', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake Remedies*, 2011, p. 334 en 335-336; VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011/91; L. WIJNBURGEN, 'Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden geachte gevolgtrekking', *WPNR* 6908 (2011), p. 976, die vervolgens drie categorieën onderscheidt; GIESEN 2001, p. 27 e.v. Zie ook ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/85, die nog aangeeft dat de sanctie wel steeds 'op maat' kan worden gesneden. Vgl. inmiddels ook nog art. 22 lid 2 Kel-Rv.

3 Zie bijv. Hof Amsterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:296 (X/Staat).

4 Vgl. HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241 (X./Jumbo), r.o. 4.2.4.

5 Daarbij verdient echter nogmaals opmerking dat de waarheidsplicht meer aan bod komt de laatste jaren, en de sanctionering dus ook, zie nader C.J.-A. SEINEN, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht', *TCR* 2014, p. 88-92, voor een uitvoerig rechtspraakoverzicht.

6 Zie SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011, p. 70 e.v.; C.J.-A. SEINEN, 'De gevolgtrekking die hij geraden acht', *TCR* 2014, p. 93; I. TILLEMA, 'De rekening voor het eigen gedrag', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake Remedies*, 2011, p. 337, en de tabel op p. 336, die er nog op wijst (p. 339) dat ook de substantiëringsplicht nauwelijks gesanctioneerd wordt.

7 ZIE ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/85.

8 Daarover kan in cassatie niet geklaagd worden, zie HR 18 november 2011, *RvdW* 2011/1422 (ISG/Meropa), r.o. 3.5.1. Over de onmogelijkheid van sanctionering ook STEIN/RUEB 2013, p. 36.

en waarschijnlijk zelfs helemaal niet weet dat er verdere informatie is,⁹ zodat ook niet naar verdere informatie gevraagd kan worden zonder dat tot een 'visexpeditie' te laten uitgroeien.

Het jammerlijke gevolg van een en ander is wel dat er nog weinig afschrikkende werking van de mogelijke sancties lijkt uit te gaan. Voor de hand liggende alternatieve vormen van sanctionering zijn ook niet direct beschikbaar.¹⁰ Van Mierlo en Van Dam-Lely menen dan ook dat de invloed van art. 21 Rv op de proceshouding van partijen nihil is.¹¹

Sluijter¹² heeft echter voorstellen gedaan om de proceskostenveroordeling als sanctie, in elk geval tegen *procesverstorend* gedrag, nader vorm te geven.¹³ Die ideeën zijn mijns inziens ook hier bruikbaar omdat het niet of te weinig verstrekken van informatie procesverstorend gedrag is, althans kan zijn. Hij betoogt in de kern dat de rechterlijke beslissingsruimte om procesverstorend gedrag tegen te gaan, op zichzelf onvoldoende is; hier zijn handvatten nodig, scherpere criteria om die ruimte in te vullen en houvast te bieden. Die criteria zouden dan afstand moeten nemen van noties van verwijtbaarheid (discussie daarover moeten omzeild worden) en meer moeten aanhaken bij toerekening op grond van risico, gekoppeld aan sancties die aan maximale bedragen gebonden zijn. De eerlijkheid gebiedt echter wel te zeggen dat deze oplossing uitgaat van de assumptie dat een kostenprikkel preventief werkt tegen verstorend procesgedrag, iets dat empirisch niet sterk gefundeerd is, zoals Sluijter zelf ook aangeeft.¹⁴

[82] *Sancties in een veranderde procescultuur.* Een deugdelijk functionerend sanctiearsenaal is vooral nodig omdat de gedachte achter een informatieverplichting juist is, en past bij de steeds vaker gekozen insteek voor de civiele procedure waarin die procedure ook een (vorm van noodzakelijke) samenwerking is tussen partijen en tussen de rechter en de partijen om zo goed en snel mogelijk een einde aan het geschil te maken.¹ Procederen betekent dat procespartijen ook plichten hebben, denk in dit verband aan de substantiëringsplicht. Dat, zoals vroeger, het kruit zo lang mogelijk droog werd gehouden, dat kan en willen wij niet meer, die cultuur moet verdwijnen. Dat proces zal echter niet van vandaag op

[81] 9 Vgl. ook DE GROOT, in: *Handelingen NJV* 2012-I, p. 102.

10 GIESEN 2001, p. 30. De situatie is sindsdien, vrees ik, niet veel beter geworden, al lijkt L. WIJNBBERGEN, 'Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden geachte gevolgtrekking', *WPNR* 6908 (2011), p. 974 e.v., positiever gestemd.

11 VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011/91. Zie ook A.C. VAN SCHAIK, 'Naar waarheid?', *NTBR* 2009/10, p. 81: zonder sanctie is de waarheidsplicht nutteloos.

12 Zie SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011.

13 Ook I. TILLEMA, 'De rekening voor het eigen gedrag', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake Remedies*, 2011, p. 347, pleit voor het niet 'ongestraft' laten van schending van art. 21 Rv.

14 Zie over het voorgaande SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011, p. 329-331.

[82] 1 Aanhakend bij ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 77 e.v.

morgen voltooid zijn, maar dat is geen reden er niet vast mee te beginnen (zoals in wezen in 2002 is gebeurd) en er mee door te gaan.²

Om de al genoemde geringe pakkans te corrigeren, zal dat sanctiearsenaal ten minste stevig moeten zijn.³ Een matige sanctie past echter bij de in Nederland ook beoogde, nog steeds voortdurende ‘deformalisering’ van het burgerlijk procesrecht.⁴ Hoe dat te rijmen? Een matige sanctie kan wellicht voldoende zijn, zodat deze zou kunnen volstaan, om de procesregels ‘naar de kern’ te nemen, en vervolgens eventuele sancties proportioneel toe te passen. Echter, dat past minder in een situatie waarin de rechter actiever moet opereren en waarin deze een cultuuromslag teweeg wil brengen om op die wijze de feiten zo spoedig mogelijk boven tafel te krijgen. Want daartoe volstaan mijns inziens alleen stevige(re) prikkels, waarbij ontwijkend procesgedrag écht negatieve gevolgen heeft (extra kosten, verlies van processuele middelen of kansen).⁵ ‘Matigheid’ past dan ook niet bij de toegenomen nadruk op waarheidsvinding – wat mij betreft – want om die waarheid te vinden moet er goedschiks of kwaadschiks meer informatie op tafel komen.⁶

3.3.3 Van waarheidsplicht tot beginsel van waarheidsvinding?

[83] *De rechtspraak (1)*. Verder bewijs van de in nr. 77 genoemde trend om de waarheidsplicht nader te profileren, is ook te vinden in de toename van de aandacht voor art. 21 Rv en de waarheidsvinding in de literatuur, waarover hieronder meer, en in de rechtspraak van de Hoge Raad.

Zo moest de Hoge Raad¹ oordelen over een geval waarin het ging om de nasleep van een Winstverdriedubbelaar van Dexia, met benadeelden die niet meededen aan de Duisenberg-regeling, en een echtgenote die zich erop beriep dat zij geen toestemming heeft gegeven voor het aangaan van de overeenkomst die haar man sloot met Dexia (art. 1:88 BW). Tegenpartij Dexia meent dat het beroep op vernietiging verjaard is. Het middel klaagt dat, mede in het licht van

[82] 2 Via art. 22 lid 2 Kel-Rv lijkt dat ook te gaan gebeuren, want via die nieuwe bepaling wordt de plicht om informatie te verstrekken concreet gemaakt (geef aan op welke stelling de informatie ziet) en van een concrete sanctie voorzien (buiten beschouwing laten) indien dat niet gebeurt. Dit sluit aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 58 en HR 31 januari 2003, *NJ* 2004/48, m.nt. W.D.H. Asser.

3 Het beeld dat C.J.-A. SEINEN, ‘De gevolgtrekking die hij geraden acht’, *TCR* 2014, p. 93, schetst, is wisselend.

4 Vgl. TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 72.

5 Toegegeven: of zwaardere sancties echt gaan werken, is onbekend, empirisch onderzoek waarbij situaties met en zonder sancties onderzocht zijn, ontbreekt voor zover ik kan overzien.

6 ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/80, alsmede aldaar nr. 40-41 en 51. Zo ook C. DRION, ‘De waarheid’, *NJB* 2013/2250, p. 2661, en genuanceerd C.J.-A. SEINEN, ‘De gevolgtrekking die hij geraden acht’, *TCR* 2014, p. 95. Wellicht vormt HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241 (X./Jumbo), r.o. 4.2.4, een aanzet.

[83] 1 HR 28 januari 2011, *NJ* 2012/603, m.nt. H.J. Snijders (Dexia Bank/Overduin).

het tussen partijen gevoerde debat, onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat het hof het aanbod van getuigenbewijs van Dexia heeft gepasseerd. De Hoge Raad oordeelt:

“4.2.2 Het hof (...) heeft het bewijsaanbod van Dexia gepasseerd op de grond dat Dexia geen concrete feiten heeft gesteld waaruit volgt dat de echtgenote van [verweerder] eerder dan drie jaar vóór 19 maart 2004 op de hoogte was van de overeenkomst.

Aldus heeft het hof miskend dat in het onderhavige geval van Dexia bezwaarlijk kon worden verlangd dat zij nadere feitelijke gegevens verstrekke omtrent de eerdere bekendheid van de echtgenote van [verweerder] met de overeenkomst. In aanmerking genomen dat de desbetreffende stelling betrekking heeft op, voor de beslissing van de zaak relevante, omstandigheden van subjectieve aard die zich geheel in de sfeer van [verweerder] en zijn echtgenote hebben afgespeeld, en gelet op het (...) partijdebat, brengen de eisen van een goede procesorde in dit geval immers mee dat met het oog op het, mede door art. 166 Rv. gewaarborgde, belang van de waarheidsvinding door het leveren van getuigenbewijs, aan de feitelijke onderbouwing van die stelling niet de eisen mogen worden gesteld die het hof hier heeft aangenomen.”

Dat betekent dat het middel slaagt. Dexia krijgt alsnog een kans om bewijs te leveren omdat niet kan worden verlangd dat zij nadere feitelijke gegevens verstrekt waar het gaat om de subjectieve bekendheid bij de echtgenote van de wederpartij. Dat doet immers de mogelijkheid van waarheidsvinding geweld aan, want Dexia kan daar niets over weten. Daarbij zal ook hebben meegespeeld dat een aanbod om bewijs door getuigen te leveren (om dezelfde reden) in ieder geval niet licht mag worden afgewezen. Los daarvan laat het arrest mijns inziens nogmaals zien dat waarheidsvinding ‘en vogue’ is, omdat de verwijzing naar de subjectiviteit van de betreffende omstandigheid en het partijdebat, eventueel aangevuld met een verwijzing naar de goede procesorde, ook had volstaan, zodat de waarheidsvinding er als het ware als een ‘*obiter dictum*’ bijgehaald werd.

[84] *De rechtspraak (2)*. Eén week voordat het hiervoor in nr. 77 als eerste besproken arrest¹ gewezen werd, was de waarheidsplicht ook al in het geding, toen in relatie tot art. 20 Rv, de bepaling die ziet op het tegengaan van onredelijke vertragingen. Het hof had besloten om geen gelegenheid meer te bieden om getuigen te horen. Na een exposé over art. 20 Rv stelt de Hoge Raad² dat de rechter bij het gebruiken van de bevoegdheden die dit artikel biedt, niet mag miskennen wat de goede procesorde in verband met de betrokken belangen eist. Naast het belang van een voortvarende rechtspleging staat dan het belang van de waarheidsvinding, zoals dat mede door art. 166 Rv is gewaarborgd. Met het oog daarop is een ontzegging van het recht om getuigenbewijs te leveren slechts mogelijk als dat gerechtvaardigd wordt door de mate waarin het belang van een voortvarende rechtspleging is geschonden. In de onderlinge rangorde wordt de

[84] 1 HR 25 maart 2011, NJ 2012/627, m.nt. H.J. Snijders (M./V.)

2 Zie HR 18 maart 2011, NJ 2012/315, m.nt. C.J.M. Klaassen (X./NIHS), r.o. 3.5.3 en 3.5.4.

waarheidsvinding daarmee (in beginsel) het bovenliggende, zwaarder wegende belang.³

Dat strookt overigens met een eerder arrest waarin de notie dat in rechte de waarheid aan het licht komt, een 'zwaarwegend maatschappelijk belang' wordt genoemd door de Hoge Raad.⁴ Daarmee is echter niet alles gezegd, want in andere zaken pakt de afweging weer anders uit, zoals het rechtspraakoverzicht van De Groot laat zien.⁵

[85] *Een zelfstandig beginsel?* De besproken trend om de waarheidsplicht te benutten, inclusief het, bij wijze van spreken, 'onnodig' aanhalen van het belang van de waarheidsvinding in recente rechtspraak, duidt erop dat die waarheidsvinding, via de waarheidsplicht, op weg lijkt te zijn een zelfstandig beginsel van procesrecht te worden. De plaatsing van de waarheidsplicht via art. 21 Rv – doch met de beperkte betekenis die daaraan toekomt, zie nr. 77-79 – in de afdeling 'algemene voorschriften voor procedures' duidt daar ook op. En de opname in art. 382 Rv van kort gezegd 'onwaarheid' als grond voor herroeping, zegt ook het nodige over het belang van 'de waarheid' binnen het proces(recht).¹ Echter, of het nu al zo ver is dat het hier om een zelfstandig beginsel van burgerlijk procesrecht gaat – los van het vaststaande gegeven dat het hier om een algemeen erkend, zwaarwegend *belang* betreft – is mijns inziens nog niet zeker (voor zover zoiets ooit al 'zeker' zou kunnen zijn).

[86] *De oudere literatuur daarover.* Na een analyse van de doctrine in voorgaande jaren concludeerde Zonderland in 1976 dat die doctrine geen richting duiden kon, doch dat de lijn toch zou moeten zijn dat de materiële waarheid zo dicht mogelijk benaderd moet worden, mits de rechter zich actief daartoe zet en de strijdende partijen zich als fatsoenlijke strijders opstellen. Die voorwaarden waren en zijn echter niet snel vervuld.¹

[84] 3 Zie ook DE BOCK 2011, p. 339 en 346. Men kan zich afvragen of eenzelfde redenering dan ook voor het (aanbod tot een) deskundigenbericht zou moeten gelden. Dat dient immers evenzeer de waarheidsvinding.

4 Zie HR 11 juli 2008, NJ 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf/Staat), r.o. 3.4.6, en van nadien HR 18 april 2014, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/X.), r.o. 5.2.3, waarin het 'algemene maatschappelijke belang' van de waarheidsvinding genoemd wordt. Voor verdere rechtspraak DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 60-61; DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 49; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/75.

5 Zie DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 85-91. Ik noem ook nog HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241 (X./Jumbo), waarin in r.o. 4.2.3 bepaald wordt dat het niet afleggen van rekening en verantwoording in strijd is met de waarheidsplicht.

[85] 1 Zie ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/76, verwijzend naar het Duitse (§ 138 Zivilprozessordnung); DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 61 en DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 37.

[86] 1 ZONDERLAND 1976, p. 152. Zie voor een overzicht van de, ook oudere literatuur VAN DER WIEL 2004, p. 24-26 en DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 59-61.

Meijknecht lijkt niettemin te menen dat het hier om een beginsel gaat, zoals blijkt uit zijn opsomming van 'beginselen' en de opname daarbij van de waarheidsplicht. Daarbij valt op dat ook de plicht tot het verstrekken van inlichtingen apart genoemd wordt als beginsel. Maar anderzijds spreekt Meijknecht ook over minimumeisen (hoewel hij ook de term 'hoofdbeginselen' benut) voor de civiele procedure; wellicht dat dit zijn ruimhartige opstelling (hij onderscheidt immers dertien verschillende minimumeisen) verklaren kan.² Uit een verder verleden blijken Ten Kate en (toen al) Asser voorstanders van een beginsel van waarheidsvinding te zijn.³

In een inleiding voor de Nederlandse vereniging voor procesrecht uit 2001 bespreekt Klaassen de vraag of het uitgangspunt dat rechterlijke beslissingen zo veel mogelijk op de werkelijkheid moeten zijn gebaseerd, wordt verwezenlijkt. Die terminologie duidt niet op de status van een 'beginsel'. In antwoord op haar vraag stelt ze dat de rechter in deze weinig verplichtingen heeft, maar dat deze wel mogelijkheden heeft waaraan echter een grote mate van vrijblijvendheid is verbonden.⁴ In het vervolg benadrukt ze dat waarheidsvinding niet het doel is van de rechter en de partijen, maar blijkt het belang van de waarheidsvinding wél te prevaleren boven de doelmatigheid van de procedure en de snelheid ervan.⁵

Verkerk⁶ noemt waarheidsvinding een belang in het burgerlijk proces, maar stelt ook dat het geen doel op zich is, doch een middel kan zijn om andere doelen te verwezenlijken, zoals effectieve geschilbeslechting, als daarvoor gekozen wordt. Daaruit lijkt te moeten worden geconcludeerd dat de waarheidsvinding voor Verkerk geen beginselstatus heeft.

[87] *De Bocks pleidooi*. De Bock heeft de waarheidsplicht en de waarheidsvinding in haar proefschrift uit 2011 ten gronde geanalyseerd en zij komt tot de conclusie dat die waarheidsvinding inmiddels een beginsel van burgerlijk proces-

[86] 2 MEIJKNECHT 2013, p. 75-76 en 80-81.

3 TEN KATE, in: *Haardt-bundel* 1983, p. 72 en W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding*, 1991, p. 2: "Het recht doen op basis van de werkelijkheid is een zwaarwegend fundamenteel beginsel" (hoewel hij verderop, op p. 4, spreekt over een 'uitgangspunt' en over 'zoveel mogelijk'). Vgl. ook de NJV-Jaarrede van ASSER uit 1999, 'De 'objectieve' onpartijdigheid van de rechter', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 129^e jaargang 1999-II, p. 4 (wezenlijk belang) en p. 7 (nodig voor 'fair trial'). Het meest uitgesproken is ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/75. In deze richting ook, doch (iets) minder uitgesproken, M.E. STORME, 'De toekomst van het burgerlijk procesrecht - Het proces van de feiten', *RW* 1991-1992, nr. 42, p. 1450 en A.A.S. ZUCKERMAN, 'Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure', in: A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, 1999, p. 4.

4 C.J.M. KLAASSEN, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding', in: C.P.M. Cleiren e.a., *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, p. 55 en 64.

5 C.J.M. KLAASSEN, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding', in: C.P.M. Cleiren e.a., *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, p. 66, 69 en 70.

6 R. VERKERK, 'Burgerlijk procesrecht en ideologie', *R&R* 2011-1, p. 8. Zo ook DE GROOT, in: *Handelingen NJV* 2012-1, p. 52, 54 en 71.

recht is. Dat baseert zij op (a) het verband tussen waarheid en rechtvaardigheid;¹ (b) op het maatschappelijke belang dat feiten correct worden vastgesteld;² (c) datzelfde belang dat daarnaast ook van groot gewicht is in de civiele procedure als zodanig; en (d) het zelfstandige belang van de wijze, het proces van waarheidsvinding.³ Daarbij geeft ze grif toe dat dit niet gebruikelijk is in Nederland, hoewel het belang van waarheidsvinding – een correcte feitelijke basis van civiele rechterlijke uitspraken – breed wordt onderkend en onderstreept, bijvoorbeeld doordat de rechter steeds meer bevoegdheden krijgt om ervoor te zorgen dat alle relevantie feiten op tafel komen, zoals De Bock in het voorafgaande al heeft toegelicht.

Ook wijst ze op art. 21 Rv als algemeen voorschrift, waarin de waarheidsplicht is neergelegd. De Bock noemt die plicht een hoeksteen voor de waarheidsvinding, het beginsel waar die plicht uit voortvloeit.⁴ Dat maakt echter wel dat ze een cirkelredenering benut in haar denkproces, want volgens haar redenering hebben we van doen met een beginsel van procesrecht mede omdat in de wet een waarheidsplicht is opgenomen die dan weer uit dat beginsel van waarheidsvinding voortvloeit. Dat het in de doctrine ongebruikelijk is om van een beginsel van waarheidsvinding te spreken, ligt volgens De Bock aan de onjuiste historische beeldvorming over dat het in het civiele proces slechts over de formele en niet de materiële waarheid zou gaan, een gedachte waar we afstand van zouden moeten nemen.⁵

[88] *De post-De Bock literatuur.* In haar proefschrift heeft De Groot indertijd de nodige aandacht geschonken aan de waarheidsvinding in de civiele procedure. In dat verband heeft zij aangegeven dat het belang van de waarheidsvinding een zelfstandige positie inneemt in het processuele debat over de feiten onder leiding van de rechter, maar in haar lijstje van procesrechtbeginselen fungeert de waarheidsvinding niet.¹ Over een beginsel spreekt zij niet. In haar preadvies voor de NJV van 2012 – dat dus dateert van na het boek van De Bock – doet ze dat evenmin. Hier wordt het (algemene maatschappelijke) belang dat de waarheid aan het licht komt, uitgesproken, en uitgesproken dat waarheidsvinding een essentieel instrument is in een goede rechtsbedeling, maar verder dan dat gaat zij

[87] 1 Zo ook HAAZEN 2013.
2 Zie ook HR 10 april 2009, NJ 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen (M./V.); W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding*, 1991, p. 3, alsmede DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 60-65.
3 Zie DE BOCK 2011, p. 69, voortbouwend op p. 41-68, en samengevat op p. 80-82.
4 DE BOCK 2011, p. 71-73.
5 DE BOCK 2011, p. 74-80.
[88] 1 DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 57-65, specifiek op p. 62 en 40.

niet, als ik het goed zie.² Het belang van de waarheidsvinding is een belang zoals er ook andere belangen zijn, en die belangen moeten tegen elkaar afgewogen worden.³

Wel een uitgesproken voorstander van een beginsel van waarheidsvinding is – als gezegd – Asser. Consequent ten opzichte van zijn stellingnames uit het verleden, maar steeds explicieter, spreekt hij zich uit voor het bestaan van een procesrechtelijk beginsel van waarheidsvinding.⁴ Net als de eerdergenoemde Verkerk ziet hij de waarheidsvinding weliswaar niet als een doel op zichzelf, maar als middel tot een rechtvaardige beslissing. Daarbij beschouwt hij deze notie als zo fundamenteel, zo evident ook, dat er sprake is van een beginsel van procesrecht. Giard zit op dezelfde lijn.⁵ Niettemin is Asser er niet gerust op dat de waarheidsvinding de status van beginsel zal verkrijgen.⁶ Dat heeft misschien ook wel hiermee te maken dat het ‘beginsel’ niet echt afdwingbaar is, zoals besproken (nr. 81).⁷

[89] *Het is nog te vroeg...* Voor wat het waard is (immers, het belang van de waarheidsvinding is evident en wordt breed erkend, of het nu als beginsel geldt of niet): ik ben er zelf nog niet van overtuigd dat de waarheidsplicht en de idee van waarheidsvinding (nu al) een beginsel van burgerlijk procesrecht genoemd kan worden, en bijgevolg besteed ik er in dit boek geen apart hoofdstuk aan. Het gaat wat mij betreft (nog) niet om een basisvoorwaarde zonder welke niet meer gezegd kan worden dat het civiele proces eerlijk kan en zal zijn, zodat de civiele rechtspleging in zijn geheel, het stelsel van procesrecht als zodanig, niet langer geloofwaardig, eerlijk en werkbaar is. Een andere opvatting zou ook betekenen dat het Nederlandse procesrecht tot nog toe ernstig ‘gefaald’ heeft; de lat ligt dus hoog om tot de rangen van beginselen te kunnen reiken.

Dat dit in dit geval wat mij betreft nog niet gelukt is, heeft ook hiermee te maken dat het beginsel-karakter, in potentie zeker wel aanwezig, op dit moment nog onvoldoende uitgekristalliseerd is. Waarheidsvinding lijkt nog veeleer een middel om tot een rechtvaardige beslissing te komen, geen doel op zich. Bovendien lijkt die waarheidsplicht te conflicteren met de bij velen nog hoog in het vaandel prijkkende

[88] 2 DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 53 en 71. Zo ook C. DRION, ‘De waarheid’, *NJB* 2013/2250, p. 2661, en N. ANDREWS, ‘Accessible, Affordable, and Accurate Civil Justice’, p. 20–21, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330309. Over de literatuur in Nederland ook E.F. GROOT, *Het voorlopig getuigenverhoor*, 2015, nr. 2, die zelf in nr. 394 over een ‘beginsel van waarheidsvinding’ spreekt.

3 DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 100.

4 ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/75 (zie ook nr. 29 en 69 aldaar).

5 R.W.M. GIARD, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht*, 2012, p. 54.

6 W.D.H. ASSER, ‘Rechtspreken en recht vormen’, *TCR* 2013, p. 108.

7 Zo in elk geval HAAZEN 2013, p. 31, die wel over een beginsel spreekt, maar daaraan vooral symbolische betekenis toekent.

partijautonomie, waarover uitvoerig hoofdstuk 11.¹ Sterker, als de waarheidsvinding als beginsel door het leven gaat, dan dient wat mij betreft eerst de relatie tot dat beginsel van de (processuele) partijautonomie nader uitgewerkt te worden, want die partijautonomie is nu nog, zoals ook Asser aangeeft,² een stevige inperking van de waarheidsvinding, juist met betrekking tot het bewijs en de feiten. Dat is op zich geen probleem, en grenzen aan beginselen bestaan er altijd, maar de mate waarin die partijautonomie nu nog voorrang lijkt te krijgen, strookt niet direct met de gedachte van de waarheidsvinding als beginsel van procesrecht.

Verder geldt hier dat tegenover De Bock – naast medestanders – die auteurs staan die de waarheidsvinding weliswaar van belang en gewicht achten maar (nog) niet van een beginsel willen spreken³ – de rechter is nog geen *dominus veritatis*, zo stelt De Groot⁴ – terwijl de besproken ‘trend’ in de rechtspraak van de Hoge Raad van te recente datum is om deze helemaal door te kunnen trekken. Ook speelt mee dat De Bock de lat iets lager lijkt te leggen als het om (de erkenning van) beginselen gaat: ze zoekt naar fundamentele of essentiële karaktertrekken van het burgerlijk procesrecht, naar kernwaarden die normatieve kracht hebben.⁵ Dat kan echter ook gezegd worden van bijvoorbeeld het idee van berechting in twee instanties, een kernwaarde die (onbestreden) geen beginsel-status heeft.⁶ Niettemin wordt de schare ‘aanhangers’ van de waarheidsplicht als wezenskenmerk van een eerlijk procesrecht steeds groter, zodat niet uit te sluiten valt dat een verdere opwaardering aanstaande is of zou kunnen zijn.⁷

- [89]
- 1 Zie nader nr. 516 en m.n. VAN SCHAICK 2009, en hiervoor in nr. 79, waarmee De Bock in discussie treedt, alsmede DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, m.n. hoofdstuk 2; DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 63 en 71 en 95-99; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/86 e.v. en ASSER/VRANKEN *Algemeen deel**** 2014/68-70.
 - 2 ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/91 e.v.: “De belangrijkste beperking (...)” C. DRION, ‘De waarheid’, *NJB 2013/2250*, p. 2661, geeft hier overigens voorrang aan de waarheidsvinding.
 - 3 STEIN/RUEB 2013, p. 22-23 (algemeen voorschrift); HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015 en SNIJDERS e.a. 2011, noemen de waarheidsvinding niet als zelfstandig beginsel. Ik vermeld hier nog de discussie tussen H. STEENBERGHE (geen beginsel, p. 43) en B. GERRETSSEN (wel een beginsel, p. 39), ‘Regie in de rechtspraak: de civiele rechter (2)’, *Rechtsreeks 2/2013*, p. 38 e.v., die deels over deze materie gaat.
 - 4 DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 98.
 - 5 DE BOCK 2011, p. 69-70.
 - 6 Veelzeggend is dat De Bock gesteund wordt door MEIJKNECHT 2013, die zelf een hele waslijst aan beginselen hanteert (op p. 75-76).
 - 7 Een nevengevolg daarvan zou wel nog zijn dat er dan niet aan valt te ontsnappen om tevens het ‘recht op bewijs’ te accepteren, omdat dat dan voortvloeit uit de waarheidsvinding als processueel ijkpunt, zie ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/64-69. Dat is uiteraard geen steekhoudend argument tegen een nieuw beginsel van procesrecht, maar wel een gevolg dat ik zelf niet meteen als ‘bijvangst’ zou willen hebben (zo ook DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 59), omdat een recht op bewijs, voor zover ik kan overzien, te zware gevolgen voor de (efficiëntie van de) rechterlijke praktijk zou hebben. Als dat recht zou bestaan, wanneer kan dan nog een bewijsaanbod genegeerd worden? De huidige bewijsregels zouden stevig herzien moeten worden, en in die situatie zouden veel meer bewijsverrichtingen moeten volgen, zo schat ik in.

3.3.4 Art. 22 Rv¹

[90] *Inlichtingen vragen.* Bij het voorgaande past tot slot nog een korte blik op art. 22 Rv, een artikel dat de gedachte ondersteunt van recht doen op basis van feiten die zo veel mogelijk in overeenstemming zijn met wat werkelijk gebeurd is.² De rechter kan immers op grond van deze bepaling (art. 22 lid 1 Kel-Rv) op elk moment in de procedure om een nadere toelichting of om stukken vragen. Om te kunnen bereiken dat een geding zo veel mogelijk naar de werkelijkheid, de echte, de materiële waarheid wordt beslist, is niet alleen de waarheidsplicht opgenomen in art. 21 Rv maar worden aan de rechter ook meer bevoegdheden toegekend om die waarheid te bereiken, bijvoorbeeld via art. 22 Rv, doch ook via het bewijsrecht, en straks art. 22b Kel-Rv.

Beide genoemde artikelen passen bij de meer algemene gedachte dat procespartijen niet alleen rechten hebben, maar ook procedurele plichten. Feiten bewust achterhouden of onjuist weergeven is niet langer toegestaan, en als iemand besluit te gaan procederen, moet diegene zich binnen dat geschil, uiteraard, fatsoenlijk gedragen. En dus moet er ook informatie worden afgestaan. Wat dat precies inhoudt en waar de grens ligt van wat nog wel en niet aan informatie moet worden afgestaan – art. 22 Rv staat een weigering op grond van gewichtige redenen toe³ – is lastig, en zal van geval tot geval nader ingevuld moeten worden.⁴ Dat komt ook doordat op grond van de partijautonomie de partijen zelf de grenzen van het geding bepalen; buiten die grenzen hoeven zij niets aan te voeren. Maar zulks laat onverlet dat binnen de door partijen getrokken kaders, de waarheid vooropstaat. De informatieplicht van art. 22 Rv zien wij materieel gesproken overigens ook elders terug, in het bijzonder in verband met de comparitie van partijen (art. 87 Rv en art. 88 Rv, straks art. 30j-30k Kel-Rv), waarbinnen de rechter de partijen kan bevragen, doch ook bij de exhibitieplicht van (nu nog) art. 843a Rv.⁵

[90] 1 Zie ook ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/194.

2 Zie ook VAN MIERLO & VAN DAM-LELY, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (BPP nr. 1) 2011/92-94.

3 Waarover bijv. HR 11 juli 2008, NJ 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf/Staat), r.o. 3.4.6, waarin benadrukt wordt dat deze uitzondering per geval beoordeeld en afgewogen zal moeten worden. Art. 22 lid 2-6 Kel-Rv en art. 22a Kel-Rv codificeren deze rechtspraak, zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 7, p. 6-7.

4 Zie bijv. HR 22 februari 2008, NJ 2010/542 (Fortis ASR) inzake het verstrekken van medische gegevens aan de medisch adviseur van de verzekeraar.

5 Daarover, en over het wetsvoorstel tot wijziging van die regeling, o.a. HAAZEN 2013. Over de verhouding tussen art. 843a Rv (tussen partijen) en art. 21 en 22 Rv (tussen rechter en partijen), A.G.F. ANCERY, 'Informatie-uitwisseling tussen partijen in het civiele geding', *TvPP* 2015, p. 46 e.v.

3.3.5 Wel een algemene informatieplicht?

[91] *Een algemene informatieplicht?* In mijn proefschrift concludeerde ik, mede op basis van het onderzoek van Van den Reek,¹ dat een algemene informatieplicht voor procespartijen naar Nederlands recht (nog) niet bestond, en dat deze ook niet erg nuttig zou zijn in verband met de beperkte sanctiemogelijkheden.² Hoewel die sanctiemogelijkheden mijns inziens niet beter zijn geworden,³ lijkt uit de besproken trend naar het meer belang hechten aan de waarheidsvinding ook een kentering te kunnen volgen als het om die informatieplicht gaat.

In dat geheel past immers de nogal terloopse opmerking van de Hoge Raad in één van de vele Dexia-zaken dat procespartijen, naar nu blijkt, een *algemene verplichting* hebben om voldoende gegevens te verschaffen voor de beoordeling van het geschil.⁴ De Hoge Raad liet zich dat ontvallen bij de bespreking van de vraag of er sprake was geweest van een verrassingsbeslissing van het hof. Gelet op het debat en die algemene informatieverplichting had de procespartij er rekening mee moeten houden dat het hof de ontbrekende gegevens nodig had voor zijn oordeel en dat het verzuim om deze te verstrekken, gevolgen zou kunnen hebben. De plaatsvervangend-PG De Vries Lentsch-Kostense had hierover niets laten doorschemeren, zodat de Hoge Raad het blijkbaar zelf erg belangrijk vond om deze plicht in te lassen. Uiteraard sluit een dergelijke plicht aan bij (de gedachte achter) art. 21 Rv en art. 22 Rv, maar zoals hier verwoord lijkt deze verplichting verder te gaan, want 'spontaan' nagekomen te moeten worden door de procespartijen, ook zonder dat de rechter bijvoorbeeld art. 22 Rv in stelling brengt. Dat is een forse koerswijziging ten opzichte van de in het verleden en bijvoorbeeld in Duitsland gevolgde lijn (wel bijzondere plichten, doch geen algemene, spontane plicht informatie te openbaren).⁵

3.4 Nieuwe beginselen: effectieve rechtsbescherming?

[92] *Wat is 'effectieve rechtsbescherming'?* De laatste jaren wordt vaker zichtbaar dat verwezen wordt naar 'de effectieve (of daadwerkelijke) rechtsbescherming' als een argument om een bepaalde oplossing voor een specifiek (procesrechtelijk) probleem te kiezen. Die notie is komen overwaaien uit het

[91] 1 Zie VAN DEN REEK 1997, nr. 127. Vgl. ook nog VAN DER WIEL 2004, p. 32.

2 GIESEN 2001, p. 18-27 en 38. Ook zo HAAZEN 2013, p. 31.

3 Vgl. nog HAAZEN 2013, p. 31-32. Over één daarvan, de proceskostenveroordeling: SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011.

4 Zie HR 29 april 2011, NJ 2013/40, m.nt. J.B.M. Vranken (Van der Heijden/Dexia Bank), r.o. 4.2.2.

5 Waarover o.a. GIESEN 2001, p. 17 e.v., en vooral p. 21, met verdere verwijzingen, ook naar rechtsvergelijkende informatie (p. 38-39). DE BOCK 2011, p. 55 en 56, gaat wel al uit van een algemene, spontane mededelingenplicht voor procespartijen. Zo eigenlijk ook al ZONDERLAND 1976, p. 153.

Europese Unierecht en het EVRM¹, doch krijgt langzaamaan – als ik het goed zie – ook een meer nationale invulling, krijgt een ‘nationale smoel’ en status als argument in (puur) nationale kwesties, voornamelijk omdat de abstractere gedachte dat verleende rechten daadwerkelijk gehandhaafd moeten kunnen worden, en het privaatrecht daarbij een rol te spelen heeft, ruim(er) navolging heeft gekregen.² Bovendien is de gedachte achter ‘effectieve rechtsbescherming’ (een recht moet gepaard gaan met een effectieve mogelijkheid tot handhaving ervan, anders is het recht een lege huls) ook eenvoudig toepasbaar in (puur) nationale geschillen.

Bij de onderliggende Unierechtelijke notie van effectieve rechtsbescherming gaat het in de basis bij deze zogenoemde ‘Rewe-Comet-doctrine’ hierom dat het Europese recht de diverse nationale procesrechten nodig heeft om tot wasdom te komen, om gehandhaafd te kunnen worden, doch dat die Europese achtergrond dan wel ook meteen met zich brengt dat het nationale procesrecht een zeker minimumniveau moet bieden (moet passen binnen de Europese kaders). Dat is niet het geval bij een directe botsing van EU-recht en nationaal recht (beide systemen regelen een onderwerp op uiteenlopende wijze), in welk geval het EU-recht voorrang heeft. Zulks is echter evenmin het geval bij een zogenaamde indirecte botsing, waarbij het nationale recht niet een afwijkende regel hanteert, maar het wel de effectivering van het Europese recht belemmert. Daarbij geldt dat dan vorderingen op grond van Europees recht niet ongunstiger behandeld mogen worden (het beginsel van gelijkwaardigheid) en nationaal procesrecht niet ertoe mag leiden dat de uitoefening van een vordering ontleend aan het Europese recht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk wordt (het beginsel van effectiviteit of doeltreffendheid).³

Het Europese recht wordt echter strenger als niet zozeer de procesrechtregels, maar een rechtsmiddel als zodanig, een actie in rechte, aan de orde is. Dan

[92] 1 Via de *Airey*-uitspraak, zie EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980/376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey t. Ierland*).

2 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht’, *WPNR* 6901 (2011), p. 792, en over dat ‘handhavings’-debat o.a. E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, 2009, met verdere verwijzingen naar o.a. de dissertaties van Akkermans (1997), Giesen (2001) en Verheij (2002), en de Rotterdamse oratie van Van Boom (2006).

3 Zie over het voorgaande Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 103-106; Asser/Hartkamp 3-1 2015/111, met voorbeelden in nr. 112-130; Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010, p. 5-6 en 9-10, en Jans c.s. 2011, p. 254. Vgl. tevens M. Freudenthal, *Schets van het Europees civiel procesrecht*, 2013 (2^e druk), p. 309 e.v.; L.Y.M. Parret, ‘Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?’, *NTER* 2012, p. 158-159, en voordien reeds R.J.G.M. Widdershoven, ‘Harmonisatie van procesrecht onder invloed van Europees recht’, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!*, 2000, p. 340-341. De problematische verhouding tussen doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming beschrijft Widdershoven ook in zijn noot onder HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, AB 2011/222 (DEB/Duitsland), nr. 3-4. Vgl. tevens nog J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), 2013, p. 318 e.v.

worden de eisen die voortvloeien uit het *beginsel van effectieve rechtsbescherming* toegepast.⁴ Immers, alleen met een voldoende effectieve actie in rechte kan een bestaand recht daadwerkelijk tot wasdom komen, kan 'access to justice' bereikt worden. Effectieve rechtsbescherming wil dan zeggen dat eenieder recht heeft op een effectief beroep bij een bevoegde (nationale) rechter, en de lidstaten moeten op het bestaan daarvan toezien;⁵ inmiddels getuigt ook art. 47 Handvest Grondrechten EU en art. 19 VEU hiervan. Dat kan betekenen dat nationaal recht buiten beschouwing blijft of dat overheidsaansprakelijkheid in beeld komt, doch kan ook zo ver gaan dat er in een rechtsmiddel (en dus toegang) moet worden voorzien, ongeacht of het nationale recht daarin al voorzag. Zo worden nationale hiaten opgevuld.⁶

[93] *Een Europees rechtsbeginsel.* De vraag of 'effectieve rechtsbescherming een rechtsbeginsel is, wordt naar Europees recht stellig positief beantwoord.¹ Naar Europees recht geldt immers de waarborg, via het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat een justitiabele de rechten die hij ontleent aan het EU-recht daadwerkelijk in rechte kan afdwingen. Dat is onderdeel van de 'rule of law'. Het beginsel begrenst, zoals we zagen, de nationale procedurele autonomie die geldt als EU-recht ten uitvoer moet worden gelegd. Daarnaast geldt het als een algemeen fundamenteel beginsel van EU-recht, aansluitend bij art. 6 EVRM en

[92] 4 De ('technicaliteiten' van de) verhouding tussen de genoemde effectiviteitstoets en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, laat ik terzijde. S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, 'Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 46-48, gaan uit van een afzonderlijke toepassing (en afstemming met art. 6 EVRM via de eis van effectieve rechtsbescherming). ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 108-110, ziet een samensmelting van beide. L.Y.M. PARRET, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?', *NTER* 2012, p. 159, stelt dat het Hof 'gaandeweg' de terminologie is gaan afwisselen, waarbij de effectieve rechtsbescherming een uitvloeisel is van de effectiviteitstoets. JANS c.s. 2011, p. 45, spreken over 'een uitwerking', maar geven aan dat er op dit punt discussie bestaat (waarover p. 50-52).

5 Zie weer ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 106-107, en het arrest HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (Johnston), nr. 19.

6 ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 107; JANS c.s. 2011, p. 46; S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, 'Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 41. Overigens: het beginsel kan ingeperkt worden, zo is gebleken, zie JANS c.s. 2011, p. 49, en voor het EVRM hierna o.a. nr. 162.

[93] 1 Zie S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, 'Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 34-38; ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 106; T.F.E. TJONG TJIN TAI, 'Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht', *WPNR* 6901 (2011), p. 792, en zie ook JANS c.s. 2011, p. 43-44; BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 77: bescherming van het recht op toegang en effectieve rechtsbescherming is een beginsel van (nu) het Unierecht sinds de zaak *Johnston*, zie HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, *Jur.* 1986, p. 1651, nr. 18. Zie ook ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/110.

art. 13 EVRM. Inmiddels is er nu tevens art. 47 Handvest Grondrechten EU, waarvan de tweede alinea correspondeert met art. 6 lid 1 EVRM,² waarmee opnieuw bevestigd is dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming een algemeen beginsel van EU-recht is,³ alsmede art. 19 lid 1 VEU (de plicht voor lidstaten om te voorzien in rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren).⁴ Het is ook zeker een beginsel van groot praktisch gewicht want bijvoorbeeld de plicht of bevoegdheid van de nationale rechter om (Europees) consumentenrecht ambtshalve toe te passen, is erop gebaseerd.⁵

[94] Ook een Nederlands rechtsbeginsel? Dit alles wil echter nog niet zeggen dat er hier ook naar nationaal burgerlijk procesrecht sprake is of zou moeten zijn van een 'nieuw' rechtsbeginsel.¹ Die vraag vergt nog enig nader onderzoek.²

Uit de Nederlandse rechtspraak valt dan meteen het oog op het *World Online*-arrest³ van de Hoge Raad. Daarin speelt de figuur van de effectieve rechtsbescherming een belangrijke rol, en wel op twee punten. Ten eerste waar het gaat om het gezag van gewijsde van het onrechtmatigheidsoordeel in de collectie actieprocedure voor de afzonderlijke vervolgsprocedures. De Hoge Raad in r.o. 4.8.2:

“Hoewel de beslissing die naar aanleiding van de onderhavige collectieve actie wordt gegeven enkel gezag van gewijsde heeft tussen VEB enerzijds en World Online en/of de Banken anderzijds (...), ligt het in de rede het in deze procedure gegeven oordeel over de onrechtmatigheid wel tot uitgangspunt te nemen in de afzonderlijke vervolgsprocedures. (...) Aldus wordt ook een effectieve en efficiënte

- [93] 2 Zie nr. 34 en HvJ EU 22 december 2010, *NJ* 2011/129 (DEB/Duitsland), nr. 32. Zie ook nog BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 77, die aangeven dat het recht op toegang uit art. 47 Handvest Grondrechten EU niet alleen ziet op 'civil rights and obligation' zoals art. 6 EVRM, maar op het hele recht van de Europese Unie.
- 3 Zie HvJ EU 17 maart 2011, *NJ* 2011/365 (AJD Tuna), waarover H.J.TH.M. VAN ROOSMALEN, A. PAHLADISINGH, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie twee jaar juridisch bindend: rechtspraak in beweging?', *NTER* 2012, p. 61.
- 4 Zie over het voorgaande JANS c.s. 2011, p. 43; R. ORTLEP, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. UU) 2011, p. 64-66, verwijzend naar o.a. HvJ EG 13 maart 2007, *Jur.* 2007, p. I-2271, *NJ* 2007/376, m.nt. M.R. Mok (Unibet); L.Y.M. PARRET, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?', *NTER* 2012, p. 157. Zie ook nog ASSER/HARTKAMP 3-1/2015/110 en HvJ EU 22 december 2010, *NJ* 2011/129 (DEB/Duitsland), nr. 29, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak. Dit beginsel is dan weer een grondslag voor de lidstaataansprakelijkheid (de *Francovich*-jurisprudentie), zo stellen ook JANS c.s. 2011, p. 46.
- 5 Zo ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 123. Zie ook L.Y.M. PARRET, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?', *NTER* 2012, p. 167, die stelt dat geen enkele procesregel veilig is.
- [94] 1 Zo ook T.F.E. TJONG TJIN TAI, 'Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht', *WPNR* 6901 (2011), p. 792.
- 2 Voor het mededingings- en bestuursrecht heeft A. GERBRANDY, *Convergentie in het mededingingsrecht*, 2009, het bestaan van een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming al verdedigd.
- 3 HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (World Online), en daarover I. GIESEN, 'Effectieve rechtsbescherming en causaliteit', *AV&S* 2010, p. 127.

rechtsbescherming geboden, mede doordat zo tegenstrijdige beslissingen omtrent de onrechtmatigheidsvraag voorkomen kunnen worden, hetgeen ook in het belang van World Online en de Banken is.”

En ten tweede komt de rechtsbescherming op de proppen, en nog pregnanter, waar het om de causaliteitsvraag (kort gezegd: heeft de aangenomen onzorgvuldigheid bij het verstrekken van informatie de beleggers in World Online-aandelen misleid?) gaat:

“4.11.1 (...) In beginsel draagt de belegger derhalve ook de stelplicht en bewijslast ter zake van het *condicio sine qua non*-verband. Dat bewijs is evenwel problematisch, omdat een belegger zich bij zijn beleggingsbeslissing in het algemeen door een veelheid van factoren zal laten leiden, terwijl bovendien vaak niet valt aan te tonen dat hij daadwerkelijk heeft kennisgenomen van de misleidende mededeling, laat staan dat hij daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed. (...) De door deze factoren veroorzaakte bewijsproblemen ter zake van het *condicio sine qua non*-verband brengen mee dat de door de (oude en nieuwe) prospectusrichtlijn beoogde bescherming van beleggers (...) in de praktijk illusoir kan worden. Daarbij verdient opmerking dat (...) de nieuwe prospectusrichtlijn aan de Lidstaten wel de verplichting oplegt ervoor zorg te dragen dat de nationale wettelijke bepalingen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op degenen die verantwoordelijk zijn voor de in het prospectus vermelde informatie (art. 6 lid 2 van richtlijn 2003/71/EG). Dat brengt mee dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht.

4.11.2 Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is (...).”

Daarmee is duidelijk dat een rechtvaardiging voor een tegemoetkoming in de bewijsrechtelijke sfeer gelegen kan zijn in het voorkomen dat bepaalde regels illusoir worden, een lege huls blijken te zijn (hetgeen aansluit bij de eerder door mij gepropageerde ratio voor een bewijslastomkering⁴).

[95] *Een eerdere aanzet.* Dat de Hoge Raad op deze wijze aanhaakt bij deze gedachte aan ‘effectieve rechtsbescherming’, behoefde overigens niemand echt te verrassen, want in een eerder arrest overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld al:¹

“De bewijslast kan alleen worden verlegd indien dat noodzakelijk is om de kennelijk gediscrimineerde werknemers niet elk doeltreffend middel te ontnemen om het beginsel van gelijke beloning te doen eerbiedigen (...).”

In die overweging klinkt de gedachte van effectieve rechtsbescherming al stevig door, omdat de gekozen bewoordingen aansluiten bij Europese rechtspraak op dit vlak.²

[94] 4 Zie GIESEN 2001, m.n. hoofdstuk XIV.

[95] 1 Zie HR 12 april 2002, *NJ* 2002/411, m.nt. T. Koopmans (Souverijn-Timmermans/Wouters).

2 Ik verwijs naar JANS c.s. 2011, p. 303, alwaar verwijzingen te vinden zijn.

Voor beide arresten geldt echter wel dat deze betrekking hebben op van origine Europese richtlijnen en regels,³ zodat in feite niet gezegd kan worden dat de notie van effectieve rechtsbescherming ook binnen de contouren van het nationale Nederlandse recht al helemaal 'geland' is. Dat een enkele feitenrechter de overweging van de Hoge Raad in de *World online*-zaak vrij letterlijk toepast, ook in een bredere nationale context,⁴ doet daaraan (nog) niet af, ook omdat andere rechters dat niet doen,⁵ hoewel de terminologie van 'effectieve rechtsbescherming' wel opeens zo nu en dan (en schijnbaar vaker) opduikt.⁶ De Europese notie is dus nog geen nationaal beginsel geworden.

[96] *Geen onderscheidende kracht ten opzichte van toegang.* Een tweede, mijns inziens overtuigende reden om (nog) niet over een nieuw beginsel van burgerlijk procesrecht te (willen en) kunnen spreken, is dat de besproken notie van effectieve rechtsbescherming zich vooralsnog in weinig onderscheidt van het beginsel van toegang tot de rechter zoals dat in Nederland en Europa al langer erkend wordt en zoals dat hierna nog uitvoerig besproken zal worden in hoofdstuk 5.¹ En dat geldt des te sterker nu het Hof van Justitie de uitleg en toepassing van effectieve rechtsbescherming lijkt af te stemmen op art. 6 EVRM.² De effectieve rechtsbescherming als beginsel van procesrecht poneren, zou dus vooral neerkomen op doubleren, en daarmee is weinig gediend.

[95] 3 Dat gold ook al voor HR 25 november 2005, *NJ* 2009/550, m.nt. P.B. Hugenholtz (Lycos), r.o. 5.1.6 ("Een andere opvatting zou bovendien tot het, uit een oogpunt van een effectieve rechtsbescherming tegen (beweerdelijk) onrechtmatige activiteiten, onwenselijke resultaat leiden dat...").

4 Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM9516 (X./ABN-Amro). Vgl. ook nog HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/495, m.nt. Jac. Hijma (Van Lanschot), r.o. 3.7, waarin het soortgelijke gebruik door het hof (zie Hof 's-Hertogenbosch 14 september 2010, *JOR* 2010/310; ECLI:NL:GHSHE:2010:BO3207) van de tournure dat het causaal verband 'tot uitgangspunt' kan worden genomen, bestempeld werd als een juiste rechtsopvatting.

5 Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7171 (X./ABN-Amro), r.o. 3.22.

6 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966 (Ontheigening SNS Reaal), r.o. 5.12; Hof Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585 (Wallaard Groen/ProRail), r.o. 4.3. Zie ook nog HR 26 februari 2010, *NJ* 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (Baas in eigen huis/Plazacasa), r.o. 4.2 en HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (Staat/Proefprocessenfonds Clara Wichmann), r.o. 4.3.2, waarin steeds de rechtsbescherming van/door een collectieve actie centraal stond.

[96] 1 Zie bijv. L.Y.M. PARRET, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?', *NTER* 2012, p. 159 e.v., die diverse tussenkopjes met 'toegang' benut of de rechtspraak inzake effectieve rechtsbescherming te plaatsen, en BRENNINKMEIJER 1987, p. 49. Zie ook JANS c.s. 2011, p. 44 die als eerste aspect van deze notie de toegang tot de rechter noemen.

2 JANS c.s. 2011, p. 52; S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, 'Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 37.

Met een Europese bril bezien, zou men hierover overigens anders kunnen denken, in die zin dat ook precies andersom geredeneerd zou kunnen worden. Betoogd zou kunnen worden dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming veeleer het beginsel van toegang tot de rechter omvat, en voor het overige breder is (bijvoorbeeld ook de 'effective remedy' van art. 13 EVRM omvat³), zodat effectieve rechtsbescherming dan als het metabeginsel moet worden gezien. Voor het nationale recht is dat echter nog niet het geval, zoals hiervoor al werd aangegeven, en omdat het nationale recht wel nog het uitgangspunt van dit boek is, ligt het niet voor de hand om deze redeneerwijze (nu al) te volgen.

3.5 Conclusie

[97] *Afronding.* In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre er de komende tijd rekening moet worden gehouden met veranderde of nieuwe beginselen van burgerlijk procesrecht. Uit de voorgaande analyse bleek als laatste dat het (vooral) Unierechtelijke fenomeen van 'effectieve rechtsbescherming' te dicht aanschuurt tegen wat het beginsel van toegang tot de rechter al eist en/of verlangt om (ook nog) een eigen plek als eigenstandig (nationaal) beginsel van burgerlijk procesrecht op te kunnen eisen.

Efficiency als onderdeel van de 'NPM'-beweging is ook nog geen beginsel van burgerlijk procesrecht dat de rechter in acht moet nemen. Dat kan het ook niet zijn, omdat denken in termen van rechten die geldend te maken zijn tegen de overheid, zoals dat past bij art. 6 EVRM, niet aansluit bij de denkwereld die bij NPM hoort. Efficiency ziet niet altijd en noodzakelijk op de bescherming van de ene of andere procespartij en ziet niet steeds op de overheid die in toom gehouden moet worden, zoals de (klassieke) rechtsstatelijke waarden dat wel doen. De insteek van efficiency als toetsnorm is anders. NPM, en efficiency als onderdeel daarvan, ziet op de rechtspleging als geheel, op macroniveau, van waaruit dan de juiste aanpak door moet sijpelen naar de individuele zaak van een individuele rechter. Het ziet niet in eerste instantie op de bescherming op microniveau, per individu en per zaak.

De waarheidsplicht zoals die heden ten dage gepropageerd wordt, heeft veel betere papieren om het tot beginsel van procesrecht te schoppen, maar in mijn beleving is dat punt nog niet bereikt, hoewel zo iets nooit in exacte termen is te duiden (er is geen welbepaald, vastliggend 'omslagpunt'). Het beginsel-karakter is hier in potentie zeker aanwezig, maar is op dit moment nog onvoldoende uitgekristalliseerd, mede ook omdat die waarheidsplicht lijkt te conflicteren met de bij velen nog hoog in het vaandel staande partijautonomie. Naast het sterk normatieve pleidooi van De Bock staat een reeks auteurs die waarheidsvinding van belang en gewicht achten, maar (nog) niet van een beginsel willen

[96] 3 Vgl. S. Prechal, R. Widdershoven, 'Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 36.

spreken, terwijl de besproken trend in de rechtspraak van de Hoge Raad van te recente datum is om al helemaal door te kunnen trekken. Niettemin wordt de schare 'aanhangers' van de waarheidsplicht als wezenskenmerk van een eerlijk procesrecht steeds groter, zodat niet uit te sluiten valt dat een 'opwaardering' spoedig aanstaande zou kunnen zijn.

HOOFDSTUK 4

Sanctionering na schending van een beginsel van procesrecht

4.1 Inleiding

[98] *Introductie.* Een inbreuk op een beginsel van civiel procesrecht vormt meer dan regelmatig ook een mensenrechtenschending (want: een inbreuk op art. 6 EVRM). Beide typen inbreuken moeten vooral vooraf voorkomen worden, maar, als dat niet lukt, in elk geval achteraf geredresseerd en gesanctioneerd worden. Het EVRM biedt daartoe bij een schending van art. 6 EVRM enkele mogelijkheden, zie hierna in § 4.2, maar conform art. 13 EVRM – het recht op een ‘effective remedy’ binnen het eigen nationale stelsel – en het subsidiariteitsbeginsel¹, is in eerste instantie de *nationale* overheid gedwongen om (een systeem van) effectieve remedie(s) te introduceren en onderhouden. Een adequate nationale manier om dergelijke schendingen, wanneer ze optreden in een civiele procedure, te sanctioneren binnen diezelfde context van de civiele procedure, is echter, naar zal blijken, niet altijd aanwezig.² We moeten het vooralsnog stellen met een aantal specifieke oplossingen voor specifieke gevallen; een algemeen werkend sanctiemechanisme om procedurele fouten te corrigeren, is nog niet ontwikkeld.

De reguliere rechtsmiddelen kunnen en zullen weliswaar vaak gebruikt worden om een inbreuk op een beginsel of mensenrecht aan te pakken, zelfs gedurende de lopende procedure (§ 4.3), maar er blijven gevallen bestaan waarin die opties niet beschikbaar zijn, althans te weinig effectief zijn of juist te veel-eisend zijn voor de benadeelde. Wat er wel aan specifieke sanctiemechanismen bestaat, heeft namelijk ongewilde effecten ten laste van de oorspronkelijke

[98] 1 Zie nader J.M. EMAUS, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, 2013, p. 164-165.

2 Dat strookt overigens met het breder levende inzicht dat sanctionering van mensenrechtenschendingen via het privaatrechtelijke arsenaal, lastig ligt, vgl. L.F.H. ENNEKING e.a., ‘Privaatrechtelijke handhaving in reactie op mensenrechtenschendingen door internationaal opererende ondernemingen’, *NTM/NJCM-bull.* 2011, p. 541 e.v., en met het feit dat sanctionering binnen de civiele procedure in haar algemeenheid niet eenvoudig is en vaak van een vage standaard uitgaat (‘de gevolgtrekking die de rechter geraden acht’), zie bijv. GIESEN 2001, p. 27 e.v. De Hoge Raad geeft hier vooralsnog weinig leiding aan de rechtspraak omdat bij de invulling van die norm slechts een gedegen motivering wordt verlangd, zie HR 9 juni 2006, *NJ* 2006/327 (Janssen/Hobbelen), en verder L. WIJNBBERGEN, ‘Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden gevolgtrekking’, *WPNR* 6908 (2011), p. 974 e.v.; VAN DER WIEL 2004, p. 333.

wederpartij in de civiele procedure (deze is immers slechts een 'derde', en niet zelf betrokken als het om de mensenrechtenschending gaat), en/of leidt ertoe dat de benadeelde nogmaals moet gaan procederen, nu tegen de Staat. Dat is bij wijze van spreken een vorm van 'secundaire victimisatie' (na in een civiele procedure 'slachtoffer' te zijn geworden van een schending van een fundamenteel recht, moet die persoon opnieuw gaan procederen). Gevolg daarvan is dat er na of in verband met een eventuele inbreuk op een beginsel van procesrecht, ook op het vlak van de sanctionering, onduidelijkheid blijft bestaan, en dat betekent dat het lastig is en blijft om (snel) recht te doen en krijgen.

[99] *Twee voorbeelden en het belang van dit probleem.* Stel dat een procespartij klaagt over een regel van Nederlands bewijsrecht die in eerste aanleg in zijn nadeel heeft gewerkt, waardoor diens 'fair trial' in het gedrang zou zijn gekomen. Dan kan daarover in hoger beroep en (vervolgens) in cassatie geklaagd worden, met een beroep op art. 6 EVRM. Wellicht erkent de rechter in hoger beroep dat de eerste aanleg niet helemaal correct is verlopen; dan kan die omissie gaandeweg dat beroep hersteld worden. Anderzijds is het mogelijk dat de klachten ter zijde worden geschoven door hof en/of Hoge Raad, maar dat het EHRM nadien toch vindt dat er iets niet in de haak was. Dan zijn de nationale mogelijkheden via de gewone rechtsmiddelen uitgeput; het nationale systeem van rechtsmiddelen heeft dan in zoverre 'gefaald'. Niettemin is dan alsnog een vorm van sanctionering (schadevergoeding?), Europees of nationaal, gewenst.

Nog een voorbeeld. Een mogelijke schending van het redelijk termijnvereiste (zie nader nr. 138 e.v.) dient uiteraard gesanctioneerd te worden, maar wel met dien verstande dat de rechtsbetrekking tussen de twee oorspronkelijke civiele procespartijen niet gewijzigd mag worden ten gevolge van de termijnschending door de rechterlijke macht. Dat betekent dat de benadeelde een nieuwe civiele procedure zal moeten starten, nu tegen de Staat der Nederlanden, om schadevergoeding te kunnen vorderen.¹ Dat is een nieuwe last voor iemand die al een te lang durende procedure achter de rug heeft. Of er hier dan ook van een 'effective remedy' op nationaal niveau in de zin van art. 13 EVRM kan worden gesproken, is nog maar de vraag. Wat veeleer nodig zou zijn, is een snelle (buitengerechtelijke) oplossing.²

De noodzaak om tot een oplossing voor dit sanctie- of handhavingsproblemen te komen, wordt bijvoorbeeld duidelijk in het licht van de uitkomst waartoe het

[99] 1 Zie HR 28 maart 2014, *NJ 2014/525*, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), en voordien bijv. VAN EMMERIK 1997, p. 298.

2 Dat de Hoge Raad in HR 28 maart 2014, *NJ 2014/525*, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt) geen nadere duiding heeft gegeven van de lengte van een termijn die nog acceptabel is, zoals in strafzaken en belastingzaken, is daarbij niet erg behulpzaam. De voortbestaande onzekerheid lokt uit dat er nader moet worden geprocedeerd. Vgl. ook VAN KESSEL 2014, p. 269.

EHRM is gekomen in de zaak *Rumpf t. Duitsland*³ waarin Duitsland te horen kreeg van het Hof dat men gefaald heeft bij het introduceren van een effectieve nationale remedie om verdragsschendingen aan te kunnen pakken, met name op het vlak van de redelijke termijn. Daarna werd de Duitse staat de plicht opgelegd om zo'n instrument alsnog binnen een jaar te creëren (zie nader nr. 412).

[100] *Opbouw.* In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de vraag welke sancties er momenteel bestaan als een beginsel van procesrecht¹ geweld wordt aangedaan, en op de vraag welke rol het aansprakelijkheidsrecht daarbij eventueel kan spelen. Ik doe dat door eerst de verschillende mogelijkheden te bespreken die het EVRM bij een geconstateerde inbreuk op dit moment te bieden heeft (§ 4.2). Die mogelijkheden doen zich overigens altijd slechts *achteraf* voor; redressering door het EHRM kan niet meer plaatsvinden binnen de lopende procedure waarin de klacht is opgekomen. Het Hof kan immers pas aan de zaak toekomen nadat alle nationale rechtsmiddelen uitgeput zijn. Daarin ligt dan meteen de reden om verder vooral naar het nationale niveau te kijken.

Dat nationale recht staat in het vervolg van dit hoofdstuk centraal om de eenvoudige reden dat verlangd wordt, met name ook door het EHRM zelf, dat er eerst en vooral op nationaal niveau gecorrigeerd en eventueel gesanctioneerd wordt.² Bij de bespreking van het nationale recht ga ik eerst, maar kort en toegespitst, op de meest voor de hand liggende nationale correctiemechanismen in, het hoger beroep en het beroep in cassatie (§ 4.3). Het betreft hier correctiemechanismen die (min of meer) *vooraf*, althans *ten tijde van* de civiele procedure, namelijk voordat een schending van een beginsel definitief (vastgesteld) wordt, hun uitwerking (zouden moeten) doen voelen.³ Die bespreking zal

[99] 3 EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06, *NJB* 2010/2050 (*Rumpf t. Duitsland*).

[100] 1 In de rest van dit hoofdstuk gebruik ik de begrippen 'mensenrechtenschending' en 'schending van een beginsel van procesrecht', alsmede de terminologische varianten daarop, door elkaar en als synoniemen, omdat ik beide typen inbreuken verder gezamenlijk bespreek. Gezien het feit dat de meeste schendingen van een beginsel ook een inbreuk op art. 6 EVRM zijn, ligt dat voor de hand. Deze keuze betekent wel dat ik negeer dat er soms verschil kan bestaan tussen wat het EVRM en wat een nationaal beginsel eist, en dat ik focus op een inbreuk door de rechter. Schending van een beginsel door één der procespartijen ten opzichte van de wederpartij bespreek ik niet apart. In dat geval kan door de wederpartij een beroep worden gedaan op art. 382 Rv, waarover nr. 114, art. 20 lid 2 Rv, waarover nr. 428-432, de mogelijkheid van een kostenveroordeling, waarover nr. 81 of gewoon de onrechtmatige daad. Zie nader LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 515-516, verwijzend naar HR 29 juni 1990, *NJ* 1991/337, m.nt. E.A. Alkema (Trakzel/Amsterdam).

2 Zie DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 180: "Tekortkomingen worden in beroep rechtgezet. (...) Het zwaartepunt op de controle of aan art. 6 EVRM is voldaan, komt dan op nationaal niveau te liggen, en wel bij de hogere geplaatste rechter."

3 Voor zover in een lopende civiele procedure art. 47 Handvest Grondrechten EU niet in acht lijkt te zijn genomen, kan eventueel ook nog het HvJ EU, bijv. via een prejudiciële vraag, een rol vervullen.

zeer kort zijn, omdat die rechtsmiddelen elders in deze reeks uitvoerig beschreven zijn.

Daarna wordt aandacht besteed aan enkele andere correctiemiddelen, welke dan eventueel ook weer *achteraf*, zodra of nadat duidelijk is geworden dat er een inbreuk is gemaakt, van stal kunnen worden gehaald.⁴ Ik bespreek achtereenvolgens (§ 4.4-4.7) het kort geding, de verklaring voor recht, de (nieuwe regeling van de) herroeping, en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, inclusief de inmiddels ook door de rechter benutte mogelijkheid van een smartengeldvordering bij schending van de redelijke termijn (§ 4.7.5).⁵ Uit die laatste regeling – die relatief veel gewicht krijgt, omdat over de sanctionering van termijnschendingen de meeste informatie beschikbaar is – tracht ik vervolgens een algemeen toepasbare sanctie van vergoeding van ‘integriteitsschade’ af te leiden (§ 4.7.6), alvorens ik dit hoofdstuk afrond in § 4.8.

4.2 Het EVRM: sanctionering achteraf

4.2.1 Art. 46 EVRM en art. 41 EVRM

[101] *Art. 46 EVRM.* Een vraag die steeds rijst bij de toetsing aan mensenrechten is: hoe gaan we om met een schending van – vooral – het EVRM? In principe is dat simpel, want op grond van art. 46 EVRM moet de Staat uitvoering geven aan een veroordelende uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en daarop wordt vervolgens toegezien door het Comité van ministers.¹ De klager moet zo veel mogelijk geplaagd worden in de positie die deze zou hebben bekleed als de schending niet zou hebben plaatsgevonden; de schending moet beëindigd worden en eventuele schade moet vergoed worden (*‘restitutio in integrum’*). De Staat is vervolgens vrij in de keuze van de middelen om tegemoet te komen aan de veroordeling.² Het grote probleem dat bij dit artikel meteen rijst, is echter dat de nationale uitspraak voordien al lang onaantastbaar zal zijn; deze heeft

[100] 4 Dat kan de rechter ook doen als hij als EU-rechter moet opereren en hij met een inbreuk op art. 47 Handvest Grondrechten EU wordt geconfronteerd. Daarnaast komt dan uiteraard ook nog de lidstaataansprakelijkheid (vgl. het HvJ EU-arrest *Köbler*, dat in nr. 122 wordt besproken) in beeld.

5 Op de vordering tot nakoming ga ik niet nader in, aangezien deze ‘niet vaak zinvol’ is, aldus ook VAN DER WIEL 2004, p. 284.

[101] 1 Zie uitvoerig Harris e.a. 2014, p. 162 e.v. en 180 e.v.

2 Vgl. o.a. VLEMMINX 2013, p. 20 en VAN EMMERIK 1997, p. 153, die uitlegt dat die vrijheid niet onbegrensd is, alsmede T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, ‘Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg’, *NJCM-bull.* 2006, p. 50. Zie ook EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 [GC] (*Öcalan t. Turkije*), § 210.

kracht van gewijsde gekregen en is wellicht ook al geëxecuteerd.³ Dat maakt het lastig om alsnog te voldoen aan de eisen die het EHRM stelt; het Hof zelf kan zo'n onherroepelijke uitspraak niet herzien.⁴ Het herstel van de inbreuk kan dus niet meer in de lopende procedure worden verwerkt of verdisconteerd.

[102] Art. 41 EVRM. Een veelgebruikte wijze van omgaan met een schending is te vinden in art. 41 EVRM.¹ Op die basis kan het EHRM zo nodig² een billijke genoegdoening toekennen aan de klager als het verdrag geschonden blijkt te zijn en er op nationaal niveau geen of slechts gedeeltelijk rechtsherstel mogelijk is of was. Daarnaast – of beter: daarvoor, want het gaat hier om een subsidiaire bevoegdheid³ – is de staat dan (uiteraard) nog steeds verplicht om de schending te beëindigen en om zo veel mogelijk de situatie voorafgaande aan de schending te herstellen.⁴

De billijke genoegdoening van art. 41 EVRM biedt een grondslag om financiële compensatie voor zowel materiële als immateriële schade en voor kosten toe te kennen; ook herstel in oude toestand is mogelijk.⁵ Dat laatste zal echter vaak niet

[101] 3 Dat betekent ook dat de sanctie van een 'retrial' zoals geaccepteerd in EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 [GC] (Öcalan t. Turkije), § 210, niet toepasbaar is in, in elk geval, Nederlandse civiele zaken. Het Hof overwoog "that where an individual, as in the instant case, has been convicted by a court that did not meet the Convention requirements of independence and impartiality, a retrial or a reopening of the case, if requested, represents in principle an appropriate way of redressing the violation". Zie ook VLEMMINX 2013, p. 21.

4 Die nationale uitspraak blijft dus in stand, zie T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 49 en 52.

[102] 1 Daarover Van Dijk e.a. 2006, p. 245 e.v.; BREUER 2011, p. 535-536 en 577 e.v.; J.M. EMAUS, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, 2013, p. 165-166, alsmede VAN EMMERIK 1997, m.n. p. 82 e.v. (over toen nog art. 50 EVRM (oud)); Harris e.a. 2014, p. 155-162, en zeer uitvoerig A. Fenyves e.a. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2011. Zie ook nog nr. 407.

2 Het is een discretionaire bevoegdheid, zie Harris e.a. 2014, p. 157; VAN EMMERIK 1997, p. 116 e.v.; LINDENBERGH 2011, p. 87. Ook de billijkheid die de basis vormt voor een vergoeding, geeft het EHRM veel ruimte en vrijheid.

3 VAN EMMERIK 1997, p. 83.

4 Zie Van Dijk e.a. 2006, p. 257, en bijv. ook HR 18 maart 2005, *NJ* 2005/201, m.nt. E.A. Alkema (Staat/M.): "Het EVRM brengt in geval een verdragschending is geconstateerd de verplichting mee rechtsherstel te bieden, hetgeen in dit verband wil zeggen de verplichting 'to bring about a situation as close to restitutio in integrum as is possible in the nature of things'. Deze verplichting geldt ook indien, zoals in het onderhavige geval, (...) volledig herstel in de oude toestand niet mogelijk is." Dat laatste kan dan betekenen dat een schadevergoeding door de Staat nodig is (en dus mogelijk moet zijn), zie nader § 4.7 hierna. VAN EMMERIK 1997, p. 89. Over de vraag welke schade in aanmerking komt, zie p. 163 e.v., en over causaliteit nader p. 175 e.v. Zie ook T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 44-47 en E. STEINER, 'Just Satisfaction under Art 41 ECHR: A Compromise in 1950 – Problematic Now', in: A. Fenyves e.a. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2011, p. 14-15.

het geval zijn; een termijnoverschrijding kan bijvoorbeeld naar haar aard niet teruggedraaid worden. Ook dan is echter een billijke vergoeding mogelijk, zelfs als ook naar nationaal recht een claim mogelijk is.⁶ Er moet wel om verzocht worden, want het Hof zal niet ambtshalve tot een toekenning komen.⁷

Hoewel het Hof deze bevoegdheid op zichzelf ruim uitlegt,⁸ en ernaar streeft om zo veel mogelijk de situatie voorafgaande aan de schending te herstellen ('*restitutio in integrum*'),⁹ is de vergoeding regelmatig ook symbolisch¹⁰ en gaat het Hof bij gebruik van art. 41 EVRM vaak ook niet verder dan de enkele constatering dat het zojuist uitgesproken oordeel dat er een schending heeft plaatsgevonden, al een remedie is en voldoende compensatie al dan niet als morele, billijke genoegdoening opleveren zal.¹¹ Dit laatste is mijns inziens niet als een werkelijk effectieve sanctie te beschouwen, en in elk geval niet als een remedie die herstel brengt, dat wil zeggen: die de klager terug plaatst in de situatie voorafgaand aan de schending. Immers, hier wordt een toepassingsvoorwaarde (er moet een verdragsschending bestaan) tevens als wijze van herstel van een dergelijke schending gepositioneerd, en dat is ten minste vreemd.¹²

- [102] 6 VAN EMMERIK 1997, p. 109; Harris e.a. 2014, p. 156. Toekenning van een vergoeding kan eventueel uitgesteld worden tot een later moment, bijv. als meer duidelijkheid is verkregen over de afwikkeling van de zaak naar nationaal recht (zie VAN EMMERIK 1997, p. 110-113). Over de samenloop tussen een beroep op art. 41 EVRM en art. 6:162 BW, zie VAN EMMERIK 1997, p. 327 e.v. (beroep op art. 41 EVRM afgewezen), p. 332 (declaratoire uitspraak) en p. 333 e.v. (vergoeding toegekend), en T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 44 en 57-58. Zie ook HR 18 maart 2005, *NJ 2005/201*, m.nt. E.A. Alkema (Staat/M.), r.o. 3.12, waarin samenloop van een Straatsburgse en Nederlandse vergoeding werd geaccepteerd.
- 7 VAN EMMERIK 1997, p. 117; E. STEINER, 'Just Satisfaction under Art 41 ECHR: A Compromise in 1950 – Problematic Now', in: A. Fenyves e.a. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2011, p. 15.
- 8 VAN EMMERIK 1997, p. 83-86 en 115.
- 9 T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 43; VAN EMMERIK 1997, p. 148. Dat betekent dat 'herstel' gaandeweg de civiele procedure in het nationale stelsel, voldoende kan zijn, zie VAN EMMERIK 1997, p. 148-149. Dat is belangrijk want herstel 'gaandeweg' (bijv. in hoger beroep) is iets wat regelmatig kan voorkomen. Zie bijv. nr. 107 en HR 17 december 2004, *NJ 2005/68* (Stelling/Staat), waarin overwogen wordt (r.o. 3.4.1) dat de eiser in cassatie in hoger beroep zijn zaak heeft kunnen bepleiten, zodat een eventueel verzuim van de rechtbank daarmee hersteld is.
- 10 VAN EMMERIK 1997, p. 151-152.
- 11 Zie VAN EMMERIK 1997, p. 89, en uitvoerig t.a.v. de criteria voor toepassing hiervan, alsmede de kritiek daarop, p. 139 e.v. Vgl. ook Harris e.a. 2014, p. 156 en 157; T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 45 en 49, en M. JÓZON, 'Satisfaction by Finding a Violation', in: A. Fenyves e.a. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2011, p. 741 e.v.
- 12 Daarover VAN EMMERIK 1997, p. 144, verwijzend naar de 'dissenting' rechters van het Hof die deze redenering eerder al bezigden. Vgl. ook J.M. EMAUS, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, 2013, p. 166.

Los daarvan is er overigens ook nog kritiek mogelijk op het discretionaire karakter van de art. 41 EVRM-vergoeding (de rechtszekerheid wordt slecht bediend) en het niveau van die vergoedingen (de billijkheid leidt niet tot erg substantiële bedragen). Om de consistentie qua vergoedingen te bevorderen, werkt het Hof inmiddels met (helaas niet openbare) tabellen waarin minimum- en maximumbedragen zijn opgenomen voor smartengeldvergoedingen per verdragsartikel en per type verdragsschending, waarna maatwerk mogelijk is op grond van de omstandigheden van het geval en bijvoorbeeld de levensstandaard in de betrokken verdragsstaat.¹³

4.2.2 Art. 13 EVRM: een effectief nationaal rechtsmiddel

[103] Art. 13 EVRM. Via art. 41 EVRM wordt dus wel enige richting geboden door het verdrag zelf, maar om een passend en uitvoerbaar sanctiemechanisme te bereiken, is een stevige uitbreiding noodzakelijk. De basis daarvoor is te vinden in art. 13 EVRM – en in het daaraan ontleende art. 47 lid 1 Handvest Grondrechten EU voor zaken met een Unierechtelijke dimensie¹ – dat bepaalt dat elk nationaal systeem een effectieve remedie beschikbaar zou moeten hebben op nationaal niveau om schendingen van een verdragsrecht te redresseren, of althans om een ‘arguable claim’ aan een nationale autoriteit² voor te kunnen leggen.³ Het betreft hier echter een ‘subsidiar’ of ‘afhankelijk’ recht in die zin dat art. 13 EVRM – op een enkele uitzondering na – alleen in combinatie met één of meer van de ‘substantive rights’ uit het EVRM kan worden ingeroepen.⁴ Het ‘eigen’ bereik van de bepaling is daarmee gering in de hier besproken context: naast de redelijke termijn-schendingen omvat het artikel ook nog executiegeschillen.⁵

Belangrijk in deze is dus met name dat in de zaken *Kudla t. Polen* en *Pizzati t. Italië*⁶ art. 13 EVRM (alsnog) is ingezet door het Hof om een systeem van sanctionering van schendingen van de redelijke termijn van art. 6 EVRM te bewerkstelligen. Dat is gebeurd door een tegemoetkoming in geld toe te kennen

[102] 13 Uitvoerig Harris e.a. 2014, p. 155-156.

[103] 1 Zie nader Peers e.a. (Aalto e.a.) 2014, m.n. nr. 47.47.

2 Dat hoeft geen rechterlijke instantie te zijn, zie Harris e.a. 2014, p. 771.

3 Over dat aspect Van Dijk e.a. 2006, p. 1000 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 766-767; VLEMMINX 2013, p. 34-36. Art. 47 lid Handvest Grondrechten EU (“Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte (...)”) is nog iets ruimer dan art. 13 EVRM.

4 Zie Van Dijk e.a. 2006, p. 998; BREUER 2011, p. 522; VLEMMINX 2013, p. 33; Vgl. ook Harris e.a. 2014, p. 767-768 en J. UZMAN, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), 2013, p. 243.

5 Zie bijv. VLEMMINX 2013, p. 39.

6 Zie EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (*Kudla t. Polen*) en EHRM 10 november 2004, JB 2006/134 (*Pizzati t. Italië*). Vgl. ook EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski e.a. t. Polen*), § 172 e.v. Zie nader over de relatie tussen art. 13 EVRM en art. 6 EVRM in dit verband: Van Dijk e.a. 2006, p. 1019-1020. Zie ook VAN BOGAERT 2005, p. 131 e.v.; BREUER 2011, p. 530-533.

aan diegenen die een schending van die redelijke termijn hebben moeten verduren; daarmee is voor dit type gevallen een redelijk eenvoudig toepasbare remedie mogelijk gemaakt.

Omdat het Hof vanwege de vele redelijke termijn-schendingen een onmogelijke werklast heeft, wordt waar mogelijk getracht om zaken zo spoedig mogelijk van de rol te krijgen. Zo komt het in bepaalde zaken niet eens meer tot een veroordeling als er maar een oplossing voorhanden is en een 'remedie' aangeboden wordt. In het geval van *Voorhuis t. Nederland* besloot het EHRM bijvoorbeeld om die zaak niet te horen omdat het de erkenning door de regering dat de redelijke termijn overschreden was, alsmede de (nogal geringe) schadevergoeding, accepteerde.⁷ In deze specifieke zaak was dit allicht een prima oplossing, maar op deze wijze zullen er in de toekomst niet veel goede sanctie-ideeën meer uit Straatsburg (kunnen) komen voor gevallen waarin er geen overeenstemming wordt bereikt over de genoegdoening.

[104] *Art. 13 EVRM verwijst naar nationaal niveau.* Dat betekent dat de noodzakelijke, verbeterde sanctionering op nationaal niveau gezocht zal moeten worden. Dat is overigens geheel in lijn met art. 13 EVRM, want dat artikel vraagt om een 'effective national remedy'. Het past bovendien bij de daarop gebaseerde algemene lijn van het Hof om prioriteit te geven aan nationale oplossingen en remedies, hetgeen terug te voeren is op het beoogde terugdringen van de eigen, onhoudbare werklast.¹

Wat er van de nationale staten verlangd wordt, is echter niet helemaal inzichtelijk,² net zomin als de verhouding en het samenspel tussen (harmoniserend) internationaal en nationaal recht, maar de rechtspraak duidt wel op vergaande eisen.³ In het algemeen zal het Hof onderzoeken of het nationale recht een 'effective remedy' bood door te bezien of dat nationale recht, indien benut, in staat was om de gestelde schending van het EVRM te voorkomen of te beëindigen, danwel om in geval van een al gemanifesteerde schending 'appropriate redress'

[103] 7 EHRM 3 maart 2009, *NJ* 2010/223, m.nt. E.A. Alkema (*Voorhuis t. Nederland*). Zie van nadien ook nog EHRM 17 september 2013, nr. 13143/08 (*Van Galen e.a. t. Nederland*). Art. 34 EVRM speelt hierbij een belangrijke rol, omdat door de tegemoetkoming het 'slachtofferschap' in de zin van dat artikel komt te ontbreken, zie nader BREUER 2011, p. 536 e.v.

[104] 1 Over dat aspect o.a. Harris e.a. 2014, p. 764-765; Van Dijk e.a. 2006, p. 998-999; T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 60.

2 Harris e.a. 2014, p. 764.

3 Zie bijv. EHRM 28 januari 2014, nr. 35810/09 [GC], *NJB* 2014/680 (*O'Keefe t. Ierland*): art. 13 EVRM vergt hier (in dit geval van kindermisbruik op een school) een effectief mechanisme om de Staat aansprakelijk te kunnen stellen. Gegeven deze zware eisen, stelt VAN KESSEL terecht de vraag of het Nederlandse recht momenteel wel voldoet, zie VAN KESSEL 2014, p. 267 e.v., en specifiek ook p. 273.

(schadevergoeding via het aansprakelijkheidsrecht) mogelijk te maken.⁴ Dat wil niet zeggen dat de staat voor een specifieke remedie moet zorgen, want een optelsom van remedies kan ook volstaan;⁵ bovendien is de wijze waarop de staat voor 'relief' op nationaal niveau kan zorgen, overgelaten aan die staat zelf.⁶ In *Rotaru t. Roemenië* wordt dit als volgt verwoord:⁷

"Article 13 guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. This Article therefore requires the provision of a domestic remedy allowing the 'competent national authority' both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligation under this provision. The remedy must be 'effective' in practice as well as in law (...)."

Daarbij komt dan nog dat ten aanzien van belangrijkere rechten (zoals art. 2 EVRM, het recht op leven, dat als absoluut recht geldt), ook een stringentere remedie vereist is. Maar zelfs in die gevallen geldt dat de bescherming via art. 13 EVRM niet absoluut is.⁸ Wel verdient nog vermelding dat een klager zich op eigen kracht van het rechtsmiddel moet kunnen bedienen, en dat overheidshandelen of -nalaten de uitoefening van het recht niet mag hinderen.⁹

4.2.3 Nogmaals: art. 46 EVRM

[105] *Art. 46 EVRM 'revisited'*. In vervolg op hetgeen inzake art. 13 EVRM beschreven is, laat de in nr. 99 al genoemde zaak *Rumpf t. Duitsland* zien dat als de overige maatregelen falen, het EHRM nogmaals kan teruggrijpen op het al besproken art. 46 EVRM om handhaving van de rechten uit het EVRM alsnog af te dwingen. In die zaak werd geconstateerd dat de duur van de procedure excessief lang was, en dat er naar nationaal Duits recht geen 'effective remedy' bestaat om zo'n schending te redresseren,¹ zodat ook art. 13 EVRM is geschonden. Het Hof

[104] 4 Harris e.a. 2014, p. 765; VLEMMINX 2013, p. 39. Vgl. ook Van Dijk c.s. 2006, p. 1006. Vgl. ook EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (*McFarlane t. Ierland*), § 108: de remedie moet 'effective in practise as well as in law' zijn, en 'effective' wil zeggen 'adequate and accessible'.

5 VLEMMINX 2013, p. 52; Van Dijk c.s. 2006, p. 1006; Harris e.a. 2014, p. 772-773.

6 Harris e.a. 2014, p. 766. In EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (*McFarlane t. Ierland*), § 114, wordt ook nog vereist dat de remedie een 'reasonable prospect of succes' bieden kan, maar de 'effectiveness' van een remedie is niet afhankelijk van de zekerheid van een gunstige uitkomst voor de klager, zie EHRM 26 november 2013, nr. 40756/06 (*Vlad e.a. t. Roemenië*), § 111.

7 Zie EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (GC) (*Rotaru t. Roemenië*), § 67, en Harris e.a. 2014, p. 766. Ik wijs ook nog op EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski e.a. t. Polen*), § 172-175.

8 Harris e.a. 2014, p. 766.

9 Zie VLEMMINX 2013, p. 37-39.

[105] 1 In lijn met eerdere rechtspraak, o.a. EHRM 8 juni 2006, *JB* 2006/227 (*Sürmeli t. Duitsland*).

constateert tevens nog dat dit een terugkerend probleem vormt. Er is in Duitsland geen instrument voorhanden om te lange procedures te voorkomen en geen remedie die tot vergoeding van de geleden schade leidt, en dat ondanks eerdere aansporingen om maatregelen te nemen, zie nader nr. 412.

Vervolgens wijst het Hof op art. 46 EVRM. Via dat artikel kan een verdragsstaat de verplichting worden opgelegd om onder supervisie van het Comité van ministers van de Raad van Europa maatregelen te nemen, waardoor de normaal bestaande vrijheid voor een staat om naar eigen inzicht schendingen te redresseren, *de facto* beperkter is. In dat verband kan het Hof dan in een daartoe uitgekozen zaak aangeven of er ergens een 'structural and/or systematic problem' is, en zo ja, wat de bron daarvan is, alsmede die staat suggesties doen om te helpen het probleem op te lossen. Dit geschiedt dan door middel van een zogenaamde 'pilot judgement procedure', welke in de zaak *Rumpf* inderdaad werd benut in combinatie met art. 46 EVRM.²

In de *Rumpf*-uitspraak wijst het Hof er verder op dat het voorliggende probleem in Duitsland inderdaad een systematisch karakter heeft en gekwalificeerd moet worden als een 'practice incompatible with the convention'. Daarna wordt overwogen – kort gezegd – dat het Hof niet kan bepalen welke maatregelen nodig en passend zijn, maar wel dat de Duitse regering binnen maximaal één jaar een remedie moet bieden die de eigen rechtspleging weer op orde brengt en dus voldoet aan art. 46 EVRM.³ Op deze wijze kan het Hof dus extra druk zetten op een verdragsstaat om binnen een bepaalde periode tot een fatsoenlijk stelsel van remedies te komen. Of voor Nederland een dergelijke toepassing van art. 46 EVRM dreigt of zou kunnen dreigen, ligt aan de stand van ons eigen nationale stelsel van (civielrechtelijke) remedies. Zoiets ligt niet direct voor de hand, maar dat dacht men in Duitsland ongetwijfeld ook, en het is nog maar de vraag of de Nederlandse wijze van omgaan met verdragsschendingen zoveel beter is. Dat is dan ook meteen de vraag die in het vervolg van dit hoofdstuk nader aan bod komt.

[105] 2 Zie nader EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06, *NJB* 2010/2050 (*Rumpf* t. Duitsland), § 53-63 en over deze materie T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 50-51; VLEMMINX 2013, p. 21. Vgl. ook nog nr. 412; Harris e.a. 2014, p. 149-151, alsmede EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski* e.a. t. Polen), § 200-202.

3 EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06, *NJB* 2010/2050 (*Rumpf* t. Duitsland), § 64-73. Andere zaken wordt in de tussentijd opgeschort en nadat de maatregelen genomen zijn, geschrapt, zie T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 50. Als er niet aan voldaan wordt, rest slechts politieke druk via het Comité van ministers en reputatieschade, vgl. Harris e.a. 2014, p. 194. Voor vergelijkbare zaken, zie EHRM 21 december 2010, nr. 50973/08 (*Vassilios Athanasiou* e.a. t. Griekenland); EHRM 3 april 2012, nr. 54447/10 (*Michelioudakis* t. Griekenland) en EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski* e.a. t. Polen).

4.3 Nationaal recht: hoger beroep en cassatie

[106] *Herstel ten tijde van de inbreuk.* Het besproken EVRM-systeem biedt aldus de mogelijkheid om *achteraf*, via een gang naar Straatsburg, tot een remedie voor de klager en een sanctie voor de verdragsschendende staat te komen. Dat systeem komt echter pas in beeld nadat het kwalijke feit zich voordeed, en dus nadat, bijvoorbeeld, in de oorspronkelijke civiele procedure getwist is over of hoor en wederhoor wel gestand is gedaan. Vaak is dat erg laat, zo niet te laat.

De meeste (vermeende) inbreuken op art. 6 EVRM en de procesrechtelijke beginselen zullen en kunnen echter al eerder worden beoordeeld, en hersteld indien nodig, en wel binnen het nationale procesrechtelijke systeem, precies zoals dat in EVRM-kringen gewenst is. Het is immers in beginsel mogelijk om via een rechtsmiddel, met name via een procedure in hoger beroep, en dus binnen de kaders van de oorspronkelijke nationale procedure, te klagen over (procedurele) fouten die de rechter in eerste aanleg zou hebben gemaakt, inclusief de beweerdelijke schending van een fundamenteel recht of procesrechtelijk beginsel. Daartoe dient zo'n hoger beroep nu juist ook. Deze insteek eist uiteraard wel dat 'herstel' gaandeweg zo'n civiele procedure voldoende is naar EVRM-maatstaven, maar dat is zonder twijfel het geval.¹

Als uit de rechtspraak voldoende helder volgt wat het EHRM verlangt van de lidstaten en dus van de nationale rechter,² kan derhalve via het stelsel van hoger beroep nog het nodige gecorrigeerd worden als er in eerste aanleg iets niet goed is gegaan. Veel inbreuken (in eerste aanleg) op art. 6 EVRM kunnen zo alsnog worden voorkomen of hersteld, al geschiedt dat dan op kosten van de partijen; zo wordt vroegtijdig op nationaal niveau de angel uit de zaak gehaald.³ Straatsburg komt vervolgens niet meer in zicht; de procespartij krijgt langs nationale weg al wat hem toekomt, nog gedurende het verloop van de gewone civiele procedure. Het gaat hier dus om een vorm van redressering *ten tijde van* (althans: *direct na*) de processuele inbreuk, en dus niet lang nadien. Voor zover dat daar nog aan de orde is, geldt overigens hetzelfde voor de procedure in cassatie ten opzichte van de hogerberoeprechter.

[107] *De bulk te pakken.* Het belang van het voorgaande is evident. Immers, herstel van een procedurele omissie 'gaandeweg' (zoals tijdens het hoger beroep) is een vorm van correctie die zeer regelmatig kan en zal voorkomen.¹ Vaak zal in

[106] 1 Zie bijv. VAN EMMERIK 1997, p. 148-149.

2 Ik ga er hier van uit dat zulks grosso modo het geval is. Voor de gevallen waarin dat niet zo mocht zijn, zou nog gedacht kunnen worden aan het kunnen stellen van prejudiciële vragen aan het EHRM. Momenteel heeft het Hof daarvoor geen tijd, dat is evident, maar het zou zinvol kunnen zijn, omdat via gerichte vragen duidelijkheid bereikt wordt die de werklust later verlichten kan.

3 Ik noem als voorbeeld Rb. 's-Gravenhage 25 april 2012, JA 2012/123 (X./Staat), r.o. 4.4.

[107] 1 Zie bijv. HR 17 december 2004, NJ 2005/68 (Stelling/Staat), waarin overwogen wordt (r.o. 3.4.1) dat de klager in hoger beroep zijn zaak heeft kunnen bepleiten, zodat een eventueel verzuim van de rechtbank daarmee hersteld is.

hoger beroep zelfs min of meer 'automatisch' worden toegekomen (en tegemoetgekomen) aan mogelijke mensenrechtelijke klachten, en wel doordat de rechter in hoger beroep alsnog doet (eventueel ambtshalve) wat de rechter in eerste aanleg was vergeten: de ontbrekende motivering wordt alsnog verstrekt, de uitspraak volgt alsnog in het openbaar, of wederhoor wordt alsnog toegestaan. Sterker nog: deze wijze van redressering vormt de standaard, het reguliere geval. De meeste denkbare schendingen van art. 6 EVRM vinden hier hun einde. Al hetgeen hiervoor al en hierna nog besproken wordt, komt derhalve in de dagelijkse praktijk nauwelijks nog in beeld; in hoger beroep en cassatie worden vele schendingen van procesrechtelijke beginselen gecorrigeerd en gesanctioneerd. Daarmee is de kous meestal af.

[108] *Ideale route voor alle betrokkenen?* Ideaal is dit systeem overigens ook niet, want de noodzaak om in hoger beroep (of zelfs cassatie) te gaan, gaat mede ten laste van de wederpartij van de procespartij die meent dat een fundamenteel recht geschonden is, ook als die wederpartij daar zelf niets aan bijgedragen heeft. Dat is niet fair, zoveel is duidelijk, maar dat is op zich wel een risico dat inherent is aan procederen: de tegenstander in rechte kan nu eenmaal via een hoger beroep de procedure rekken en zelfs alsnog gelijk krijgen, dat is een normaal procesrisico. Hier is dit alles echter extra pregnant, omdat het de rechter, de Staat dus, is geweest die door een inbreuk op een beginsel te maken, (mede) aanleiding gaf tot het instellen van het rechtsmiddel. En daar staat voor die wederpartij niets tegenover. In zoverre zou het dan ook goed voorstelbaar zijn dat er enige tegemoetkoming aan de procespartijen wordt geboden, bijvoorbeeld door geen griffierechten in rekening te brengen¹ en/of de proceskosten niet ten laste van die wederpartij te brengen. Volledig redres jegens de Staat bestaat er voor die wederpartij alleen als ook jegens hem onrechtmatig gehandeld is.

4.4 Nationaal recht: herstel en sanctionering via een kort geding-procedure

[109] *Kort geding: geen panacee voor alle kwalen.* In Nederland is de Hoge Raad ervan overtuigd dat het, ook in het licht van voornoemd art. 13 EVRM, voldoende is dat eenieder die meent dat zijn procedurele rechten geschonden zijn, via de burgerlijke rechter, desnoods in een kortgedingprocedure bij de voorzieningenrechter op grond van in elk geval de algemene regeling van de onrechtmatige daad uit art. 6:162 BW¹ zijn gelijk kan trachten te halen en daarbij

[108] 1 Een voorbeeld dat dit kan, biedt HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt).

[109] 1 Ik ga hier nog voorbij aan de vraag of een verdragsschending ook steeds een onrechtmatige daad naar Nederlands recht zal zijn, zie daarvoor nader nr. 117 e.v. hierna.

de mensenrechtenschending kan betrekken.² Deze lijn wordt (uiteraard) ook in de lagere rechtspraak gevolgd. Ik noem bij wijze van voorbeeld een arrest van het Haagse Hof, waarin in dit verband wordt overwogen:

“Een rechtsmiddel is effectief in de zin van art. 13 EVRM indien daardoor een dreigende schending van (in dit geval) art. 8 EVRM daadwerkelijk kan worden voorkomen. Dat is met het kort geding naar Nederlands recht het geval. Art. 13 EVRM eist niet dat het effectieve rechtsmiddel aan alle eisen van art. 6 lid 1 EVRM voldoet noch dat de nationale instantie waarnaar art. 13 EVRM verwijst een rechterlijke instantie is. Hoe dat ook zij, het kort geding voldoet aan beide eisen. Daarnaast is de toetsing die in kort geding plaatsvindt indringend genoeg om een effectieve rechtsbescherming te waarborgen. De voorzieningenrechter is bevoegd (en verplicht) vragen die de uitleg van Nederlands recht betreffen te beantwoorden, ook als het om ingewikkelde vragen gaat, al zal hij in het laatste geval behoedzaamheid kunnen betrachten (...).”³

Het is echter de vraag of deze procedurele route daadwerkelijk kan kwalificeren als een remedie die voldoende ‘practical and effective’ is, zoals het EVRM dat vereist. Immers, dit traject vergt dat de klager een nieuwe procedure moet opstarten, met alle tijdverlies (zelfs in kort geding) en uiteraard ook (proces)kosten en (proces)risico’s van dien. In elk geval getuigt de opstelling van de Hoge Raad die deze route zonder nadere argumentatie naar voren schuift, van veel optimisme.⁴ Los daarvan: als herstel in oude toestand niet meer mogelijk is, wat regelmatig het geval zal zijn, zal in zo’n kort geding *de facto* slechts schadevergoeding gevorderd kunnen worden, hetgeen in kort geding nu juist niet kan.⁵ Alleen al omwille van die problematiek kan mijns inziens niet zonder meer van een ‘effective remedy’ worden gesproken als het over (het kunnen voeren van) een kort geding gaat.

[109] 2 HR 10 maart 2006, *NJ* 2006/458, m.nt. J.M. Reijntjes (Hertz/Staat), r.o. 3.7: “Onderdeel 6 klaagt dat het hof (...) had moeten oordelen dat buitengebruikstelling van een voertuig jegens de rechthebbende een vaststelling is van diens civielrechtelijke rechten en plichten, zonder dat is voorzien in een eerlijke rechtsgang binnen een redelijke termijn als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM en zonder dat sprake is van een effectief rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM. Het onderdeel faalt, reeds omdat de verhuurder zich tot de burgerlijke rechter kan wenden teneinde, zo nodig in het kader van een voorlopige voorziening, van deze een oordeel te verkrijgen omtrent de uitoefening van de bevoegdheid tot buitengebruikstelling.”

3 Zie Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3682, r.o. 4.9.

4 Diezelfde ‘werkwijze’ is ook zichtbaar in HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), waarover kritisch VAN KESSEL 2014. In die zaak wordt echter wel het kostenaspect deels gereduceerd doordat geen griffierechten verschuldigd zijn, zie r.o. 3.16.3 en VAN KESSEL 2014, p. 272-273.

5 Inzake de beperkingen die het kort geding (bedoeld voor ordemaatregelen) kenmerken, zeker als het om geldvorderingen gaat, zie nr. 141 en verder o.a. STEIN/RUEB 2013, p. 274-277.

4.5 Nationaal recht: de verklaring voor recht

[110] *Een remedie voor Chipshol?* Naar de maatstaven van het EHRM kan het volstaan als vorm van genoegdoening om vast te stellen dat er een fundamenteel recht is geschonden. Naar Nederlandse termen hebben we het dan over een verklaring voor recht.¹ Dat zo'n verklaring voor recht inderdaad als remedie kan dienen na schending van de procedurele rechten van een procespartij,² kwam pregnant naar voren in het langstlepende conflict tussen de Staat en Chipshol.³ In de zaak die uiteindelijk tot het *Chipshol*-arrest⁴ leidde, ging het om een onrechtmatige daadsactie van Chipshol tegen de Staat. Daaraan werd ten grondslag gelegd dat door de vervanging in een eerdere procedure van de drie oorspronkelijk aan de zaak toegewezen rechters van de Rechtbank Haarlem, Chipshol in haar procesbelang was geschaad en dat (het bestuur van) die rechtbank art. 6 EVRM geschonden heeft en/of onzorgvuldig heeft gehandeld. Volgens Chipshol zou moeten worden onderzocht of de vervanging van de rechters in verband stond met het (voor Chipshol gunstige) optreden van die kamer.

Het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor ter voorbereiding op die onrechtmatige daadsvordering werd door het Haagse Hof nog afgewezen, omdat hetgeen door Chipshol aangevoerd was geen rechtsovereenkomst tegen de Staat zou kunnen vormen, zodat Chipshol daarbij geen belang had. Het verhoor werd door de Hoge Raad echter alsnog toegelaten. Dit werd gebaseerd op de eigen vaste rechtspraak⁵ inzake de toewijsbaarheid van voorlopige getuigenverhooren (welke

[110] 1 Zie uitvoerig N.E. GROENEVELD-TIJSSENS, *De verklaring voor recht*, 2015. Zie ook M.C.G. VAN ESSEN, 'De sanctionering van de schending van het zelfbeschikkingsrecht in het kader van de WGBO', in: S.D. Lindenberg, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 124-125, die ook wijst op 'excuses' als mogelijke vorm van genoegdoening. Omdat daarmee de vaak wel degelijk geleden schade na een mensenrechtenschending niet geredresseerd wordt, ga ik daaraan voorbij.

2 Zie in dat verband ook nog HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (AIG/X.), waarin aanvaard wordt dat de eiser voldoende belang heeft bij een verklaring voor recht als de mogelijkheid van schade aannemelijk is, ook als er geen schadevergoeding gevorderd wordt.

3 Zie I. GIESEN, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in: E.C. Huijsmans, M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, 2014, p. 53-56 dat als basis diende voor deze paragraaf, en ook al HR 13 december 1996, NJ 1997/682, m.nt. J. de Boer (W./Staat) en LINDENBERGH 2011, p. 83-84.

4 HR 19 maart 2010, NJ 2010/172 (Chipshol/Staat). Een soortgelijke uitspraak volgde in Hof 's-Gravenhage 5 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0132 (Mustafic-Nujic/Staat), r.o. 8.4.

5 Vgl. HR 6 juni 2008, NJ 2008/323 (R./Staat).

toewijsbaarheid niet afhankelijk is, kort gezegd, van de inhoudelijke merites van de onderliggende actie).

Hij overweegt vervolgens⁶ in r.o. 3.6:

“Aan de toewijsbaarheid van een op die grond gebaseerde vordering staat, anders dan volgens het hof het geval is (...), niet in de weg dat Chipshol in de procedures tegen de Luchthaven en tegen LVNL een rechtsmiddel heeft kunnen instellen. Weliswaar heeft de (thans nog niet bekende) uitkomst van die procedures na aanwending van alle rechtsmiddelen te gelden als hetgeen waarop Chipshol jegens de Luchthaven en LVNL rechtens aanspraak kan maken, zodat zij in zoverre geen schade lijdt ten gevolge van het door haar gestelde onrechtmatig handelen van het gerechtshof. Maar dat neemt niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken, indien deze zou komen vast te staan, een ernstige schending zou betekenen van haar door onder meer art. 6 EVRM gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces. In een op die schending gebaseerde procedure tegen de Staat zou Chipshol in elk geval, als genoegdoening voor deze schending, een daartoe strekkende verklaring voor recht kunnen vorderen. [mijn curs., IG]”

Hiermee erkent de Hoge Raad op zijn minst dat de vordering van Chipshol niet helemaal zonder grond is, zonder daarmee overigens iets te zeggen over de uiteindelijke feitelijke juistheid van die vordering. De Hoge Raad sluit niet uit dat er uiteindelijk eventueel een schadevergoeding mogelijk is, want hij stelt dat er ‘in elk geval’ ruimte is om een verklaring voor recht te vorderen, hetgeen er ook op duidt (althans zou kunnen duiden) dat er ook nog ruimte is voor iets anders.⁷

[111] *En het Jeffrey-arrest dan?* Of deze (deels *obiter*) uitspraak ook nog een (gedeeltelijk) terugkomen op het beruchte *Jeffrey-arrest*¹ behelst, kan op deze plaats wegens gebrek aan belang voor de onderhavige materie in het midden blijven.² Daarom volsta ik hier met de observatie dat de discussie door de uitspraak van de Hoge Raad in de latere zaak *Jeugdzorg Haaglanden*,³ niet zal verstommen. De Hoge Raad erkent daarin, op grond van art. 5 EVRM en in afwijking van eerdere rechtspraak, als voldoende procesbelang de vaststelling van de (on)rechtmatigheid van een al afgelopen vrijheidsbenemende maatregel. Dat is uiteraard een belang dat (ook) een stevige vermogenrechtelijke kant kent (en dus geen zuiver emotioneel belang), maar de overweging van de Hoge Raad dat

[110] 6 G.E. VAN MAANEN, ‘Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?’, *NTBR* 2010/24, p. 193, betoogt dat de Hoge Raad had kunnen volstaan met het voorgaande. Hij ziet daarom in de enkele aanwezigheid van de navolgende overweging een aanwijzing dat de Raad misschien terugkomt op het beruchte *Jeffrey-arrest* (HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853), zie nader nr. 111.

7 Zo ook D. HAAS, ‘Een verklaring voor recht als genoegdoening’, *MvV* 2010, p. 161.

[111] 1 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*).

2 Zie G.E. VAN MAANEN, ‘Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?’, *NTBR* 2010/24, p. 189 e.v.; D. HAAS, ‘Een verklaring voor recht als genoegdoening’, *MvV* 2010, p. 158 e.v.; A.L.M. KEIRSE, ‘Een verklaring voor recht als mijlpaal’, *WPNR* 6903 (2011), p. 869 e.v.; LINDENBERGH 2011, p. 84-86; M.C.G. VAN ESSEN, ‘De sanctionering van de schending van het zelfbeschikkingsrecht in het kader van de WGBO’, in: S.D. Lindenberg, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 124-125.

3 HR 24 juni 2011, *NJ* 2011/390, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Jeugdzorg Haaglanden*).

dit belang “hem ook niet [zal] mogen worden ontzegd op de grond dat hij niet heeft aangevoerd dat hij beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregel verlangt teneinde een aanspraak op schadevergoeding geldend te kunnen maken”, zal het kamp-Van Maanen als steun beschouwen. Mijn idee zou zijn: volg de stelling van Lindenberg in diens preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (te kort gezegd: een beroep op een fundamenteel recht staat gelijk aan een procesbelang),⁴ dan wordt meteen ook aan art. 13 EVRM voldaan.⁵

[112] *De enkele inbreuk volstaat.* De *Chipshol*-uitspraak lijkt er in elk geval wél op te wijzen dat de enkele schending van een procesrechtelijk beginsel – zoals het recht op een eerlijk proces – voldoende kan zijn voor een verklaring voor recht op grond van onrechtmatige daad, ook zonder dat er daadwerkelijk (vermogens) schade is geleden door die schending, althans zonder dat dergelijke schade waarschijnlijk is.¹ De schending ‘als zodanig’² is hier dus voldoende voor een sanctie – een verklaring voor recht – én een actie: de Hoge Raad spreekt immers over ‘een op die schending gebaseerde procedure’, hetgeen dus een zelfstandige procedure behelst. Dit zou mijns inziens een goede ontwikkeling zijn die keurig zou passen bij de huidige trend om meer aandacht voor genoegdoening, ook via

[111] 4 LINDENBERGH 2011, p. 86. Naar Engels recht is er meer ruimte om te procederen als er geen economisch belang meer speelt (de schade is al vergoed), maar bijv. alleen nog de ‘vindication of rights’ aan de orde is, zie *Ashley t. Chief Constable Of Sussex Police* [2008] UKHL 25; [2008] 2 WLR 975; [2008] 1 AC 962.

5 Voor die beide ‘routes’ (Van Maanen c.q. Lindenberg) geldt dat nadere steun voor het arrest HR 24 juni 2011, NJ 2011/390, m.nt. S.F.M. Wortmann (Jeugdzorg Haaglanden) kan worden gevonden in HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (AIG/X.), waarin aanvaard wordt dat de eiser voldoende belang heeft bij een verklaring voor recht als de mogelijkheid van schade aannemelijk is, ook als er geen schadevergoeding gevorderd wordt. Dat oordeel verruimt immers de mogelijkheden om een verklaring voor recht te vragen.

[112] 1 De ‘mogelijkheid van schade’ volstaat, aldus HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (AIG/X.), r.o. 4.1.2. En dat terwijl in het *Jeffrey*-arrest (HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853) een dergelijke vordering (te weten: een verklaring voor recht) als een (in dat geval) ‘zuiver emotioneel belang’ niet als een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW werd gezien. Ogenblikkelijk valt echter op dat het in *Chipshol* niet om een ‘zuiver emotioneel belang’ gaat, zodat in zoverre de vergelijking al mank gaat. Verder meen ik dat de achtergrond in *Chipshol* zodanig anders was (het ging om de vraag of een voorlopig getuigenverhoor moest worden gelast, waarbij geldt dat niet vereist is dat er al enige rechtens afdwingbare vordering aanwezig is) dan in *Jeffrey*, dat ook daarom het laatst gewezen arrest niets zegt over of het eerste arrest achterhaald zou zijn (wat overigens, ook mijns inziens, een goed idee zou zijn). Zo ook D. HAAS, ‘Een verklaring voor recht als genoegdoening’, *MvV* 2010, p. 161.

2 Ik noem dat verderop, in nr. 145, ook wel ‘integriteitsschade’ of een ‘integriteitsinbreuk’.

gerechtelijke procedures, aan de dag te leggen,³ en tevens zou passen bij de trend – denk aan het geschonden recht op zelfbeschikking van moeder en vader in de *Baby Kelly*-zaak en aan de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning die in het geding was in de *Oosterpark*-zaak⁴ – om inbreuken op fundamentele rechten *als zodanig* als ‘sanctiewaardig’ te beschouwen, ook los van de vraag of die inbreuk dan specifiek tot schade van een bepaalde (normaal vergoedbare) soort heeft geleid, zie nader nr. 144 e.v.⁵ Dit zou bovendien aansluiten bij de in Straatsburg vaak als remedie benutte mogelijkheid – hoewel niet zonder kritiek gebleven, zie nr. 102 – dat de declaratoire uitspraak van het Hof dát er een schending van een mensenrecht heeft plaatsgevonden, voldoende herstel biedt voor betrokkene.⁶ Iets soortgelijks lijkt zich in Nederland⁷ inderdaad als een nationale optie aan te dienen,⁸ hoewel dit weinig soelaas biedt. Wat daarmee wel blijft staan, en lastig te pareren lijkt, is dat er dan blijkbaar een onderscheid moet worden gemaakt tussen geschonden EVRM-rechten (*Chipshol*) en andere (subjectieve) rechten (*Jeffrey*), hetgeen niet altijd gerechtvaardigd lijkt.⁹

- [112]
- 3 Ik noem slechts de mogelijkheid van doorverwijzing naar mediation door de rechter. In het aansprakelijkheidsrecht is ‘genoegdoening’ ook al enige tijd een belangrijk thema. Vgl. in dit verband ook D. HAAS, ‘Een verklaring voor recht als genoegdoening’, *MvV* 2010, p. 161, en zie bijv. C.E. DU PERRON, ‘Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht’, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2003-1.
 - 4 Zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*) en HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. van der Vranken (*Oosterpark-rellen*); LINDENBERGH 2011, p. 90-95. Zie ook reeds A.J. VERHEIJ, ‘Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade’, *RMThemis* 1998, p. 339 e.v.
 - 5 Het *Draft Common Frame of Reference* gaat ook die kant op, in art. VI.-2:203: de aantasting van iemands ‘dignity’ als zodanig is rechtens relevante schade, zie S.D. LINDENBERGH, ‘Legally relevant damage. Artikelen VI.-2:101 – VI.2:211 DCFR’, *NTBR* 2011/49, p. 348.
 - 6 Ook D. HAAS, ‘Een verklaring voor recht als genoegdoening’, *MvV* 2010, p. 161-162, wijst op de parallel. In HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D. H. Asser (De Bilt) wordt deze mogelijkheid ook aanvaard, zie kritisch daarover VAN KESSEL 2014, p. 272.
 - 7 Dat daarmee de uitzondering in Europa is, aldus M. JÓZON, ‘Satisfaction by Finding a Violation’, in: A. Fenyves e.a. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2011, p. 769.
 - 8 Geheel nieuw zou dat niet zijn, zie HR 13 december 1996, *NJ* 1997/682, m.nt. J. de Boer (W./Staat) in r.o. 3.3: “Voorts dient er rekening mee te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter vaststelt dat inderdaad van een schending van de betrokken voorschriften sprake is geweest, reeds een zekere genoegdoening is gelegen, zoals ook uitgangspunt is van de rechtspraak van het EHRM op grondslag van art. 50 EVRM.” Hierop is gewezen door A.L.M. KEIRSE, ‘Een verklaring voor recht als mijlpaal’, *WPNR* 6903 (2011), p. 871.
 - 9 Maar wellicht vindt de Hoge Raad het zuiver emotionele belang om met de rouwverwerking een begin te (kunnen) maken niet fundamenteel genoeg, hetgeen in zoverre juist is dat dit belang nergens direct in een fundamenteel recht lijkt te zijn geïncorporeerd.

[113] *Is dit EVRM-waardig?* Als deze uitleg juist is, en die nieuwe remedie inderdaad in zijn algemeenheid beschikbaar zou zijn, is daarmee dan verzekerd dat ons nationale recht een 'practical and effective remedy' biedt tegen mensenrechtenschendingen? Dan zou de Hoge Raad in feite het ei van Columbus hebben gevonden. Dat is echter geenszins een uitgemaakte zaak. Weliswaar wordt een dergelijke 'declaration' door het Europese Hof vaak als voldoende genoegdoening gezien, maar dat betekent niet automatisch dat zulks op nationaal niveau ook voldoende zal zijn of zo ervaren zal worden. Dat is alleen al hierom het geval omdat na een dergelijke Straatsburgse declaratoire uitspraak een nationale schadevergoedingsvordering nog steeds mogelijk is en het Hof ook overigens meer van de verdragsstaten verlangt (kort gezegd: volledig herstel, dan wel schadevergoeding, en dus niet alleen een vorm van erkenning). Er moet dus nog wel wat meer gebeuren.

4.6 Nationaal recht: herroeping

[114] *Herroeping (art. 382 Rv)?* Een voor de hand liggende, hoewel niet EVRM-verplichte¹ wijze om tot (rechtsherstel en) sanctionering te geraken, lijkt gelegen te kunnen zijn in de (uitzonderlijke) mogelijkheid die het wetboek biedt om de oorspronkelijke, onjuist gebleken rechterlijk uitspraak zelf aan te vatten, deze te vernietigen, en alsnog te vervangen door een nieuwe uitspraak, een uitspraak die dan wél recht doet aan de procedurele garanties die het EVRM biedt. Zo eenvoudig blijkt de hier bedoelde regeling van de herroeping² echter niet van stal te halen.

Om tot een fatsoenlijke civielrechtelijke afwikkeling te komen na een mogelijke mensenrechtenschending, is er in het verleden over nagedacht, en oorspronkelijk ook op ingezet, om tot een wijziging van de regeling van de herroeping uit art. 382 Rv te komen, waardoor een civiel vonnis na een veroordeling in Straatsburg alsnog zou kunnen worden herzien. Voor strafzaken is enige jaren geleden een dergelijk systeem geïntroduceerd in art. 457 lid 1 Sv.³

Voor eventuele civielrechtelijke schendingen van het EVRM beoogde de wetgever toen om aan de regeling van art. 382 Rv een nieuwe categorie (d) toe te voegen, zodat bij een schending van art. 6 EVRM de herroeping van het civielrechtelijke vonnis of arrest mogelijk zou worden.⁴ De regering heeft uiteindelijk besloten van

[114] 1 Zie VAN BOGAERT 2005, p. 251 e.v.
2 Zie in zijn algemeenheid VAN EMMERIK 1997, p. 336 e.v.; VAN BOGAERT 2005, p. 250 e.v.; SNIJMERS e.a. 2011, nr. 290, en bijv. HR 2 november 2012, NJ 2012/629 (afstammingsbedrog).
3 Zie over deze thematiek uitvoerig P.H.P.H.M.J. VAN KEMPEN, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, 2003.
4 De uitspraak van het EHRM zelf doorbreekt het gezag van gewijsde van de nationale uitspraak niet, zie BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 33, en het EVRM verplicht een verdragsstaat niet om het doorbreken van het gewijsde mogelijk te maken, zie BREUER 2011, p. 578-579.

deze regeling af te zien voor civielrechtelijke gevallen,⁵ omdat ook de belangen van de wederpartij bij het oorspronkelijke vonnis, en eventueel derden, betrokken zijn bij de oorspronkelijke uitspraak, terwijl de mensenrechtenschending in kwestie een fout van de rechterlijke macht (en dus de staat) en niet van die wederpartij of de derde is, zodat die wederpartij of derde in elk geval niet de dupe mag worden van een herstelmaatregel voor de klager, zoals een herroeping.⁶

[115] *Het onvermijdelijke belang van 'de ander'*. De rechtsbetrekking tussen de twee oorspronkelijke civiele procespartijen kan en mag dus niet gewijzigd worden door het herstel van de procedurele mensenrechtenschending door de rechterlijke macht. Daarin was overigens voorzien in het hiervoor genoemde voorstel tot wijziging van art. 382 Rv, en wel via het beoogde art. 389 lid 2 Rv (nieuw), waarin bepaald was dat herroeping achterwege zou blijven indien dat noodzakelijk zou zijn ter bescherming van de belangen van de wederpartij. Blijkens de ingewonnen wetgevingsadviezen, leverde die constructie onvoldoende soelaas.¹ Dat vervolgens het civielrechtelijke wetgevingstraject is stilgezet, heeft dan wel als vervelende consequentie dat herroeping civielrechtelijk niet mogelijk is na een inbreuk op het EVRM en met name dat de benadeelde dus alsnog een nieuwe civiele procedure zal moeten starten, nu tegen de staat, om een schadevergoeding of anderszins herstel te vorderen.² Dat is, als gezegd, een stevige last voor iemand die al een procedure achter de rug heeft.

Dit is echter ook, zo blijkt, een onvermijdelijke 'last' omdat *elke* vorm van herroeping, hoe ook ingestoken, altijd zal conflicteren met de belangen van de immers ook altijd aanwezige wederpartij (uitgezonderd sommige verzoekschrift-procedures).³ Dit is een onvermijdelijke 'karaktertrek' van de materie waar het hier om gaat: in een civiele procedure tussen twee private partijen heeft een overheidsorgaan inbreuk gemaakt op een fundamenteel recht, ten koste van één procespartij. Als die partij daarvoor genoegdoening wil, zal zij bij die overheid moeten klagen en dat kan alleen in een 'nieuwe context', dus los van de oorspronkelijke procedure, met een nieuwe wederpartij omdat de 'oude' tegenstander, als het om de mensenrechteninbreuk gaat, uit beeld is.⁴

[114] 5 Zie R. ORTLEP, 'Het conceptwetsvoorstel herroeping van vonnissen en beschikkingen ter uitvoering van een uitspraak van het EHRM', *TCR* 2005, p. 69-77, en dezelfde, 'Het conceptwetsvoorstel herroepen: *herroepen*', *TCR* 2005, p. 97-99, alsmede VAN BOGAERT 2005, p. 250 e.v. Een eerdere poging (in 1995) faalde ook al, zie VAN EMMERIK 1997, p. 344.

6 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 4.

[115] 1 Zie het overzicht in *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 2-4.

2 Zie bijv. VAN EMMERIK 1997, p. 298. Overigens zal het verschil met het nogmaals moeten doorlopen van de oorspronkelijke procedure (na een herroeping) niet altijd heel groot zijn.

3 Zie o.a. VAN BOGAERT 2005, p. 257.

4 G.E. VAN MAANEN, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies VBR, 2011, p. 59, schetst het zo dat de zaak 'van kleur verschiet'.

Intussen leek de wetgever nog niet van ophouden te willen weten,⁵ en dus werd een concept-wetsvoorstel geopenbaard ('Wet schadevergoeding bij termij-noverschrijdingen')⁶ om beter met onredelijke vertragingen in bestuursrechtelijke zaken om te kunnen gaan. Naar het schijnt, zou de civiele procedure daarbij later ook nog worden meegenomen.⁷ Het wetgevend stilzwijgen sindsdien⁸ bood echter weinig hoop dat er werkelijk iets zou gaan komen, laat staan dat daarmee dan het onvermijdelijke 'wederpartij'-probleem omzeild zou gaan worden;⁹ en inderdaad is inmiddels aangekondigd dat er geen (bestuursrechtelijk) wetsvoorstel komen zal.¹⁰

4.7 Nationaal recht: aansprakelijkheid van de Staat

4.7.1 Inleiding

[116] *Een weinig rooskleurig beeld.* Het beeld zoals tot nog toe geschetst, is op zijn best 'bleekjes' te noemen. Qua sanctionering van inbreuken op een fundamenteel recht gedurende een civiele procedure is er niet zo veel mogelijk naar Nederlands recht, zo lijkt het. Alle 'wegen' leiden uiteindelijk naar de gedachte dat een schadevergoeding de klager moet 'herstellen' en genoegdoening moet verschaffen. Wij zullen zien of dat inderdaad het geval is door eerst op hoofdlijnen de regeling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak te beschouwen, inclusief de recente ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad op dat vlak, door daarbij mogelijke inspirerende voorbeelden uit het bestuurs- en strafrecht te bespreken, om tot slot een alternatief ter verbetering van de huidige situatie te presenteren (§ 4.7.6).

De mogelijke aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van leden van de rechterlijke macht, is een veelbesproken thema met diverse interessante facetten, maar zulks betekent wel dat hier niet elke doctrinaire beschouwing of elk facet

-
- [115] 5 Ongetwijfeld ook omdat de huidige situatie vanuit Straatsburg als onwenselijk wordt gezien, zie T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 58.
- 6 Het consultatievoorstel is sedert eind 2011 nauwelijks meer te vinden en is ook nooit officieel ingediend bij de Tweede Kamer. Zie daarover wel W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1346 e.v.; en A. COLLIGNON & A. TEN VEEN, 'De talmende bestuursrechter; verleden, heden en toekomst', *O&A* 2011, p. 110-119.
- 7 Zie W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1346 e.v.
- 8 Zie de conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), sub 3.7, voorafgaand aan ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.
- 9 Een uitzondering geldt wellicht ten aanzien van de mogelijkheid van herroeping van (oorspronkelijke) procedures tegen de overheid, zie VAN EMMERIK 1997, p. 344-345 en 349.
- 10 Zie de aankondiging dat de eerdere plannen vervallen zijn in *Stb.* 2013, 162, p. 4 (betreffende de Wet nadeelscompensatie).

kan worden besproken. Als vertrekpunt van de analyse wordt hier uitgegaan van de huidige stand van de Nederlandse en Europese rechtspraak.¹

4.7.2 Aansprakelijkheid van de Staat wegens onrechtmatige rechtspraak

[117] *Het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak.* In het licht van de vooralsnog niet erg effectieve sanctionering, komt als belangrijk alternatief naar voren het inroepen van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat op basis van de onrechtmatige daad. De onrechtmatigheid schuilt dan hierin dat de rechter (enkelvoudig of meervoudig zittend) een (beroeps)fout gemaakt heeft in de oorspronkelijke (civiele) procedure tussen twee particuliere partijen. Vandaar ook de term onrechtmatige rechtspraak.¹ Maar deze mogelijke aansprakelijkheid van de rechter wordt van oudsher in Nederland als zeer beperkt gezien. De vraag is dus onder welke voorwaarden de Staat aansprakelijk is voor fouten van rechters.

Blijkens het – in elk geval tot voor kort, maar zie nr. 129 – richtinggevende arrest van de Hoge Raad uit het begin van de jaren 70 van de vorige eeuw, zijn er twee cumulatieve voorwaarden waaraan moet zijn voldaan.² Ten eerste zijn bij de voorbereiding van de beslissing door de rechter zo fundamentele rechtsbeginselen veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en ten tweede mag er geen rechtsmiddel meer openstaan of open hebben gestaan.

Het ligt voor de hand te veronderstellen dat bij een geconstateerde schending³ van art. 6 EVRM aan die eerste eis voldaan zal zijn. Toch is er in die gevallen niet zonder meer reden om van een succesvolle vordering uit te gaan, want de Hoge

[116] 1 Zie nader VAN BOGAERT 2005; G.E. VAN MAANEN, R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad*, 2005, p. 127-133. Voor historische en rechtsvergelijkende beschouwingen, zie E.J.H. SCHRAGE, 'De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten', *RMThemis* 1995/4, p. 127-141; F. BRANDSMA, 'There have never been enough heroes to go around', *AA* 2014, p. 111 e.v., en (Romeinsrechtelijk) M.W.J. REIJNTJES, 'De Romeinrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2013, p. 77 e.v. Voor een recente analyse vanuit het Duitse recht, zie BREUER 2011; andere rechtsvergelijkende gegevens volgen hierna. Op de (ontbrekende) persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter en de (ontbrekende) regresmogelijkheden, ga ik niet nader in, zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/NAI), in nr. 10.

[117] 1 Uiteraard kan de rechter ook de fout in gaan tijdens een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure, maar het verschil is dan dat in die gevallen de wederpartij van de klager de overheid is (groveweg: het Rijk, of een onderdeel daarvan, de provincie, de gemeente of het Openbaar Ministerie), hetgeen wat meer ruimte geeft voor andere sancties, zie nr. 115 hiervoor. Ik ga hier uit van een rechterlijke fout in een eerdere civiele procedure.

2 Zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (X./Staat).

3 Voor zover die constatering stamt van het EHRM zelf, zal meteen ook aan de tweede eis voldaan zijn, want de nationale rechtsmiddelen moesten immers al uitgeput zijn alvorens de klager zich tot het EHRM kon wenden.

Raad is altijd zeer terughoudend geweest bij de toekenning van een vergoeding.⁴ Zo betekent de schending van bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel of de redelijke termijn niet dat de civiele procedure niet eerlijk was. Alleen bij schending van het vereiste van 'fair trial', in de zin van hoor en wederhoor, en bij een inbreuk op de onpartijdigheid van de rechter, biedt de rechtspraak kansen voor een succesvolle claim.⁵ Met andere woorden: het enkele feit dat de rechter een fout heeft gemaakt, is – vooralsnog althans⁶ – onvoldoende. De reden en achtergrond van deze terughoudendheid moet onder andere, zie ook nog nr. 123, hierin gezocht worden dat de Hoge Raad de procespartijen niet nog een extra kans op een (nieuwe) beoordeling van de (oorspronkelijke) zaak, maar dan in een nieuw geding, wil geven. *Litis finire oportet*. Bovendien wil de Raad voorkomen dat langs deze weg het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wordt ondergraven.

[118] *Terughoudendheid in Nederland sindsdien*. De genoemde civielrechtelijke¹ terughoudendheid blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.² Zo stond in *Franklin/Nederlandse Antillen*³ de vraag centraal of de (toenmalige) Raad van Beroep in Ambtenarenzaken in een procedure over de vordering van Franklin tot vernietiging van diens ontslagbesluit, onrechtmatig gehandeld had wegens

[117] 4 Zie bijv. ('vrijwel geen kans van slagen') S.C.J.J. KORTMANN, J.S. KORTMANN & L.B. KORTMANN, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert, *Grensverleggend staatsrecht*, 2001, p. 212, alsmede p. 213; VAN BOGAERT 2005, p. 468 ('vrijwel nihil'), en ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/385 ('weinig kansrijk').

5 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 155 en 255, met verwijzingen; hij pleit voor verruiming. In de genoemde gevallen moet ook nog aan de tweede eis voldaan zijn, hetgeen de kansen verder verkleint, zie ook S.C.J.J. KORTMANN, J.S. KORTMANN & L.B. KORTMANN, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert, *Grensverleggend staatsrecht*, 2001, p. 214.

6 Of dit stelsel nog houdbaar is, wordt hierna nader bezien.

[118] 1 Strafrechtelijk is er enige ruimte gecreëerd (om het stelsel van rechtsmiddelen te doorbreken) in HR 1 februari 1991, NJ 1991/413, m.nt. Th.W. van Veen (Mededaders Kostovski), waarin overwogen werd dat de beslissing van een strafrechter niet via de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad tot onderwerp van een nieuw geding gemaakt mag worden, tenzij een uitspraak van het EHRM waarmee de strafrechter geen rekening heeft kunnen houden, ertoe noopt te concluderen (en dat ook niet voor redelijke twijfel vatbaar is) dat de beslissing in strijd met de eis van een eerlijke behandeling tot stand is gekomen. Zie nader ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/389. Door invoering van de strafrechtelijke herroepingsmogelijkheid van art. 457 Sv zou deze route via de burgerlijke rechter 'afgesloten' zijn, vgl. T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 57.

2 Voor een overzicht van rechtspraak, zie ook ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/385-390.

3 HR 26 februari 1988, NJ 1989/2, m.nt. W.H. Heemskerck (Franklin/Nederlandse Antillen).

veronachtzaming van zo fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kon worden gesproken, conform de maatstaf uit *X./Staat*. Als grond daarvoor werd door Franklin aangevoerd dat zijn pleidooi na enige tijd werd afgebroken, omdat er niet meer tijd beschikbaar was. Het Hof heeft deze klacht verworpen; de pleitnotities zijn door Franklin overgelegd zodat de ambtenarenrechter kennis heeft kunnen nemen van de inhoud ervan. In cassatie stelt de Hoge Raad dat het middel kennelijk ertoe strekt te betogen:

“dat het beletten van een procespartij ‘om een pleidooi waarmede deze partij is aangevangen, verder voort te zetten en te voltooien’ oplevert veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel bij de voorbereiding van de beslissing dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kan worden gesproken, ook als vaststaat dat de rechter kennis kan nemen van de inhoud van pleitnotities aan de hand waarvan de pleiter zijn pleidooi wenste voort te zetten, en dat die procespartij niet voornemens was mondeling zaken naar voren te brengen die niet in de pleitnotities zijn vermeld. Dat betoog kan niet als juist worden aanvaard.”

Hier strandt de vordering dus al op het feit dat er geen sprake is van een veronachtzaming van een rechtsbeginsel.

In de zaak *S./Staat*⁴ zat *S.* enige tijd ten onrechte in voorlopige hechtenis. Hij wil vergoeding van de schade die daardoor geleden is, op grond van art. 89 Sv, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard. Dat oordeel is onjuist en dus meent het hof in de civiele zaak die volgt dat de rechter eerder een onjuiste beslissing heeft gegeven bij de voorbereiding waarvan fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden, en dat dus de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. De Hoge Raad casseert. Hij stelt de norm voor onrechtmatige rechtspzaak voorop⁵ en oordeelt dan:

“Ook indien het Hof te Amsterdam over het hoofd zou hebben gezien dat het verzoek mede door *S.* was ondertekend, of indien het zou hebben geoordeeld dat de medeondertekening door *S.* onvoldoende was om het door diens raadsman ingediende en ondertekende verzoek als ontvankelijk aan te merken, heeft dit Hof weliswaar een onjuiste beslissing gegeven, maar kan niet worden gezegd dat bij de voorbereiding daarvan dergelijke rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd. In zijn arrest heeft het Hof – dat ook niet nader aangeeft welke fundamentele rechtsbeginselen naar zijn inzicht zouden zijn veronachtzaamd – dit miskend.”

Niet elke fout van een rechter is een onrechtmatige daad, zoveel is wel duidelijk.

[118] 4 HR 29 april 1994, NJ 1995/727, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (*S./Staat*).
5 Met een verwijzing naar HR 8 januari 1993, NJ 1993/558, m.nt. H.J. Snijders (*R./Staat*). Daarin ging het vooral over het stelsel van rechtsmiddelen: “Het is onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in medische tuchtzaken, als neergelegd in de Medische Tuchtwet, dat degene aan wie door de medische tuchtrechter een maatregel als bedoeld in art. 5 van die wet is opgelegd, de gelegenheid zou hebben langs de weg van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tegen de Staat de juistheid van de beslissing van de medische tuchtrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot deze beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te doen toetsen.” Alleen als aan de norm van *X./Staat* is voldaan, is dat eventueel anders.

[119] *Een enkele uitzondering.* Dat het wel anders kan lopen, bleek uit de (van oorsprong strafrechtelijke) zaak *Staat/M.*¹ Daarin werd betoogd dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit de onrechtmatig gebleken rechtspraak van de nationale rechter, waarbij enkele in art. 6 EVRM vervatte fundamentele rechtsbeginselen jegens M. zijn geschonden. Die zaak was in zoverre bijzonder dat de Staat niet meer bestreed dat er sprake is geweest van onrechtmatige rechtspraak, terwijl als uitgangspunt had te gelden, gezien een uitspraak van het EHRM in deze kwestie, dat vaststaat dat bij de strafrechtelijke veroordelingen sprake is geweest van een schending van art. 6 EVRM omdat die veroordelingen berustten op verklaringen van anonieme getuigenissen door politiebeambten. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, “dat zich hier de uitzonderlijke situatie voordoet dat de veroordeling van M. c.s. is tot stand gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 lid 1, eerste zin, EVRM (...)”. De raad geeft daarmee dus zelf opnieuw aan dat aansprakelijkheid uitzonderlijk is, hoewel niet geheel en al uitgesloten.

Een vraag die hier wel nog speelde, was of de civiele rechter alsnog ervan uit zou mogen gaan dat de verdachte ook veroordeeld had kunnen worden zonder de verdragsschending, althans dat er een kans bestond dat dat het geval zou kunnen zijn. In verband met de onschuldpresumptie wordt die optie ontkend (r.o. 3.7):

“De onschuldpresumptie verzet zich wel ertegen dat de burgerlijke rechter, in een procedure waarin de ‘rights of defence’ niet zijn gewaarborgd, een bevestigend antwoord geeft op de vraag of (een gerede kans bestaat dat) de veroordeelde ook zonder verdragsschending zou zijn veroordeeld.”

Een mogelijk causaliteitsverweer van de Staat wordt daarmee bij voorbaat onthoofd, hetgeen nog wat extra voedsel geeft aan de (beperkte) mogelijkheid van aansprakelijkheid.

[120] *Omzeilen van de terughoudendheid?* Tot slot van dit overzicht wijs ik nog op het arrest van de Hoge Raad inzake *Stelling/Staat*.¹ In die zaak bepleit de eiser dat het hem er niet om gaat dat de uitspraak van de bestuursrechter onrechtmatig in de hiervoor besproken zin is of zou kunnen zijn, maar dat de rechtbank in dit geval op andere wijze onrechtmatig handelde, namelijk door hem als procespartij te minachten (onder andere door stukken niet te lezen, althans daaraan voorbij te gaan, door stellingen te passeren en door partijdig te zijn). Hier probeerde de eiser dus de klip van het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak te ontwijken en omzeilen, vanwege voornoemde terughoudendheid. De Hoge Raad ging daarin echter niet mee, en sloot deze sluiproute af conform de eigen rechtspraak sinds

[119] 1 HR 18 maart 2005, NJ 2005/201, m.nt. E.A. Alkema (Staat/M.). Hof 's-Gravenhage 5 juni 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF9801, had voordien een stevige schadevergoeding toegekend.

[120] 1 HR 17 december 2004, NJ 2005/68 (Stelling/Staat).

1971, want dit soort klachten moet een procespartij in de lopende procedure met een gewoon rechtsmiddel trachten te herstellen, ook al voelt iemand zich persoonlijk gekrenkt. Ook deze uitspraak toont de starheid van het leerstuk, althans tot dan toe.

[121] *Relatie tot art. 13 EVRM.* Een vraag die in dit verband rijst, is of die starheid (nog) te verenigen is met de eisen die art. 13 EVRM, zoals eerder besproken, stelt. De hoofdlijn te dien aanzien luidde immers, nr. 103-104, dat het mogelijk moet zijn om voor een nationale autoriteit te betogen (op inhoudelijke gronden) dat de conventie geschonden is, en dat, als die stelling geaccepteerd wordt, een effectieve remedie voorhanden moet zijn. Bedoeld is dan een remedie die de schending kan voorkomen, beëindigen of de schade kan redresseren. Soms volstaat daarbij de mogelijkheid van een schadevergoeding achteraf, maar soms ook niet; en soms bestaat er een voorkeur voor het voorkomen van schade. En als schadevergoeding achteraf een optie is, moet deze wel praktisch te realiseren zijn (geen 'improper legal obstacles') want de tijdige betaling van compensatie is een essentieel element van een afdoende remedie.¹

Daaruit volgt mijns inziens dat het bestaan van het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak zoals dat op basis van de rechtspraak uit 1971 in Nederland ingericht is, op zichzelf niet zonder meer afdoende zal zijn. Het enkele feit dat iemand achteraf de Staat der Nederlanden kan aanspreken tot vergoeding van de geleden schade op grond van een onrechtmatige daad, vormt immers op zichzelf nog geen voldoende effectief rechtsmiddel als daaraan (teveel) juridische obstakels verbonden zijn. En dat is hier typisch het geval, zoals uit het voorgaande reeds gebleken is, omdat de eisen voor het kunnen aanvaarden van onrechtmatige rechtspraak erg strikt zijn, zodat aansprakelijkheid een zeer uitzonderlijke uitkomst zal zijn.

4.7.3 Aansprakelijkheid in Europees verband

[122] *Externe invloed: Köbler en het Hof van Justitie.* Of de Hoge Raad de hiervoor beschreven terughoudendheid kan blijven koesteren, is ook twijfelachtig geworden na het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak *Köbler*.¹ Deze Oostenrijkse hoogleraar zou naar eigen zeggen recht hebben op een anciënniteitstoelage na vijftien jaar trouwe dienst, maar hij ontvangt deze niet omdat hij deels in het buitenland gewerkt heeft, aldus de hoogste Oostenrijkse bestuursrechter. Köbler laat het er niet bij zitten en stapt naar de civiele rechter, stellende dat dit een ongerechtvaardigde vorm van indirecte discriminatie betreft en dat zo een onjuiste toepassing aan het Europese recht is gegeven. De civiele

[121] 1 O.a. EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland), § 108. Zie uitvoeriger over e.e.a. Harris e.a. 2014, p. 769. Vgl. ook VLEMMINX 2013, p. 40 ten aanzien van de voorkeur voor preventie.

[122] 1 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004/160, m.nt. M.R. Mok (Köbler/Oostenrijk). Zie nader JANS c.s. 2011, p. 359-364.

rechter stelt een prejudiciële vraag; deze wil weten of de Europeesrechtelijke rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van een lidstaat wegens schending van het gemeenschapsrecht, ook van toepassing is “wanneer het bij de beweerde met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging (...) gaat om een uitspraak van een hoogste rechterlijke instantie van een lidstaat, zoals in casu het [Oostenrijkse] Verwaltungsgerichtshof”.

Het Europese Hof overweegt – kort gezegd – dat de bestaande regels inzake de lidstaataansprakelijkheid (d.w.z. de *Francovich*-rechtspraak van het Hof van Justitie²) ook gelden ook ten aanzien van de schending van Europees recht in een beslissing van een hoogste nationale rechter. Voor die lijn wordt gekozen, omdat anders de volle werking van het gemeenschapsrecht in gevaar zou komen en de daarmee geboden rechtsbescherming zou worden verzwakt.³ Zodoende wordt meteen het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak, in elk geval als het over Europees recht gaat, erkend.⁴ Bij de toepassing van deze regels geldt als voorwaarde, en dat was in casu uiteindelijk een struikelblok voor Köbler, dat er een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ van het EU-recht moet kunnen worden vastgesteld,⁵ naast de overige reguliere vereisten (de geschonden communautaire rechtsregel strekt ertoe particulieren rechten toe te kennen; er is schade en een rechtstreeks causaal verband).⁶ Op grond hiervan moet de rechter, rekening houdend met de specifieke aard van de rechtsprekende functie, onderzoeken of er sprake was van een ‘kennelijke schending’.

- [122]
- 2 Zie o.a. ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/53; C.H. SIEBURGH, ‘EU law and non-contractual liability’, in: A.S. Hartkamp et al (eds.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, 2014, p. 489 e.v.; R. MEIJER, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (diss. RuG) 2007; VAN BOGAERT 2005, p. 262 e.v.; BREUER 2011, p. 382 e.v.; JANS c.s. 2011, p. 337 e.v.
 - 3 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004/160, m.nt. M.R. Mok (Köbler/Oostenrijk), r.o. 32-34. Zie ook VAN BOGAERT 2005, p. 265 e.v.
 - 4 Zie r.o. 38 e.v. van het arrest. Over de receptie ervan in de lidstaten, zie BREUER 2011, p. 479 e.v. (‘kein Widerstand’, p. 498).
 - 5 In de context van onrechtmatige rechtspraak betekent dit begrip dat er een onderscheid gemaakt moet worden naar de mate van beleidsvrijheid die de lidstaat geniet. De enkele schending van EU-recht volstaat als er geen ‘discretion’ bestaat; als die er wel is, zoals vaak het geval zal zijn, moeten alle omstandigheden afgewogen worden, en is beslissend of sprake is van een kennelijke en ernstige miskennis, zie JANS c.s. 2011, p. 345-348, die in dit laatste geval van een willekeurtoetsing spreken. De genoemde omstandigheden betreffen bijv. de duidelijkheid van de geschonden regel, de omvang van de discretionaire ruimte, of het opzettelijk handelen betrof, of er sprake was van verschoonbare rechtsdwaling, etc. Vgl. hierover ook R. MEIJER, ‘Köbler in de polder’, *MvV* 2014, p. 284; C.H. SIEBURGH, ‘EU law and non-contractual liability’, in: A.S. Hartkamp et al (eds.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, 2014, p. 498-509 en C.C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2013 (2nd ed.), nr. 1805-1 e.v. die terecht aangeeft dat deze maatstaf dus niet per se een hele stringente is, zie nr. 1805-3.
 - 6 Vgl. HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004/160, m.nt. M.R. Mok (Köbler/Oostenrijk), r.o. 51 e.v.; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/53. Uitvoerig: BREUER 2011, p. 442 e.v. en VAN BOGAERT 2005, p. 269-272.

[123] *Argumentatie.* Interessant aan deze uitspraak is vooral dat het Hof daarin in feite de belangrijkste argumenten die regelmatig naar voren komen om de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak juist 'beperkt' te houden, van tafel veegt.¹ Ik noem vijf lijnen:

1. De gedachte dat de leer van '*res judicata*', de notie dat de zaak al is beslist, hier zou kunnen interveniëren, is onjuist omdat de achterliggende zaak weliswaar eerder is beslist, maar die zaak betrof andere procespartijen dan het nu voorliggende geschil tussen staat en burger. Daarmee wordt overigens meteen ook de argumentatie langs lijnen van '*litis finire oportet*' afgesneden, want het gaat hier om een nieuw geding en ook dat zal eindigen.²
2. Dat de onafhankelijkheid van de rechter in het geding zou zijn als deze vorm van aansprakelijkheid geaccepteerd zou worden, gaat niet op. Het gaat hierbij immers niet – ook niet in Nederland – om de persoonlijke aansprakelijkheid van de individuele rechter(s), maar (slechts) om de aansprakelijkheid van de staat voor het handelen van een overheidsorgaan.³
3. De gedachte dat de autoriteit van de rechter ondermijnd zou worden, deelt het Hof niet.⁴ Sterker, die rechter meent dat de kwaliteit van rechterlijke uitspraken zal verbeteren als aansprakelijkheid mogelijk is. Men gelooft in Luxemburg dus in de preventieve en disciplinerende werking van het aansprakelijkheidsrecht.⁵
4. Dat er wellicht een competentieprobleem zou kunnen ontstaan (welke rechter moet over een ander oordelen?), maakt weinig indruk. Dat is een punt dat 'gewoon' opgelost moet en kan worden door een instantie aan te wijzen.

[123] 1 Over deze argumenten o.a. ook al C.A.J.M. KORTMANN, 'De aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 96-101; E.J.H. SCHRAGE, 'De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten', *RMThemis* 1995/4, p. 136-140; VAN EMMERIK 1997, p. 313; A. VAN OEVELEN, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten', *TPR* 2004, p. 912-923; VAN BOGAERT 2005, p. 267-269 en 473-474 en BREUER 2011, p. 399 e.v.

2 Uitvoerig over dit argument, BREUER 2011, p. 171-172 en 182 e.v. en A.C. VAN SCHAICK, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 110-111.

3 Over dit argument ook expliciet (vanuit Duits zicht) BREUER 2011, p. 173 en 174 e.v.; VAN BOGAERT 2005, p. 334 e.v.; J.F.M. JANSEN, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963, p. 1217; VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 372-377 en A.C. VAN SCHAICK, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 113.

4 BREUER 2011, p. 193 e.v.

5 Deze stelling is, net als het tegendeel overigens, nooit bewezen.

5. Dat aansprakelijkheid van rechters mogelijk is, wordt in diverse rechtssystemen erkend, ook bijvoorbeeld in art. 41 EVRM.⁶ Dit is dus niet iets buitensporigs.

Het argument dat het stelsel van rechtsmiddelen zich zou verzetten tegen aansprakelijkheid, wordt niet expliciet besproken, maar wordt wel bestreken door de weerlegging van het als eerste genoemde *res judicata*-argument.⁷ Bovendien faalt dat argument vanwege het feit dat het aanwenden van een rechtsmiddel niet altijd de (reeds geleden) schade kan herstellen; denk aan de schade van een onterecht uitgesproken faillissement.⁸

[124] *Rechtsvergelijkende inzichten: de 'Common law'*. Aanhakend bij het rechtsvergelijkende argument¹ van het Hof, blijkt dat het bepalen van de 'juiste' maatstaf voor het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak overal een lastige kwestie is. Net als in Nederland, werkt men ook elders met meer of minder vergaande vormen van uitsluiting van de reguliere werking van het aansprakelijkheidsrecht als het gaat om rechterlijke uitspraken, in elk geval als het gaat om de mogelijkheid om tot persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter te komen.

Denk hierbij bijvoorbeeld aan de regel van 'judicial immunity' in de *Verenigde Staten* welke ingegeven is door de wens om de rechterlijke onafhankelijkheid te garanderen: de rechter moet in volle vrijheid, onafhankelijk en zonder vrees voor

[123] 6 Vgl. ook BREUER 2011, p. 406 e.v. Bedenk hierbij dat elke schadevergoeding op grond van art. 41 EVRM meteen ook een herstel van een rechterlijke fout betreft omdat het EHRM pas tot een uitspraak kan komen nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, en dus de rechter aldaar gesproken heeft, zie J.PH. TERHECHTE, 'Judicial Accountability and Public Liability', *German Law Journal* Vol. 13 no. 3, 2012, p. 327.

7 Zo ook A.C. VAN SCHAIK, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijck e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 110-111.

8 Zie nader A. VAN OEVELEN, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten', *TPR* 2004, p. 918-919.

[124] 1 Zie ook nog de vergelijkende beschouwingen in BREUER 2011, p. 407 e.v., naar aanleiding van de *Köbler*-uitspraak; M. FREUDENTHAL e.a., 'Aansprakelijkheid van de overheid en van rechters voor fouten bij de civiele rechtspleging', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, 1998, p. 237 e.v. en A.W. Jongbloed (red.), *Aansprakelijkheid voor optreden van de rechterlijke macht*, 1999; A.C. VAN SCHAIK, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijck e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 108. Deze rechtsvergelijkende notities zijn overigens niet bedoeld om te bezien of de buitenlandse stelsels aan art. 13 EVRM voldoen.

de gevolgen, kunnen werken.² Er is ook daar echter, zo wordt wel gezegd, een tendens tot verruiming richting een 'qualified immunity',³ maar wat daarvan verder zij, in vrijwel de gehele *Common Law* geldt nog steeds een vrijwel absolute immuniteit, als het ten minste om 'judicial acts' gaat.⁴ Doorslaggevend daarvoor is de gedachte dat op die wijze het publieke vertrouwen in het rechtssysteem bewaard wordt omdat het handelen van de rechter niet in twijfel kan worden getrokken. Net zo goed zou echter gezegd kunnen worden dat de uitsluiting van aansprakelijkheid dat vertrouwen juist ondergraaft.⁵ Opmerking verdient wel nog dat het hier om de (afwezigheid van) persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter gaat; het leerstuk van staatsaansprakelijkheid in plaats daarvan is nog nauwelijks ontwikkeld.⁶ Die positie wijkt nogal af van de situatie in civil law landen zoals Nederland.

[125] *België*. In Nederlandse bronnen wordt in dit verband geregeld aan de situatie in *België* gerefereerd. Daar werd in het eerste *Anca*-arrest¹ het principe aanvaard dat de staat (en dus niet de rechter in persoon) civielrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor schade veroorzaakt door de fout van een rechter in de

[124] 2 Zie nader R.A. EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 2000, p. 1364; J.F.M. JANSEN, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963, p. 1214-1216: vgl. ook E. J.H. SCHRAGE, 'De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten', *RMThemis* 1995, p. 127-141 en M. FREUDENTHAL e.a., 'Aansprakelijkheid van de overheid en van rechters voor fouten bij de civiele rechtspleging', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, 1998, p. 255-261, en uitvoerig over de koppeling tussen onafhankelijkheid en immuniteit A.A. OLOWOFOYEKU, 'Accountability versus Independence: The Impact of Judicial Immunity', in: G. Cavinet e.a. (red.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, 2006, p. 357-361.

3 R.A. EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 2000, p. 1361-1362; J.F.M. JANSEN, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963, p. 1214-1216; A. VAN OEVELEN, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten', *TPR* 2004, p. 905. Zie ook BREUER 2011, p. 436-437.

4 A.A. OLOWOFOYEKU, 'Accountability versus Independence: The Impact of Judicial Immunity', in: G. Cavinet e.a. (red.), *Independence, accountability and the Judiciary*, 2006, p. 363-364 en 366 e.v. De rechter moet ook gehandeld hebben 'within his jurisdiction', p. 367 e.v., maar die 'test' is opgeslokt door de eis van een 'judicial act'.

5 A.A. OLOWOFOYEKU, 'Accountability versus Independence: The Impact of Judicial Immunity', in: G. Cavinet e.a. (red.), *Independence, accountability and the Judiciary*, 2006, p. 380-381. Vgl. ook VAN BOGAERT 2005, p. 244.

6 Vgl. A.A. OLOWOFOYEKU, 'Accountability versus Independence: The Impact of Judicial Immunity', in: G. Cavinet e.a. (red.), *Independence, accountability and the Judiciary*, 2006, p. 381 en 382.

[125] 1 Cass. 19 december 1991, Arr. Cass. 1991-92, 364. Nader over het navolgende: A. VAN OEVELEN, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten', *TPR* 2004; H. BOCKEN e.a., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 2014, nr. 233 e.v.

uitoefening van zijn ambt. Argument daarvoor was onder andere dat geen enkele wetsbepaling de staat ontslaat van de algemene zorgvuldigheidsverplichting, waarvan de niet-naleving tot schadevergoeding leidt. Die aansprakelijkheid was wel aan voorwaarden gebonden, onder andere dat eerst de ter beschikking staande rechtsmiddelen succesvol zijn aangewend.² Dat idee herkennen wij van de Nederlandse maatstaf uit 1971. Van belang daarbij is verder nog dat in de rechtspraak ook is bepaald dat als de bestreden uitspraak door het EHRM in strijd met het EVRM is verklaard, dat dan aan deze voorwaarde is voldaan.³

In het vervolg, de tweede *Anca*-zaak⁴ werd de maatstaf voor aansprakelijkheid vastgesteld, een maatstaf (te kort: 'de normaal zorgvuldige en omzichtige magistraat') die niet afwijkt van het gewone onrechtmatige daadsrecht. Er werd getoetst of de lagere rechter die norm juist gehanteerd had. In een volgend arrest moest het Hof van Cassatie zich uitspreken over de eventuele aansprakelijkheid in verband met een beoordelingsfout van een directeur der directe belastingen (die toen een rechtsprekende functie had).⁵ Het Hof besliste dat de eventuele rechterlijke fout enkel kan zijn gelegen in een vergissing bij de toepassing van een rechtsregel op een geschil die een normaal zorgvuldige en omzichtig rechtsprekend orgaan niet zou hebben begaan. De schending van een norm die de magistraat verplicht iets niet te doen of iets op een bepaalde manier te doen, is daarmee uitgesloten van het fout-begrip. En dus is de aansprakelijkheid verengd.⁶ Voor zover het om mogelijke fouten door de hoogste rechterlijke colleges gaat, is in de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof inmiddels overigens bepaald dat de staat aansprakelijk kan worden gesteld als er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending. Daarmee is nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de norm in EU-verband.⁷

[126] *Duitsland*. In *Duitsland* wordt de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van een ambtdrager, zoals die van een rechter, op grond van § 839

[125] 2 A. VAN OEVELEN, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten', *TPR* 2004, p. 921-922; H. BOCKEN e.a., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 2014, nr. 233.

3 Cass. 25 maart 2010, Arr. Cass. 2010, 920; H. BOCKEN e.a., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 2014, nr. 233.

4 Cass. 8 december 1994, Arr. Cass. 1994, 1074.

5 Cass. 26 juni 1998, Arr. Cass. 1998, 762. Kritisch: H. BOCKEN e.a., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 2014, nr. 234.

6 A. VAN OEVELEN, 'Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten', *TPR* 2004, p. 929-932 en 940-941. M. STORME, 'The liability of the state for failing to provide access to justice', in: *Festschrift till Per Henrik Lindblom*, 2004, p. 654, geeft ook aan dat er in België weinig geprocedeerd is op basis van onrechtmatige rechtspraak sinds deze arresten.

7 H. BOCKEN e.a., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 2014, nr. 233 en 234, verwijzend naar de uitspraak in GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014.

BGB¹ in die zin 'gecorrigeerd' dat de staat die mogelijke aansprakelijkheid, althans de draagplicht te dien aanzien, overneemt op grond van art. 34 Grundgesetz (GG).² Daarmee is de rechter in persoon in principe 'ge vrijwaard' van enige vorm van persoonlijke aansprakelijkheid, los van de wel nog resterende mogelijkheid van regres door de staat bij opzet en grove nalatigheid aan de zijde van de rechter (art. 34 lid 2 GG). Aansprakelijkheid (van de staat) wegens rechterlijk falen is dus mogelijk, maar daarmee nog niet direct eenvoudig te bereiken. Als het gaat om een schending van een ambtsplicht 'bei dem Urteil in einer Rechtssache', dus 'bij' (en niet alleen 'in') een rechterlijke uitspraak, is nodig dat die fout een 'Straftat' is.³ In andere gevallen is de maatstaf van het eerste lid leidend, waarbij dan nog geldt, los van de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid, dat bij gewone nalatigheid de eiser eerst zijn heil elders, zoals bij zijn advocaat, moet trachten te zoeken en dat aansprakelijkheid in de rechtspraak is beperkt tot gevallen van opzet of grove nalatigheid.⁴ Erg ruim is de regeling naar Duits recht dus niet – hoewel de Duitse rechter wel ertoe neigt de regeling op diverse punten uit te laten dienen⁵ – zodat bijvoorbeeld Breuer naar nieuwe wegen zoekt, zoals die van een directe 'Staatshaftung' voor 'judikatives Unrecht'.⁶ Dat laatste, te weten meer aanknopen bij de aansprakelijkheid van de staat voor rechterlijk falen in plaats van bij enigerlei vorm van persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter, is ook meteen de algemene trend die hij ziet in diverse Europese lidstaten.⁷

- [126]
- 1 Dat artikel luidt: "1. Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.
2. Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.
3. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden."
 - 2 Dat artikel luidt: "Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden."
 - 3 Uitvoerig over het voorgaande BREUER 2011, p. 225 en J.PH. TERHECHTE, 'Judicial Accountability and Public Liability', *German Law Journal* Vol. 13 no. 3, 2012, p. 316 e.v. Zie bijv. ook BGH 4 november 2010, *NJW* 2011, 1072-1073.
 - 4 BREUER 2011, p. 267 e.v. en 234-235, 649. In die gevallen lijkt dus ook steeds regres mogelijk.
 - 5 Samenvattend: BREUER 2011, p. 649.
 - 6 Zie BREUER 2011.
 - 7 BREUER 2011, p. 439-441 en 654.

[127] *Aanpassing Nederlands recht nodig.* Hoewel er in de *Köbler*-zaak als zodanig geen sprake was van een voldoende gekwalificeerde schending, en aansprakelijkheid dus werd afgewezen, is de impact van deze uitspraak groot. Voor Nederland betekent deze zaak, wat mij betreft, dat ons nationaal recht moet worden aangepast. In de eerste plaats omdat als het niet om een zuiver nationaal geval gaat, de dan aanwezige Unierechtelijke achtergrond van de mogelijk geschonden regel met zich brengt dat de Europese, en niet de minder ruime¹ Nederlandse norm zal moeten worden toegepast.² Los daarvan geldt natuurlijk dat deze uitspraak als zodanig het op dat moment geldende Nederlandse recht niet kon 'overrulen' (het ging in deze kwestie niet om Nederlands recht³), maar wel dat alle argumenten tegen een beperkte(re) vorm van aansprakelijkheid van de rechter in deze zaak overtuigend van tafel geveegd zijn. Derhalve moet de optie om de rechter te kunnen adiëren om schadevergoeding te kunnen verkrijgen na een rechterlijke fout, verbeterd worden.

Ik meen dan ook dat de terughoudendheid die in elk geval tot deze uitspraak in Nederland leidend was, niet langer kan blijven bestaan.⁴ De Minister van Justitie lijkt dat standpunt overigens te delen, met alle voorzichtigheid die de

- [127] 1 Zo VAN BOGAERT 2005, p. 274 en 276; D. Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), nr. 1.
- 2 Zie R. MEIJER, 'Tien jaar lidstaataansprakelijkheid: een stand van zaken uit civielrechtelijke perspectief', *MvV* 2011, p. 106; hij wijst op de regels in geïmplementeerde Europese richtlijnen. Een voorbeeld van deze benadering is Rb. Den Haag 15 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5228 (Luchtvaartclaim), waarover R. MEIJER, 'Köbler in de polder', *MvV* 2014, p. 284 e.v.: er was geen sprake van een 'kennelijke schending'. Zie ook Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222 (KLM-pensioenen): Köbler-norm aangelegd (r.o. 5.2) en toegepast, maar aansprakelijkheid afgewezen.
- 3 Men kan daarnaast overigens betogen dat het Nederlandse stelsel op grond van de uitspraak *X./Staat* uit 1971 in strijd is met art. 6 EVRM, zie de conclusie van S.C.J.J. KORTMANN, J.S. KORTMANN & L.B. KORTMANN, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert, *Grensverleggend staatsrecht*, 2001, p. 230.
- 4 Zo ook ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/390; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 187; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 155 en 255; Jansen 2000, p. 278-286, alsmede in meer algemene zin (en veel ruimer) VAN BOGAERT 2005, p. 467 e.v. en M. FREUDENTHAL e.a., 'Aansprakelijkheid van de overheid en van rechters voor fouten bij de civiele rechtspleging', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, 1998, p. 268. Zie ook D. Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), nr. 1, en N. Verheij in zijn noot onder het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG (13 juni 2006, C-173/03), *JB* 2006/182, onder nr. 4; Verheij stelt ook voor (nr. 5) om de verruimde aansprakelijkheid door te trekken richting schendingen van het EVRM. Zie ook BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 34 ('impliceert een verruiming') en p. 35, alsmede T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, F. TEN HAVE, 'Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1', *NTBR* 2011/68, p. 488-489 (voor schendingen van EU-recht, inclusief het Handvest Grondrechten EU), en (ook voorzichtig) R. MEIJER, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *MvV* 2010, p. 14.

minister daarbij past. Hij overwoog immers dat de uit het *Köbler*-arrest voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding:⁵

“zal mogelijk aanleiding geven om de criteria die worden gehanteerd bij de vraag of schadevergoeding wordt toegekend in geval van onrechtmatige rechtspraak minder stringent toe te passen. Mogelijk zal deze ontwikkeling in het algemeen een verruimend effect hebben op de criteria op grond waarvan wordt beoordeeld of er sprake is van onrechtmatige rechtspraak.”

Vooralsnog zijn de Nederlandse en Europese lijn dus niet goed te verenigen.⁶ Dat ‘twee sporen’-stelsel moet mijns inziens gerepareerd worden, omdat dat onhandig is (zie nr. 131, bijvoorbeeld omdat art. 13 EVRM om een effectieve nationale remedie vraagt, en omdat de verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling ook aansprakelijkheid impliceert als iemand in dat stelsel tekortschiet.⁷ En inmiddels heeft het er alle schijn van, zo blijkt in de volgende paragraaf, dat de Nederlandse rechter hiermee aan de slag is gegaan.

4.7.4 Gewijzigde inzichten (I): aansprakelijkheid van de rechter

[128] *Eerste stappen*. De eerste stappen¹ richting een andere aanpak van de leer van de onrechtmatige rechtspraak zijn inmiddels gezet. Dat gebeurde in eerste instantie door het Hof Den Haag in 2009, daarin gevolgd door de Rechtbank Den Haag.² In de bedoelde uitspraak bepaalde het hof dat bij een overschrijding van de redelijke termijn (waarover nader nr. 134 e.v. en hoofdstuk 9), en dus een schending van art. 6 EVRM, de toewijzing van immateriële schadevergoeding

[127] 5 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 4.

6 Zie ook nog nr. 131 en het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, *JB* 2006/182, waarin de *Köbler*-uitspraak werd bevestigd en de nationale (Italiaanse) uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht, als in strijd met het Unierecht werd veroordeeld, en daarover J.PH. TERHECHTE, ‘Judicial Accountability and Public Liability’, *German Law Journal* Vol. 13 no. 3, 2012, p. 323-325.

7 Aldus M. FREUDENTHAL e.a., ‘Aansprakelijkheid van de overheid en van rechters voor fouten bij de civiele rechtspleging’, in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, 1998, p. 268.

[128] 1 Een andere (Haagse) stap (nl. een nieuw criterium voor vrijwillige rechtspraak) beschrijft V.V.R. VAN BOGAERT, ‘De ‘gemiddelde rechter’’, *Trema* 2009, p. 390 e.v. en V.R.R. VAN BOGAERT, ‘Grensverleggende ontwikkelingen op het gebied van onrechtmatige rechtspraak’, *NJB* 2008/64, p. 93 e.v., maar omdat die lijn niet verder lijkt te zijn doorgezet, ga ik daaraan voorbij. Asser, in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 2, ontkoppelt echter de twee door mij gelinkte stappen: het garanderen van tijdige rechtspraak door de Staat (stap 1) staat los van fouten van individuele rechters (stap 2). Wat mij betreft laten beide stappen dezelfde trend zien (een ruimhartiger aansprakelijkheid van de Staat).

2 Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *JA* 2009/67 (A./Staat), en daarna bijv. nog Rb. 's-Gravenhage 20 mei 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI5132; Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2009, *JA* 2009/127 en Rb. 's-Gravenhage 30 september 2009, *JA* 2009/165, alsmede Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *AB* 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Zie verder LINDENBERGH 2011, p. 101-107.

wegens de spanning en frustratie van het uitblijven van een beslissing, op grond van art. 6:106 BW mogelijk is.³ Dat oordeel wijkt af van de leer van de onrechtmatige rechtspraak van de Hoge Raad zoals hiervoor besproken; het criterium van de Hoge Raad uit 1971 kan volgens het hof geen toepassing vinden omdat schending van art. 6 EVRM een onrechtmatige daad oplevert die tot schadevergoeding leiden moet volgens datzelfde art. 6 EVRM en art. 13 EVRM. Daarmee zoekt het hof aansluiting bij diverse Nederlandse bestuursrechters en vooral bij de EVRM-rechtspraak op dit vlak.

Gegeven dit arrest van het hof zou het Nederlandse recht weer redelijk bij de tijd zijn, als ten minste de Hoge Raad (of de wetgever) dit stelsel zou overnemen, hoewel deze veranderde opstelling slechts een beperkt bereik heeft (het betreft alleen redelijke termijn-schendingen). Dat is inmiddels gebeurd door een uitspraak van de Hoge Raad uit 2014, zoals nog zal blijken in nr. 137.

[129] *De zaak Greenworld/NAI*. Intussen werd er echter nog een tweede stap in de richting van een nieuwe lijn inzake de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak gezet, welke stap nu eerst nader geanalyseerd wordt. Deze (schijnbaar) nieuwe koers werd ingezet door de Hoge Raad in de zaak *Greenworld/NAI*, bij arrest van 4 december 2009.¹ Dit arrest ging over de eventuele aansprakelijkheid van een arbiter, dus geen overheidsrechter, maar in deze zaak heeft de Hoge Raad bewust de parallel met de eventuele aansprakelijkheid van de overheidsrechter opgezocht en ook uitgewerkt. Vervolgens heeft de Raad die aansprakelijkheid anders beoordeeld dan we voorheen ten aanzien van rechterlijke aansprakelijkheid gewend waren. Daarmee werd – in elk geval impliciet – geoordeeld² dat de maatstaf zoals die voor arbiters is vastgelegd in deze uitspraak, ook voor onrechtmatige overheidsrechtspraak geldt. En die maatstaf is ‘lichter’ dan de oude norm uit het arrest uit 1971, zodat de aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van een rechter verruimd lijkt te zijn.³

De Hoge Raad beslist namelijk, aldus r.o. 3.5, dat:

[128] 3 Het betreft hier overigens steeds procedures waarbij de overheid ook al in de oorspronkelijke, vertraagde procedure procespartij was. Wat mij betreft is echter dezelfde lijn te volgen als er twee particulieren tegenover elkaar stonden en de rechter de procedure onvoldoende ‘up to speed’ heeft gehouden.

[129] 1 HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*).

2 De verbinding die de Hoge Raad legt met het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak is overigens wel heel expliciet.

3 Zie de noot van Vranken in *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken, ad nr. 5, hoewel hij zelf meent dat de verruiming niet ver genoeg gaat (nr. 12) vanwege de gedeeltelijke immuniteit die onder de nieuwe standaard resteert. Zie ook D. Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*De Bilt*), nr. 1. A. TSAOUSSI & E. ZERVOGIANNI, ‘Judges as Satisficers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability’, *ssrn.com/abstract=1009455*, betogen dat de norm van een ‘inexcusable judicial error’ zou moeten zijn (par. 4), gebaseerd op o.a. de gedachte van ‘bounded rationality’ (par. 2) die ook rechters parten speelt. Onder die noemer valt bijv. een ‘serious violation’ van een procedurele regel, zoals het recht gehoord te worden.

"ten aanzien van beide vormen van rechtspraak [moet] worden aanvaard dat slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechterlijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen. (...) [Het is immers niet zo] dat slechts één uitspraak betreffende een tussen partijen gerezen geschil de juiste kan zijn. Dat na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, behoeft niet te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was, maar kan het gevolg zijn van herstel van een processuele fout, of van een andere presentatie door partijen of beoordeling door de rechter van het voorgelegde geschil of het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex, of zelfs van een minder juiste beoordeling door de hogere rechter. (...) Ook de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen (...) noopt ertoe om een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten."

De (nieuwe) norm voor eventueel onrechtmatig handelen, luidt dan als volgt:

"3.6 Het voorgaande neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak *opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt*. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan."

Op zichzelf is het opmerkelijk dat de Hoge Raad een zaak over de aansprakelijkheid van arbiters benut om de eigen rechtspraak inzake onrechtmatige rechtspraak aan te scherpen.⁴ Dat moest echter wel op deze wijze, omdat over onrechtmatige rechtspraak zelden geprocedeerd wordt aangezien procederen vrij kansloos was onder de strenge 'oude' norm van de Hoge Raad.⁵ De Raad moest deze gelegenheid dus wel te baat nemen om 'om te gaan', althans om 'bij te sturen'.

[130] *Een omwenteling?* Er wordt gestreden over de vraag of dit arrest inderdaad een omwenteling betekent. Vranken gaat er zonder meer vanuit dat de Hoge Raad zijn koers verlegd heeft, net als Kortmann, Brandsma, Fernhout, Van Schaick en Asser.¹ Barkhuysen en Van Emmerik noemen het arrest *X/Staat* echter nog maatgevend, en Lindenberg is terughoudend.² Meijer stelt expliciet dat de Hoge Raad de lijn uit zijn 'oude' rechtspraak niet heeft verlaten omdat de

[129] 4 Aldus Vranken in zijn noot in *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken, nr. 1 en nr. 16-17.
5 Zo ook A.C. VAN SCHAICK, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 107.

[130] 1 Zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/NAI), nr. 1 en nr. 16-17; de noot van Kortmann in *JOR* 2010/150; F. BRANDSMA, 'There have never been enough heroes to go around', *AA* 2014, p. 117; F. FERNHOUT, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2011/2191, p. 2696 e.v.; A.C. VAN SCHAICK, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 107 (die overigens een nog ruimere maatstaf bepleit); D. Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), nr. 1.

2 Zie BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 34; LINDENBERGH 2011, p. 102, noot 7 aldaar.

kernoverwegingen alleen op de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter zelf, en niet op de aansprakelijkheid van de Staat, zouden zien.³ Ernste sloot zich daarbij aan,⁴ overigens net als de lagere rechtspraak,⁵ en – tot voor kort – Hartkamp en Sieburgh; die laatsten lijken recentelijk echter te zijn ‘omgegaan’.⁶

Mijns inziens is dat standpunt van Meijer onjuist,⁷ want dan zou de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter, als jegens hem regres zou kunnen worden uitgeoefend (hetgeen overigens uitgesloten is als het om een fout in een rechterlijke uitspraak gaat, zoals Meijer, Fernhout en Vranken terecht stellen, zie art. 42 lid 3 Wvra 1957), strikter zijn dan de aansprakelijkheid van de Staat, en dat kan mijns inziens, zeker in het licht van genoemd derde lid, niet juist zijn.⁸

De mijns inziens bewust door de hoogste rechter gekozen – en door een groot deel van de doctrine gedragen⁹ – aanscherping ten opzichte van de ‘oude’ rechtspraak zit hierin dat de ‘oude’ beperking tot gevallen waarin fundamentele beginselen geschonden zijn, is vervallen, terwijl het bovendien niet langer alleen maar gaat om fouten ‘bij de voorbereiding’ van een uitspraak, zoals onder de oude norm gold.¹⁰ Ook de inhoudelijke juistheid van de uitspraak kan nu dus getoetst worden, waarmee overigens niet meteen gezegd is dat als de hogere rechter van mening verschilt over wat het recht behelst, de lagere rechter dan onrechtmatig

- [130]
- 3 R. MEIJER, ‘Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?’, *MvV* 2010, p. 14.
 - 4 P.E. ERNSTE, ‘De aansprakelijkheid van de bindend adviseur’, *Trema* 2013, p. 13.
 - 5 Vgl. Rb. ’s-Gravenhage 25 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5432; Rb. Den Haag 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14565; Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222 (KLM-pensioenen) en Hof ’s-Gravenhage 14 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230.
 - 6 Vgl. ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2011/386 (‘aan zijn rechtspraak vastgehouden’) met inmiddels ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/386 (‘nieuwe en ruimere criteria’).
 - 7 Zo ook bijv. F. FERNHOUT, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2011/2191, p. 2698, en de eerdergenoemde literatuur.
 - 8 Zo ook al J.F.M. JANSEN, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter’, *NJB* 2008/963, p. 1217-1218. Over genoemde bepaling o.a. VAN BOGAERT 2005, p. 242 e.v.
 - 9 Aldus de meeste al aangehaalde schrijvers, waaronder ook T. BARKHUYSEN, ‘Onrechtmatige rechtspraak’, *NJB* 2012/1466, p. 1777. Zie specifiek nog VAN BOGAERT 2005, met name p. 425-426 (wenselijk en noodzakelijk) en p. 440, hetgeen gebaseerd is op haar analyse dat de rechter steeds vrijer is geworden qua rechtsvorming en er dus een ‘tegenkracht’ nodig is, vgl. p. 420-421.
 - 10 Zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/NAI), nr. 16. D. Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), nr. 1, verwijst ook naar ‘nieuwe en ruimere criteria’.

handelde.¹¹ Ik merk verder nog op dat over het ‘uitputten van rechtsmiddelen’ ook niet meer gesproken wordt als het om de nieuwe maatstaf gaat, maar dat eerder in het arrest al wel over onjuistheid ‘na het instellen van een rechtsmiddel’ wordt gerept, en in de maatstaf gesproken wordt over een vernietigde uitspraak, zodat een vordering op grond van onrechtmatige rechtspraak kansloos is als niet eerst in de oorspronkelijke zaak de kwestie is uitgeprocedeerd.

[131] *EU-‘proof’ en EVRM-‘proof’?* Nu hiervoor toch al de blik naar buiten werd gericht, laat zich meteen ook de vraag stellen hoe de nieuwe maatstaf – die rechtsvergelijkend weinig opzien zal baren – op Unierechtelijke schaal scoort. In zijn *NJ*-noot onder het *Greenworld/NAI*-arrest vraagt ook Vranken zich af of de hier geformuleerde maatstaf wel helemaal strookt met die welke het Europese Hof van Justitie aanlegt. Hij meent van niet, waardoor wij nog steeds twee maatstaven naast elkaar zouden moeten hanteren (één voor ‘nationale’ en één voor ‘Europese’ schendingen), hetgeen minst genomen onhandig is.¹ Daarbij is van belang dat uit het *Traghetti*-arrest² van het HvJ EG afgeleid kan worden dat nationale criteria die niet stroken met de formulering van de EU-regels in *Köbler*, niet geaccepteerd worden. Omdat die Europese norm aanhaakt bij de ‘kennelijke schending’ van het recht, zijn de door de Hoge Raad geformuleerde criteria van de ‘grove miskennis’ en van het ‘opzettelijk of bewust roekeloos’ handelen, niet acceptabel voor zover daarmee iets anders zou worden bedoeld dan een ‘kennelijke schending’.³ Dat is

[130] 11 Dat volgt uit de in HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*) neergelegde maatstaf voor aansprakelijkheid van (scheidings)rechters, en tevens uit de terughoudendheid die bij de mogelijke aansprakelijkheid van bindend adviseurs geldt, zie HR 15 juni 2012, *NJ* 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken (*PWC/Veldhuyzen van Zanten*) r.o. 3.5.3. Het door VAN BOGAERT 2005, p. 428, geponeerde criterium van ‘de andere rechter’ bergt m.i. het gevaar in zich dat juist dit inzicht verloren gaat. Immers, als rechtspraak juridisch juist is, zoals zij stelt, als een andere rechter op dezelfde wijze zou hebben beslist (zie p. 428), is er blijkbaar – althans, dat wordt dan gesuggereerd – maar één juist antwoord, en dat strookt niet met de m.i. correcte insteek van de Hoge Raad in deze.

[131] 1 Zie nr. 13-15 in zijn noot in *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken. Zo ook ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/387-388, ten opzichte van het EVRM en het Unierecht, en Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*De Bilt*), nr. 1.

2 HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03, *JB* 2006/182 (*Traghetti*).

3 Zie ook N. Verheij in zijn noot onder het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG (13 juni 2006, C-173/03, *JB* 2006/182), onder nr. 4, die erop wijst dat een nationale precisering of operationalisering van de *Köbler*-norm toegestaan is, maar geen hogere drempel mag opwerpen, zodat een nationale (wettelijke) regeling weinig zinvol is. Zie ook A.C. VAN SCHAICK, ‘Aansprakelijkheid voor (scheidings)rechterlijke fouten’, in: G. van Dijck e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, 2013, p. 114, die een nationale maatstaf bepleit (de redelijk handelende rechter) die de Europese maatstaf kan absorberen.

echter een vraag die nog niet eenduidig beantwoord is.⁴ Zelf meen ik dat de Hoge Raad, is uitgegaan van een norm die probeert aan te haken bij de genoemde Europeesrechtelijke maatstaf, maar deze vervolgens wel in Nederlandse termen heeft uitgedrukt, hetgeen misschien wel niet zo'n gelukkige keuze is geweest.⁵

Los daarvan staat ook nog de vraag open of de nieuwe maatstaf aan de norm van art. 13 EVRM voldoet. Omdat die norm zelf met onzekerheid omgeven is, zie nader nr. 104, kan het antwoord op die vraag slechts tentatief gegeven worden. Maar wel lijkt duidelijk dat onder de nieuwe, minder strikte maatstaf het nationale recht eenvoudiger in staat zal zijn om een schending van het EVRM te voorkomen of te beëindigen, danwel – en met name – om in geval van een al gemanifesteerde schending 'appropriate redress' (schadevergoeding via het aansprakelijkheidsrecht) mogelijk te maken, hoewel de aansprakelijkheid gereserveerd blijft, aldus Asser, voor uitzonderlijke gevallen.⁶ Daarbij dient naast het element van 'onrechtmatigheid' in enge zin overigens ook nog naar de overige vereisten voor aansprakelijkheid gekeken te worden teneinde de effectiviteit van de remedie 'in practice as well as in law' goed te kunnen beoordelen.

[132] *Overige vereisten ex art. 6:162 BW: causaliteit.* Met het nieuwe criterium, zelfs als dat Europa-bestendig zou zijn, zijn we er dus nog niet, want niet mag worden vergeten – dat gold onder de oude norm ook al – dat voor een succesvolle vordering tevens aan de overige vereisten van art. 6:162 e.v. BW voldaan zal moeten zijn, zoals schade, causaal verband, relativiteit en toerekenbaarheid. Dat laatste element zal overigens gegeven zijn met de onrechtmatigheid.¹ Dat strookt met de lijn die voor onrechtmatige besluiten geldt,² terwijl ook bij feitelijk overheidshandelen de toerekening in ruime mate geschiedt,³ en met de lijn in

[131] 4 R. MEIJER, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *MvV* 2010, p. 14, lijkt beide standaarden gelijk te schakelen ('sluit beter aan' en 'zullen neerkomen op'); zo ook F. FERNHOUT, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien' *NJB* 2011/2191, p. 2699 ('lijken ongeveer hetzelfde uit te drukken'). Volgens ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/388, is de EU-norm minder streng.

5 De Unierechtelijke norm van 'voldoende gekwalificeerde schending' wordt naar Nederlands recht dan die van een 'grove miskenning', maar het is de vraag of die Nederlandse terminologie de lading dan wel volledig dekt. Dat ligt aan de wisselende invulling van de norm 'gekwalificeerde schending', waarbij er een onderscheid gemaakt moet worden naar de mate van beleidsvrijheid die de lidstaat geniet. De enkele schending van EU-recht volstaat als er geen 'discretion' bestond; als die er wel was, moeten alle omstandigheden afgewogen worden, en is beslissend of sprake is van een kennelijke en ernstige miskenning, zie JANS c.s. 2011, p. 345-348; C.C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2013 (2nd ed.), nr. 1805-1 e.v., en nr. 122.

6 D. Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), nr. 1.

[132] 1 T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 56.

2 Zie o.a. G.E. VAN MAANEN, R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad*, 2005, p. 95 e.v.

3 Een voorbeeld is HR 18 september 2009, *NJ* 2010/186, m.nt. M.J. Borgers (Staat/Newbay).

de reguliere rechtspraak waarbij de toerekening vermoed wordt als de onzorgvuldigheid gegeven is.⁴

Een voorbeeld volstaat om aan te tonen dat deze overige eisen niet voor spek en bonen meedoen. In een geval van een rechterlijke beslissing omtrent de plaatsing van een persoon in een psychiatrische inrichting zonder dat de advocaat van deze persoon aanwezig was, was er volgens de Hoge Raad sprake van een schending van een zo fundamentele norm dat van onrechtmatigheid gesproken moest worden.⁵ Maar daarmee is de klager er nog niet, want ook het causaal verband moet vastgesteld zijn en mag niet 'doorbroken' zijn door een andere oorzaak. Als echter bepaalde schade via het aanwenden van een rechtsmiddel te voorkomen is geweest, is die schade niet vergoedbaar, want vereist is immers ook dat de gewone rechtsmiddelen uitgeput zijn.⁶

Indien het element causaliteit tot problemen leidt,⁷ kunnen ter lediging van de nood de daartoe gebruikelijke instrumenten van stal worden gehaald. Kort daarover daarom slechts het volgende. Eventuele causaliteitsproblemen zijn wat mij betreft op te lossen via (de subsidiaire toepassing van) het leerstuk van het verlies van een kans, een vorm van proportionaliteitsdenken die benut wordt bij (het toch enigszins verwante terrein van) de aansprakelijkheid van de advocaat.⁸ Immers, in beide gevallen gaat het om een 'trial within a trial'. De tweede rechter in de aansprakelijkheidsprocedure moet beoordelen wat er in de oorspronkelijke procedure gebeurd zou zijn als de mensenrechtenschending achterwege was gebleven, en als dat niet eenvoudig komt vast te staan, kan hij daartoe de 'goede en kwade kansen' schatten in de zin van art. 6:105 BW. Ofwel: wat is de kans dat dan de uitkomst voor de benadeelde gunstiger zou zijn geweest dan in de eerste procedure? Deze leer is in zaken over onrechtmatige rechtspraak weliswaar eerder opgeworpen, en toen niet gebruikt,⁹ maar inmiddels betreft het hier, anders dan toen, een gevestigd leerstuk binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

[132] 4 ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/107. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 18 september 1996, *JOR* 1996/106 en Hof 's-Gravenhage 17 juli 1997, *NJ Kort* 1997/75 (post-Dombo).

5 Zie HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/524, m.nt. H.E. Ras (M/Staat).

6 Zo ook S.C.J.J. KORTMANN, J.S. KORTMANN & L.B. KORTMANN, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert, *Grensverleggend staatsrecht*, 2001, p. 215-216, die dit onder 'eigen schuld' scharen.

7 Zoals bijv. in de Nederlandse nasleep van de *Dombo*-zaak, waarover VAN EMMERIK 1997, p. 329-332.

8 Nader o.a. HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenberg (Deloitte/H&H Beheer).

9 Zie VAN EMMERIK 1997, p. 331, over een ongepubliceerde uitspraak van de President van de Rechtbank Den Haag in een kort geding van *Dombo* tegen de Staat der Nederlanden; hij toont zich een voorstander van deze oplossing (p. 332). In (de bodemzaak) Rb. 's-Gravenhage 18 september 1996, *JOR* 1996/106 en Hof 's-Gravenhage 17 juli 1997, *NJ Kort* 1997/75 (post-Dombo) werd de causaliteitshobbel alsnog genomen.

[133] *Overige vereisten ex art. 6:162 BW: relativiteit en schade.* De relativiteitsvraag ziet niet alleen op de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van bepaalde personen, maar ook of deze strekt tot voorkoming van een bepaalde soort schade of een bepaalde wijze van aantasting.¹ De zorgplicht die in het kader van de onrechtmatige rechtspraak speelt, is als ongeschreven norm door de formulering ervan al gericht op bepaalde personen (namelijk: zij die door rechterlijk falen benadeeld zouden kunnen worden), waarmee de relativiteit als het ware is ingebakken, zoals gebruikelijk.

Als in dit verband niettemin relativiteitsproblemen opkomen, dan is vast te stellen dat de zorgplicht van de rechter ziet op het garanderen van een eerlijke en fatsoenlijke procedure. De schade die die norm tracht te voorkomen, is verhaalbaar. Meestal zal die schade (het aangetaste belang) gelijk lopen met belang in de oorspronkelijke procedure, maar het is voorstelbaar dat zelfs als een procespartij de oorspronkelijke procedure wint, gaandeweg de rit daarheen, de processuele middelen en rechten die een procedure tot een 'fair trial' maken, met voeten getreden zijn. Ondanks dat bijvoorbeeld hoor en wederhoor veronachtzaamd is, is de zaak alsnog goed afgelopen. Omdat elke procespartij, zelfs als die wint, belang heeft bij een faire procedure, en de enkele schending van die norm ook schade kan opleveren, los van het belang van de onderliggende zaak, doemt onherroepelijk de vraag op: als dat zo is, is die schade dan vergoedbaar?²

Waarschijnlijk zal gezegd worden dat er in zo'n geval geen schade is, zodat de claim stranden zal. Ziet men echter de inbreuk op een mensenrecht als een autonoom, op zichzelf staand belang (wat het mijns inziens is, zie nr. 144 e.v.), dan kan betoogd worden dat de enkele schending van dat belang, een vorderingsrecht geeft. Heel waarschijnlijk is dat overigens niet, naar huidig recht, want dit zou een extra dimensie toevoegen aan een terrein dat toch al niet uitblinkt door ruimhartigheid.³ Bovendien raakt dit aan een ontwikkeling binnen het aansprakelijkheidsrecht, gelieerd aan het vereiste van schade, welke nog met veel onzekerheid omgeven is. Maar de gedachte is wel prikkelend en interessant. Ik kom er, in net iets ander verband, op terug in § 4.7.6 hierna. In de aanloop daarnaartoe zie ik echter eerst de al aangekondigde eerste stap richting een andere aanpak van de leer van de onrechtmatige rechtspraak (nr. 128, en daarbij eerst of bij de sanctionering van mensenrechtenschendingen inspiratie is te putten uit het straf- en bestuursrecht.

[133] 1 Zie HR 7 mei 2004, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (Duwbak Linda).

2 Denk aan de *Chipsol*-zaak, waaronder eerder nr. 110. Overigens, dat in tweede aanleg een fout hersteld is, wil niet zeggen dat alle schade is weggenomen, want de fout heeft die tweede aanleg nodig gemaakt, met alle kosten van dien, vgl. VAN EMMERIK 1997, p. 315. Dat is deels anders als bijv. geen griffierecht wordt geheven, zoals geaccepteerd werd in HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt).

3 Op het vlak van de schending van de redelijke termijn is dit echter heel wel mogelijk, aldus LINDENBERGH 2011, p. 103-104.

4.7.5 Gewijzigde inzichten (II): redelijke termijn en smartengeld

[134] *Vooraf: inspiratie uit het strafrecht.* Omdat vanuit civielrechtelijk oogpunt bezien, de wijze van omgang met een mensenrechtenschending door de overheid steeds de oorspronkelijke procedure tussen de oorspronkelijke civiele procespartijen onaangetast moet laten, is de zoektocht naar een remedie voor dit soort schendingen notoir lastig. Alleen al daarom is het goed om via een interne rechtsvergelijking te bezien wat er binnen andere rechtsgebieden gebeurt.¹ Ik doe dat hierna, vooruitlopend op hoofdstuk 9, voor schendingen van het redelijke termijn-vereiste omdat in zowel het strafrecht als het bestuursrecht een methode lijkt te zijn ontwikkeld om met dergelijke schendingen om te gaan.

In het *strafrecht* is een dergelijke termijnschending relatief makkelijker redresseerbaar want daar heeft men, anders dan in het privaatrecht, een tussenoplossing beschikbaar, namelijk: strafvermindering. Dat heeft uiteraard hiermee van doen dat de schending plaatsvond in een procedure tussen de klager en de Staat (i.c. het OM als vertegenwoordiger van de overheid) en het dus dezelfde partij betreft als die welke de sanctie (de overheid, omdat de rechter in de fout is gegaan) zou moeten voelen.

In de rechtspraak van de Hoge Raad is die tussenoplossing ook aanvaard en behoorlijk minutieus uitgewerkt, vanaf 2000. De hoofdlijnen van het in de rechtspraak aanvaarde stelsel² zijn dat soms het OM niet-ontvankelijk zal zijn, bij ernstige schendingen, en dat verder de opgelegde straf (in gevangenisduur of qua hoogte van de opgelegde boete) moet worden verminderd als het strafproces meer dan twee jaar geduurd heeft vooraleer er een uitspraak van de rechter in eerste aanleg ligt, of als er langer dan twee jaar na het aanwenden van een rechtsmiddel nodig was. De sanctie is een korting van een bepaald percentage (5 of 10%), afhankelijk van de duur van de overschrijding, voor zover die overschrijding binnen de twaalf maanden blijft.

[135] *Vooraf: inspiratie uit het bestuursrecht.* De mogelijkheid om van een tussenoplossing uit te gaan, dient zich ook aan binnen het *bestuursrecht* als het gaat om de toepassing van een bestuurlijke boete. Dan betreft de oorspronkelijke procedure immers een zaak van de klager tegen de overheid, het bestuur, terwijl de schending op het conto van dezelfde overheid moet komen. Gevolg is dat bij wege van sanctie de boete van de klager verlaagd kan worden als de oorspronkelijke procedure uit de tijd is gelopen.¹

[134] 1 M.S. STERKENBURG, 'Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn', in: S.D. Lindenbergh, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 137 e.v.

2 Zie HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000/721, m.nt. J. de Hullu, nadien nader ingevuld in o.a. HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/307, m.nt. J. de Hullu, en vooral in HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis. Vgl. ook nog HR 19 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5361.

[135] 1 M.S. STERKENBURG, 'Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn', in: S.D. Lindenbergh, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 143-145.

In het belastingrecht, dat ook gereguleerd wordt door het algemene bestuursprocesrecht, is er eveneens een ontwikkeling in gang gezet waar het om fiscale boetes gaat. De redelijke termijn waarbinnen een belastingzaak moet zijn afgedaan, begint te lopen vanaf het moment dat iemand in redelijkheid kan verwachten dat een administratieve boete zal worden opgelegd. In eerste aanleg moet er dan binnen twee jaar een uitspraak zijn gedaan, bijzondere omstandigheden daargelaten. Het hoger beroep moet binnen twee jaar na het instellen van het rechtsmiddel afgewikkeld zijn, bijzonderheden opnieuw daargelaten. Bij overschrijding van deze termijnen volgt er een vermindering van de belastingboete, waarbij de mate van verlaging afhankelijk is van de mate van termijnschrijding.²

Het algemene bestuursrecht is ook, los van het fiscale boeterecht, sterk in beweging gekomen de afgelopen jaren als het gaat om redelijke termijn-schendingen. In een uitspraak van 8 december 2004 oordeelde de Centrale Raad van Beroep (CRvB) over de termijn waarbinnen een beslissing inzake een bezwaar was genomen.³ Daarbij herziet de CRvB de eigen rechtspraak in het licht van de in nr. 405 nader te bespreken EHRM-zaak *Kudla t. Polen*⁴ en komt met een nieuw sanctioneringssysteem. Als er een overschrijding is van de termijn ten gevolge van verwijtbare traagheid bij een bestuursorgaan, dan is een compensatie in geld gepast, en daarvoor kan iemand of naar de burgerlijke rechter, of via art. 8:73 Awb (een zelfstandig schadebesluit) een vergoeding vragen. Voor vergoeding van immateriële schade is er ruimte op grond van genoemd art. 8:73 Awb indien het “op grond van het met de procedure gemoeide belang en de overige feiten en omstandigheden van het geval aannemelijk is dat de belanghebbende als gevolg van de duur van de procedure daadwerkelijk een bepaalde mate van spanning en frustratie heeft ondergaan”. Dat betekent dat ook als er geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of een ander persoonlijkheidsrecht – hetgeen op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW in het privaatrecht wel vereist zou zijn om op ‘andere wijze’ in de persoon te zijn aangetast – toekenning van een bedrag aan immateriële schadevergoeding mogelijk is. Deze rechtspraak is door de andere (hoogste) bestuursrechters gevolgd.⁵

Vervolgens hebben zowel de CRvB als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) beslist dat gegeven de Europese rechtspraak over overschrijding van de redelijke termijn, die spanning en frustratie veronder-

[135] 2 Zie HR 22 april 2005, AB 2006/11, m.nt. A.M.L. Jansen; HR 17 juni 2005, BNB 2005/338, m.nt. M.W.E. Feteris; HR 3 februari 2006, BNB 2006/153, en inmiddels ook HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, voor een geval van een naheffingsaanslag.

3 CRvB 8 december 2004, AB 2005/73.

4 EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (*Kudla t. Polen*).

5 Zie ABRvS 29 juni 2005, AB 2006/43, en CBb 4 december 2007, AB 2007/403. Zie ook G.E. VAN MAANEN, ‘De impact van het EVRM op het privaatrecht’, in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies VBR, 2011, p. 37 e.v.

steld wordt aanwezig te zijn.⁶ Op algemener niveau geldt daarmee dat art. 8:73 Awb op deze wijze is afgestemd op art. 13 EVRM, terwijl bovendien de rechtspraak van de verschillende bestuursrechters intussen nader op elkaar is afgestemd.⁷ De wetgever leek vervolgens van plan de bestuursrechter te volgen, want er zat (sinds 2010) een wetsvoorstel voor een 'Wet schadevergoeding bij termijnoverschrijdingen' in de pijplijn dat deze materie nader wettelijk vorm zou moeten geven voor het bestuursrecht.⁸ Het is sindsdien echter zeer stil gebleven.

[136] *Terug naar het privaatrecht.* Zolang de wetgever geen civielrechtelijke versie van het al genoemde wetsvoorstel voor een 'Wet schadevergoeding bij termijnoverschrijdingen' of een variant daarop, het licht doet zien, zie nr. 114-115, valt dat privaatrecht noodgedwongen terug op mogelijke rechtsvorming in de rechtspraak. Niettegenstaande de evidente aantrekkelijkheid ervan, is inmiddels duidelijk geworden dat de mogelijkheid om een tussenweg te bewandelen, zoals dat in het strafrecht of bestuursrecht is gebeurd, in het civiele recht niet bestaat, ook niet als het om een termijnoverschrijding gaat.¹ Het is niet mogelijk voor de civiele rechter om, bij wijze van spreken, 20% af te trekken van de schadevergoeding die particulier X aan wederpartij Y moet betalen. Het gaat immers niet aan de wederpartij van de klager te straffen als het de Staat is – want daar gaat het bij schending van art. 6 EVRM om – die een fout maakt. De rechtspositie van de (oorspronkelijke) civielrechtelijke (proces)partijen wijzigen, kan niet. Die optie is er niet, omdat de Staat niet betrokken is in de oorspronkelijke procedure, bijvoorbeeld die waarin de termijn overschreden werd door rechterlijke laksheid.²

Zodoende ligt nogmaals de vraag voor: wat kan dan wel? Wat overblijft naar huidig Nederlands recht is dat er in plaats van herstel gedurende of na afloop van de (te lange) procedure zelf, een geldelijke vergoeding achteraf beschikbaar komt.

[135] 6 Vgl. ABRvS 6 juni 2007, *NJB* 2007, 1323 en CRvB 22 september 2006, *NJB* 2006, 1692. Ook de materiële schade wordt overigens vergoed.

7 Zie daartoe vooral ook ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, met voorafgaande conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), waarin het vooral ging over (sindsdien geuniformeerde) lengte van de redelijke termijn: vier jaar voor bezwaarfase en twee rechterlijke instanties, behoudens bijzondere omstandigheden, in niet-punitieve administratiefrechtelijke zaken. Diezelfde termijn geldt in strafzaken en punitieve administratieve zaken. Een (niet-geslaagd) wrakingsverzoek telt niet als bijzondere omstandigheid, zie HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3119 (X./Minister van V&J).

8 Zie hiervoor nr. 115 en daarover nader W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1346 e.v.

[136] 1 VAN EMMERIK 1997, p. 297.

2 Dat is uiteraard anders in civielrechtelijke procedures die toch al gericht zijn en gevoerd worden tegen (een onderdeel van) de Staat der Nederlanden want dan kan de sanctie op zich via een bestraffing van de wederpartij volgen, maar dat is een uitzondering en biedt dus geen systematische oplossing.

Het privaatrecht sanctioneert dan *ex post*, zoals te doen gebruikelijk,³ ongeacht of dit in dit geval dienstig is (welk nut heeft schadevergoeding achteraf voor een ouder na bijvoorbeeld een uithuisplaatsing van een kind waarbij procedurele rechten geschonden zijn?). Het doet dat via een schadevergoedingsactie van de klager jegens de overheid in verband met de rol die de overheid, via de rechter, speelde. Meer zit er niet in. Maar zelfs daarmee zijn we er nog niet, want de vestiging van aansprakelijkheid is ook dan niet zonder problemen.

[137] *Noodzaak tot wijziging van de jurisprudentie*. Vertaald naar het Nederlandse systeem is qua *vestiging* van aansprakelijkheid bij overschrijding van de redelijke termijn, om dat voorbeeld nog even aan te houden, de marsroute in beginsel dat de klager de Staat op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) zal kunnen aanspreken tot schadevergoeding. Dat is uiteraard zo als er al een eerdere veroordeling door het EHRM ligt, maar zeker ook zonder dat dit het geval is. Het probleem is dan echter dat de in de rechtspraak gestelde vereisten voor een actie op grond van onrechtmatige rechtspraak (nog steeds) zeer streng zijn, zoals besproken in nr. 117 e.v.¹ Nodig lijkt te zijn dat er een fundamenteel recht is geschonden (waarbij 'de redelijke termijn' niet kwalificeert als (voldoende) 'fundamenteel'²) en dat alle rechtsmiddelen uitgeput zijn. Dit is derhalve een in feite doodlopende weg.³ Voor zover de Hoge Raad in het *Greenworld/NAI-arrest*⁴ inderdaad, zoals besproken (nr. 129-130), een andere route zou zijn ingeslagen, bestaan er weliswaar minder voetangels en klemmen, maar ook dan is een succesvolle vordering tot schadevergoeding geen sinecure.

Het is dan ook niet ondenkbeeldig – sterker, ik ga daar zelfs van uit – dat die lijn in de rechtspraak niet overeind kan blijven. Er is nu eenmaal een effectief rechtsmiddel nodig (bijvoorbeeld herstel door middel van een snelle, zelfstandige procedure, leidend tot compensatie bij bijvoorbeeld termijnoverschrijdingen), terwijl dat tot op heden ontbreekt, zoals de regering overigens ook zelf erkend heeft (zie nr. 103 inzake *Voorhuis t. Nederland*). Aanpassing van de rechtspraak van de Hoge Raad ligt dan ook in de rede, ofwel door de hoogste rechter zelf als deze de kans krijgt, ofwel (alsnog⁵) door de wetgever.

[138] 3 Zie W.H. VAN BOOM, *Efficacious enforcement in contract and tort*, 2006.

[137] 1 Zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (*X./Staat*) en LAWSON/TEUBEN 2004, p. 185.

2 Zie I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 126.

3 Aanpassing van de rechtspraak in die zin dat er geen onderscheid wordt gemaakt naar welk specifiek recht uit art. 6 EVRM geschonden is, zou kunnen helpen, zie JANSEN 2000, p. 283.

4 HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*).

5 In de hierna uitvoerig besproken uitspraak HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*De Bilt*) laat de Hoge Raad blijken niet binnen afzienbare tijd een wetgevingsinitiatief te verwachten, zie r.o. 3.13.

[138] Hof Den Haag en de redelijke termijn.¹ Een voor de hand liggend vetrekpunt daarbij zou zijn, en dat is in 2014 ook de waarheid geworden, dat de Hoge Raad voor schendingen van het redelijke termijn-vereiste aansluiting zou gaan zoeken bij de in nr. 128 al kort geïntroduceerde rechtspraak van (Rechtbank Den Haag en) Hof Den Haag. Dat Haagse Hof heeft, aansluiting zoekend bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake redelijke termijn-schendingen (zie nr. 135), voor dit type zaken ervoor gekozen om de ‘oude’ jurisprudentie van de Hoge Raad ter zijde te laten, of in elk geval niet te benutten. Het hof² oordeelde in plaats daarvan dat toewijzing van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tot vergoeding van immateriële schade – wegens de frustratie en spanning verbonden aan het uitblijven van een rechterlijke beslissing – bij overschrijding van de redelijke termijn mogelijk is. Vervolgens werkt het hof uit welke factoren de lengte van de in acht te nemen termijn bepalen en welke vergoeding daar dan bij past.

Of deze in elk geval in 2009 gedurfde beslissing, welke wat mij betreft in het licht van (de vereiste mate van effectiviteit van) de rechten uit het EVRM terecht mocht worden genoemd, geheel aansluit bij de tot dan toe gebruikelijke uitleg die gewoonlijk aan art. 6:106 BW betreffende de vergoeding van smartengeld (via de persoonsaantasting ‘op andere wijze’) werd gegeven, kon op dat moment betwijfeld worden. Immers, was daarvoor niet geestelijk letsel vereist?³ Maar met de steun van art. 6 EVRM en art. 13 EVRM in de rug, en de wetenschap dat art. 6:106 BW de laatste jaren redelijk extensief is toegepast,⁴ viel er ook toen inhoudelijk al veel te zeggen voor een dergelijke ruime uitleg van dat artikel, teneinde tot een vorm van schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak te komen.⁵

- [138]
- 1 Zie ook I. GIESEN, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: ‘integriteitsschade’, in: E.C. Huijsmans, M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, 2014, p. 43-76, waarop de navolgende nummers zijn gebaseerd.
 - 2 Hof ‘s-Gravenhage 24 februari 2009, *JA* 2009/67 (A./Staat), met verwijzing naar diverse bestuursrechters, en daarna bijv. nog Rb. ‘s-Gravenhage 20 mei 2009, *ECLI:NL:RBSGR:2009:BI5132*; Rb. ‘s-Gravenhage 24 juni 2009, *JA* 2009/127 en Rb. ‘s-Gravenhage 30 september 2009, *JA* 2009/165, alsmede Hof ‘s-Gravenhage 19 april 2011, *AB* 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Zie verder LINDENBERGH 2011, p. 101-107.
 - 3 LINDENBERGH 2011, p. 91 en 105-106, ziet voldoende ruimte om de schending van een fundamenteel recht onder art. 6:106 BW te brengen. Naar Duits recht speelt hetzelfde probleem en een nog sterkere twijfel aan het kunnen vergoeden van immateriële schade, zie BREUER 2011, p. 341-342.
 - 4 Vgl. W. DIJKSHOORN, ‘Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?’, *NJB* 2010/1063, p. 1348, verwijzend naar o.a. het *Baby Kelly*-arrest (HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken). Zie ook LINDENBERGH 2011, p. 90-95.
 - 5 Ook al voor een ruime uitleg: VAN EMMERIK 1997, p. 371. Zie nader M.S. STERKENBURG, ‘Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn’, in: S.D. Lindenbergh, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 153-155.

[139] *De belastingkamer van de Hoge Raad volgt.* Bij de besproken lijn in de rechtspraak past tevens dat nadien ook de belastingkamer van de Hoge Raad (in bestuursrechtelijke kwesties derhalve) buiten de gevallen waarin een boete is opgelegd (die dan eventueel verlaagd kan worden) de hier besproken koers is gaan volgen.¹ Hoewel art. 6 EVRM niet geldt in belastingzaken, kan op grond van het aan dat artikel ten grondslag liggende, algemeen aanvaarde rechtsbeginsel van rechtszekerheid evenzeer gesteld worden dat geschillen binnen redelijke termijn beslecht moeten worden, en dus kan de rechtspraak van de andere hoogste bestuursrechters (inclusief het algemeen aanvaarde ‘tarief’ van € 500,- per halfjaar vertraging) over schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn, gekopieerd worden.²

[140] *Net als de civiele kamer: het De Bilt-arrest.* En uiteindelijk heeft ook de civiele kamer van de Hoge Raad deze lijn opgepakt. Hij moest in eerste instantie in 2013, in een tweetal zaken die tegelijk werden beslist, constateren dat de insteek zoals het Hof Den Haag die blijkens het voorgaande in een constante lijn van rechtspraak gekozen heeft, niet eens ten principale aangevallen werd door het cassatiemiddel:¹ overschrijding van de redelijke termijn is een onrechtmatige daad, waarna toewijzing van immateriële schadevergoeding op grond van art. 6:106 BW mogelijk is. Dat geldt, via de rechtszekerheid als onderliggende beginsel, ook als art. 6 EVRM niet toepasselijk is op het voorliggende geval.²

Vervolgens, en ten principale, werd op 28 maart 2014 door de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de in het voorgaande besproken lijn van vergoeding van immateriële schade bij de schending van de redelijke termijn, volledig werd

[139] 1 Zie HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en LINDENBERGH 2011, p. 105-106. De overvloedige rechtspraak van de belastingkamer biedt veel inspiratie om de vragen over en de omgang met redelijke termijn-schendingen in het civiele recht soepel te laten verlopen. Een voorbeeld: als erfgenamen een procedure hebben voortgezet, hebben zij recht op een vergoeding in verband met de lange duur van de procedure, zie HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2981 (Erven A./Staatssecretaris van Financiën).

2 Zie ook HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), r.o. 3.16.2. Over de overschrijding van de redelijke termijn in belastingzaken in algemene zin: HR 22 april 2005, BNB 2005/337, m.nt. M.W.C. Feteris en HR 19 december 2008, BNB 2009/201, m.nt. G.J.M.E. de Bont.

[140] 1 Zie HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013BX8360 (X./Staat) en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013BX8359 (X./Staat). Deze zaken betroffen vooral de vraag of deze regeling ook geldt als het alleen over de duur van de bestuursrechtelijke bezwaarfase en aanvraagfase gaat, *quod non*. Het vermoeden van het bestaan van immateriële schade gaat dan niet op, maar de eiser mag zelf wel bewijs daartoe aandragen. Ik ga hier verder aan voorbij.

2 Zie verder ook HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), hierna besproken.

doorgetrokken.³ Het ging om een geval waarin een civielrechtelijke onteigeningsprocedure te lang geduurd zou hebben, waarna de eisende partijen bij pleidooi in eerste aanleg verzochten om schadevergoeding door de wederpartij, de gemeente, wegens deze termijnoverschrijding. De rechtbank meende in dit verband dat niet was voldaan aan de stelplicht ter zake van de immateriële schade.

In cassatie sneuvelt dat oordeel. Geparafraseerd weergegeven overweegt de Hoge Raad, veronderstellenderwijs van een schending van art. 6 EVRM uitgaande, voor zover in dit verband van belang:

1. Uitgangspunt van het EHRM is dat het uitblijven van een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn leidt tot spanning en frustratie, hetgeen een grond is voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade. Dit is ook voor het nationale recht de maatstaf; dat betekent dat er ter zake van zodanige schade geen stelplicht rust op de partij die zich op schending van art. 6 EVRM beroept (r.o. 3.11).
2. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het nationale recht in verband met art. 13 EVRM moet voorzien in een effectieve mogelijkheid voor vergoeding van schade wegens een redelijke termijn-overschrijding; een op grond van onrechtmatige daad in te stellen separate procedure tegen de Staat (zie nader r.o. 3.12) kan een voldoende effectief rechtsmiddel zijn (r.o. 3.14).
3. Indien de gestelde termijnoverschrijding plaatsvindt in een civiele procedure, is voor een beoordeling daarvan door de civiele rechter, anders dan bij bestuursrechtelijke procedures (zie r.o. 3.13), niet nodig dat deze in de lopende procedure plaatsvindt. Het betrekken van de Staat in een lopende civiele procedure is bezwaarlijk in te passen in het burgerlijk procesrecht, want het betrekken van de Staat in een lopend civiel geding teneinde een vordering tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn aan de rechter voor te leggen, is een niet-noodzakelijke belemmering voor een voortvarende afhandeling van het geding (r.o. 3.14).
4. Dus moet na overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure, een daarop gerichte vordering tot schadevergoeding worden ingesteld in een afzonderlijke procedure tegen de Staat (r.o. 3.15). Daarmee wordt een voldoende effectief rechtsmiddel geboden (r.o. 3.14).
5. Voor de hoogte van de toe te kennen vergoeding kan aansluiting worden gezocht bij de vergoedingen die in het bestuursrecht worden toegekend, namelijk € 500,- per halfjaar overschrijding van de redelijke termijn. In

[140] 3 HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), waarover kritisch VAN KESSEL 2014 en S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', AA 2014, p. 636 e.v. De Hoge Raad bespreekt ook (in r.o. 3.16) de vraag *wanneer* er sprake kan zijn van een schending van de redelijke termijn, maar daar ga ik hier aan voorbij. Zie nader nr. 397 e.v.

gevallen van geringe overschrijding kan worden volstaan met de constatering dat de redelijke termijn is overschreden (r.o. 3.16.3).

Hiermee is duidelijk geworden dat redelijke termijn-schendingen in civiele zaken, conform de EHRM-rechtspraak, tot schadevergoedingen door de Staat leiden, hoewel er in termen van Nederlands recht gesproken (art. 6:106 BW), niet werkelijk sprake is van vergoedbare immateriële schade; er valt immers 'slechts' spanning en frustratie te noteren. Dat wordt echter anders als het concept van de persoonsaantasting (en dus: het schadebegrip) ruimer zou worden uitgelegd, door de eis van geestelijk letsel (ook) hier los te laten⁴ en veeleer de 'integriteitsinbreuk' als zodanig te sanctioneren. En dat is dan ook precies wat hier is geschied, net zoals dat in de lagere rechtspraak en in de bestuursrechtspraak eerder al gebeurde. Het besproken arrest is dan tevens een bevestiging van het idee dat de Hoge Raad op dit terrein verandering lijkt te ambiëren (zoals ook de zaak *Greenworld/NAI* al heeft doen blijken).

[141] *Een nieuwe procedure nodig.* Een nadeel dat (ook) aan deze oplossing van het Hof Den Haag en de Hoge Raad kleeft, is uiteraard dat het verkrijgen van schadevergoeding op deze wijze een nieuwe civiele procedure vergt, nu tegen de Staat der Nederlanden, tenzij men tot een schikking komt (wat overigens de Koninklijke weg zou zijn, zeker voor zover de Staat in de oorspronkelijke procedure al procespartij was). De Hoge Raad heeft deze consequentie expliciet onder ogen gezien, het alternatief gewogen en (toch) hiervoor gekozen.¹ Rechtsherstel in de vorm van een veroordelend vonnis ten laste van de Staat leidt in deze tot een aparte, nieuwe procedure, een nieuw geschilbeslechtingstraject. Het is wat mij betreft zeer twijfelachtig of de Staat dat zou mogen verlangen – en of het EHRM dat als voldoende 'praktisch en effectief' zal accepteren, zie ook nr. 418² – juist van iemand die al (beweerdelijk) te lang heeft moeten procederen en daaraan spanningen en frustraties heeft overgehouden. Daarom zal in elk geval zeker gesteld moeten worden dat die vervolprocedure, als die niet te voorkomen blijkt, niet alleen effectief is, maar ook zeer spoedig en zonder al te hoge kosten afgewikkeld kan worden (inclusief het betalen van een eventuele veroordeling). Dat is iets dat de besproken 'Haagse route' niet kan garanderen, want er resteert

[140] 4 Vgl. ook al de noot van W. Dijkshoorn onder Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *JA* 2009/67 (A./Staat), alsmede S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 640 en 641.

[141] 1 Zie nogmaals HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), alsmede kritisch VAN KESSEL 2014, p. 268.

2 Zie EHRM 26 november 2013, nr. 40756/06 (Vlad e.a. t. Roemenië), § 112. Vgl. ook nog § 118, waarbij de mogelijkheid van een gewone civiele procedure op grond van het nationale Roemeense aansprakelijkheidsrecht wordt afgeserveerd. Ook VAN KESSEL 2014, p. 273, concludeert negatief op dit punt, en zo ook A-G Van Oven in zijn conclusie, 4.45, voor HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt).

een gewone (nieuwe) civiele procedure die makkelijk een jaar kan vergen in eerste aanleg.

Via een *kort geding*, de procedurevorm die de Hoge Raad in beginsel benut om voor de gevallen waarin het niet anders kan, toch effectieve toegang tot de rechter te bewerkstelligen, zie nr. 109, kan natuurlijk wel sneller een uitspraak worden verkregen. Maar die uitspraak kan slechts een voorlopige voorziening en slechts een condemnatoir vonnis (bevel of verbod) betreffen³ en dus niet zien op de vaststelling van onrechtmatig handelen en/of de toewijzing van een vordering tot vergoeding van schade. Op zichzelf kan het kort geding dus wel benut worden om een bevel tot handelen (bijvoorbeeld gericht tot een andere rechter om vonnis te wijzen of eventueel zelfs de wederpartij om voort te maken met een proceshandeling) te verkrijgen, maar dan ziet dat procesmiddel toch vooral op de beperking van de vertraging en (dus) de schade.⁴

[142] *De overheid alsnog betrekken in de oorspronkelijke procedure.* Hetgeen hiervoor is besproken, betekent dan weer dat deze 'Haagse route', zelfs voor termijnoverschrijdingen, ten hoogste een verbeterd tussenstation kan zijn op weg naar een daadwerkelijk effectieve remedie, een remedie die (vooral procedureel) nog verder ontwikkeld zal moeten worden, liefst door de wetgever. Daartoe zijn inmiddels ook wel initiatieven ontplooid maar die zijn vooral gericht op het bestuursrecht.¹ Het civiele traject staat nog (nauwelijks) in de kinderschoenen. Er is bijvoorbeeld nog te weinig nagedacht over hoe het wellicht toch mogelijk zou kunnen worden gemaakt om de Staat – zoals in het bestuursrecht – te betrekken in of bij de oorspronkelijke, vertraagde procedure, zodat de last van 'nogmaals opnieuw moeten gaan procederen' voorkomen of ten minste beperkt wordt.²

Ik zie daartoe naar huidig recht overigens weinig andere wegen dan een ruime benadering van de regels inzake voeging en tussenkomst. Als een procespartij meent dat de procedure door toedoen van de Staat (lees: de rechter) onredelijk vertraagd is of anderszins 'oneerlijk' verloopt, zou deze partij bij conclusie of akte de tussenkomst van de overheid als tweede, op zelfstandige grondslag gedaagde partij moeten kunnen vorderen, waarna de (dan twee) zaken gezamenlijk verder behandeld worden, omdat ze aan elkaar gelieerd ('verknocht') zijn. Dit idee vindt nu al enige steun in ons recht. Via art. 8:26 Awb kan in het bestuursrecht immers

[141] 3 SNIJDERS c.s. 2011, nr. 335.

4 Vgl. I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 131.

[142] 1 Zie nader W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1347. De Hoge Raad veronderstelt dat er weinig te gebeuren staat op wetgevend gebied, zie HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), r.o. 3.13.

2 Als de overheid al procespartij was in de eerdere procedure, kan via een eiswijziging of een eis in reconventie in dezelfde procedure de onrechtmatige daadsvordering worden ingesteld, vgl. VAN DER WIEL 2004, p. 312-315. In diverse landen om ons heen wordt ook gebruikgemaakt van een afzonderlijke procedure, maar dat zegt op zichzelf nog weinig over de reden daarvoor, zoals VAN KESSEL 2014, p. 268 constateert.

een belanghebbende (hier: de Staat) als partij in een procedure worden betrokken, zodat er binnen het bestuursrecht geen noodzaak bestaat een nieuwe procedure op te starten om tot een schadevergoeding te komen.³ Een soortgelijke bepaling zou in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kunnen worden ingevoerd, in de vorm van een ambtshalve te bevelen voeging van de Staat als extra gedaagde in een overigens tussen andere procespartijen gestart en gevoerd geding.

Een en ander vergt echter wel enige 'rek' ten opzichte van de normale regels inzake voeging en tussenkoms, die minder ruimte bieden dan het bestuursrechtelijke kader. Daarbij is het immers een niet-procespartij die zelf vordert om 'mee te mogen doen'.⁴ Dat maakt vooralsnog dat het hierbij aansluiting zoeken nogal omslachtig wordt, zodat een nieuwe wettelijke regeling waarschijnlijk eenvoudiger is.⁵ Maar zolang zo'n wettelijke regeling er niet is, is dit wellicht nog het beste alternatief.

[143] *Via art. 118 Rv?* Het wetboek biedt overigens wel al een specifiek aanknopingspunt, namelijk art. 118 Rv. Dat artikel regelt de algemene oproeping van derden in een geding, zonder daarbij aan te geven in welke gevallen zo'n oproeping mogelijk is. Volgens Van der Wiel en Boele¹ kan het artikel als opening worden benut om derden (ook gedwongen) in een lopende procedure te betrekken. Het zou dan langs deze weg mogelijk zijn om de overheid als 'gedaagde partij' in een lopend geschil tussen twee andere, private partijen te betrekken. Daarvoor pleit dat de claim tegen de overheid afhankelijk is van wat er in de procedure tussen de private partijen gebeurd is (of juist niet gebeurd is); er is dus sprake van materiële connexiteit.

Van der Wiels tweede argument hiervoor, namelijk dat de rechter die op de oorspronkelijke zaak zit, goed daarin ingevoerd is en dus eenvoudig de daaraan verbonden tweede zaak kan afwikkelen, vormt in dit geval echter een kink in de kabel. Het roept immers vragen op als dezelfde rechter die een mogelijke schending van art. 6 EVRM op zijn geweten heeft, de daarop volgende onrechtmatige daadvordering tegen de overheid, zelf beoordelen moet. Het gebruik van art. 118 Rv is dus feitelijk alleen zinvol als daarna de zaak, en dus beide zaken, naar een andere rechter wordt en kan worden verwezen. Maar dan rijst wel de vraag wat

[142] 3 Zie W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1348.

4 Vgl. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/45.

5 Ook VAN KESSEL 2014, p. 273, pleit alsnog voor wettelijk ingrijpen, net als R.D. LUBACH, 'Overschrijding van de redelijke termijn door rechterlijke instanties', *MvV* 2014, p. 139.

[143] 1 Zie VAN DER WIEL 2004, p. 316 e.v., die dit uitwerkt voor de onrechtmatige daad van de rechtshulpverlener van de wederpartij, en S.A. BOELE, 'Schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn en de civiele rechter', in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk*, 2012, p. 53 e.v. Zie ook nader F.O.J. DE FOLTER, *Gedwongen tussenkoms*, 2001.

dan nog het verschil is ten opzichte van de situatie dat er een geheel nieuwe procedure moet worden gestart.

Wat daarvan echter zij, inmiddels is uit de redelijke termijn-rechtspraak van de Hoge Raad duidelijk geworden dat hij deze insteek niet ziet zitten.² Naar de letter biedt art. 118 Rv weliswaar een grondslag voor het betrekken van de Staat in de lopende procedure, want zulks moet zinvol of noodzakelijk zijn voor de beslissing over de (oorspronkelijke) rechtsbetrekking, en zinvol zou dit zeker zijn. Echter, de Hoge Raad meent tevens dat er hier in het algemeen sprake zal zijn van een niet-noodzakelijke belemmering van een voortvarende verdere afhandeling van het (oorspronkelijke) geding, en gaat daarom aan art. 118 Rv voorbij.³ De Raad wil zo een verdere vertraging van de al vertraagde oorspronkelijke procedure voorkomen. Dat is op zich een nobel streven, en een vorm van schadebeperking, maar dit komt wel tegen een hoge prijs voor de benadeelde: opnieuw een procedure moeten opstarten en doorvoeren.⁴ Het is ook de vraag of het EHRM deze 'prijs' accepteren zal. In ander verband heeft het Hof immers bepaald dat het voor een toekenning van een vergoeding op grond van art. 41 EVRM niet nodig is dat de klager eerst een vordering via een nationale procedure instelt. Het zou immers niet passen bij de beoogde effectieve bescherming om van een klager die al een keer alle nationale rechtsmiddelen heeft doorlopen, te eisen dat deze opnieuw een procedure initieert.⁵

4.7.6 Een alternatief: vergoeding van 'integriteitsschade'¹

[144] *Bredere toepasbaarheid?* De sanctie op het niet in acht nemen van art. 6 EVRM door de rechter wordt vaak 'weggemoffeld' onder de noemer dat deze inbreuk niet of nauwelijks doorwerkt op de uiteindelijke materiële beslissing voor de betrokkene(n), óf dat deze gaandeweg de civiele procedure hersteld is.² Dat in eerste aanleg misschien een partijdige rechter op de zaak zat, is in hoger beroep een achterhoedegevecht geworden; de misschien wel gemiste kans op wederhoor wordt

[143] 2 HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), r.o. 3.14.

3 Het daarvoor al genoemde argument dat de Staat bij de bestuursrechter wel in de oorspronkelijke procedure betrokken wordt omdat de bestuursrechter de zaak beter kan beoordelen, biedt geen reden om de civiele rechter dan niet (ook) meteen te betrekken.

4 Dat zou weer anders komen te liggen als de overheid deze claims zou gaan afwikkelen, hetgeen verstandig zou zijn, op grond van een set nog te ontwikkelen beleidsregels, en niet via vervolgpcedures.

5 Harris e.a. 2014, p. 156-157, met verwijzingen.

[144] 1 Zie nader I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in: E.C. Huijsmans, M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, 2014, p. 43-76, waarop het navolgende is gebaseerd, en waarin deze gedachte breder wordt toegepast en verder uitgewerkt, ook qua begrenzing.

2 Vgl. R. WIDDERSHOVEN, M. REMAC, 'General Principles of Law in Administrative Law under European Influence', *ERPL* 2-2012, p. 401-402.

alsnog geboden; en de niet-openbare uitspraak in eerste aanleg is in hoger beroep alsnog in het openbaar gedaan, etc.

Dat alles moge zo zijn, maar als wij dit aanvaarden, dan blijft art. 6 EVRM betrekkelijk weerloos achter, terwijl schending van dat artikel wél als een onrechtmatig handelen kwalificeert.³ ‘Hulp’ zou echter kunnen worden geboden, zo laten de besproken uitspraken over schending van de redelijke termijn zien, via een vordering jegens de Staat, op grond van onrechtmatige daad, tot vergoeding van smartengeld, ondanks het feit dat er ‘slechts’ sprake is van spanning en frustratie.

De logische vervolgvraag is dan uiteraard of deze in het voorgaande besproken, nieuwe lijn in de rechtspraak wellicht breder toepasbaar is, dus niet alleen bij schending van de redelijke termijn kan worden benut, maar ook bij bijvoorbeeld handelen in strijd met hoor en wederhoor. Het ruimere (soepelere) criterium voor onrechtmatige rechtspraak zoals de Hoge Raad dat in het *Greenworld/NAI-arrest*⁴ lijkt te hebben aanvaard, duidt er in elk geval op dat dit mogelijk zou moeten zijn.⁵

[145] *‘Integriteitsschade’*. Stel dat niet aan de specifieke eis van ‘fair trial’ voldaan is, dan ligt de gedachte aan een schadevergoeding op zichzelf in de rede. Want ook hier kan gesteld worden – zoals dat ook gebeurd is bij een schending van de redelijke termijn – dat het enkele niet in acht nemen van bijvoorbeeld de eis van hoor en wederhoor tot spanning en frustratie heeft geleid (juist omdat iemand niet zijn eigen verhaal heeft kunnen doen), terwijl de gedachte die besloten ligt in art. 13 EVRM impliceert¹ dat er een effectief nationaal rechtsmiddel ter beschikking zou moeten staan, desnoods door het nationale recht te doorbreken. Dat een schending van hoor en wederhoor vaak in hoger beroep kan worden rechtgezet, zodat er geen schade resteert – los van de dan wellicht ten onrechte gemaakte extra proceskosten, etc.² – doet wat mij betreft aan dit alles niet per se af, want de *inbreuk als zodanig* op het fundamentele recht om gehoord te worden, blijft bestaan. Dat recht blijft sanctieloos als er

[144] 3 Zo o.a. T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, ‘Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg’, *NJCM-bull.*2006, p. 56. Ook R. WIDDERSHOVEN, M. REMAC, ‘General Principles of Law in Administrative Law under European Influence’, *ERPL* 2-2012, p. 402, pleiten voor betere sanctionering.

4 Zie HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*).

5 Zo ook R. WIDDERSHOVEN, M. REMAC, ‘General Principles of Law in Administrative Law under European Influence’, *ERPL* 2-2012, p. 403 en 407; S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, ‘Redefining the relationship between Rewe-effectiveness and effective judicial protection’, *Review of European Administrative Law*, Vol. 4, nr. 2, p. 49, en ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/387.

[145] 1 Uiteraard is bekend dat art. 13 EVRM niet van toepassing is bij dit type art. 6 EVRM-schendingen (anders dan bij redelijke termijn-schendingen) omdat dat een *lex specialis* is. Dat een effectief rechtsmiddel nodig is, is daarmee echter niet van de baan.

2 Die kosten zijn er zelfs nog als de rechtspraak zou besluiten dat er geen griffierechten zullen worden geheven, zoals in HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt).

niets wordt gedaan, terwijl de klager minimaal één rechterlijke instantie ont-nomen is.³

Die immateriële schadevergoeding volgt dan echter op de keper beschouwd voor de inbreuk 'als zodanig', puur en alleen voor de schending van iemands mensenrechtelijke aanspraak – hetgeen een belangrijke toepassingsvoorwaarde alsmede een inperking van het bereik vormt – en dus los van de vraag of er anderszins enige, juridisch vergoedbare (immateriële) schade geleden is (omdat frustratie op zichzelf naar Nederlands recht onvoldoende is om smartengeld te verkrijgen⁴).⁵ Omdat de mensenrechtelijke integriteit van een burger is geschonden door de overheidsrechter, heeft deze burger recht op een vergoeding (door de Staat) van zijn 'schade'; het betreft dan de schade (een nieuw type schadepost) die door de 'integriteitsinbreuk' als zodanig is bewerkstelligd.

Dat is niet anders dan bij de moeder en vader van *Baby Kelly* die (terecht) een aanspraak op smartengeld hadden, omdat hun recht op zelfbeschikking – ook een fundamenteel recht dat de integriteit van een persoon raakt – geschonden werd. Diezelfde gedachte werd toegepast toen in de zaak van de *Oosterpark-rellen* in Groningen een vergoeding moest worden betaald aan de familie die ook na herhaaldelijke noodoproepen uren had moeten wachten op optreden van de politie, omdat zodoende hun persoonlijke integriteit en de veiligheid van hun woning in gevaar was gebracht.⁶ Men heeft dus recht op vergoeding van wat ik

- [145] 3 Vgl. echter nog LINDENBERGH 2011, p. 103. Hij zoekt een verklaring voor het verschil in benadering bij termijnschendingen en andere schendingen (bij de laatste wordt immers meer terughoudendheid betracht), en wel hierin dat een schending van de redelijke termijn niet de inhoud en de zorgvuldigheid van totstandkoming van de rechterlijke beslissing betreft. Dat onderscheid met bijv. een schending van hoor en wederhoor kan uiteraard inderdaad gemaakt worden, maar als in termen van integriteit gedacht wordt, is het onderscheid m.i. niet (langer) bepalend want die inbreuk is in beide gevallen aanwezig.
- 4 Zie o.a. HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*); LINDENBERGH 2011, p. 93. Die beperking geldt niet als art. 6:106 BW niet van toepassing is, zoals onder art. 35 Wet Bopz, zie HR 13 december 1996, *NJ* 1997/682, m.nt. J. de Boer (W./Staat).
- 5 Zie hierover ook A.J. VERHEIJ, 'Vergoeding van klein immaterieel nadeel', *RMThemis* 1998, p. 339 e.v., waar het andere vormen van 'klein' psychisch leed en smartengeld-vergoedingen betreft; LINDENBERGH 2011, p. 94 en 95, en M.C.G. VAN ESSEN, 'De sanctionering van de schending van het zelfbeschikkingsrecht in het kader van de WGBO', in: S.D. Lindenbergh, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 123 e.v.
- 6 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*) en HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391 (*Oosterpark-rellen*), en daarover T.H. NGUYEN, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009/1408, p. 1813-1815. Zie ook reeds Hof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGR* 1998, 48, en meer in het algemeen de gevallen van (het ontbreken van) 'informed consent', waarbij de leer van de integriteitsschade inmiddels vrij breed wordt aanvaard, zie R.P. WIJNE, *Medische aansprakelijkheid*, 2013, p. 85-86 en 121-122.

noem ‘integriteitsschade’.⁷ Daarmee doel ik hier op de schade door de inbreuk op de door art. 6 EVRM beschermde rechten van de eiser *ls zodanig*; het vaststaande feit dat een fundamenteel recht (i.c. een procedureel recht) geschonden is, is grond voor een genormeerde, en in omvang redelijk beperkte schadevergoeding als genoegdoening en tegemoetkoming – voor wat het waard is, want geld kan vaak geen echt herstel bieden – voor immateriële nadeel. Dat moet zo zijn, omdat anders dat fundamentele (procedurele) recht een lege huls blijkt te zijn.⁸

[146] *Dogmatisch kader.* De meer recente rechtspraak van de Hoge Raad sluit bij het voorgaande aan door de mogelijkheid van een uitzondering op het vereiste van ‘geestelijk letsel’ in bredere zin te erkennen. In het *Blauw oog*-arrest werd immers bepaald:¹

“De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat [eiser] onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast(...), faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld [mijn curs., JG].”

De Hoge Raad spreekt hier uiteraard niet over ‘integriteitsschade’ of een soortgelijke term, maar biedt mijns inziens wel een fraaie opening voor een ruimhartiger beleid als het om persoonsaantastingen als grond voor smartengeld gaat. Een ‘integriteitsinbreuk’ door de schending van een fundamenteel procedureel recht kan wat mij betreft zeker ook als een voldoende ernstige normschending kwalificeren, en bij de beoordeling daarvan kan meegenomen worden dat er slechts langs de route van de integriteitsschade enige sanctie te noteren valt.

Ook dogmatisch is een en ander in wezen betrekkelijk eenvoudig inpasbaar, want dit komt dan hierop neer dat er een nieuwe ‘schadepost’ (de geschonden integriteit) moet worden ‘ontdekt’ binnen (of beter: ingepast worden in) art. 6:106 BW, meer specifiek als onderdeel van de categorie van persoonsaantastingen ‘op andere wijze’.² Gezien de terughoudendheid waarmee dat artikel

[145] 7 De term is ontleend aan het artikel van L.G.J. HENDRIX, A.J. AKKERMANS, ‘Causaliteitsonzekerheid bij informed consent’, *TvGR* 2007, 498 e.v., met betrekking tot een geval van ‘informed consent’. Naar Frans recht is deze vorm van schade ook erkend als het om ‘informed consent’ gaat, zie daarover PH. PIERRE, ‘La réparation du manquement à l’information médicale: d’une indemnisation corporalisée à la mise en oeuvre d’un droit créance’, *Médecine & Droit* 2011, p. 107-113, naar aanleiding van een uitspraak van het Cour de cassation: Cass. 1re civ., 3 juin 2010, no 09-13591.

8 Zie bijv. S.D. LINDENBERGH, *Smartengeld tien jaar later*, 2008, p. 14.

[146] 1 HR 29 juni 2012, *NJ* 2012/410 (Blauw oog).

2 De ‘omweg’ van J.M. EMAUS, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, 2013, p. 325 e.v., via een nieuwe wettelijke bepaling, is voor hetgeen ik beoog, niet nodig.

echter traditioneel door de wetgever³ omgeven is, en omdat ook de Hoge Raad heeft aangegeven terughoudend te willen zijn – vergoeding is de uitzondering, en bij de beoordeling daarvan moet worden gelet op de ernst van de normschending en de ernst van de gevolgen voor het slachtoffer⁴ – rijst de vraag of dat wel kan. Wat mij betreft wel,⁵ omdat juist een integriteitsinbreuk een schoolvoorbeeld is van een persoonsaantasting. Dat er dan geen geestelijk letsel in de tot nu toe gebruikelijke, juridische zin aanwezig is, is wat mij betreft (net als in de al genoemde arresten) verwaarloosbaar. De benodigde terughoudendheid – voor zover deze nog steeds belangrijk wordt gevonden – kan worden gegarandeerd via de eis van een inbreuk op een fundamenteel recht.⁶ Daaraan zal immers niet zonder meer voldaan zijn; een dergelijke eis biedt dan ook een instrument om deze uitbreiding van aansprakelijkheid binnen redelijke perken te houden.

[147] *Omvang van de vergoeding.* Als het vervolgens om de omvang van het smartengeldbedrag gaat, is nog van belang dat het hier niet zonder meer om compensatie gaat, maar vooral ook om de bevrediging van het rechtsgevoel, om genoegdoening;¹ ‘punitive damages’ zijn echter niet aan de orde, want bestraffing is hier geen doel.² Van Essen noemt in dit verband een bedrag tussen de € 5.000,- en € 10.000,- en dat lijkt mij alleszins redelijk.³ Een dergelijk genormeerd en ook niet buitensporig hoog bedrag is qua hoogte wel voldoende om handhavend te ‘werken’, zo mag verwacht worden, omdat het ten opzichte van reguliere smartengeldbedragen in Nederland zeker niet aan de onderkant zit.⁴

Ik voeg daar nog wel aan toe dat ik mij kan voorstellen dat de toe te kennen bedragen wisselen per geschonden beginsel, en dat bijvoorbeeld een schending van

[146] 3 C.J. van Zeben, J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, 1981, p. 332-333 en 371 e.v. Zie ook T.H. NGUYEN, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, *NJB* 2009/1408, p. 1813.

4 HR 29 juni 2012, *NJ* 2012/410 (Blauw oog).

5 Anders: J.S. KORTMANN, C. SIEBURGH, *Handhaving door Nederlands privaatrecht. Pre-adviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, 2009, p. 287.

6 Met T.H. NGUYEN, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, *NJB* 2009/1408, p. 1817, meen ik dat het niet aangaat om de bescherming te beperken tot de ‘zeer’ fundamentele rechten (als die al te onderscheiden zouden zijn van ‘gewone’ fundamentele rechten).

[147] 1 R.P. WIJNE, *Medische aansprakelijkheid*, 2013, p. 85-86.

2 S.D. LINDENBERGH, *Smartengeld tien jaar later*, 2008, p. 14-15.

3 M.C.G. VAN ESSEN, ‘De sanctionering van de schending van het zelfbeschikkingsrecht in het kader van de WGBO’, in: S.D. Lindenbergh, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 132. Inzake de omvang van deze vergoeding, zie ook LINDENBERGH 2011, p. 96-100, die aldaar de signaalfunctie (symbolische vergoeding) onderstreept en ook tot een zekere normering neigt.

4 Zie over de hoogte van de bedragen in meer algemene zin ook nog T.H. NGUYEN, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, *NJB* 2009/1408, p. 1817 en 1818, die qua hoogte in dezelfde richting denkt.

het beginsel van hoor en wederhoor of de onpartijdigheid tot een hogere vergoeding leiden kan dan de schending van de openbaarheid van de uitspraak of het motiveringsbeginsel. In dat licht is dan ook te verklaren dat de genoemde bedragen (naar boven) afwijken van de € 500,- per halfjaar vertraging die de Hoge Raad toekent na een redelijke termijn-schending.⁵

[148] *Tegenwerping en afronding.* Bij het voorgaande verdient nog opmerking dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zelf nooit zo ver gegaan is de opvatting te huldigen dat iedere verdragsinbreuk op zichzelf een (immateriële) schadevergoeding rechtvaardigt.¹ Dat gegeven doet echter niet af aan de hier gevolgde redenering, omdat het EVRM minimumnormen neerlegt, en omdat het hier gaat om de vorm waarin een wél door het Europese Hof vereist nationaal rechtsmiddel² gegoten zou kunnen worden, en niet meer om de ‘Europese’ sanctiëring. Bovendien wordt immateriële schade door het EHRM ook vergoed buiten gevallen van een onredelijke lange duur van een procedure, bijvoorbeeld voor ongerustheid en ellende in verband met een schending van art. 8 EVRM, en voor een zeker gevoel van afzondering en hulpeloosheid door schending van art. 5 lid 4 EVRM.³ Dat zijn bepaald ruimere mogelijkheden dan het Nederlandse recht tot nu toe kent en dus vormt het EVRM geen sterk argument tegen de hier verdedigde opvatting.

Toegegeven moet worden, tot slot, dat ook deze sanctie weer een geldelijke sanctie betreft, en dus slechts een variant biedt op wat al bestaat, terwijl een geldelijke vergoeding niet altijd een oplossing kan bieden voor een inbreuk op een procedureel mensenrecht.⁴ Dat betekent dat het sanctiearsenaal eigenlijk nog sterker verbreed en verruimd zou moeten worden, zodat per type inbreuk en gegeven de ernst daarvan, een passend arsenaal van afwisselbare sancties beschikbaar komt. Dat is echter een insteek die nog nader onderzoek vergt.

[147] 5 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt). Volgens VAN KESSEL 2014, p. 271, is dit bedrag ‘EVRM-technisch’ aan de maat. S.D. LINDENBERGH, ‘Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus’, *AA* 2014, p. 640 is aarzelender.

[148] 1 In die zin VAN EMMERIK 1997, p. 193-194.

2 Op basis van art. 13 EVRM, zie o.a. EHRM 26 oktober 2000, *NJ* 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (Kudla t. Polen), en EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06, *NJB* 2010/2050 (Rumpf t. Duitsland), § 50.

3 Zie voor deze voorbeelden, met verwijzingen, T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, ‘Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg’, *NJCM-bull.* 2006, p. 45-46.

4 Ik voeg daaraan toe dat er wellicht ook nog enkele processuele ingrepen nodig zijn (versneld afdoen; proceskosten compenseren) om deze nieuwe route werkelijk ‘effectieve’ te kunnen noemen, vgl. ook nr. 418.

4.8 Conclusie

[149] *Meer en nader onderzoek nodig.* De sanctionering van inbreuken op procedurele mensenrechten en beginselen van procesrecht binnen de civiele procedure is notoir lastig. Hiervoor zijn enkele bestaande én meer op de toekomst gerichte opties geanalyseerd en verkend. In de navolgende hoofdstukken zal dit thema ook steeds terugkeren en ook steeds weer breinbrekers blijken op te leveren. Meer onderzoek zal dus nodig zijn, zo bleek ook al, om op dit vlak tot toepasbare, verbeterde en al dan niet algemeen toepasbare of juist heel toegepitste remedies te geraken.¹ Dat is vooral ook van praktisch belang, want voor we het weten krijgt ook Nederland een schrobbering door het EHRM via toepassing van art. 46 EVRM, zoals Duitsland die gekregen heeft (zie nr. 105). Uiteraard ligt iets dergelijks niet direct voor de hand, maar dat dacht men in Duitsland ongetwijfeld ook, en het is nog maar de vraag of de huidige Nederlandse wijze van omgaan met verdragsschendingen op alle vlakken veel beter is dan de handelwijze in Duitsland. Immers, de stand van ons eigen nationale stelsel van (civielrechtelijke) remedies blinkt niet op alle vlakken uit door kenbaarheid, helderheid, en effectiviteit (in de zin van art. 13 EVRM), zodat niet zonder meer gegeven is dat de huidige stand van zaken naar Nederlands recht al helemaal aan de Europese maat is. Een mogelijke alternatieve oplossingsrichting om wellicht iets beter voor de dag te komen, via 'integriteitsschade', is daarom in het voorgaande uitgewerkt.

[149] 1 Aan de Universiteit Utrecht wordt op dit moment een door NWO gesubsidieerd promotieonderzoek verricht op dit vlak. De resultaten daarvan mogen echter pas in de loop van 2016 worden verwacht.

Deel B
Beginselen van burgerlijk procesrecht

HOOFDSTUK 5

Toegang tot de rechter

5.1 Inleidende opmerkingen

[150] *Inleiding.* Het eerste beginsel dat in dit boek aan de orde wordt gesteld, is het beginsel van toegang tot de rechter. Het betreft hier misschien wel het meest wezenlijke van alle beginselen van procesrecht want als een burger géén toegang tot de rechter heeft waar dat wel gewenst of nodig is, kan deze al die andere beginselen van een eerlijke procedure zoals die hierna nog aan bod komen, nooit daadwerkelijk afdwingen.¹ Als de rechtsorde eisen stelt aan de kwaliteit van de (civiele) procedure, dan moet die rechtsgang wel daadwerkelijk toegankelijk zijn. Is dat anders, dan heeft niemand iets aan al die andere beginselen van procesrecht.²

De toegang tot de rechter, of iets ruimer, de toegankelijkheid van de civiele rechtspleging, draagt bovendien bij aan het voorkomen van eigenrichting (nr. 13). Ook daarom is toegang van groot maatschappelijk belang.³ Vandaar ook dat de huidige lijn in het regeringsbeleid om te tornen aan die toegang, in het bijzonder langs de weg van de griffierechten, ten minste scherp in de gaten moet worden gehouden, zie nader nr. 186 e.v. Dat klemt temeer als men, met Brenninkmeijer,⁴ toegang ziet als een concept dat voortvloeit uit de rechtsstaatgedachte. Daarom is voor hem vooral de vraag van belang wanneer rechtssubjecten *geen* toegang behoren te hebben. In zekere zin is dat uitgangspunt hierna ook te herkennen, nu immers diverse gevaltypen besproken worden waarin ter discussie stond of een belemmering wel mogelijk was. Dit idee past ook in zijn algemeenheid bij ons burgerlijk procesrecht omdat in beginsel altijd een rechter toegankelijk is, bijvoorbeeld via een kort geding.⁵

In verband met het voorkomen van eigenrichting is bovendien van niet te onderschatten belang dat in de dagelijkse praktijk al snel veel nadruk zal komen te liggen op de handhaving van rechten. Het gaat dan niet zozeer om de toeken-

[150] 1 Bijv. KUIJER 2004, p. 156; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 96. Opmerkelijk genoeg wordt het beginsel niet genoemd in HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015.
2 Over het belang van 'toegang' ook KNIGGE 1998, p. 1; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 53.
3 Zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/5.
4 Zie BRENNINKMEIJER 1987, p. 108 (en p. 151-152). Zie ook nr. 160.
5 Vgl. BRENNINKMEIJER 1987, p. 115-117.

ning van bepaalde rechten, maar om de handhaving (en executie) daarvan.⁶ Om die handhaving te kunnen bereiken en garanderen is de toegang tot de rechter, althans de werkelijke mogelijkheid van toegang, van het kunnen afdwingen van het betreffende recht, wezenlijk. Om te bereiken dat de 'schaduw van het recht' zich kan uitstrekken over de verhouding tussen de betrokken partijen, moet die schaduw als het ware 'oproepbaar' zijn.

[151] *Codificatie.* Gegeven het zo geschetste belang van de toegang tot de rechter, is het minst genomen opmerkelijk dat het recht op toegang in algemene zin niet tot nauwelijks gecodificeerd is. Veeleer wordt achteraf het recht op toegang 'ingelezen' in bestaande rechtsnormen.¹ In art. 6 EVRM blijkt dit recht slechts impliciet (zie nr. 156) gelegen te zijn, terwijl in Nederland de bepalingen in de Grondwet en in Rv over de rechter vooral over diens bevoegdheid in meer technische zin gaan; die bevoegdheid veronderstelt uiteraard echter een daaraan voorafgaand recht op toegang. Via art. 17 Gw, waarover nader nr. 165, wordt weliswaar iets explicieter erkend dat er een recht op toegang tot de rechter bestaat, maar is de wijze van formulering eerder negatief² ingestoken ('niemand ... afgehouden'). Explicieter dan art. 6 EVRM is zeker art. 47 eerste alinea Handvest Grondrechten EU, dat spreekt over een recht op een doeltreffende voorziening in rechte. In de *Principles of Transnational Civil Procedure* (PTCP) is logischerwijs geen recht op toegang opgenomen omdat die PTCP (als vorm van niet-statelijk recht) nu juist geen forum kunnen creëren; deze zijn bedoeld om eventueel benut en toegepast te worden door een rechter of arbiter in de afwikkeling van een internationaal geschil, als dat op nationaal wetgevend niveau zou worden toegestaan.³

[152] *Toegang tot recht.* Als het over (de grenzen van) het beginsel van toegang tot het recht gaat, dan moet direct vooropgesteld worden dat toegang tot de rechter niet hetzelfde is als toegang tot recht. Anders geformuleerd: 'access to justice' is breder, is een ruimer begrip dan dat van 'access to a court'. Het bredere, ruimere begrip¹ omvat de mogelijkheid – en soms het expliciet toegekende recht – om een beroep te kunnen doen op personen of instanties die op een bepaalde wijze 'recht' verschaffen of vastleggen, danwel een geschil uit de wereld helpen, althans daarbij behulpzaam zijn.² Denk bijvoorbeeld aan een ambtenaar van de

[150] 6 Vgl. reeds BRENNINKMEIJER 1987, p. 49 en 109 (daadwerkelijk effectueren; effectieve rechtsbescherming) en p. 90, en later bijv. KNIGGE 1998, p. 2.

[151] 1 Zo ook BRENNINKMEIJER 1987, p. 48 en 49.

2 BRENNINKMEIJER 1987, p. 71.

3 Zie ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, 2004, p. 3.

[152] 1 Nader J.M. BARENDRECHT, Y.P. KAMMINGA, *Toegang tot recht*, 2005, met name p. 5-7; H. GROOTELAAR e.a., *Toegang tot het recht: een actueel portret*, hoofdstuk 2, te downloaden via <http://montaigne.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/Eindrappport-per-18-september-2014.pdf>.

2 J.M. BARENDRECHT, Y.P. KAMMINGA, *Toegang tot recht*, 2005, p. 29 e.v., onderscheiden in dit verband het vergaren van informatie, vinden van begeleiding, onderhandelen, en het verkrijgen van een neutrale beslissing.

burgerlijke stand die een huwelijk sluit, een notaris die een erfenis afwikkelt of de deurwaarder die een dagvaarding betekent.³

Ook het feit dat wij in Nederland bij de Nationale Ombudsman kunnen klagen, hoort in deze niet-limitatieve opsomming, net zoals de mogelijkheid om bij het Openbaar Ministerie aangifte te doen van strafbare feiten. Dit brede begrip 'toegang tot recht' omvat de overheidsrechter, maar zeker ook diverse, door de markt gecreëerde vormen van alternatieve geschilbeslechting zoals mediation, arbitrage, en de inmiddels talrijke gespecialiseerde geschillencommissies die onder de vlag van de SER in consumentengeschillen over bijvoorbeeld makelaars, reizen, energieleveranciers, etc., bindende adviezen geven.⁴ Toegang tot de (civiele) rechter is daarmee ook slechts een (beperkt) deel van een groter goed en een (soms) groter probleem: toegang tot recht.⁵

[153] *Toegang in het dagelijks leven?* Om dat punt iets nader te onderbouwen, is het goed te zien hoe mensen in het dagelijks leven om gaan met (juridische) problemen. De *Geschilbeslechtingdelta 2009*¹ laat dat in grote lijnen zien, zoals ook in nr. 20 bleek. De oplossing voor zijn problemen zoekt de Nederlandse burger door rechtshulp in te schakelen (bij 52% van de problemen) – vooral via de advocatuur (11,3%) en de rechtsbijstandverzekering (10,9%) – en minder dan voorheen door passief te blijven (6%, dat was 9,2% in 2003) of het probleem zelf ter hand te nemen (42%, was 45,3%). Dat zou kunnen betekenen dat het rechtshulpaanbod gestegen en/of toegankelijker geworden is. Qua afwikkeling van de geschillen valt op dat slechts in 12,7% van de afgesloten problemen een officiële procedure (4,9% gerechtelijk, 7,8% buitengerechtelijk) is gestart. Uiteindelijk vormt in 6,5% van de gevallen (net als in 2003) de beslissing van een derde het eindpunt; in 53% (een stijging) bereiken de Nederlander een vorm van overeenstemming (waarvan dan weer 3% via mediation loopt). Dat betekent echter nog steeds dat in 40,5% van de gevallen in het geheel geen resultaat wordt bereikt. Dat geeft aanleiding te denken dat de rechtshulp wellicht toch nog niet toegankelijk genoeg is.

[152] 3 Uitvoerig over de vraag wanneer er behoefte bestaat aan 'toegang' (namelijk in afhankelijkheidsrelaties), J.M. BARENDRECHT, Y.P. KAMMINGA, *Toegang tot recht*, 2005, p. 11 e.v. Een theorie over in welke gevallen er toegang behoort te zijn, biedt BRENNINKMEIJER 1987.

4 Ook TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007, p. 7 en 30, hanteert een ruime omschrijving van toegang. Zie ook TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007, p. 17 e.v., voor een beschrijving van de 'geschiedenis' van die notie, in vijf 'ontwikkelingsgolven'.

5 En niet te vergeten de lasten daarvan, zie J.M. BARENDRECHT, Y.P. KAMMINGA, *Toegang tot recht*, 2005, p. 18-19 en 25 e.v.

[153] 1 B.C.J. VAN VELTHOVEN, C.M. KLEIN HAARHUIS, *Geschilbeslechtingdelta 2009*, 2010. De hierna vermelde gegevens zijn terug te vinden in de samenvatting op p. 11-20.

[154] *Op wereldschaal.* Ook als het om het civiele rechtsplegingssysteem als zodanig gaat, en niet louter om de rechtshulp, is er reden om kritisch te blijven. Immers, uit wereldwijd onderzoek van de Wereldbank blijkt dat wij in Nederland qua kosten en qua duur van civiele procedures niet heel hoog scoren.¹ Voor Nederland blijkt, als nummer 28 van de wereld wat dit aspect aangaat (in totaal eindigen wij op plek 31 als het om de ‘ease of doing business’ gaat), dat de kosten van ‘enforcing a contract’ 23,9% van de waarde van de claim bedragen en dat dit proces (voor, tijdens en na de procedure) gemiddeld 26 stappen en 514 dagen vergt. Ons insolventiesysteem scoort aanmerkelijk beter, met een zevende plek en een ‘recovery rate’ van 87,7 cent per dollar.²

Overigens verdient hierbij wel aantekening dat volgens de ‘Rule of Law Index 2014’ het Nederlandse systeem van ‘civil justice’ wereldwijd de tweede plaats inneemt na Noorwegen (in totaal eindigt Nederland op plek vijf) en dat de zaken hier dus prima in orde zijn. Binnen de categorie ‘civil justice’ scoort het aspect ‘accessibility and affordability’ echter wel weer het minst goed.³

[155] *Plan van aanpak.* Het beginsel van toegang tot het recht wordt hierna besproken door eerst in § 5.2 te analyseren wat het EVRM van ons rechtsstelsel eist als het om toegang gaat. Daarna bespreek ik de algemene Nederlandse situatie in § 5.3¹ en een scala aan specifieke voorbeelden van de (inter)nationale grenzen die aan de toegang (kunnen) worden gesteld in § 5.4. In § 5.5 zoom ik in op één specifiek aspect van toegang dat de laatste tijd veel belangstelling gegenereerd heeft – en terecht, vanwege het belang ervan – namelijk de mogelijkheid om via collectieve manieren van actie (massaschadeclaims, etc.) tot handhaving van specifieke rechten van bepaalde ‘collectiviteiten’ of collectief opererende individuen te komen. Dat toegang tot de rechter een deelaspect is van toegang tot recht, wordt nader beschouwd in § 5.6 over ADR en toegang. Ik concludeer in § 5.7.

5.2 Toegang tot de rechter volgens het EVRM

5.2.1 Hoofdlijnen

[156] *De Golder-uitspraak.* *De Golder-uitspraak.* Het recht op toegang tot de rechter is niet expliciet opgenomen in art. 6 EVRM, maar het is wel als zodanig

[154] 1 Zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/5, op p. 8 (die spreekt over ‘slechter dan gemiddeld scoren’), en www.doingbusiness.org.

2 Zie het *Doing Business* rapport (de tabel met gegevens staat op p. 115) van ‘The Worldbank’, via: www.doingbusiness.org/-/media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf.

3 Zie WJP Rule of Law Index 2014, p. 30, 14 en 127, via <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>.

[155] 1 Voor rechtsvergelijkende gegevens: A. UZELAC & C.H. VAN RHEE, *Access to Justice and the Judiciary*, 2009.

erkend door het EHRM. Dat gebeurde in de zaak *Golder* uit 1975.¹ Daarin werd erkend dat het recht op toegang besloten ligt, en ook moet liggen, in art. 6 EVRM om de (doodeenvoudige) reden dat alleen zo de overige processuele rechten uit dat artikel van waarde kunnen zijn. Die zaak draaide hierom dat een gevangene (*Golder*) belet werd om zich schriftelijk tot een advocaat te wenden toen hij van zins was om een civiele actie wegens smaad in te stellen tegen een cipier. Die cipier had hem valselijk beschuldigd van het deelnemen aan een relletje in de gevangenis en had hem als straf enige weken in een isoleercel laten opsluiten. Ook werd er een aantekening in het dossier van *Golder* gemaakt. Deze belemmering om een advocaat in te schakelen, werd door *Golder* na zijn vrijlating bestreden door een beroep te doen op de schending van zijn recht op toegang tot de rechter. Het Europese Hof overweegt in dat verband (in r.o. 35):

“It would be inconceivable that Article 6 should describe in detail the procedural guarantees (...) and not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court.”

Daarvoor vond men de noodzakelijke argumenten in de tekst, vooral de originele Franse versie, en in de context van de bepaling, alsmede in de preambule van het verdrag. Zodoende is het recht op toegang tot de rechter erkend, met die nuance nog dat het Europese Hof in die uitspraak en sindsdien als vaste rechtspraak aangeeft dat art. 6 EVRM het ‘right to a court’ omvat, waarvan ‘the right to access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters’ slechts één aspect is.²

[157] *De Airey-uitspraak.* Met het hiervoor verwoorde algemene recht op toegang tot de rechter als zodanig is de justitiabele er echter nog niet, want naast het op zichzelf openstaan van een procedure – principiële toegang tot de rechter – moet die procedure ook feitelijk en praktisch toegankelijk zijn, in die zin van dat er geen onoverkomelijk feitelijke of financiële belemmeringen mogen bestaan om bij die principiële inroepbare rechter te geraken. Het is dan ook een plicht van de verdragsstaten om daarvoor te zorgen. Over dit aspect ging de *Airey*-zaak bij het EHRM.¹

[156] 1 EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975/462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder t. VK*). Daarover o.a. BRENNINKMEIJER 1987, p. 122-123; KNIGGE 1998, p. 11-12; KUIJER 2004, p. 156; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 95-96; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 31-32.

2 Zie EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975/462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder t. VK*), § 36. Vgl. van veel later bijv. EHRM 17 juni 2008, nr. 2010/06 (*Kehoe t. VK*), § 44, en EHRM 28 april 2009, nr. 30789/05 (*Rózsa t. Hongarije*), § 18.

[157] 1 EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey t. Ierland*), § 24; Zie ook KNIGGE 1998, p. 13-14; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 60-61.

Wat daarin speelde was dat mevrouw Airey opheffing wil van de op haar rustende plicht onder lers recht om daadwerkelijk samen te wonen met haar man. Die man heeft haar weliswaar verlaten, maar de mogelijkheid van een echtscheiding bestond toen nog niet in Ierland. Airey kan geen advocaat betalen, en gefinancierde rechtshulp kende men in Ierland niet voor dit soort zaken; zij klaagt vervolgens over een ontoereikende toegang tot de rechter. Het EHRM beslist dat het bij toegang niet alleen om theoretische rechten gaat, maar juist om 'practical and effective rights'. Gezien de complexiteit ervan, was de mogelijkheid om de zaak zelf te regelen, geen reële optie voor Airey, en dus werd alleen daarmee niet voldoende gewaarborgd dat er 'access to a court' is.

Hoewel het EVRM niets over 'providing legal aid' bepaalt, kan art. 6 EVRM meebrengen dat de 'assistance of a lawyer' geregeld moet worden. Dat betekent dat er dan – bij wege van positieve verplichting² – een vorm van 'legal aid', gesubsidieerde rechtsbijstand, aanwezig moet zijn, al hoeft dat zeker niet altijd en voor elk soort geschil het geval te zijn, maar bijvoorbeeld wel als er sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. In andere gevallen is het feit dat iemand in persoon kan procederen voldoende en soms is een andere oplossing mogelijk, bijvoorbeeld een eenvoudiger type van procedure ontwerpen en benutten. Als het om het moeten verstrekken van 'legal aid' gaat, speelt volgens de rechtspraak een rol: het belang van de procederende partij, de complexiteit van het materiële recht en het procesrecht in kwestie, en de mogelijkheden van de klager om zichzelf effectief te vertegenwoordigen.³

Het is in deze uiteindelijk aan de verdragsstaat in kwestie om keuzes te maken; deze heeft een eigen beoordelingsmarge maar moet er wel voor zorgen – dat is dan meer in het algemeen een positieve plicht voor die staat – dat de praktische en effectieve toegang voldoende gewaarborgd is:⁴ een individu moet een duidelijke, praktische mogelijkheid hebben om een handeling die interfereert met zijn rechten, aan te tasten.⁵ Vandaar ook dat wel gezegd wordt dat het recht op toegang mede omvat het recht op effectieve rechtsbescherming.⁶

[158] *De Steel & Morris-uitspraak*. Vervolgens werd in de zaak *Steel & Morris t. VK*¹ de rechtspraak tot dan toe min of meer samengevat door het Hof. Die zaak betrof een actie wegens smaad door McDonalds tegen Steel en Morris omdat zij een pamflet zouden hebben verspreid waarin McDonalds werd beschuldigd van

[157] 2 KUIJER 2004, p. 161-162.

3 Zie ook KUIJER 2004, p. 162; C.P.J. WIJNAKKER, 'Artikel 6 EVRM: recht op een gefinancierd deskundigenbericht', *L&S* 2010/1, p. 9-10; M. BARENDRECHT e.a., *Legal Aid in Europa*, 2014, p. 14-16.

4 Zie ook EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11 (Moor c.s. t. Zwitserland), § 71; EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (Stanev t. Bulgarije), § 229-231.

5 Zie ook EHRM 4 december 1995, Series A, Vol. 333-B (Bellet t. Frankrijk), § 36.

6 BRENNINKMEIJER 1987, p. 73 en 77.

[158] 1 Zie EHRM 15 februari 2005, *NJ* 2006/39, m.nt. E.J. Dommering (*Steel & Morris t. VK*). Verwijzingen naar eerdere rechtspraak zijn uit het navolgende citaat weggelaten.

diverse schadelijke praktijken. Steel en Morris werden veroordeeld tot een behoorlijke schadevergoeding en klagen vervolgens bij het Europese Hof over hun processuele mogelijkheden. Hun aanvraag voor gesubsidieerde rechtsbijstand werd afgewezen omdat die bijstand niet beschikbaar was voor dit soort procedures. Ze vertegenwoordigden dus zichzelf in eerste aanleg en hoger beroep, her en der bijgestaan door pro bono advocaten en giften, maar dat was al met al onvoldoende. Als zij wel bijstand zouden hebben gehad, zo stellen zij, hadden zij zich veel beter kunnen verdedigen, beter en meer bewijs kunnen leveren en processuele fouten kunnen vermijden. Overwogen werd:

“59. The Court reiterates that the Convention is intended to guarantee practical and effective rights. This is particularly so of the right of access to a court in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...).

60. Article 6 § 1 leaves to the State a free choice of the means to be used in guaranteeing litigants the above rights. The institution of a legal aid scheme constitutes one of those means but there are others, such as for example simplifying the applicable procedure (...).

61. The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend, *inter alia*, upon the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, the complexity of the relevant law and procedure and the applicant's capacity to represent him or herself effectively (...).

62. The right of access to a court is not, however, absolute and may be subject to restrictions, provided that these pursue a legitimate aim and are proportionate (...). It may therefore be acceptable to impose conditions on the grant of legal aid based, *inter alia*, on the financial situation of the litigant or his or her prospects of success in the proceedings (...). Moreover, it is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure total equality of arms between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage *vis-à-vis* the adversary (...).”

Vervolgens nam het Hof een schending van art. 6 EVRM aan.

[159] *Samenhang met andere rechten.* Wat opvalt in het hiervoor geciteerde, is dat het element van ‘toegang tot de rechter’ ook sterk samenhangt met en gerelateerd wordt aan de andere rechten die via art. 6 EVRM beschermd worden,

zoals 'fair trial' in zijn algemeenheid en 'equality of arms' in het bijzonder (zie nader hoofdstuk 7).¹

Dit is een fenomeen dat vaker en breder speelt. Op het grensvlak van toegang tot de rechter en het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn (waarover hoofdstuk 9), speelde zich bijvoorbeeld de zaak *Van Vlimmeren t. Nederland* af.² In dat geval moest Van Vlimmeren vijf jaar wachten alvorens hij de rechter kon inschakelen om een schadevergoeding te verkrijgen. Dat die procedure vervolgens voortvarend werd afgedaan, stond niet in de weg aan het oordeel dat, mede in het licht van het recht op toegang, de redelijke termijn toch overschreden was.

Bij wege van voorbeeld wijs ik in dit verband ook nog op de zaak *K.H. e.a. t. Slowakije*³ waarin de eerder besproken 'feitelijke' toegang ter discussie stond. Als een procespartij geen kopieën kan krijgen van het (eigen) medische dossier, omdat de wet de verstrekking daarvan niet regelt en de wetgever daarvoor geen afdoende reden kan aanvoeren, met als gevolg dat die procespartij de eigen proceskansen inzake een procedure tegen een arts niet meer kan inschatten, is het recht op toegang geschonden. Die partij kan de zaak (zonder die stukken) immers niet meer effectief presenteren. Dit is dus opnieuw een geval dat ook of beter onder de noemer van een 'fair hearing' besproken had kunnen worden. Het geeft anderzijds ook aan dat het recht op toegang wijdverbreide tentakels blijkt te hebben.⁴

Een laatste voorbeeld betreft de vraag of het beginsel van toegang tot de rechter ook het recht behelst om prejudiciële vragen gesteld te krijgen. Die garantie bevat het EVRM niet, maar de weigering om een prejudiciële vraag te stellen moet wel worden gemotiveerd (waarover hoofdstuk 10), waarbij een hoogste rechter zich specifiek zal moeten richten naar de uitzonderingen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁵ Zo wordt een niet-bestaand recht toch een beetje afdwingbaar.

[160] *Overige rechtspraak.* Met de arresten *Golder* en *Airey* zijn de hoofdlijnen van het (ruim bemeten) recht op toegang in de zin van art. 6 EVRM uitgezet.¹ Dat wil echter niet zeggen dat dit recht daarna niet meer aan de orde is geweest.

[159] 1 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 36-37, die terecht de relatie legt met openbaarheid, onafhankelijkheid en de redelijke termijn.

2 EHRM 26 september 2001, NJ 2001/115 (*Van Vlimmeren t. Nederland*), § 33.

3 Zie EHRM 28 april 2009, nr. 32881/04, NJB 2009/1203 (*K.H. e.a. t. Slowakije*).

4 Zo leidt C.P.J. WIJNAKKER, 'Artikel 6 EVRM: recht op een gefinancierd deskundigenbericht', *L&S* 2010/1, p. 8 e.v., hieruit af dat de overheid deskundigenberichten zou moeten betalen om toegang te waarborgen. Anders: Ktr. Nijmegen 28 augustus 2009, *L&S* 2010, nr. 9.

5 Zie EHRM 20 september 2011, nr. 3989/07 en 38353/07 (*Ullens de Schooten & Rezabek t. België*), § 57 en § 60.

[160] 1 De andere her en der genoemde bepalingen inzake toegang (art. 17 Gw, art. 13 EVRM en art. 47 Handvest Grondrechten EU), volgen in beginsel de eisen die art. 6 EVRM stelt als het om de reikwijdte van die toegang gaat.

Sterker nog, er wordt geregeld geklaagd over gebrek aan toegang en de reikwijdte² ervan, en dat leidt vervolgens tot verduidelijkingen in de rechtspraak.

Zo volgde al uit de zaak *Ashingdane t. VK* dat eenieder die een 'arguable' claim heeft een beroep kan doen op het 'right to a court',³ terwijl uit *Kreuz t. Polen*⁴ volgt dat het door het Hof beoogde effectieve recht op toegang weliswaar positieve verplichtingen kan meebrengen voor de staat maar dat daaruit niet een ongeclausuleerd recht op gratis rechtsbijstand of een recht om gratis te kunnen procederen, volgt. De 'fair administration of justice' kan met zich brengen dat er een financiële beperking wordt gesteld op de mogelijkheid te procederen. Een stelsel van griffierechten is daarmee mogelijk, doch binnen bepaalde grenzen. Iets specifieker werd daarover overwogen in de zaak *Julin t. Estland*:

"159. The Court has held that the amount of fees, assessed in the light of the particular circumstances of a given case, including the applicant's ability to pay them and the phase of the proceedings at which that restriction has been imposed, are factors which are material in determining whether or not a person enjoyed his or her right of access to a court or whether, on account of the amount of fees payable, the very essence of the right of access to a court has been impaired (...)."⁵

Al met al heeft het Hof inmiddels duidelijk kunnen maken dat het enkele feit dat iemand een zaak kan aanbrengen, onvoldoende is om aan art. 6 EVRM te voldoen. De toegekende mate van toegang naar nationaal recht moet ook afdoende zijn om ieders individuele 'right to a court' te verzekeren in het licht van de 'rule of law in a democratic society'. Daarnaast omvat dit recht ook het recht om een 'determination', een beslissing inzake het geschil, te verkrijgen,⁶ door een rechter die 'full jurisdiction' heeft, en dus over zowel de feiten als het recht kan beslissen (hetgeen bij administratief beroep niet steeds het geval is).⁷

Hieruit kan bijvoorbeeld afgeleid worden dat het Nederlandse systeem van een marginale toets van een vaststellingsovereenkomst (art. 7:904 BW) na een bindend advies van een geschillencommissie, naar 'Straatsburgse normen' in orde is, omdat partijen zich hier zelf verbonden hebben, en het wel een uitspraak van

[160] 2 Art. 6 EVRM ziet ook op – naar Nederlands model – rekestprocedures, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 43.
3 EHRM 28 mei 1985, NJ 1991/623, m.nt. E.A. Alkema (*Ashingdane t. VK*). Vgl. ook EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), § 229.
4 EHRM 19 juni 2001, nr. 28249/95 (*Kreuz t. Polen*). In casu was art. 6 EVRM echter geschonden omdat het griffierecht buitensporig hoog lag, vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 72.
5 EHRM 29 mei 2012, nr. 16563/08 (*Julin t. Estland*). Zie ook nog *Kamerstukken I 2013/14*, 33 750, P, p. 4. Zie nader nr. 186 e.v.
6 Zie EHRM 15 oktober 2009, nr. 32921/03, 28464/04 en 5344/05 (*Kohlhofer & Minarik t. Tsjechië*); Van Dijk e.a. 2006, p. 560.
7 Van Dijk e.a. 2006, p. 561-562, en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 44-46.

een neutrale derde betreft.⁸ Tegen formele wetgeving is echter geen nationaal rechtsmiddel vereist.⁹

Verder dient nog vermeld te worden dat ook de executie van een rechterlijke beslissing onder het recht op toegang wordt geschaard: de executiefase is integraal onderdeel van art. 6 EVRM en moet dus aan dezelfde standaarden voldoen.¹⁰ Vooral de tijdige executie van een (toewijzend) vonnis blijkt voor verdragsstaten nog wel eens een probleem, zoals in de zaak *Horsnby t. Griekenland*, waarin vijf jaar na een veroordelend vonnis tegen de staat, nog steeds geen maatregelen ter uitvoering van dat vonnis waren genomen.¹¹ En in de zaak *De Luca t. Italië* ging de gemeente Bénévent failliet waardoor De Luca zijn (toegevozen) vordering op de gemeente niet kon innen. Hij kon geen procedure starten, en spontane betaling bleef uit; een schikking voor een deel van de vordering hoefde De Luca niet te accepteren. De staat moet de door de rechter toegewezen vordering betalen.¹² Gebeurt dat niet, dan dient niet alleen de daaruit volgende materiële schade vergoed te worden, maar volgt ook een smartengeldvergoeding.¹³

“Moreover, in the present case, the Court considers that the feelings of powerlessness and frustration arising from the violation of the applicant’s rights under Article 1 of Protocol No. 1 and Article 6 § 1 of the Convention have caused him non-pecuniary damage that should be compensated for in an appropriate manner (...).”

[161] *Reikwijdte: algemeen.* Discussie is er over de reikwijdte van de rechtspraak van het Hof en de mogelijke beperkingen van de toegang. Omdat het recht op toegang niet in art. 6 EVRM als zodanig is verwoord, is er ook geen expliciete beperkingsmogelijkheid verwoord. Toch is het recht op toegang niet absoluut.¹ Er zijn namelijk inherente, impliciete beperkingen (*implied limitations*); juist het

[160] 8 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 46. Zie ook de MvT, p. 9, bij het consultatievoorstel inzake het beroep op een eerlijk proces in de Grondwet, via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

9 Zie BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 52.

10 Zie Van Dijk e.a. 2006, p. 558-559; Harris e.a. 2009, p. 233.

11 Zie EHRM 19 maart 1997, NJ 1998/434 (*Hornsby t. Griekenland*). Het recht op toegang zou illusoir worden als er niet kan worden opgekomen tegen de niet-uitvoering van een ‘final judgment’. Zie ook nog EHRM 21 december 2010, nr. 50973/08 (*Vassilios Athanasiou e.a. t. Griekenland*), § 23.

12 EHRM 24 september 2013, nr. 43870/04 (*De Luca t. Italië*), § 54: “The Court is of the view that a municipality’s lack of funds cannot justify a failure on its part to honour its obligations arising from a final judgment against it (...).” De grondslag was hier overigens mede art. 1 Protocol 1 EVRM.

13 EHRM 24 september 2013, nr. 43870/04 (*De Luca t. Italië*), § 63.

[161] 1 Dat volgt ook uit de al besproken *Golder*-zaak, zie EHRM 21 februari 1975, NJ 1975/462 (*Golder t. VK*), § 38. Vgl. verder EHRM 10 mei 2011, nr. 29392/95 (*Z. t. VK*), § 93; EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), § 230. Een beperking ligt ook al besloten in de eis dat het om de ‘determination of a civil right’ moet gaan. Zie daarover o.a. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 39-40.

aspect dat het recht als zodanig nergens expliciet verwoord is, biedt immers ook ruimte om beperkingen te stellen. Die zijn ook onvermijdelijk, omdat ook de toegang uiteindelijk gereguleerd moet worden op een of andere wijze (iemand moet bepaalde procedurevormen introduceren en bepalen wie daarvan in welke mate gebruik mag maken).² Zo kan er sprake zijn van misbruik van procesrecht als iemand voortdurend de rechter adieert met zaken van zeer gering belang, en is het niet de bedoeling dat het Hof via het toegang-vereiste als een 'vierde instantie' gaat fungeren.³

Welke verdere beperkingen dan in aanmerking komen, is in beginsel aan de verdragsstaat in kwestie. Die staat kan daarin keuzes maken en heeft een 'margin of appreciation',⁴ maar die 'margin' bestaat enkel binnen de grenzen die het EHRM uiteindelijk trekt. Het recht op toegang moet immers 'practical' en 'effective' zijn. Vooralnog volgt uit de rechtspraak dienaangaande dat de beperkingen het *recht als zodanig niet mogen aantasten* en in het bijzonder dat deze *proportioneel* moeten zijn ten opzichte van een *gelegitimeerd doel*.⁵ Dat leidt er bijvoorbeeld toe dat formele (procesrechtelijke) regels (zoals termijnen) wel mogen worden gesteld in het belang van een goede rechtsbedeling, mits dergelijke formaliteiten niet de kern van het recht op toegang aantasten. Het Hof spreekt dan over 'excessief formalisme'.⁶ Ook moet het systeem van toegang voldoende duidelijk zijn.⁷

[162] *(On)mogelijke inperkingen.* Een concreet voorbeeld, ontleend aan de zaak *Woś t. Polen*¹, kan vooruitlopend op § 5.4, dienen ter toelichting van de (on)mogelijkheden om de toegang tot de rechter te beperken. De feiten lagen als volgt. Woś werd gedurende de Tweede Wereldoorlog als puber door de Duitsers

[161] 2 Zie EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975/462 (*Golder t. VK*), alsmede van recenter datum EHRM 17 juni 2008, nr. 2010/06 (*Kehoe t. VK*), § 45. Vgl. ook KNIGGE 1998, p. 14-15.

3 Zie EHRM 23 november 2010, nr. 12977/09, *NJB* 2011/235 (*Dudek t. Duitsland*), resp. EHRM 1 april 2011, nr. 16261/08 (*Hoare t. VK*).

4 Vgl. EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997/449, m.nt. J. de Boer (*Stubblings e.a. t. VK*); EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11 (*Moor c.s. t. Zwitserland*), § 71.

5 Zie EHRM 28 mei 1985, *NJ* 1991/623, m.nt. E.A. Alkema (*Ashingdane t. VK*), § 57, en recenter EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), § 230; EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11 (*Moor c.s. t. Zwitserland*), § 71, alsmede KNIGGE 1998, p. 15-16; KUIJER 2004, p. 157; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 97; Van Dijk e.a. 2006, p. 570 en 573. Daarbij geldt dat procederen over regulering van activiteiten in de publieke sfeer meer gelimiteerd mag worden dan procedures over private activiteiten van personen, zie EHRM 21 september 1994, *NJ* 1995/463 (*Fayed t. VK*).

6 Zie bijv. EHRM 24 februari 2009, nr. 49230/07 (*L'Erablière A.S.B.L. t. België*), en uitvoerig over dat begrip F. FERNHOUT, 'Formele regels in het civiele procesrecht en 'access to justice'', *Praktisch Procederen* 2008-3, p. 59 e.v. Vgl. ook BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 48.

7 Zie BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 47.

[162] 1 Zie EHRM 8 juni 2006, nr. 22860/02 (*Woś t. Polen*), § 98 e.v.

gedwongen te werk gesteld. In 1991 werd er een overeenkomst gesloten tussen Polen en Duitsland waarbij Duitsland aan Polen 500 miljoen DM schonk om via een fonds aan de slachtoffers van deze praktijken een financiële bijdrage te kunnen verstrekken. Verzoeken om een uitkering uit het fonds werden beoordeeld door een zogenoemde Verificatiecommissie en een Beroepsverificatiecommissie. Deze commissies wijzen de aanvraag van Woś af. Hij start daarover een procedure bij de civiele en administratieve overheidsrechters maar die verklaren zich beiden onbevoegd. Daarna volgt een klacht bij het EHRM op de grond dat er geen toegang tot de rechter is geweest voor Woś. Het EHRM stelt eerst vast dat de genoemde commissies niet als 'rechter' in de zin van het EVRM gelden, omdat ze niet aan de vereisten (onder andere die van onafhankelijkheid) voldoen; er was geen 'tribunal that has full jurisdiction', in de Straatsburgse terminologie. Omdat er niet anderszins een beroep op een wel volledig geëquipeerde rechter openstond, is er dus geen 'access to a court' verleend.

Vervolgens rijst dan de vraag of wellicht een beperking daarvan mogelijk was. Een *legitiem doel* werd gevonden in de gedachte dat flexibiliteit en efficiency in de toekenning van de bijdragen een legitieme reden waren voor het niet nader optuigen van een rechterlijk apparaat. De *proportionaliteit* van de beperking was echter niet in orde, want doordat zowel de administratieve als de civiele rechter zichzelf niet bevoegd achtte in dit soort zaken, is er een juridisch vacuüm voor Woś ontstaan. Het zou niet passen binnen een rechtsstaat dat de overheid op dit soort wijze naar believen hele categorieën zaken van de rechter zou kunnen uitsluiten. Dat geldt temeer nu er verder geen alternatieven beschikbaar waren.

[163] *De rol van art. 13 EVRM naast art. 6 EVRM.* Als art. 6 EVRM van toepassing is op een bepaald geschil, dan gaat die bepaling, als *lex specialis*, voor op art. 13 EVRM, zo bleek al in nr. 103 e.v.. Dat laatste artikel komt dan niet meer aan bod; het wordt als het ware opgeslokt door de (strengere eisen van) art. 6 EVRM, een enkele uitzondering (met name de redelijke termijn-eis) daargelaten. In die gevallen waarin art. 6 EVRM niet toepasselijk is – zoals in zaken betreffende het vreemdelingenrecht – kan art. 13 EVRM en het daarin besloten gelegen recht op een 'effective remedy' echter de rol van art. 6 EVRM gedeeltelijk overnemen.

Hoewel art. 13 EVRM minder strikte eisen stelt, en niet een recht op 'rechterlijk gehoor' vastlegt, behelst dat artikel wel de eis dat een remedie 'effective' moet zijn, zowel in rechte als in de praktijk, in die zin dat de uitoefening ervan niet 'unjustifiably' gehinderd mag worden door de autoriteiten. Onderdeel van die praktische effectiviteit is vervolgens dat een financiële drempel een ontoelaatbare beperking kan zijn, net zoals dat onder art. 6 EVRM het geval is. Art. 6 EVRM kan dus als een bron van inspiratie dienen, als *lex specialis* ten opzichte van art. 13 EVRM. Daarbij is dan nog van belang dat de 'very essence' van een behoorlijke

remedie is dat deze ‘an accessible procedure’ moet omvatten.¹ Dat betekent dan weer dat een administratieve heffing van zekere hoogte, gegeven iemands (gebrek aan) inkomen, als extreem formalisme kan gelden, als iemand daardoor tevens de kans verliest om tot een rechter toegelaten te worden. In een dergelijk geval wordt een anderszins effectieve remedie ongerechtvaardigd doorkruist.²

5.2.2 Sanctionering

[164] *EVRM-sancties*. Volgens het EHRM kan de onterechte weigering om toegang tot de rechter te verlenen aan een individu in beginsel op een deugdelijke wijze gerepareerd worden door een ‘reopening or a review of the case, if requested’. Het Hof overwoog immers in de zaak *Öcalan t. Turkije*:

“that where an individual, as in the instant case, has been convicted by a court that did not meet the Convention requirements of independence and impartiality, a retrial or a reopening of the case, if requested, represents in principle an appropriate way of redressing the violation. However, the specific remedial measures, if any, required of a respondent State in order to discharge its obligations under Article 46 of the Convention must depend on the particular circumstances of the individual case and be determined in the light of the terms of the Court’s judgment in that case, and with due regard to the above case-law of the Court.”¹

Dat biedt dan meteen ook een remedie op nationaal niveau, waar zulks hoort. Maar het probleem dat ook hier (zie al nr. 101) weer rijst, is dat een eventuele nationale (civiele) uitspraak voordien al onaantastbaar zal zijn; deze heeft kracht van gewijsde gekregen en is wellicht zelfs al geëxecuteerd. Dat maakt het lastig om alsnog te voldoen aan de eisen die het Hof stelt, en het Hof zelf kan zo’n onherroepelijke uitspraak niet herzien.² Dit alles zal alleen anders zijn als er door het gebrek aan toegang in het geheel geen rechtszaak is geweest; in gevallen van ten onrechte niet verleende toegang kan deze sanctie dus wellicht nog dienst doen, ook in civiele zaken. Technisch gezien zal er dan overigens van een ‘review’ of heropening geen sprake kunnen zijn. Er moet dan immers (als)nog een *eerste* mogelijkheid om een proces te starten, worden geboden.

Los daarvan geldt nog dit. Als er een causaal verband kan worden vastgesteld, is vergoeding van de materiële schade ook een optie, zelfs in de vorm van het verlies van de reële mogelijkheid van een betere uitkomst als de schending niet zou zijn opgetreden.³ Dat is dus een vorm van een ‘verlies van een kans’. Dat alles

[163] 1 EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 (G.R. t. Nederland), § 44-50. Zie over de verhouding van art. 13 EVRM met art. 6 EVRM ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 33-34; Van Dijk e.a. 2006, p. 559, en nr. 32 en 103.

2 Zie nogmaals EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 (G.R. t. Nederland), § 55.

[164] 1 Zie EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 [GC] (*Öcalan t. Turkije*), § 210, hetgeen blijkens EHRM 28 april 2009, nr. 30789/05 (*Rózsa t. Hongarije*), § 29, vaste rechtspraak is.

2 Die nationale uitspraak blijft dus in stand, zie T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, ‘Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg’, *NJCM-bull.* 2006, p. 49 en 52.

3 Zie EHRM 29 juni 2011, nr. 34869/05 (*Sabeh El Leil t. Frankrijk*), § 72.

staat naast de mogelijkheid van een naar billijkheid bepaalde, in omvang beperkte vergoeding voor immateriële schade die de klager tot op zekere hoogte zal hebben ondervonden.⁴ Daarbij valt op dat de vraag naar het bestaan van immateriële schade, zeker in verhouding tot de normale Nederlandse vereisten daarvoor, erg soepel afgewikkeld wordt.

5.3 Toegang tot de rechter in Nederland

[165] *Art. 17 Gw.* Het recht op toegang tot de rechter is in Nederland min of meer¹ opgenomen in art. 17 Gw, als meest algemene 'opening' richting een daadwerkelijke wettelijke aanspraak op toegang tot een overheidsrechter, maar daar wel negatief geformuleerd: 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de overheidsrechter die de wet hem toekent'. Het is blijkens de formulering ook duidelijk dat art. 17 Gw weinig grenzen stelt; het betreffende recht is verwoord als een vrij absolute aanspraak en kent geen beperkingsclausule. In rechte biedt dit artikel echter weinig soelaas voor een civiele procespartij in verband met het toetsingsverbod van art. 120 Gw. In zoverre is de door de Nederlandse Grondwet geboden bescherming vooralsnog non-existent. Bovendien is het een negatief geformuleerde garantie, inhoudend dat als er krachtens positief recht een beroep op een rechter mogelijk is, dat niet tegengehouden kan worden. Als de wet echter (nog) niet voorziet in toegang, helpt het niet.²

Uit die verder dus niet direct afdwingbare Grondwet volgt tevens, blijkens art. 112 Gw, dat naar Nederlands recht een beroep op de burgerlijke rechter steeds mogelijk is als de eiser vraagt om in een gepretendeerd burgerlijk recht te worden beschermd.³ In dit verband kan dan natuurlijk ook nog op art. 18 Gw (het recht op rechtsbijstand) worden gewezen, waaruit tevens een breder recht op toegang zou kunnen volgen. Dat laat echter onverlet dat een expliciet en positief geformuleerd recht op toegang in onze Grondwet vooralsnog ontbreekt, zodat art. 6 EVRM en/of art. 47 Handvest Grondrechten EU ingeroepen moet worden.⁴

[166] *Een hernieuwde Grondwet?* Het is wellicht mede daarom dat het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2010 de aanbeveling bevatte om het recht op toegang tot de rechter expliciet in de grondwet op te nemen in een nieuw eerste lid van art. 17 Gw. Die commissie volstaat immers, naar eigen zeggen, met

[164] 4 EHRM 28 april 2009, nr. 30789/05 (Rózsa t. Hongarije), § 28.

[165] 1 Zie over 'toegang' (als grondrecht) uitvoerig BRENNINKMEIJER 1987, p. 213 e.v., en over de historie van 'toegang' in Nederland: E. BAUW et al, *Togadragers in de rechtsstaat*, 2013, p. 157 e.v.

2 Zie BRENNINKMEIJER 1987, p. 71; T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.H. GERARDS, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, 2009, p. 13.

3 Vgl. KNIGGE 1998, p. 2 en 13; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 35.

4 BRENNINKMEIJER 1987, p. 48 en 49; KNIGGE 1998, p. 13. Vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 34-35.

het opnemen (althans het daartoe aanbevelen) van enkele specifieke grondrechten die slechts gedeeltelijk of niet grondwettelijk zijn beschermd en waarbij een explicietere vorm van bescherming een aanvulling kan betekenen op de al bestaande bescherming vanuit ieder verbindende verdragsbepalingen.¹ Uit de nadere toelichting blijkt dat op het punt van toegang vooral de verdergaande bescherming in het Handvest Grondrechten EU (voor Europeesrechtelijke zaken) en de soms afwezige EVRM-bescherming (bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht) aanleiding vormden voor deze aanbeveling, en dat het aspect van toegang vooral ook is opgenomen als noodzakelijke aanvulling op de wens om het recht op een eerlijk proces grondwettelijk te garanderen (omdat daarvoor uiteraard toegang nodig is).²

Wat van dit voorstel inhoudelijk verder zij, de hiermee in gang gezette discussie toont eens te meer het belang van de toegang tot de rechter. Dat blijkt ook hieruit dat de Eerste Kamer bij motie erop aangedrongen heeft bij de regering om het recht op toegang inderdaad te introduceren in de Grondwet.³ Dat was nodig, omdat het kabinet eerder had laten weten niets te zien in opname van dit grondrecht in de Grondwet.

In reactie op die motie is het kabinet overstag gegaan en heeft men medio 2013 het voornemen kenbaar gemaakt om het recht op toegang grondwettelijk (en als grondrecht) te verankeren,⁴ hetgeen in een consultatievoorstel van augustus 2014⁵ nader gestalte heeft gekregen. Er wordt een nieuw eerste lid aan art. 17 Gw toegevoegd dat stelt: "Ieder heeft recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter." De reden voor dit voorstel is vooral gelegen in het vullen van de hiervoor al benoemde lacunes in de rechtsbescherming.⁶

[167] *Impliciet in het wetboek.* Ook in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ontbreekt een expliciete wettelijke formulering van de notie, zeker op beginselniveau, van toegang tot de rechter,¹ anders wellicht dan door de bepalingen inzake de toedeling van rechtsmacht, welke een vorm van toegang impliceren.² De toegang tot de rechter wordt met die toedeling van rechtsmacht als

[166] 1 Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 59. Zo ook reeds BRENNINKMEIJER 1987, p. 269.

2 Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 60-61. Aan dat rapport ligt ten grondslag: T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.H. GERARDS, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, 2009.

3 Zie de motie van Lokin-Sassen, *Kamerstukken I 2011/12*, 31 570, C.

4 Zie *Kamerstukken I 2011/12*, 31 570, G en *Kamerstukken II 2013/14*, 33 826, nr. 1. Zulks sluit aan bij de conclusie waartoe ook B.J.G. LEEUW, *Grondwet en eerlijk proces*, 2013, p. 233, kwam.

5 Zie www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

6 Zie de MvT, p. 3 en 11, van het voorstel, via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces. Die rechtsbescherming moet dan van de burgerlijke rechter als restrechter komen, zie MvT, p. 8.

[167] 1 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 97.

2 Ik ga daar niet op in, zie daartoe de diverse handboeken over het burgerlijk procesrecht.

het ware verondersteld aanwezig te zijn, net zoals dat bij art. 6 EVRM het geval was. Dat is ook logisch omdat – ruimer bezien – het gehele wetboek en elke regeling daarin nu eenmaal veronderstelt dat er een vorm van toegang tot een rechter bestaat.

Kort en goed betekent de non-codificatie van het beginsel van toegang dus niet dat die toegang niet erkend zou zijn. Met de kwaliteitseisen die we tegenwoordig stellen aan de civiele procedure komt ook dat die procedure toegankelijk moet zijn. Dat wil zeggen dat de procesgang zo min mogelijke wettelijke en feitelijke belemmeringen kent, dat eventueel gesubsidieerde rechtsbijstand beschikbaar is (via art. 18 Gw en de Wet op de rechtsbijstand) en dat uitspraken ook ten uitvoer kunnen worden gelegd.³

5.4 Grenzen aan de toegang en de toelaatbaarheid daarvan

5.4.1 Voorbeelden uit Nederland en op basis van het EVRM

[168] *Grenzen*. Hoewel (ook) dat nergens expliciet is verwoord, is het stellen van zekere grenzen aan de toegang tot de rechter ook in Nederland nodig en mogelijk, bijvoorbeeld om verlamming van het bestuur en onverantwoord hoge lasten tegen te gaan.¹ Die grenzen worden ook getrokken, en zijn bijvoorbeeld te rechtvaardigen op grond van de partijautonomie (indien arbitrage overeen is gekomen, biedt de civiele rechter geen toegang) of een economisch belang (de rechtspleging gaat ten koste van de publieke middelen).² De regels inzake rechtsmachtsverdeling en bevoegdheid,³ het aanhangig maken van een geding (zoals vormvoorschriften voor de dagvaarding, ex art. 111 Rv), belang (art. 3:303 BW⁴), afstand van instantie, termijnen, gezag van gewijsde, etc. hebben allemaal daarop betrekking. Maar die grenzen – welke allen zien, logischerwijs, op de eisende partij⁵ – mogen niet te scherp worden getrokken, of moeten worden

[167] 3 Zo ook STEIN/RUEB 2013, p. 23.

[168] 1 BRENNINKMEIJER 1987, p. 162.

2 Vgl. over de belangen die spelen om toegang af te grenzen: BRENNINKMEIJER 1987, p. 200-211.

3 Er mag geen toegangsleemte ontstaan door competentieperikelen tussen verschillende rechters, maar dat speelt feitelijk nooit, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 42.

4 Vanuit dit 'toegang'-perspectief kan bijv. de niet-ontvankelijkheid in het *Jeffrey*-arrest (HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853) in twijfel worden getrokken, omdat de ouders van Jeffrey de vermeende aansprakelijkheid (vgl. art. 13 EVRM) aan een rechter ter toetsing zouden moeten kunnen voorleggen. Daarbij is niet doorslaggevend met welke reden (geld; een 'zuiver emotioneel belang') men dat wil doen.

5 Zie DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 181: als de gedaagde 'inaccessible' is, zoals bij een faillissement (p. 187), is dat geen art. 6 EVRM-probleem.

afgezwakt.⁶ De vraag is dus of die procedurele of formele grenzen inderdaad een rol spelen, en zo ja, waar en in welke mate dan?⁷ Ter toelichting volgen hierna enige – niet-uitputtend bedoelde – voorbeelden, geput uit zowel de Nederlandse praktijk als uit de rechtspraak van het EHRM.

[169] *Een eenzijdig gezamenlijk verzoek.* Een eerste, specifiek Nederlands voorbeeld van een belemmering van de toegang tot de rechter die niet acceptabel bleek te zijn, bieden de arresten van de Hoge Raad van 27 mei 2005 en 28 april 2006¹ waarin steeds een man in feitelijke aanleg niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn *eenzijdige* verzoek tot toekenning van het gezamenlijk ouderlijk gezag over zijn kind, omdat de wet in art. 1:252 BW over 'beider verzoek' spreekt. Bijgevolg zou alleen een gezamenlijk verzoek ontvankelijk kunnen zijn. Die belemmering kon volgens de Hoge Raad niet door de beugel, omdat de man vanwege die wettelijke formulering dan geen toegang tot de rechter zou hebben, terwijl voor zo'n beperking onvoldoende grond bestaat. De man moet ten minste de vraag kunnen voorleggen of er een grond is tot toekenning van gezamenlijk gezag.

[170] *Minderjarigen.* Ten tweede wijs ik op de procespositie van minderjarigen en onder curatele gestelden. Ze zijn in beginsel handelingsonbekwaam (art. 1:234 BW en art. 1:381 lid 2 BW) en kunnen derhalve niet zelfstandig procederen, noch als eiser, nog als gedaagde.¹ De wettelijk vertegenwoordiger of de curator zal als formele procespartij namens hen (als materiële procespartij, degene wiens belang uiteindelijk in het geding is) optreden. Als echter een kind tegen zijn ouders wil procederen, dient een bijzondere curator benoemd te worden (art. 1:250 BW).² Er

[168] 6 Zulks geschiedde in HR 16 juni 2006, NJ 2007/462, m.nt. H.J. Snijders (Spaanse appartementen) t.a.v. de regel van art. 335 lid 2 Rv (oud), die in het licht van de daaraan ten grondslag liggende, doch inmiddels verzwakte ratio, restrictief werd uitgelegd. Ook in dit licht is 'deformalisering' (via art. 31 Rv of art. 69 e.v. Rv) dus een aanrader en zou het de wetgever sieren nog eens naar de voorstellen van ASSER/GROEN/VRANKEN 2006 te kijken.

7 Zie over dit soort gevallen uitvoerig LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 98-167; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 52 e.v.; BRENNINKMEIJER 1987, p. 162-210. Meer klantvriendelijkheid door voorlichting over civiele procedures helpt natuurlijk ook, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 51-52.

[169] 1 Zie HR 27 mei 2005, NJ 2005/485, m.nt. J. de Boer (M./V.), zoals expliciet bevestigd in HR 28 april 2006, NJ 2006/284 (Eenzijdig verzoek gezamenlijk gezag). Vgl. ook nog HR 15 februari 2008, NJ 2008/107 (M./V.) en HR 28 maart 2008, NJ 2008/189 (V./M.).

[170] 1 Uitvoerig SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 85-90 en 91-92 voor onder curatele gestelden, waarbij ook de uitzonderingen op deze onbekwaamheid worden besproken.

2 Dit om perikelen zoals in de eerder bespreken *Stagno t. België*-zaak (EHRM 7 juli 2009, nr. 1062/07, NJB 2009/1607), te voorkomen.

is dus geen directe toegang tot de rechter voor het kind zelf, maar die beperking tast het recht op toegang niet in de kern aan.³ Uit art. 6 EVRM volgt niet dat de effectieve uitoefening van het recht op toegang betekent dat een minderjarige direct, dus zonder tussenkomst van een vertegenwoordiger (ouder, bijzonder curator), in rechte kennis moet kunnen nemen van alle gedingstukken.⁴ Echter, soms is er geen tijd om tot de benoeming van een curator te komen; in dat geval mag het kind, juist in verband met het recht op toegang, alsnog zelf in rechte optreden.⁵

[171] *Verplichte procesvertegenwoordiging.* Ten derde, en nauw aansluitend bij het hierna in nr. 186 e.v. nog te bespreken punt van kostenbarrières en specifiek griffierechten, noem ik de verplichte procesvertegenwoordiging: in veel gevallen is een justitiabele verplicht om een advocaat in de arm te nemen teneinde een procedure te kunnen starten (art. 111 Rv en art. 123 Rv voor dagvaardingsprocedures). Buiten kantonrechterzaken kan iemand dus niet in persoon, maar alleen bij advocaat procederen (art. 79 Rv). De historische canon van redenen daarvoor luidt a) dat het recht anders te ingewikkeld is; b) dat als iemand bijstand van een deskundige heeft, de procedure beter verloopt (met minder werk voor de rechter) zodat alles en iedereen tot zijn recht komt; en c) dat de advocaat juist ook procedures zal voorkomen waar die niet nodig of niet opportuun zijn.¹ Maar daarmee wordt wel nog steeds een drempel opgeworpen voor iemands 'access to a court', want die betrokkene moet wel verplicht een ander inschakelen en daarvoor betalen. Het gaat daarbij dan ook nog eens om een drempel die niet gebaseerd is op werkelijk dwingende redenen, want dan zou dezelfde regel ook moeten gelden voor procedures voor de kantonrechter, voor de gedaagde partij in kort geding, de belanghebbende in een verzoekschriftprocedure en voor procespartijen bij de bestuursrechter, alwaar genoemde redenen evenzeer gelden. Dat is echter niet het geval.² Omdat Nederland echter tevens een systeem van

[170] 3 Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8143 (X. en Y./ Raad voor de kindbescherming).

4 Zie HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535 (Minderjarige).

5 Zo reeds DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 184. Zie nader SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 89-90. Daarbij past dat iemand die handelingsonbekwaam is verklaard (art. 1:378 BW jo. art. 1:381 lid 2 BW) direct toegang tot de rechter moet hebben, zie EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (GC) (Stanev t. Bulgarije), § 245: "Article 6 §1 of the Convention must be interpreted as guaranteeing in principle that anyone who has been declared partially incapable (...) has direct access to a court to seek restoration of his or her legal capacity."

[171] 1 Vgl. DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 178; STEIN/RUEB 2013, p. 47; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 77. W.H.B. DEN HARTOG JAGER, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, 2012 (2^e druk), p. 34 e.v.

2 Zie bijv. ook E. BAUW, 'Ruim baan voor de consument', *TvC* 2010, p. 252-253; W.H.B. DEN HARTOG JAGER, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, 2012 (2^e druk), p. 37.

gesubsidieerde rechtsbijstand kent, zie nr. 186, naast de mogelijkheid om soms wel in persoon te mogen procederen, kan deze vorm van verplichte procesvertegenwoordiging door de Straatsburgse beugel.³

[172] *Afstand van recht.* Het is naar EVRM-maatstaven in principe mogelijk om afstand te doen van het recht op toegang tot een rechter.¹ Iemand kan dus het recht op een procedure bij een overheidsrechter terzijde schuiven. In de zaak *Neumeister t. Oostenrijk* heet het:

“The Court observes that particularly in the specific field covered by the Convention, the waiver of a right, even the mere right to a sum of money, must result from unequivocal statements or documents.”²

De tekst noch de geest van het EVRM verzet zich dus tegen afstand van recht, maar dat moet dan wel uit eigen wil, dus vrijwillig, en ondubbelzinnig (‘unequivocal’) geschieden.

[173] *Afstand van recht in Nederland.* Het huidige art. 17 Gw stelt dat niemand ‘tegen zijn wil’ van een rechter kan worden afgehouden. Dat betekent dat als iemand daartegen geen bezwaar heeft, deze het recht op toegang kan ‘laten lopen’, ook naar Nederlands recht. De eisen daartoe zijn echter strenger dan zodoende gesuggereerd wordt. Afstand doen van het recht op toegang is niet iets waar iemand al te eenvoudig toe bewogen kan worden, zoals hiervoor bleek; dat zou de beoogde bescherming te zeer uithollen. Maar er wordt over het algemeen wel op een geldige wijze afstand van dit recht gedaan als er in een overeenkomst

[171] 3 Zo W.H.B. DEN HARTOG JAGER, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, 2012 (2^e druk), p. 31-32, met een nuancering op p. 33; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 75, verwijzend naar o.a. HR 23 oktober 1992, NJ 1993/3 (Kortmann) en HR 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4497 (rechtsweigering). Zie ook EHRM 7 juli 2015, nr. 18499/08 (*Shamoyan t. Armenië*); EHRM 9 oktober 2012, nr. 38245/08 (R.P. e.a. t. Verenigd Koninkrijk), § 63 e.v., en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2015:454) voor HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1684 (X./De Alliantie), in nr. 2.7, alwaar zij aangeeft dat meer formalistische eisen aan de toegang tot cassatie, toegestaan zijn.

[172] 1 Zie EHRM 27 februari 1980, NJ 1980/561 (*Deweert t. België*), § 49, waarin dit principiële punt naar voren komt. Vgl. VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 93; Van Dijk e.a. 2006, p. 569; Harris e.a. 2009, p. 245.

2 Zie EHRM 7 mei 1974, nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), § 36. Zie ook EHRM 10 februari 1983, nr. 7299/75 en 7496/76 (*Albert & Le Compte t. België*), § 35, meer specifiek voor het recht op een openbare behandeling. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 92; KUIJER 2004, p. 161, en nr. 31.

tussen partijen een arbitrageclausule of bindend adviesclausule is opgenomen.¹ De rechtspraak erkent dergelijke afspraken meestal, als uitvloeisel van de contractsvrijheid.² De vorm waarin iemand afstand kan doen van zijn recht op toegang, is in beginsel vrij (art. 3:37 BW), maar de wil van betrokkene moet wel kenbaar zijn.

Het op deze contractuele wijze afstand doen van het recht op toegang, zal overigens vaak geregeld zijn in algemene voorwaarden. En dat betekent meteen dat betrokkenen bij een bindend advies, en dan vooral de gebruikers van die algemene voorwaarden, op moeten passen. Immers, art. 6:236 sub n BW (als onderdeel van de 'zwarte' lijst) verbindt – in geval van een natuurlijk persoon die niet handelt in beroep of bedrijf – een voorwaarde aan de toelaatbaarheid van een dergelijk beding om tot bindend advies te besluiten, namelijk dat degene die afstand doet een maand de tijd wordt gegund om alsnog naar de overheidsrechter te stappen. Zo niet, dan is het beding jegens de wederpartij van de gebruiker onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar.³ Voor arbitrageclausules is per 1 januari 2015 precies hetzelfde gaan gelden.⁴

[174] *Verjaring.* Het instituut van verjaring leidt ertoe dat een vorderingsrecht niet meer af te dwingen is, omdat de bijbehorende rechtsvordering door (enkel) tijdsverloop niet langer geldend kan worden gemaakt. Een natuurlijke verbintenis resteert. Die verjaring verdient hier bespreking als aparte categorie, omdat het een belangrijke (mogelijke verboden) inperking van de juridische mogelijkheden (en dus toegang) voor (proces)partijen zou kunnen zijn. Echter, omdat verjaringstermijnen een gebruikelijk fenomeen zijn en belangrijke doelen dienen, zijn ze niet als zodanig in strijd met art. 6 EVRM, zo volgt uit de zaak *Stubbings e.a. t. VK*,¹ hoewel het Hof ook aangeeft dat voor speciale groepen slachtoffers wellicht soepelere regels nodig zijn.² Mede in het licht van die zaak wordt er bijvoorbeeld

[173] 1 Zie nader P.E. ERNSTE, *Bindend advies*, 2012, p. 108-110. De vraag of arbitrage overeengekomen is, is aan de rechter, juist omdat hier de toegang tot de rechter in het geding is, zie HR 26 september 2014, *RvdW* 2014/1060 (Ecuador/Chevron), r.o. 4.2, met verdere verwijzingen. Interessant is dat het HvJ EU bij de toetsing van de 'fairness' van een algemene voorwaarde die een geschil naar arbitrage verwijst, ook specifiek wijst op de factor toegang tot de rechter als mee te wegen element, zie HvJ EU 3 april 2014, C-342/13 (Sebestyén), nr. 31.

2 Een arbitrageclausule in een set algemene voorwaarden was tot voor kort vernietigbaar, als deze onredelijk bezwarend was, maar dat diende van geval tot geval getoetst te worden; een algemeen (negatief) oordeel over dit soort clausules vond geen genade bij de Hoge Raad, zie HR 21 september 2012, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Sniijders (Van Marrum/Wolff). Zie inmiddels echter art. 6:236 sub n BW en de tekst hierna.

3 Zie P.E. ERNSTE, *Bindend advies*, 2012, p. 113-115.

4 Zie de modernisering van het arbitragerecht, waarbij ook art. 6:236 sub n BW is aangepast, *Stb.* 2014, 200 (*Kamerstukken* 33 611).

[174] 1 EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997/449, m.nt. J. de Boer (*Stubbings e.a. t. VK*). Vgl. ook EHRM 10 mei 2011, nr. 29392/95 (Z. t. VK), § 93.

2 Zie voor Nederland in dit verband vooral art. 3:310 lid 4 BW en art. 3:310 lid 5 BW, en vgl. EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11 (*Moor c.s. t. Zwitserland*).

in Engeland vaker over verjaring en toegang gesteggeld, met wisselende uitkomsten.³

In Nederland geniet deze *Stubbings*-zaak met name bekendheid doordat A-G Spier daaraan de nodige aandacht schonk in zijn conclusie voor het arrest *Van Hese/De Schelde*,⁴ waarna de Hoge Raad zelf in die zaak nader steun vond voor zijn opvatting dat een doorbraak van de geldende absolute verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid mogelijk zou moeten zijn in uitzonderlijke gevallen:

“In dit verband verdient ook vermelding dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in § 50 van zijn arrest van 22 oktober 1996 in de zaak *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk (...)*, na tot uitgangspunt te hebben genomen dat het recht een vordering in te stellen ‘is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its nature calls for regulation by the State. In this respect the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation (...); hierop de uitzondering heeft aanvaard dat de beperkingen niet zo ver mogen gaan dat ‘the very essence of the right is impaired’, terwijl de beperking voorts in strijd is met art. 6 EVRM ‘if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved’. Gelet op de – naar huidige inzichten zeer lange – duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de ‘margin of appreciation’ van de verdragsluitende Staten valt. Dit neemt evenwel niet weg dat de in 3.3.1 voorziene mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaar wel in lijn is met het in art. 6 § 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter.”

Hoewel dus die Europese rechtspraak niet dwingend voorschreef dat de verjaringstermijn zou moeten worden aangepakt, vond de Hoge Raad daarin toch steun om dat wél te doen, zoals de slotzin van het citaat laat zien.

[175] *Verjaring: vervolg.* Die keuze van de Hoge Raad was in zoverre gelukkig dat het Europese Hof zich in latere rechtspraak, voortbouwend op de zaak *Stubbings t. VK*, (opnieuw) van zijn strenge kant heeft laten zien in de zaak *Stagno t. België*. Als een minderjarige praktisch gezien geen procedure aanhangig kan maken alvorens meerderjarig te worden, bijvoorbeeld omdat op dat moment de wettelijke vertegenwoordiger redelijkerwijs niet kan worden ingeschakeld vanwege een tegenstrijdig belang, en na het meerderjarig worden de verjaringsstermijn al verlopen is, is dat een disproportionele beperking van het recht op

[174] 3 Zie het rechtspraakoverzicht van P. SPARKS, ‘The impact of the Human Rights Act for patients and accidents victims’, *Journal of Personal Injury Law* 2008/2, p. 99-100.

4 HR 28 april 2000, NJ 2000/431, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*) alsmede HR 28 april 2000, NJ 2000/432. (*Rouwhof/Eternit*), en met name ook de conclusie van A-G Spier, nr. 9.2-9.8. Vgl. verder over verjaring, EVRM en Engels en Nederlands recht: S.M. DEN HOLLANDER, ‘Verjaring, latente schade en het recht op ‘access to court’, *TMA* 2006-4, p. 115 e.v.

toegang.¹ In Nederland heeft een vergelijkbare, maar toch niet helemaal gelijke zaak gespeeld van – kort gezegd – een minderjarig meisje wier schadevergoedingsvordering verjaard was voordat de aansprakelijke partij gevonden was. Daarin liet de Hoge Raad het oordeel van het hof dat die vordering inderdaad verjaard was, in stand. Van Maanen heeft betoogd dat die uitspraak in het licht van de *Stagno*-zaak onjuist zou zijn en dat de rechterlijke instanties ten onrechte de EHRM-uitspraak genegeerd zouden hebben.² Wat daarvan verder zij, het Nederlandse recht is inmiddels via art. 3:310 lid 5 BW zodanig veranderd dat zich deze situatie niet meer zal voor kunnen doen.

Wel kan zich, wellicht, nog een probleem voordoen als het gaat om de hiervoor al genoemde absolute verjaringstermijn van dertig jaar uit art. 3:310 BW. Zoals bekend heeft de Hoge Raad de mogelijkheid geopend om – in zeer uitzonderlijke gevallen – die absolute termijn te doorbreken op grond van hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid eisen, mits een afweging van een zevental factoren daartoe aanleiding geeft.³ Op grond van het arrest *Moor c.s. t. Zwitserland* van het EHRM zou betwijfeld kunnen worden of die tegemoetkoming van de Hoge Raad wel afdoende is naar EVRM-maatstaven. In die EHRM-zaak⁴ is immers beslist dat de toepassing van een absolute verjaringstermijn (van tien jaar naar Zwitsers recht) in een geval waarin het slachtoffer naar wetenschappelijke maatstaven niet binnen die termijn kon weten dat hij een aan bepaalde (asbest) ziekte (mesothelioom) leed, in dat specifieke geval in strijd was met art. 6 EVRM, en dat meer in het algemeen met zo'n omstandigheid rekening moet worden gehouden. Omdat de rechtspraak van de Hoge Raad nu juist een opening biedt om verjaring tegen te gaan in die gevallen dat een vordering verjaard is voordat die kan worden ingesteld, meen ik dat de Nederlandse regels vooralsnog 'EVRM-proof' zijn.⁵

- [175]
- 1 EHRM 7 juli 2009, nr. 1062/07, *NJB* 2009/1607 (*Stagno t. België*), waarover nader G.E. VAN MAANEN, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies VBR, 2011, p. 15-17.
 - 2 HR 3 december 2010, *NJ* 2012/196, m.nt. C.E. du Perron (Bemoti). G.E. VAN MAANEN, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies VBR, 2011, p. 17-18, ziet bij zijn kritiek over het hoofd dat beide zaken op belangrijke punten verschillen, namelijk a) dat het in de Nederlandse zaak wél mogelijk was om een wettelijk vertegenwoordiger in te schakelen, en dat ook werkelijk zo geschied is, terwijl in deze zaak de wettelijk vertegenwoordiger (de moeder); b) wiens belang geheel en al parallel liep aan dat van de dochter, te lang in gebreke is gebleven.
 - 3 Zie HR 28 april 2000, *NJ* 2000/431, m.nt. A.R. Bloembergen (Van Hese/De Schelde) en HR 28 april 2000, *NJ* 2000/432 (Rouwhof/Eternit).
 - 4 EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11 (*Moor c.s. t. Zwitserland*), m.n. § 78-79.
 - 5 Zo reeds M.R. HEBLY, 'Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbest-claims?', *L&S* 2014, nr. 2, p. 40-42.

[176] *Vervaltermijnen*. Naast verjaringstermijnen vormen ook vervaltermijnen een voorbeeld van een mogelijke belemmering van de toegang tot de rechter. Na verloop van een dergelijke termijn is het recht om te ageren en het achterliggende subjectieve recht verloren. Voorbeelden naar Nederlands recht zijn de klachtplichten van art. 6:89 BW en art. 7:17 BW, de revindicatie van een gestolen zaak door de eigenaar (binnen drie jaar, art. 3:86 lid 3 BW), en het verval van een schadevergoedingsvordering op grond van de regeling van productaansprakelijkheid (na tien jaar, zie art. 6:191 lid 2 BW). Na verloop van de gestelde termijn is iemand dus alle eerder wel aanwezige rechten kwijt.

Het is niet ondenkbaar dat dit rechtsgevolg in strijd zou kunnen zijn met het recht op toegang, als een wellicht ontoelaatbare beperking daarvan. Of dat zo is, is naar Nederlands recht nog onduidelijk, want er zijn op het niveau van de Hoge Raad nog geen zaken over beslist. Weliswaar is een hogerberoepstermijn ook een vervaltermijn, en worden die termijnen gewoon toegestaan, maar dat kan ook te maken hebben met het feit dat het recht op toegang niet tevens een recht op een tweede instantie omvat (zie nr. 179). Wel is duidelijk dat de aan vervaltermijnen verwante verjaringstermijnen in beginsel toegestaan zijn op grond van het EVRM (nr. 174), hetgeen tevens pleit voor acceptatie van vervaltermijnen. Het verschil is weliswaar dat na verval een justitiabele 'alles' kwijt is, terwijl een verjaarde vordering ten minste nog een natuurlijke verbintenis 'achterlaat',¹ maar dat is *de facto* slechts een zeer gradueel verschil.

[177] *De oude verzettermijn*. Bij dit alles valt wel nog te bedenken dat in het verleden de verzettermijn van art. 81 Rv (oud) strijdig met het recht op toegang is geoordeeld. Een huurder verneemt pas van het (niet in persoon betekende) verstekvonnis tot ontbinding van de huur en ontruiming van het gehuurde op de dag dat de deurwaarder de ontruiming in gang zet. Onder het oude systeem had de huurder in dat geval minder dan 24 uur (de tijd die nodig was om de tenuitvoerlegging te voltooien) om alsnog in verzet te komen tegen de ontbinding van de huurovereenkomst en de ontruiming. De rechtbank achtte die beperking op de mogelijkheid om in verzet te komen in strijd met art. 6 EVRM, want een aantasting van de kern van het recht op toegang, en verlengde de verzettermijn tot veertien dagen. Dat werd gezien als passend bij de ratio van art. 81 Rv (oud) en het belang van de huurder.

De Hoge Raad accordeert dit oordeel. Ook als een regeling als zodanig wellicht niet in strijd is met art. 6 EVRM, kan de concrete toepassing ervan dat wel zijn, bijvoorbeeld als de toegang, zoals hier, in feite illusoir is geworden, omdat binnen 24 uur verzet moet worden ingesteld. De Hoge Raad overweegt inzake de af te wegen belangen als volgt:

[176] 1 Nader over de verschillen tussen verval- en verjaringstermijnen: L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, 2008, p. 337 e.v.

“De oorspronkelijke eiser heeft er uiteraard belang bij dat door de tenuitvoerlegging het bij verstek gewezen vonnis onherroepelijk wordt. Dit belang moet echter worden afgewogen tegenover het zwaarwegende belang dat gedaagde heeft om van zijn kant de zaak aan de rechter te kunnen voorleggen, terwijl het belang van eiser niet in zoverre de voorrang mag krijgen dat het recht van gedaagde op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast.”¹

De rechtbank heeft dus niet onjuist geoordeeld, en mocht overigens ook zelfstandig de termijn op veertien dagen stellen, omdat de rechter hier in een leemte moest voorzien. Die was immers ontstaan doordat art. 81 Rv (oud) in casu in strijd bleek met art. 6 EVRM.

In lijn met (en onder verwijzing naar) deze uitspraak is tevens beslist door de Hoge Raad dat als de curator niet opgeroepen wordt om zich uit te laten over een gevraagd ontslag van instantie ex art. 27 Fw – een ingrijpende beslissing die de positie van de curator en de boedel raakt – dat gezien moet worden als een processueel verzuim dat rechtstreeks de toegang tot de rechter raakt en dat niet zonder meer binnen het nationale procesrecht hersteld kan worden. De termijn voor hoger beroep tegen deze rolbeslissing wordt daarom op grond van art. 6 EVRM met veertien dagen verlengd.²

[178] *Beroepstermijnen en deurwaarders.* Een additionele termijn van veertien dagen is ook beschikbaar voor een procespartij indien de toepassing van art. 140 Rv (verstekverlening bij meerdere gedaagden) en art. 339 Rv (de appeltermijn) in een concreet geval het recht op toegang in de kern aantast. Hoewel aan de rechtsmiddeltermijnen strikt de hand moet worden gehouden, is de overschrijding van een appeltermijn is niet zonder meer fataal als de inleidende dagvaarding niet in persoon betekend is en het vonnis aan de bij verstek veroordeelde niet bekend was voorafgaand aan het verstrijken van de termijn.¹

Als een gerechtsdeurwaarder een appeldagvaarding pas na het verstrijken van de beroepstermijn betekend heeft, leidt die fout tot niet-ontvankelijkheid van de appellante bij het hof. Dat is een stevig negatief rechtsgevolg voor de betreffende procespartij, maar niet een gegeven dat in strijd met art. 6 EVRM en het recht op toegang tot de overheidsrechter is. Immers, zo stelt de Hoge Raad vast, de deurwaarder is geen orgaan van de Staat maar handelt in opdracht van de betreffende procespartij zodat diens fout de Staat niet toe te rekenen valt. Dit soort processuele gevolgen komen voor rekening van de opdrachtgever.

[177] 1 Zie HR 25 februari 2000, NJ 2000/509, m.nt. H.J. Snijders (Stienstra), r.o. 3.4.2. In HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2629 (Morning Star/Gabon) wordt in r.o. 3.6.2 gewezen op het recht op toegang van beide betrokkenen bij het verloop van een verzettermijn.

2 HR 27 mei 2011, NJ 2012/625, m.nt. H.J. Snijders (Van Dooren q.q./VECO).

[178] 1 HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894 (X./Y.), verwijzend naar HR 5 september 2014, RvdW 2014/1015 (Morning Star/Gabon) en HR 21 februari 2014, NJ 2014/131 (M./V.).

Bovendien kan volgens de Hoge Raad niet gezegd worden dat:

“de niet-ontvankelijkverklaring door het hof een disproportionele reactie op de fout is, wanneer in aanmerking wordt genomen enerzijds dat in het belang van een goede rechtspleging, omtrent het tijdstip waarop een termijn voor het instellen van hoger beroep of cassatie aanvangt (en eindigt) duidelijkheid dient te bestaan en dat derhalve aan beroepstermijnen strikt de hand moet worden gehouden, en daarvan slechts bij hoge uitzondering kan worden afgeweken (...), en anderzijds dat de lengte van de appeltermijn Heilbron alleszins de gelegenheid gaf zo tijdig opdracht te geven tot het uitbrengen van de dagvaarding dat een overschrijding van die termijn als gevolg van een fout zoveel mogelijk zou worden voorkomen.”²

Gegeven het vertrekpunt dat degene die de fout maakte, geen staatsorgaan is, is de uitspraak begrijpelijk; de Staat heeft geen belemmering opgeroepen door disfunctionerende deurwaarders te laten werken. Men zou de Staat enkel kunnen verwijten dat er überhaupt beroepstermijnen bestaan, maar zonder termijnen wordt de finaliteit van ons stelsel van rechtspleging te grabbel gegooid.³

[179] *Recht op rechtspraak in twee instanties?* Een nog niet besproken vraag is of een procespartij aan het recht op toegang ook kan ontleen dat er een recht bestaat op hoger beroep of cassatie, en dus op een tweede beoordeling. Vaak bestaat er naar nationaal recht, zoals in Nederland, inderdaad een mogelijkheid voor een herkansing, op een tweede poging bij een andere, hogere rechter, in de kern erop gericht om eigen fouten te herstellen of om fouten van de eerste rechter te laten herstellen. Die mogelijkheid is er echter, in elk geval in Nederland, niet altijd. Zo zijn vorderingen van geringe waarde (minder dan € 1.750,-) op grond van art. 322 Rv uitgesloten van hoger beroep en bestaan er diverse specifieke rechtsmiddelveboden, zoals na een beslissing op een wrakingsverzoek (zie art. 39 lid 5 Rv). Als nu het nationale recht een dergelijke mogelijkheid van hoger beroep in bepaalde gevallen niet kent, is dat geen schending van art. 6 EVRM want dat artikel herbergt niet ook nog een recht op hoger beroep of cassatie.¹ Ook de Nederlandse wet of Grondwet kennen een zodanig algemeen recht op

[178] 2 HR 24 april 2009, NJ 2009/488, m.nt. A.I.M. van Mierlo (Heilbron).

3 Dat laat onverlet dat uitzonderingen mogelijk zijn, en verlopen termijnen soms genegeerd moeten worden, vgl. voor een geval waarin niet-tijdig een memorie van grieven genomen was, doch dat verschoonbaar was, HR 29 maart 2013, NJ 2013/202 (X./Varde Investments).

[179] 1 Zie EHRM 17 januari 1971, Serie A, Vol. 11 (Delcourt t. België); EHRM 9 november 2004, nr. 46300/99 (Marpa Zeeland t. Nederland); EHRM 24 februari 2009, nr. 49230/07 (L'Erablière A.S.B.L. t. België), § 36; EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08 (Lalmahomed t. Nederland), § 34. Vgl. verder Van Dijk e.a. 2006, p. 564-567; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 55 e.v.; Harris e.a. 2009, p. 298.

rechtspraak in twee instanties niet.² Dat alles laat onverlet dat blijkens de rechtspraak ook de toegang tot de appelrechter van groot belang wordt geacht.³

Het recht op toegang tot de rechter is dus beperkt tot één instantie, aldus uitdrukkelijk ook de Hoge Raad in bijvoorbeeld het *Waterschap Rivierenland*-arrest.⁴ Die uitkomst is en was, in elk geval in de Nederlandse context, gerechtvaardigd want elke andere oplossing zou tot een onwerkbaar uitgangspunt leiden. Zeer veel 'kleine' (zeker niet onbelangrijke, maar qua omvang beperkte) zaken die nu van hoger beroep uitgesloten zijn, zouden dan wel tot een vervolgsprocedure in hoger beroep mogen leiden. Dat zou teveel extra lasten opleveren ten opzichte van een (per zaak) te gering belang dat erbij betrokken is.

Hetzelfde regiem geldt voor de mogelijkheid om in cassatie te mogen gaan. Ook hier geldt dat er geen beginsel tot wasdom is gekomen dat procespartijen recht geeft op een procedure in cassatie. Maar opmerkelijk genoeg mogen de 'kleine' zaken die van hoger beroep uitgesloten worden, wel in cassatie komen met – te kort gezegd – motiveringsklachten, zie art. 80 RO. Dat is dus, in het kader van de rechtsbescherming, geen 'volledige' cassatietoets, maar wel meer dan niets en als zodanig dus eerder in lijn met dan in tegenspraak tot het beginsel van toegang. Overigens wijst Smits er terecht op dat nu volledige uitsluiting van hoger beroep en cassatie verdragsrechtelijk toegestaan is, andersoortige beperkingen voor wat betreft appel en cassatie, denk aan het grievensstelsel en aan art. 97 RO, ook mogen worden ingevoerd.⁵

[180] *Rechtsbijstand voor rechtspersonen.* Hiervoor in nr. 157 bleek al dat een nationale staat onder omstandigheden verplicht is om een vorm van gesubsidieerde rechtsbijstand aan te bieden, teneinde ervoor te zorgen dat het recht op toegang ook

- [179] 2 Als echter hoger beroep of cassatie openstaat, dan moet die procedure wel aan de eisen van art. 6 EVRM voldoen, zie EHRM 17 januari 1971, Serie A, Vol. 11 (Delcourt t. België), § 25; Harris e.a. 2009, p. 298. De specifieke kenmerken van dat soort procedures worden daarbij overigens meegewogen, aldus EHRM 23 oktober 1996, NJ 1998/343 (Levages Prestations t. Frankrijk) en EHRM 24 februari 2009, nr. 49230/07 (L'Erablière A.S.B.L. t. België), § 36; EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08 (Lalmahomed t. Nederland), § 36.
- 3 Zie HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1064 (Pilotreglement) en ECLI:NL:HR:2015:1075 (Somers q.q./Black Box Real Estate), waarin is bepaald dat in het licht van dit belang een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van het voorkomen van onredelijke vertraging, de ernst van het verzuim en de gevolgen die strikte naleving van het reglement zou hebben voor de partij die daardoor wordt geraakt.
- 4 Zie HR 12 mei 2006, NJ 2007/130, m.nt. P.C.E. van Wijmen (X./Waterschap Rivierenland), r.o. 3.3, en ook nog HR 25 juni 2010, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders (Rosneft/Yukos Capital), r.o. 3.8.4. Zie ook DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 179; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 57.
- 5 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 58.

daadwerkelijk 'practical and effective' kan zijn.¹ In Nederland gebeurt dat ook, zie art. 18 Gw en de Wet op de rechtsbijstand. Interessant in dit verband is nog de vraag of een (privaatrechtelijke) rechtspersoon – waarvoor art. 6 EVRM ook geldt² – een beroep kan doen op gesubsidieerde rechtsbijstand, en voor zover dat naar nationaal recht niet zou kunnen, of art. 6 EVRM zich daar dan tegen verzet. Die vraag is door het HvJ EU op grond van art. 47 Handvest Grondrechten EU beantwoord in het arrest *DEB t. Duitsland*, hetgeen hier relevant is omdat art. 47 lid 2 Handvest Grondrechten EU correspondeert met art. 6 lid 1 EVRM, aldus ook het Hof.³

In het betreffende geval was de vraag aan de orde of DEB rechtsbijstand zou kunnen krijgen voor het in rechte kunnen vorderen van een schadevergoeding wegens overheidsaansprakelijkheid op grond van het Unierecht. DEB wil die vergoeding in verband met de te late omzetting door Duitsland van een aantal richtlijnen inzake de aardgasmarkt. Omdat de gevorderde vergoeding op € 3,7 miljard uitkomt, is naar Duits recht een voorschot op de gerechtskosten van € 275.000,- vereist, een bedrag dat DEB niet kan opbrengen. Omdat DEB nog geen inkomen en vermogen heeft (men wilde op termijn de aardgasmarkt gaan betreden), is ook de verplichte procesvertegenwoordiging onbetaalbaar. De rechter meent dat niet aan de eisen voor het verkrijgen van rechtsbijstand voldaan is, maar vraagt zich wel of de weigering soms in strijd is met het Unierecht, meer bepaald het doeltreffendheidsbeginsel, omdat DEB met die weigering de mogelijkheid een vordering in te stellen, wordt ontzegd.

Het Hof herformuleert de vraag in die zin dat het erom gaat te weten of het in art. 47 Handvest Grondrechten EU neergelegde beginsel van daadwerkelijke rechterlijke bescherming zich verzet tegen een nationale regeling die voor indiening van een vordering verlangt dat een voorschot op de gerechtskosten wordt betaald en/of die een rechtspersoon geen bijstand verleent. Bij de beantwoording sluit het Hof in de overwegingen 36 en 45-51 aan bij de eisen zoals die uit het EVRM voortvloeien, conform art. 52 lid 3 Handvest Grondrechten EU. De conclusie uit het onderzoek naar de rechtspraak van het EHRM is 'dat de verlening van rechtsbijstand aan rechtspersonen in beginsel niet is uitgesloten, maar moet worden beoordeeld in het licht van de toepasselijke voorschriften en de situatie van de betrokken vennootschap.' Het is vervolgens aan de nationale rechter om te bepalen – kort gezegd – of in de omstandigheden van het geval het niet verlenen van bijstand een beperking van het recht op toegang is die dit recht niet in de kern aantast, een legitiem doel dient en proportioneel is.⁴

[180] 1 EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey t. Ierland*). Zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 562. Dit recht is overigens ook vastgelegd in art. 47 lid 3 Handvest Grondrechten EU.

2 Zie bijv. T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.H. GERARDS, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, 2009, p. 28.

3 HvJ EU 22 december 2010, *NJ* 2011/129 (*DEB/Duitsland*), nr. 32. Zie ook nr. 34 en 63. Het recht op toegang is in EU-verband is al langer bekend, zie bijv. HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (Johnston).

4 HvJ EU 22 december 2010, *NJ* 2011/129 (*DEB/Duitsland*), nr. 52 en nr. 59-60.

Daarmee zegt het arrest in feite meer over de verhouding tussen het Handvest Grondrechten EU en het EVRM, zie nr. 34, dan specifiek over het thema van rechtsbijstand voor rechtspersonen. Maar duidelijk is wel dat categorische uitsluitingen van rechtsbijstand niet passend zijn – zodat het prettig is te weten dat naar Nederlands recht een rechtspersoon in beginsel voor rechtsbijstand in aanmerking kan komen, zie art. 12 lid 1 Wet op de rechtsbijstand,⁵ – doch dat in plaats daarvan steeds getoetst zal moeten worden aan de omstandigheden van het geval. Ook is wat mij betreft hiermee duidelijk dat het vragen van een voorschot op, althans vooruitbetaling van de griffierechten – ons huidige Nederlandse stelsel eist vooruitbetaling op straffe van aanhouding van de zaak en uiteindelijk ontslag van instantie, art. 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken jo. art. 127a lid 1 en 2 Rv – niet helemaal zonder (Europese) gevaren is, hoewel wellicht een groter gevaar in de (beoogde) hoogte van die rechten zal schuilen (zie nr. 186 e.v.).⁶

[181] *Immunititeiten: EVRM.* Gegeven het in nr. 161 besproken algemene EVRM-toetsingskader voor beperkingen aan de toegang tot de rechter, zijn regels van *immunititeit*, waardoor een internationale organisatie of een (onderdeel van een) staat niet voor de (civiele) gerechten van een andere staat kan worden gedagvaard, niet altijd een verboden of disproportionele beperking van de toegang tot de rechter. Maar ze staan wel ‘onder verdenking’, vooral daar waar het staatsorganen betreft.¹ De reikwijdte van de notie van staatsimmunititeit moet inmiddels, aldus het Europese Hof, beperkt(er) worden opgevat, en strekt zich daarom

[180] 5 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 64.
6 Dat oordeel wordt mede ingegeven doordat art. 127a lid 3 Rv en art. 282a lid 4 Rv een hardheidsclausule kennen; in cassatie geldt art. 409a lid 2 Rv, waarover HR 4 november 2011, NJ 2012/171, m.nt. H.B. Krans (NGBE).

[181] 1 Zie o.a. EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94 (Waite & Kennedy t. Duitsland) en nr. 28934/95 (Beer & Regan t. Duitsland); EHRM 14 december 2006, nr. 1398/03, NJB 2007/536 (Markovic t. Italië) inzake internationale organisaties, alsmede KUIJER 2004, p. 159-160; Rb. 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6795 (Mothers of Srebrenica/Staat); Hof 's-Gravenhage 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8979 (Mothers of Srebrenica/Staat) en HR 13 april 2012, NJ 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver (Mothers of Srebrenica/Staat), waarover G. DEN DEKKER, ‘Srebrenica en de immunititeit van de Verenigde Naties voor de Nederlandse rechter’, *O&A* 2012/58, p. 120 e.v.; t.a.v. onderdelen van de nationale staat is het Europese Hof veel strenger, zie KUIJER 2004, p. 160; EHRM 28 oktober 1998, nr. 23451/94 (Osman t. VK) en EHRM 10 mei 2011, nr. 29392/95 (Z. t. VK), hoewel uit die laatste uitspraak (terecht) volgt dat het afwijzen van aansprakelijkheid niet hetzelfde is als een immunititeit verlenen (al leverde dat i.c. wel op dat er een ‘remedy’ ex art. 13 EVRM ontbrak, zie § 102-103). Zie verder over deze materie EHRM 23 maart 2010, nr. 15869/02 (Cudak t. Litouwen), § 57-59; EHRM 29 juni 2011, nr. 34869/05 (Sabeh El Leil t. Frankrijk); Harris e.a. 2009, p. 242-244; KNIGGE 1998, p. 99 e.v.; I.F. DEKKER, C. RYNGAERT, *Immunity of international organisations: balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 98 e.v. en vooral p. 106 en A.A.H. VAN HOEK, *Staatsimmunititeit in het privaatrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 18, die een tendens richting relatieve i.p.v. absolute immunitet schetst voor staatsorganen.

niet uit over geschillen over contracten van lokale werknemers zonder staatsgezag.² Ook los daarvan zijn immuniteiten in die zin 'verdacht' dat het niet de bedoeling is dat een staat ervoor kan zorgen dat bepaalde typen civiele claims niet langer onder de jurisdictie van de rechter vallen of dat immuniteiten toekomen aan grote groepen of categorieën van personen.³

[182] *Immunititeit van jurisdictie; internationale organisaties.* Wie vervolgens in concreto in Nederland wil procederen tegen nationale staten anders dan de Nederlandse, of tegen internationale organisaties, loopt al snel tegen het verweer aan van immuniteit van jurisdictie, gebaseerd op internationale afspraken, of gewoonterecht. Internationale organisaties of soevereine staten mogen en kunnen in de regel niet gedaagd worden voor de nationale (hier: Nederlandse) rechter.¹ De finesse schuilt echter in de uitzonderingen op dit op zichzelf juiste uitgangspunt.

Zo is voor arbeidsconflicten tussen werknemers en internationale organisaties wezenlijk of de aan de organisatie verweten gedragingen onmiddellijk verband houden met de vervulling van de aan die organisatie opgedragen taak.² Deze en andere uitzonderingen zullen per concreet geval getoetst moeten worden aan de eisen van art. 6 EVRM zoals beschreven in nr. 161. Daarbij geldt dat meer uitzonderingen op de hoofdregel (geen jurisdictie) toegelaten zijn als het om staten gaat in plaats van internationale organisaties.³

Deze 'strengere' toets werd bijvoorbeeld aangelegd door het Hof Den Haag in de *Srebrenica*-zaak tegen de Verenigde Naties (VN), waarin het hof vooropstelde dat het EHRM heeft geoordeeld dat de volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie van een internationale organisatie onder omstandigheden moet wijken

[181] 2 EHRM 23 oktober 2010, nr. 15869/02, *NJB* 2010/1156 (Cudak t. Litouwen) en EHRM 29 juni 2011, nr. 34869/05 (Sabeh El Leil t. Frankrijk). Zie ook I.F. DEKKER, C. RYNGAERT, *Immunity of international organisations: balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011; A.A.H. VAN HOEK, *Staatsimmuniteit in het privaatrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 8-9, 16-17 en 22 e.v.; J. WOUTERS, C. RYNGAERT, P. SCHMITT, 'Het Hof van Cassatie en de immuniteit van internationale organisaties', *RW* 2011-2012, nr. 15, p. 678 e.v.

3 Zie EHRM 21 september 1994, Series A, Vol. 294-B (Fayed t. VK); Van Dijk e.a. 2006, p. 571-573, en KUIJER 2004, p. 156.

[182] 1 Zie I.F. DEKKER, C. RYNGAERT, *Immunity of international organisations: balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011 voor internationale organisaties en A.A.H. VAN HOEK, *Staatsimmuniteit in het privaatrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, voor staten.

2 HR 23 oktober 2009, *NJ* 2009/527 (X./EEO), verwijzend naar (de strafkamer van de Hoge Raad in) HR 13 november 2007, *NJ* 2008/147, m.nt. N. Keijzer (Greenpeace) voor die maatstaf.

3 Zie I.F. DEKKER, C. RYNGAERT, *Immunity of international organisations: balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 106.

voor het door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter, en vervolgens bepaalde:⁴

“Een belangrijke factor bij de vaststelling of immuniteit van jurisdictie een toelaatbare beperking vormt, is de vraag of de belanghebbende redelijke alternatieve middelen ter beschikking staan om zijn rechten onder het EVRM op effectieve wijze te beschermen.”

Vervolgens wordt geconcludeerd dat de VN in casu inderdaad immuniteit van jurisdictie toekomt, mede omdat er een alternatief openstond, namelijk het aanspreken van de Nederlandse Staat en/of de primaire ouders.⁵

In cassatie doet de Hoge Raad⁶ daar echter nog een schepje bovenop door de immuniteit van jurisdictie van de VN tot een absolute vorm van immuniteit te bestempelen, zodat de toetsing aan de EHRM-eisen zoals het hof die ondernomen had, overbodig was en teveel ruimte voor uitzonderingen vooropstelde. Wel beoordeelt de Hoge Raad nog of deze immuniteit moet wijken als het gaat om betrokkenheid van de VN bij genocide en gelijksoortige mensenrechtenschendingen, maar op grond van EVRM-rechtspraak en de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof luidt het antwoord op die vraag ontkennend. De absolute immuniteit van de VN is dus inderdaad absoluut.

[183] *Immunité van jurisdictie; vreemde staten.* Specifiek voor de Nederlandse situatie ten aanzien van (organisatie)onderdelen van vreemde staten in Nederland, kan ten eerste worden gesteld dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad de regels van staatsimmuniteit van jurisdictie op zichzelf geen disproportionele beperking van de toegang tot de rechter behelzen. Dat een werknemer van een ambassade die zijn ontslag wil aanvechten, maar tegen deze immuniteit oploopt, stelt dat hij als lokaal agent en dus als plaatselijk personeel aangesteld was, in Nederland werkte, hier belasting betaalde en hier sociaal verzekerd was, maakt die immuniteit niet alsnog disproportioneel.¹ Meer algemeen gesteld, zal hier, als

[182] 4 Zie Hof 's-Gravenhage 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8979 (Mothers of Srebrenica/Staat), r.o. 5.2. Zie nader I.F. Dekker, C. Ryngaert, *Immunity of international organisations: balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 99-103.

5 Kritisch t.a.v. dat laatste aspect I.F. DEKKER, C. RYNGAERT, *Immunity of international organisations: balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 102-103, maar de route naar een andere gedaagde bleek minder illusoir dan zij meenden toen het hof later de Nederlandse Staat aansprakelijk achtte, zie Hof 's-Gravenhage 10 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0133 (Nuhanovic/Staat) en inmiddels HR 6 september 2013, RvdW 2013/1037 (Staat/Nuhanovic).

6 HR 13 april 2012, NJ 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver (Mothers of Srebrenica/Staat), r.o. 4.3.5.

[183] 1 HR 11 september 2009, NJ 2010/523, m.nt. Th. M. de Boer (X./Marokko).

het gaat om handelingen van een vreemde staat, van belang zijn of het gaat om een overheidshandeling of niet.²

In dit verband kan dan nog worden gewezen op de zaak *Marokko/Aissaoui*.³ Een secretaresse bij de Marokkaanse ambassade wordt ontslagen, doch vordert doorbetaling van loon. Het Koninkrijk Marokko doet een beroep op immuniteit van jurisdictie maar wordt daarin niet gevolgd, ook niet in laatste instantie door de Hoge Raad:

“Onderdeel II bevat een viertal klachten tegen de verwerping van het standpunt van het Koninkrijk dat zijn beroep op staatsimmuniteit niettemin gerechtvaardigd is gelet op het karakter van de door Aissaoui verrichte werkzaamheden in relatie tot haar vordering. Die klachten falen alle omdat het hof aan zijn in cassatie niet bestreden vaststellingen

- dat de werkzaamheden van Aissaoui bestonden uit het administratief afhandelen van poststukken en het verzorgen van de correspondentie van de ambassade,
- en dat, hoewel Aissaoui inzage had in vertrouwelijke stukken en geheimhouding moest bewaren, gesteld noch gebleken is dat haar werkzaamheden een diplomatiek karakter hadden,

terecht de gevolgtrekking heeft verbonden dat het Koninkrijk ook aan de aard van de functie van Aissaoui geen beroep op staatsimmuniteit kan ontleen.”

Vermeldenswaardig met het oog op de toegang tot de rechter,⁴ is ook nog het – in wezen omgekeerde – geval waarin het land Chili na een verstekvonnis in verzet komt, doch na het verstrijken van de verzettermijn, en zich daarbij op immuniteit van jurisdictie beroept om alsnog een rechtsmiddel te verkrijgen (en dus juist niet om een verdere procedure bij voorbaat uit te sluiten). De Hoge Raad⁵ oordeelt echter dat Chili na het verstrijken van de verzettermijn niet alsnog een rechtsmiddel toekomt in verband met haar voorrecht van immuniteit. Ook art. 6 EVRM kent beperkingen en art. 81 Rv (oud), nu art. 143 Rv, is er daar één van. Met die verzettermijn is een evenwicht bereikt tussen het belang niet gebonden te raken aan een niet bekend vonnis, en het belang van de eiser bij een onherroepelijk vonnis op enig moment, en die regeling tast het recht op toegang in casu niet in de kern aan, althans bijzondere omstandigheden die dat anders zouden maken, zijn niet gesteld.⁶

[184] *Parlementaire immuniteit*. Ook onze parlementariërs genieten immuniteit, zowel civiel- als strafrechtelijk, want als zij in het parlement vrij en zonder vrees voor rechtsvervolging kunnen spreken, wordt daarmee de democratische

[183] 2 Zo ook HR 13 april 2012, *NJ* 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver (*Mothers of Srebrenica/Staat*).

3 HR 5 februari 2010, *NJ* 2010/524 (*Marokko/Aissaoui*).

4 Zie ook nog HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (*Chipschol*), waarover nr. 110 e.v.

5 HR 26 maart 2010, *NJ* 2010/526, m.nt. Th. M. de Boer (*Azeta/Chili*), r.o. 3.5.2.

6 Ook relevant is dat de Nederlandse rechter wel bevoegd, maar niet verplicht is ambtshalve te toetsen op immuniteit. Zie nader over deze zaak A.A.H. VAN HOEK, *Staatsimmuniteit in het privaatrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 2011, p. 6-7 en kritisch p. 29-31.

controle gediend.¹ Degene die meent dat hetgeen een lid van het parlement binnen de muren van dat parlement gezegd heeft, onrechtmatig is, staat daarmee wel voor een dichte deur. Die beperking van de toegang tot de rechter is echter gerechtvaardigd vanwege het legitieme doel dat daarmee, zoals zonet benoemd, gediend wordt. Daarmee zou niet verenigbaar zijn dat de rechter zich op enigerlei wijze zou moeten uitspreken over de toelaatbaarheid van parlementaire uitingen.²

[185] *Toegang en misbruik.* Het beginsel van toegang tot de rechter staat er niet aan in de weg dat die toegang tot de rechterlijke macht eventueel verhinderd kan worden in die (zeer uitzonderlijke) gevallen waarin er sprake is van misbruik van procesrecht. Dat zal zich echter niet snel voordoen, en vergt bijvoorbeeld wetenschap van de onjuistheid van de feiten waarop een beroep wordt gedaan.¹

Andersom kan het eventueel juist nodig zijn wel een vorm van toegang paraat te hebben (let wel: voor de wederpartij van de 'misbruiker') teneinde een dergelijk misbruik niet te laten lonen. Van dat laatste biedt het arrest van de Hoge Raad van 7 mei 2010 een voorbeeld.² Daarin strijden de gewezen Nederlandse echtelieden, woonachtig te België, om de onderhoudsplicht ten opzichte van hun kinderen. De man beroept zich er in de Belgische procedure met succes op dat de Nederlandse rechter bevoegd zou zijn; vervolgens procederend in Nederland wijzigt hij zijn standpunt en stelt hij dat de Belgische rechter geadieerd zou moeten worden. Dat wordt gezien als misbruik van procesrecht en dus verklaart het Haagse Hof zich bevoegd. Het hof realiseerde zich blijkbaar dat een onbevoegdheidsverklaring zou betekenen dat de vrouw haar verzoek nergens inhoudelijk kan laten beoordelen en dat de stelselmatige proceshobbels opwerpende werkwijze van de man dan zou lonen. De Hoge Raad gaat aan de klachten van de man voorbij.

5.4.2 *Uitgelicht: debat in Nederland over de kosten van procederen*

[186] *Kosten en toegang; gesubsidieerde rechtsbijstand.* Een welbekende potentiële belemmering voor partijen bij de toegang tot de Nederlandse civiele rechter is

[184] 1 Zie nader de analyse van rechtspraak en literatuur bij R. SCHUTGENS, 'Parlementaire immuniteit', in: *Immuniteiten. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2013-1* (143^e jaargang), en bij wijze van voorbeeld EHRM 3 december 2009, nr. 8917/05 (Kart t. Turkije), § 79-84. Zie ook Harris e.a. 2009, p. 241-242.

2 Zie HR 17 juni 2011, NJ 2011/450, m.nt. E.J. Dommering (Arubaans parlementair debat).

[185] 1 Over misbruik van procesrecht o.a. VAN DER WIEL 2004, p. 79 e.v., en LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 552 e.v., alsmede HR 6 april 2012, NJ 2012/233 (Grand Café A./Achmea): bij het aannemen van misbruik past terughoudendheid i.v.m. het beginsel van toegang.

2 HR 7 mei 2010, NJ 2010/556, m.nt. Th. M. de Boer (M./V.).

het kostenaspect van de civiele procedure.¹ Uiteraard genereert die procesvorm ook de nodige opbrengsten – juist ook op maatschappelijk vlak – maar die ‘waarde’ (rechtsvorming; rechtseenheid; tegengaan van eigenrichting) is vaak lastig te kwantificeren, en valt eerder ons allen toe, terwijl de kosten vaak geheel bij het procederende individu terechtkomen.² Daar komt bij dat de kosten de laatste jaren toenemen, onder ander door gewijzigd overheidsbeleid,³ terwijl potentieel kostenbesparende instrumenten voor eisende partijen, zoals ‘no cure no pay’ en ‘no win no fee’, nog buiten de deur worden gehouden, een enkel experiment daargelaten.⁴

Het is hier echter niet de plaats om uitvoerig de kostenstructuur van het procederen naar Nederlands recht, alsmede de uitzonderingen daarop, te beschrijven. Volstaan kan dan ook worden met een opsomming van de belangrijkste posten,⁵ zoals daar zijn de griffierechten, de kosten van rechtsbijstand door een advocaat⁶ en deurwaarder, de kosten van deskundigen en andere bewijsverrichtingen, en een eventuele proceskostenveroordeling.⁷

Die proceskostenveroordeling voor de wederpartij vormt overigens ook een eerste mogelijke, hoewel gedeeltelijke uitzondering op de regel dat de kosten van rechtsbijstand door betrokkene zelf gedragen moeten worden. Gedeeltelijk, omdat deze forfaitaire veroordeling nooit de werkelijke kosten dekt. Dat stimuleert de toegang tot de rechter in zoverre dat de drempel daarvoor niet te hoog wordt

- [186]
- 1 Vgl. nader SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 61 e.v. Dit thema was ook voorwerp van onderzoek voor het 17^e wereldcongres voor rechtsvergelijking in 2006. General reporter was Ugo Mattei (U. MATTEI, ‘Access to Justice. A Renewed Global Issue’, *EJCL* 11.3 (2007), http://works.bepress.com/ugo_mattei/34; voor Nederland rapporteerde Jongbloed (A.W. Jongbloed, ‘Access to Justice, Costs and Legal Aid’, in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (eds.), *Netherlands Reports to the Seventeenth International Congress of Comparative Law. Utrecht 2006*, 2006, p. 223 e.v.).
 - 2 Vgl. al DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 175-177.
 - 3 Voor een summier weergave van het debat tot begin 2012: I. GIESEN & L. COENRAAD, ‘Innovaties in de (civiele) rechtspleging’, *NJB* 2012/882, p. 1026 e.v. Voor een overzicht van de vele overheidsmaatregelen die van invloed zijn (geweest) op de toegang tot het recht, zie H. GROOTELAAR e.a., *Toegang tot het recht: een actueel portret*, hoofdstuk 3 en bijlage 2, te downloaden via <http://montaigne.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/Eindrapport-per-18-september-2014.pdf>.
 - 4 Zie de (gewijzigde) verordening van de NOvA die een experiment met resultaatgerichte beloningen vanaf januari 2014 mogelijk heeft gemaakt in *Stcrt.* 2013, nr. 20779, 25 juli 2013, en *Kamerstukken II* 2013/14, 31 753, nr. 65, p. 1-3. Vgl. verder W.H. VAN BOOM, M. DE JONG, ‘Het Experiment resultaatgerelateerde beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking’, *TVP* 2014, p. 69 e.v. Vgl. in dit verband ook nog A. BRENNINKMEIJER e.a., ‘Zes suggesties voor verbetering van de toegang tot het recht’, *NJB* 2015/1322.
 - 5 Ik noem hier niet de zekerheidsstelling voor proceskosten door vreemdelingen uit art. 224 Rv, omdat art. 224 lid 1 sub d Rv specifiek waakt voor de toegang tot de rechter. Zie nader SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 83-84.
 - 6 Daarover: M. CROES, R. VAN OS, ‘De burger belast’, *NJB* 2012/1952, p. 2346 e.v.
 - 7 Zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/125 e.v.; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 62-74.

gelegd, maar kan ook betekenen dat iemand bij voorbaat van een procedure zal afzien omdat de kosten ervan niet zullen worden vergoed.⁸

Een tweede belangrijke uitzondering op de regel dat een procespartij de eigen kosten betaalt, betreft de door de overheid gesubsidieerde rechtsbijstand. De overheid moet zo'n 'toevoeging' (tot op zekere hoogte en op een zelf te bepalen wijze⁹) aanbieden om toegang tot de rechter ook feitelijk mogelijk te maken (art. 6 EVRM, alsmede art. 18 Gw en de daarop gebaseerde Wet op de rechtsbijstand).¹⁰ Belangrijk in dit stelsel – dat overigens onder druk staat, en waarschijnlijk herzien en versoerd wordt¹¹ – is vooral dat de advocaat, kort gezegd, niet zijn salaris bij de procespartij in rekening brengt (de Staat betaalt diens salaris achteraf). Dan nog is civiel procederen echter niet zonder risico want er is altijd nog de optie dat er bij verlies een veroordeling in de proceskosten van de tegenpartij volgt.

Voor het overige valt nu alvast te constateren – met Dommering en vele schrijvers die zich in het moderne debat over de griffierechten hebben gemeld

- [186] 8 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 69.
- 9 Het is geen absoluut recht. Zie nader *Kamerstukken I* 2013/14, 33 750, P, p. 5-6, alsmede M. BARENDRECHT e.a., *Legal Aid in Europa*, 2014, p. 14-16.
- 10 Zie over dit systeem (en cijfers) bijv. S.L. PETERS, L. COMBRINK-KUITERS, 'Het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand in roerige tijden', *JV* 2014/1, p. 93 e.v.; M. WESTERVELD, 'Gesubsidieerde rechtsbijstand en de toegang tot het recht', *NJB* 2014/246, p. 315-317; STEIN/RUEB 2013, p. 24-25; B. HUBEAU, A. TERLOW (eds.), *Legal aid in the low countries*, 2014. In 2012 werden er in civiele zaken 213.000 toevoegingen afgegeven (in 2007 waren dat er 177.000), zie M. TER VOERT, 'Cijfers civielrechtelijke procedures en rechtsbijstand', *Factsheet 2014-2*, via <http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/ov-201401-cijfers-civielrechtelijke-procedures-en-rechtsbijstand.aspx?cp=44&cs=6796>. Ik merk overigens op dat de bijdrage per hoofd van de bevolking aan 'legal aid' in Nederland hoger ligt dan waar ook in de EU, zie Figuur 39 in *The 2015 EU Justice Scoreboard*, via http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2015_en.pdf.
- 11 Over die beoogde stelselwijziging, de daaraan gekoppelde bezuinigingsdoelstelling, en de kritiek daarop o.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 31 753, nr. 64 (toets op noodzaak bijstand vooraf); *Stcrt.* 2013, 26480, 25 september 2013 (kritiek Raad van State); *Kamerstukken I* 2013/14, 33 750, P (nadruk op eigen verantwoordelijkheid burgers); *Kamerstukken II* 2013/14, 31 753, nr. 70 (verlaging uurtarief); H. ARLMAN, E. LOHMAN, 'Toegang tot het recht: grondrecht of kostenpost', *NJB* 2014/2560, p. 3069 e.v.; M. WESTERVELD, 'Gesubsidieerde rechtsbijstand en de toegang tot het recht', *NJB* 2014/246, p. 312 e.v.; *Kamerstukken II* 2013/14, 31 753, nr. 84 en nr. 86, met bijlagen, en tot slot het voorstel tot stelselherziening van de staatssecretaris uit november 2014, zie www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/nieuws/2014/11/04/teeven-maakt-rechtsbijstand-effectiever.html (o.a. inzetten op versterking eerstelijns hulp), alsmede de kritische reactie van de Raad voor de rechtspraak daarop, www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Wetsvoorstel-rechtsbijstand-vraagt-veel-van-burgers.aspx. Inmiddels is n.a.v. twee moties in de Eerste Kamer een nader onderzoek aangekondigd, zie *Kamerstukken I* 2014/15, 34 000 VI, S en Z. Over de voortgang daarvan (het rapport volgt in het najaar van 2015): *Kamerstukken II* 2014/15, 31 753, nr. 105.

– dat kostenbarrières uiterst kritisch (moeten) worden beoordeeld.¹² Dat betekent dus ook dat er in concreto gevallen kunnen langskomen waarin één van de kostenposten een te grote belemmering voor de toegang tot de rechter kan betekenen. Zo valt bijvoorbeeld uit de (in nr. 157) besproken *Airey*-zaak te destilleren dat het ontbreken van gesubsidieerde rechtshulp een schending van art. 6 EVRM kan zijn.¹³

[187] *Financiële zekerheid*. Daarmee is echter niet alles gezegd. Ook onder een regiem waarbij toegang belangrijk wordt gevonden, is het mogelijk dat de rechter in hoger beroep, als voorwaarde voor het mogen instellen van dat beroep, eist dat er financiële zekerheid gesteld wordt voor de proceskosten in hoger beroep, als ten minste ook in ogenschouw wordt genomen dat het beroep in kwestie het vooruitzicht van succes ontbeert.¹

[188] *Griffierechten*. Wel is zodoende het kader gegeven om te beoordelen of griffierechten, die in beginsel toegestaan zijn, zie eerder al nr. 160, niet alsnog te beperkend blijken in een specifiek geval, gegeven de mogelijkheid van de klager in kwestie om deze te betalen en de fase van de procedure die het betreft.¹ De ‘fee’ mag dus niet ‘excessive’ worden en ertoe leiden dat er helemaal geen procedure meer gestart wordt. Daarbij kan overigens ook via de mogelijkheid van een ontheffing voldaan worden aan de gestelde Europese eisen;² dit is ook naar Nederlands recht een optie, zo is gebleken.³

Deze rechtspraak strookt met de (weinig) beschikbare empirische gegevens. Daaruit kan worden afgeleid⁴ dat er binnen Nederland en Europa inderdaad een

[186] 12 Zie reeds DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 176 en 177, en nader en kritisch daarover I. GIESEN & L. COENRAAD, ‘Innovaties in de (civiele) rechtspleging’, *NJB* 2012/882, p. 1026 e.v.

13 Los daarvan heeft het er alle schijn van dat bezuinigingen op rechtsbijstand averechts werken, alhans in Engeland, waar het bezuinigen op ‘legal aid’ tot minder mediation en meer zelf procederende burgers heeft geleid, zie www.economist.com/news/britain/21629527-cuts-take-effect-justice-system-struggling-adapt-justice-cold-climate. Ontwijkend reagerend: *Kamerstukken II* 2014/15, 31 753, nr. 91.

[187] 1 EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996/544, m.nt. E.J. Dommering (Tolstoy Miloslavsky t. VK). Vgl. ook BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 49.

[188] 1 EHRM 19 juni 2001, nr. 28249/95 (Kreuz t. Polen); EHRM 26 oktober 2010, nr. 46040/07 (Marina t. Letland), § 50-51; KUIJER 2004, p. 157. Vgl. T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.H. GERARDS, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, 2009, p. 23. Dat griffierechten ook via art. 1 Protocol 1 EVRM aan te vechten zijn, laat ik hier verder rusten, zie bijv. EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06 (Perdigão t. Portugal).

2 Zie EHRM 29 mei 2012, nr. 16563/08 (Julin t. Estland).

3 Zie HR 28 maart 2014, *BNB* 2014/135, m.nt. J.C.K.W. Bartel (belastingkamer) en ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2014/267, m.nt. R. Stijnen (X./Minister voor Immigratie en Asiel)

4 Ik ben voorzichtig want ongenueanceerde uitspraken (bijv. van het CBS) worden meteen door de minister gecorrigeerd, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 187.

significant (negatief) verband lijkt te bestaan tussen de hoogte van de griffierechten en de instroom van nieuwe zaken: hogere rechten verminderen de instroom.⁵ Uiteraard kan de regering dat gegeven benutten om te onderbouwen dat de griffierechten omhoog moeten (want de instroom moet omlaag om de totale justitie-uitgaven te beknotten⁶), maar hetzelfde onderzoek laat tevens zien dat een verhoging van griffierechten daartoe – los van de wenselijkheid ervan – geen erg effectieve maatregel is.⁷

[189] *De zaak Atrecht/Rabobank*. Specifiek voor griffierechten is in Nederland tot in cassatie uitgevochten of deze wellicht te ‘toegangbeperkend’ zijn. De Hoge Raad heeft begin 2012 echter over het (toen geldende) griffierechtenstelsel een geruststellend geluid laten horen. Hij heeft immers geoordeeld dat de heffing van griffierechten weliswaar te beschouwen is als een beperking van het recht op toegang tot de rechter, maar dat die beperking niet onverenigbaar is met art. 6 EVRM, nu deze een gerechtvaardigd doel dient. Het gaat immers om bestrijding van de voor de overheid aan rechtspraak verbonden kosten en, als het gaat om griffierechten in hoger beroep en cassatie, tevens om een financiële prikkel gericht op het voorkomen van ‘onnodig’ gebruik van de rechtspraak. Het recht op toegang wordt daardoor volgens de Hoge Raad niet in zijn kern aangetast.¹

Die analyse strookt in zoverre met de rechtspraak van het EHRM dat griffierechten als zodanig geen verboden inperking van de toegang zijn, zoals eerder

[188] 5 Zie F.P. VAN TULDER, *In de schaduw van de rechter*, Research Memoranda 4/2014, en www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Onderzoek-bevestigt-aantal-rechtszaken-daalt-na-stijging-griffierechten.aspx, waarover nuancerend *Kamerstukken II* 2014/15, 29 279, nr. 216. Zie ook S. BIELEN e.a., ‘De invloed van de toegang tot justitie op de instroom van rechtszaken: een empirische analyse’, *RW* 2013-2014, nr. 30, p. 1163, m.n. p. 1171. Zij analyseerden de invloed van een aantal factoren op de instroom en deden dat voor 25 Europese landen (Nederland ontbrak wegens gebrek aan gegevens, *sic*). Zij constateren tevens dat de instroom van civiele zaken toeneemt als de gesubsidieerde rechtsbijstand toeneemt (p. 1171-1172), het aantal rechtbanken lager is (p. 1172), het aantal advocaten hoger is (p. 1173), en als het BNP stijgt (p. 1174).

6 Zie in dit verband bijv. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 757, nr. 3, p. 1, inzake het voorstel waarmee de griffierechten (vooral in hoger beroep en cassatie) verhoogd worden, waarover ook nr. 191.

7 Want 10% verhoging van de griffierechten leidt slechts tot een daling van de instroom met 1,48%, zie S. BIELEN e.a., ‘De invloed van de toegang tot justitie op de instroom van rechtszaken: een empirische analyse’, *RW* 2013-2014, nr. 30, p. 1171.

[189] 1 HR 27 januari 2012, *NJ* 2012/201 (*Atrecht/Rabobank Noord Oost Veluwe*), r.o. 3.3, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 8 juli 2011, *NJ* 2012/169, m.nt. H.J. Snijders (Kingma). I.c. was niet gebleken dat *Atrecht* niet in staat zou zijn om het griffierecht van € 710 te voldoen, waarbij mogelijke bijdragen van belanghebbenden (bestuurders; aandeelhouders) zouden kunnen meespelen. Dat de Hoge Raad hier meeneemt dat het mogelijk is te ‘leunen’ op anderen dan de daadwerkelijke procespartij, vind ik twijfelachtig. Zie bijv. ook nog HR 10 augustus 2012, *RvdW* 2012/1049 (X./Y.) en HR 28 maart 2014, *BNB* 2014/135, m.nt. J.C.K.W. Bartel (belastingkamer); Hof ‘s-Hertogenbosch 23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3351 (hardheidsclausule niet toepasselijk voor bijstandsgerechtigde).

vastgesteld (nr. 160). Uit die Europese rechtspraak valt echter ook af te leiden dat de 'fee' niet 'excessive' mag worden en er dus niet toe zou mogen leiden dat er helemaal geen procedure meer gestart wordt. Of dat het geval is, kan slechts per individueel geval en niet voor 'de griffierechten' als zodanig bepaald worden; waakzaamheid blijft dus geboden.

[190] *Kritische noten in de rechtspraak.* Uit andere rechtspraak blijkt overigens overduidelijk dat de Hoge Raad niet zonder meer erop vertrouwen durft dat deze situatie niet veranderen kan en zal, en dat men dus inderdaad waakzaam is. Dat bleek bijvoorbeeld in een geval waarin het ging om de verplichting om de griffierechten vooruit te betalen. De wet eist die vooruitbetaling op straffe van aanhouding van de zaak en uiteindelijk ontslag van instantie, aldus art. 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken en, onder andere, art. 127a lid 1 en 2 Rv. Maar daarbij geldt wel een zogenaamde hardheidsclausule (art. 127a lid 3 Rv, alsmede art. 282a lid 4 Rv en art. 409a lid 2 Rv). Over de toepassing van deze regels inzake niet-betaalde griffierechten in cassatie, de daarop volgende niet-ontvankelijkheid, en de eventuele toepassing van die hardheidsclausule, sprak de Hoge Raad zich in november 2011 niet alleen rechtsvormend, maar ook kritisch uit.¹ In die uitspraak wordt die hardheidsclausule – mijns inziens terecht – bezien in het licht van het feit dat de sanctie van niet-ontvankelijkheid in dit geval niet de rechtszekerheid dient (zoals bij beroepstermijnen), maar 'slechts' het incassorisico van de Staat. Dat was dus een waarschuwende tik op de vingers van de wetgever om duidelijk te maken dat incassoperikelen de toegang tot de rechtspraak niet mogen overvleugelen.

In dezelfde lijn past de uitspraak van de Hoge Raad van 8 juli 2011² waarin beslist werd dat het niet-heffen in eerste aanleg van griffierechten op personen wier verzoekschrift is gericht op toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 4 lid 2 aanhef en onder i Wet griffierechten burgerlijke zaken), doorgetrokken moet worden naar de procedure daarover in hoger beroep en cassatie. Gezien de ratio van die regeling (geen financiële drempels opwerpen), gezien het recht op toegang tot de rechter en gegeven het feit dat het hier juist gaat om personen die onvoldoende financiële draagkracht hebben, gaat de Hoge Raad vervolgens expliciet voorbij aan het doel van de wetgever om hogere tarieven te heffen in hoger beroep en cassatie om zo onnodig gebruik van de rechtspraak te voorkomen.

Als derde 'gelijkgestemd' arrest van de Hoge Raad³ kan gewezen worden op een zaak waarin het ging over de kosten van de vrijwaringsprocedure. Als de eiser de zaak verliest en de vordering in de vrijwaringszaak dus ook wordt afgewezen, komen de proceskosten die in die vrijwaringsprocedure gedragen moeten worden door de eiser in het vrijwaringsgeding, niet langer (ook) voor rekening van de

[190] 1 HR 4 november 2011, NJ 2012/171, m.nt. H.B. Krans (NGBE).

2 HR 8 juli 2011, NJ 2012/169, m.nt. H.J. Sniijders (Kingma).

3 HR 28 oktober 2011, NJ 2012/213, m.nt. H.B. Krans (X./ZLTO).

verliezende eiser in de hoofdzaak. Het 'doorschuiven' van die proceskosten naar die oorspronkelijke eiser is dus ten einde; de billijkheid eist dit niet langer, zoals tot dan toe gedacht, onder andere omdat een vrijwaringszaak geen noodzaak is, en mede gezien de voortdurende stijging van de proceskosten als gevolg van het overheidsbeleid. Dat was een overweging die alleen als kritiek op de wetgever gelezen kon worden, hoe neutraal ook geformuleerd.

[191] *Politieke reuring.* Er is in Nederland veel politieke reuring ontstaan en een stevige discussie gevoerd over de vraag of er mogelijkheden zijn om een (groter) deel van de kosten van civiel procederen via de griffierechten door te rekenen aan de gebruikers van het systeem, en zo ja, hoe dat dan zou kunnen of moeten.¹ Concreet dacht men aanvankelijk aan een systeem van griffierechten die kostendekkend zouden zijn,² maar die term bleek te beladen gezien de daarin besloten gelegen vergaande beperking van de toegang tot de rechter, zodat er later vanaf is gezien deze nog te benutten. Niettemin betreffen die latere kabinetsplannen, uit 2011 en 2013, een wezenlijke verhoging van de griffierechten, en dus waarschijnlijk een (ook door de wetgever voorziene en gewenste) reductie van het aantal (civiele) procedures.³ Dat ontlast het gerechtelijk apparaat, maar zet ook een rem op de verdere rechtsontwikkeling.⁴

Dat civiel procederen niet langer zonder meer mogelijk zal zijn als de kosten voor de procespartijen blijven toenemen, laat zich mede schetsen aan de hand van een uitspraak van de kantonrechter te Brielle⁵ die de winnende procespartij in de proceskosten veroordeelde omdat het bedrag van de vordering de te maken kosten niet overtrof, zodat een meer serieuze afweging mocht worden verwacht voordat tot dagvaarding werd overgegaan. Als die lijn zou worden doorgezet, zou de mogelijkheid van procederen voor een vordering waarvan de waarde de som van de griffierechten en andere kosten niet overstijgt, *de facto* afgeschaft zijn. Dat zou echter niet passen in de lijn van de Europese rechtspraak, zoveel is wel duidelijk.

Niettemin dient hier gewaakt te worden tegen 'Pavlov'-reacties. Het kan niet zo zijn dat elke vorm van innovatie zonder verdere discussie van tafel wordt

[191] 1 Overigens is daarnaast nog gewerkt aan bezuinigingen op het vlak van de gesubsidieerde rechtsbijstand, zie nr. 186, hetgeen ook niet zonder belang is in de discussie over toegang tot de rechter, zie F. BANNIER e.a., 'Rechtshulp is meer dan probleemoplossing', *NJB* 2008/2112, p. 2678 e.v., en M. CHÉBTI, 'Toegang tot de rechter', *Trema* 2015, p. 66 e.v.

2 Kritisch daarover bijv. E. BAUW e.a., 'Een stille revolutie?', *NJB* 2010/2047, p. 2528 e.v.

3 Dat voorstel werd neergelegd in *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 1-3. Kritisch: E. BAUW e.a., 'De angel uit de kostendekkende griffierechten?', *NJB* 2012/2, p. 6 e.v. Ook dit voorstel sneuvelde, zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 071, nr. 11. Van nadien is (de beoogde verhoging via) *Kamerstukken II* 2013/14, 33 757, nr. 1-3.

4 Dat zou overigens opgelost kunnen worden door een 'fonds voor interessante zaken' op te zetten, waaruit procedures betaald kunnen worden die het waard zijn gevoerd te worden en die anders niet zouden worden doorgezet, zie ZONDERLAND 1976, p. 77.

5 Rb. Rotterdam (Ktr. Brielle) 20 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV7067 (Stichting/X.).

geveegd.⁶ Evenzeer dienen echter de basisprincipes van onze rechtsstaat overeind te blijven, en dus moet het mogelijk zijn om een civiele procedure te entameren, ook als het niet om kapitale vorderingen gaat. In dat licht moet elk plan dat tot kostenverhoging leidt, benaderd worden vanuit de vraag: is procederen straks nog mogelijk? Dat antwoord zal vaak niet licht te geven zijn, en dan past voorzichtigheid ('bij twijfel niet doen'). De in 2011 en 2012 gevoerde discussie duidde erop dat de wetgever te zeer op bezuinigingen ingezet had.⁷

Ten minste even belangrijk, en zorgvuldiger ook zolang er twijfel blijft bestaan, is dat innovatie ook al plaats kan vinden, geprobeerd kan worden, zonder eerst de griffiekosten te verhogen. Eerst vernieuwen, en dan de kostensystematiek aanpassen.⁸ Het gaat bij toegang tot de rechter immers om een publiek goed dat ook publieke belangen dient, en niet slechts private belangen. Nog algemener: we moeten af van de tegenstrijdige boodschap dat iedereen uiteraard recht op toegang tot de rechter heeft, maar daar eigenlijk wel weg zou moeten blijven.⁹

5.4.3 Afronding: er liggen ook kansen

[192] (*Digitale*) kansen. Niet onvermeld mag blijven, om ook een wat positiever geluid te laten klinken, dat er qua toegang ook mooie kansen in het verschiet liggen.¹

[191] 6 Vgl. al I. GIESEN & L. COENRAAD, 'Innovaties in de (civiele) rechtspleging', *NJB* 2012/882, p. 1026. Zie in dit verband vooral (bijv.) M. BARENDRECHT, 'Legal Aid, Accessible Courts or Legal Information? Three Access to Justice Strategies Compared', *Global Jurist*, Vol. 11: Iss. 1 (Topics), Article 6, doch ook P.J.M. VON SCHMIDT AUF ALTENSTADT, 'Eisvrij', *Trema* 2012, p. 92-94, en A. BRENNINKMEIJER e.a., 'Zes suggesties voor verbetering van de toegang tot het recht', *NJB* 2015/1322.

7 Het verzet liep hoog op, de rechterlijke macht en de advocatuur waren zelden zo actief op en rondom de barricaden en in de (negatieve) advisering, zie o.a. Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht, 'Voorontwerp van de wet invoering kostendekkende griffierechten', *TCR* 2011, p. 96 e.v. Vgl. verder (in plaats van vele anderen) C.J.M. KLAASSEN, 'Een beter burgerlijk recht door een beter burgerlijk proces(recht): een goede toegang tot de rechter', *NTBR* 2011/825, p. 586 e.v.; T. VAN OS VAN DEN ABEELEN, 'Dansen op de rand van de vulkaan', *NJB* 2012/825, p. 941-942. De val van het kabinet-Rutte I voorkwam verdere escalatie van het conflict tussen de minister en de (vrijwel voltallige) rechtspleging; het oorspronkelijke wetsvoorstel werd ingetrokken en vervangen (zie *Kamerstukken* 33 757).

8 In die richting ook C.J.M. KLAASSEN, 'Een beter burgerlijk recht door een beter burgerlijk proces(recht): een goede toegang tot de rechter', *NTBR* 2011/80, p. 590.

9 Aldus M. BARENDRECHT, 'Innovatie van civiele rechtspleging', *NJB* 2011/293, p. 356. Interessant is de gedachte om de griffierechten op een percentage van de ingestelde vordering af te stemmen, zie M. YNZONIDES, M. DE BOER, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2014/1829, p. 2460.

[192] 1 Zie M. BARENDRECHT, 'Innovatie van civiele rechtspleging', *NJB* 2011/293, p. 356, alsmede H.W. WEFERS BETTINK, 'Digitalisering van de civiele procedure: gevolgen voor de rechtspraktijk', *TCR* 2015, p. 1 e.v. Zie ook R.J.C. FLACH, 'Enkele opmerkingen over digitalisering, schaalvergroting en de hanteerbaarheid van het burgerlijk procesrecht', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitale Privaatrecht*, 2014, p. 71 e.v., en A. BRENNINKMEIJER e.a., 'Zes suggesties voor verbetering van de toegang tot het recht', *NJB* 2015/1322.

De huidige digitale mogelijkheden maken het immers beter mogelijk voor burgers om geschillen zelf aan te pakken;² tevens is het daarmee mogelijk om civiel procederen te digitaliseren en daarmee te vereenvoudigen en goedkoper te maken. Dit zal de toegang tot de rechter gunstig (kunnen) beïnvloeden. Een voorbeeld hiervan is nu al, naast de grote 'KeI'-operatie die straks standaard voorziet in de mogelijkheid van een volledig digitale civiele (snellere en minder kostbare³) procedure,⁴ het idee van de 'e-kantonrechter', een snelle (zes tot acht weken) digitale procedure op het niveau van de kantonrechter, via art. 96 Rv.⁵ Als een eerste stap naar dit écht digitaal procederen, werd elektronisch procederen mogelijk gemaakt via de 'Wet elektronische indiening dagvaarding' (art. 125 lid 3 Rv) die per 1 juli 2012 is gaan gelden.⁶

[193] *Toegang via de EU.* Ook de EU biedt kansen. Vanuit die Unie wordt – als onderdeel van het zich steeds verdere ontwikkelende Europese procesrecht – gewerkt aan het verzekeren van de gang van de burger naar de rechter. Gezien art. 47 Handvest Grondrechten EU is dat ook logisch. Prominent figureert daarin de zogenaamde 'small claims procedure'¹ die op grond van een Europese verordening² een (tweede) specifiek Europese procedurevorm geïntroduceerd heeft in heel Europa, na die van het Europese Betalingsbevel.

[192] 2 Zie daarover bijv. J.H. VERDONSCHOT, 'De technologie van toegang tot het recht', *JV* 2014, nr. 1, p. 77 e.v., die wijst (p. 79) op de rol van centrale platforms die vraag en aanbod qua rechtshulp automatiseren en samenbrengen, zoals rechtwijzer.nl.

3 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 1.

4 Zie het rapport *Naar een nieuwe rechtsgang* van het Deelprogramma Civiel Bestuur (augustus 2013), p. 44-45, en in het algemeen inzake *KeI: Kamerstukken II* 2014/15, 34 059; J. EKELMANS, 'Het wetsvoorstel voor de civiele rechtsgang in eerste aanleg: met het hoofd en hard?', *NTBR* 2014/8, p. 48 e.v.; C. KLAASSEN, 'Kroniek van de civiele rechtspleging', *NJB* 2015/738, p. 1027 e.v., en voor verstekprocedures X.E. KRAMER e.a., 'De verstekprocedure getoetst: een empirisch onderzoek naar de verstekprocedure in het licht van het KEI-programma', *TCR* 2014, p. 1 e.v.

5 Zie www.rechtspraak.nl/Naar-de-rechter/Kantonrechter/eKantonrechter/Pages/default.aspx en eerder al de Innovatieagenda, nr. 001-004, op p. 3-5, via www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/10/31/innovatieagenda-rechtsbestel.html, en het *Jaarplan Rechtspraak 2012*: www.rechtspraak.nl/Organisatie/Publicaties-En-Brochures/Documents/Jaarplannen/Jaarplan-2012.pdf.

6 *Kamerstukken* 32 695 en *Stb.* 2012, 100 en 291. Het gebruik van de fax blijft voorlopig overigens mogelijk, vgl. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1078 (Onverbindend pilotreglement).

[193] 1 In zijn algemeenheid over de regeling inzake 'small claims', M. FREUDENTHAL, *Europees Burgerlijk Procesrecht*, 2013 (2^e druk), p. 241 e.v., en over de Engelse variant in het bijzonder, J. BALDWIN, 'Is there a limit to the expansion of small claims', *Current Legal Problems* 2004, p. 313 e.v., die ook de problemen bij het eventueel verder oprekken van de grenzen van wat nog een small claim is, bespreekt.

2 Verordening (EG) nr. 861/2007 van 11 juli 2007, O.J. 2007 L 199/1.

Het betreft hier een eenvoudige procedurevorm voor vorderingen tot € 2.000,-³ in grensoverschrijdende zaken die als alternatieve optie voor de bestaande nationale procedurevormen – in Nederland vooral de verstekprocedure die als incassoprocedure dient⁴ – kan worden benut.⁵ Doel van de regeling die via een uitvoeringswet nader is vormgegeven (afwikkeling door de kantonrechter, geen hoger beroep, etc.),⁶ is om de ‘access to justice’ te faciliteren, door een vereenvoudiging, een versnelling en een kostenreductie waar het gaat om geringe vorderingen.⁷ In het licht van het beginsel van ‘toegang’ waardeert Kramer de verordening positief nu die ‘access’ gefaciliteerd wordt door het gebruik van simpele formulieren, de mogelijkheid van elektronische communicatie, praktische assistentie die beschikbaar zou moeten zijn, en het feit dat er geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt.⁸ Loos ziet voordelen die echter slechts ‘beperkt van aard’ zijn.⁹

5.5 Toegang en massa(schade)claims

5.5.1 Inleiding

[194] *Massaclaims als ‘trending topic’*. Over toegang tot het recht of de rechter in relatie tot de afwikkeling van massaschades en collectieve acties, zijn zelfstandige proefschriften te schrijven en al geschreven.¹ De ambitie hier is veel beperkter. Slechts een beperkt aantal thema’s komt kort aan bod. Wat zegt het EVRM en de EU, *if anything*, over het proces van afwikkeling van (civiele)

[193] 3 Eind 2013 is voorgesteld om dit bedrag op te hogen tot € 10.000,-, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 22 112, nr. 1758; *Kamerstukken II* 2013/14, 32 317, nr. 205, p. 3-4 en A. BUYSERD, ‘De Europese procedure voor geringe vorderingen’, *NJB* 2014/522, p. 647 e.v. Omdat het voorstel ook beoogt de kosten van procedures te maximaleren (lees: lagere griffierechten te hanteren), is de invoering hiervan niet evident; sindsdien bleef het ook stil.

4 Zie bijv. X.E. KRAMER e.a., ‘De verstekprocedure getoetst: een empirisch onderzoek naar de verstekprocedure in het licht van het KEI-programma’, *TCR* 2014, p. 1 e.v., die deze als goed functionerend kwalificeren (p. 11).

5 Voor details, zie M.B.M. LOOS, ‘Individuele handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 55 e.v., p. 64-67; M. FREUDENTHAL, *Europees Burgerlijk Procesrecht*, 2013 (2^e druk), p. 241 e.v. Ook voor interne, Nederlandse ‘small claims’ wordt een specifieke daarop gerichte procedure overwogen of bepleit, zie o.a. E. HONDIUS, ‘Naar een Nederlandse small claims procedure?’, *NJB* 2006/162, p. 197 e.v.; ASSER/GROEN/VRANKEN 2006, p. 105-109.

6 Zie *Kamerstukken* 31 596 en *Stb.* 2009, 234.

7 Zie o.a. X.E. KRAMER, ‘The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation’, *ZEuP* 2008, p. 355 e.v.; X.E. KRAMER, ‘Europees procesrecht verder in aanbouw’, *NJB* 2007, p. 2080 e.v.

8 X.E. KRAMER, ‘The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation’, *ZEuP* 2008, p. 370.

9 M.B.M. LOOS, ‘Individuele handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 61.

[194] 1 TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007.

rechtvorderingen als die vorderingen niet op individuele basis, maar in grote gelijkkluidende getale blijken te bestaan? Welke bijzonderheden zijn er vanuit Nederlands perspectief te melden als het om collectieve vormen van redres gaat?

5.5.2 *Het EVRM*

[195] *Geen 'actio popularis'*. Het EVRM en het EHRM zijn gericht op de bescherming van individuen tegen overheden die mensenrechten met voeten treden. Het individuele klachtrecht is de sleutel tot het succes van het EVRM. Dat betekent echter ook dat het EVRM niet erg georiënteerd is op (vormen van) collectief redres; dat zit gewoon niet in het DNA van het verdrag.

Het is dan ook nauwelijks verwonderlijk te noemen dat het EHRM de zogenoemde '*actio popularis*' als zodanig niet erkent. Dat betekent dat belangengroepen geen beroep op het Hof kunnen doen wanneer zij bepaalde algemene belangen nastreven, bijvoorbeeld als zij het bestaan van een wet of een besluit met betrekking tot derden aan willen vechten. Als een vereniging ontvankelijk wil worden verklaard, is nodig dat naast een algemeen belang ook de particuliere belangen van de leden worden behartigd.¹ Alsdan is er echter geen sprake (meer) van een '*actio popularis*'; het gaat dan weer 'gewoon' om de particuliere belangen van een (rechts)persoon die in rechte, tot op zekere hoogte, moeten kunnen worden getoetst door een overheidsrechter. De toegangswestie is daarmee dus technisch-juridisch gezien niet veranderd.

Wel zal de 'macht van het getal' zich uiteraard kunnen laten gelden. Als er vele duizenden procedures gestart worden, moet het juridische systeem van een land dat aankunnen,² en als dat niet zo is of als dat dreigt mis te gaan, zal de wetgever, teneinde de toegang te waarborgen, moeten zorgen voor een oplossing. Een regeling voor de bundeling van civielrechtelijke claims, liefst geconcentreerd bij een specifiek aangewezen rechterlijk college dat zich daardoor kan specialiseren, ligt dan voor de hand. Maar het is uiteindelijk aan elke rechtsstelsel om hiermee op eigen wijze om te gaan; het EHRM zal een verdragsstaat niet opdragen hoe dat te verzorgen.

5.5.3 *De Europese Unie*

[196] *Collectieve acties in het mededingingsrecht*. Op het niveau van de Europese Unie, doch ook nationaal, wordt er meer en meer nagedacht over en gewerkt aan regelingen of initiatieven die zien op het verbeteren van de mogelijkheden om de gedeelde belangen van velen collectief op een effectieve wijze te kunnen behartigen. Zo wordt de laatste jaren regelmatig geconstateerd, zowel in de literatuur als op beleidsniveau, dat slachtoffers van schendingen van het mededingingsrecht veelal geen schadevordering instellen omdat hun belang

[195] 1 Zie EHRM 24 februari 2009, nr. 49230/07 (*L'Erablière A.S.B.L. t. België*), § 25 en § 29.
2 Zo blijkt ook uit de EVRM-rechtspraak inzake de redelijke termijn, zie hoofdstuk 9.

te gering is. Collectivering is dan een logische stap; de vraag is dan alleen nog wie een dergelijk collectieve claim zou kunnen initiëren (consumentenorganisaties, publiekrechtelijke toezichthouders, belangenbehartigers, brancheverenigingen, groepen afnemers, etc.).¹

[197] *Collectieve actie in het consumentenrecht.* Ook binnen het Europese consumentenrecht wordt er inmiddels gezocht naar alternatieve, en dus vooral collectieve wegen om het gebrek aan individueel schadeverhaal te compenseren, maar dit proces staat tot op zekere hoogte nog in de kinderschoenen.¹ Regelgeving is er nog nauwelijks, er wordt vooral op beleidsmatig niveau nagedacht, zo blijkt hierna. De Nederlandse regering zet in Brussel overigens vooral in op de export van de eigen, hierna in nr. 209 nog te bespreken Wet collectieve afwikkeling massaschade.²

[198] *Brede aanpak: collectief verhaal op EU-niveau.* Aangezien de problematiek op beide besproken beleidsterreinen (deels) gelijkloopt, en in bredere zin ten aanzien van EU-regelgeving speelt, is er een meer gecoördineerde aanpak van het thema 'collective redress' in gang gezet. Dat is gebeurd via een brede publieke consultatie vanuit de Europese Commissie in 2011. Gezien de problemen van handhaving van EU-regelgeving, zowel langs publiekrechtelijke als individueel privaatrechtelijke weg, is het wellicht geen vreemd idee dat "mechanisms of collective redress could be considered to remedy the current shortcomings in the enforcement of EU law".¹

Het hier bedoelde 'consultation paper' beschrijft verder wat er (in ruime zin) onder 'collective redress' wordt verstaan, en dat dit via 'injunctions' (zoals dat bijvoorbeeld in het Europese consumenten- en milieurecht al geregeld is) of via 'compensatory relief' te bereiken is, doch dat nationale regels daarover sterk verschillen. Doel van de consultatie is om gezamenlijke principes inzake collectieve handhaving te onderkennen, om aan te kunnen geven hoe die principes dan

[196] 1 Zie KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010, p. 149, en bijv. M. FREUDENTHAL, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, 2009, m.n. p. 204-205, en vgl. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 762, nr. 1, p. 7.

[197] 1 Zie bijv. W.H. van Boom & M. Loos (red.), *Collective Enforcement of Consumer Law. Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, 2007; M.Y. SCHAUB, 'Handhaving van consumentenrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, 2009, m.n. p. 157 e.v.; W.H. VAN BOOM, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 131 e.v., met name ook p. 181 e.v.; KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010, p. 150 en *Kamerstukken II 2008/09*, 31 762, nr. 1, p. 7.

2 KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010, p. 151-152, met verwijzingen.

[198] 1 Zie Commission Staff Working Document Public Consultation, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, SEC(2011) 0173, February, 4th 2011, no. 6.

in het EU-rechtssysteem zouden kunnen passen, en om te ontdekken op welke andere terreinen 'collective redress' van toegevoegde waarde zou kunnen zijn.² De consultatie heeft ontelbaar veel reacties opgeleverd.³

Naar aanleiding van deze consultatie heeft het Europees Parlement op 2 februari 2012 ingestemd met een ontwerpresolutie inzake de mogelijkheden van collectief verhaal op diverse beleidsterreinen. In die resolutie wordt het probleem nogmaals benoemd en wordt er onderstreept dat er behoefte is aan een coherente EU-aanpak van collectieve actie in grensoverschrijdende gevallen. Ook wordt bijvoorbeeld verzocht om na te gaan wat de juiste rechtsgrond voor EU-maatregelen op het gebied van collectief verhaal is.

Vervolgens wordt de wens uitgesproken dat als collectief verhaal wenselijk blijkt, een horizontaal kader ontwikkeld wordt, rekening houdend met de rechts-traditie in Europa (geen 'class actions' op zijn Amerikaans), en wordt gepoogd om diverse aspecten daarvan alvast enigszins in te kleuren (actie door een representatieve groep; een 'opt-in' systeem; normale schadevergoedingen; mogelijkheid van een kostenveroordeling; geen financiering door derden; gebruik van ADR; geen forum shopping).⁴

[199] Een 'Recommendation' en 'Communication'. Een belangrijke volgende stap werd gezet toen de Europese Commissie op 11 juni 2013 met een 'Commission Recommendation' naar buiten trad, welke alle lidstaten aanraadt om zorg te dragen voor de aanwezigheid van een nationaal systeem van 'collective redress', gebaseerd op een aantal 'common European principles'.¹ Die aanbeveling ging

[198] 2 Commission Staff Working Document Public Consultation, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, SEC(2011) 0173, February, 4th 2011, no. 7-12.

3 Deze zijn te downloaden via: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/replies_collective_redress_consultation_en.htm. Deze reacties zijn bovendien gecompileerd, gestructureerd en samengevat, en als zodanig te vinden via http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/study_heidelberg_summary_en.pdf.

4 Commissie Juridische zaken, Verslag over 'Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalsmechanismen: (2011/2089(INI)) van 12 januari 2012, A7-0012/2012'. Zie over de genoemde thema's (met nadruk op het belang van ADR) ook R. MONEY-KYRLE, C. HODGES, 'European Collective Action: Towards Coherence?', 19 *MJ* 4 (2012), 477.

[199] 1 Zie Commission Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, COM(2013) 3539/3, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_en.pdf, vooral overweging (10) uit de preambule. Zie nader I.N. TZANKOVA e.a., 'Handhaven en belanceren', *M&M* 2013, nr. 6, p. 178 e.v.; A. STADLER, 'The commission's recommendation in common principles of collective redress and private international law issues', *NiPR* 2013, p. 483 e.v.; M. BAART, 'Implications of Commission Recommendation 2013/39 on common principles for collective redress', *NiPR* 2013, p. 489 e.v.; I. TILLEMA, 'De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?', *NTBR* 2014/24, p. 194 e.v. Het navolgende is een bewerkte versie van I. GIESEN, 'Collectieve actie in Nederland en de EU: and the winner is...', *NTBR* 2013/33, p. 291-292.

bovendien vergezeld van een 'Communication' van de Commissie waarin wordt gereflecteerd op de positie van de Commissie over 'collective redress'.² Onder andere wordt duidelijk gemaakt dat men binnen de EU streeft naar meer consistentie en dus gelijksoortige regels – 'a horizontal framework' – voor terreinen als het mededingingsrecht, het consumentenrecht, het milieurecht, databescherming, gelijke behandeling en financiële diensten.³ De bedoelde gemeenschappelijke 'principles' zien op zowel gerechtelijke als buitengerechtelijke vormen van collectieve actie, en zowel op compensatoire vormen van 'redress' als op 'injuncties' ('injunctive collective redress'). Daarnaast beogen zij procedurele bescherming te bieden voor civiele procespartijen zodat een 'abusieve litigation culture in mass harm situations' voorkomen wordt.

Deze 'beginselen van collectieve actie' bieden aldus een staalkaart van wat er op dit moment binnen Europa belangrijk wordt geacht als het gaat om collectieve afwikkeling van massaschades. Het zijn belangrijke ijkpunten in het voortdurende debat over de vraag of, en zo ja in welke vorm(en), collectieve schadevergoedingsacties nuttig, nodig en/of gewenst zijn, zowel Europees als nationaal en internationaal, en dus buiten de specifieke EU-context.⁴ Dit soort principes kan immers laten zien wat de 'state of the art' is in het denken over collectieve schadevergoedingsacties, mede ook omdat deze beginselen gebaseerd zijn op de al genoemde publieke consultatieronde van de Commissie. Zo kunnen zij bijvoorbeeld ook enig inzicht bieden in de vraag in hoeverre in Nederland de regelingen van art. 3:305a BW (zie nr. 200 e.v.) en de Wet collectieve afwikkeling massaschade (nr. 209) nog voldoende bij de tijd zijn.

Vanuit Nederlands perspectief⁵ valt meteen op dat de Commissie zonder meer ervan uitgaat dat er zoiets bestaat als 'compensatory collective redress' en niet enkel 'injunctive collective redress', zie Aanbeveling 2, hetgeen nog niet direct te verenigen is met ons art. 3:305a lid 3 BW waarin op dit moment nog is neergelegd (maar dat gaat waarschijnlijk veranderen, nr. 208) dat een schadevergoeding in geld niet te vorderen is voor een stichting of vereniging die opkomt voor een gebundeld collectief belang. Dat gaat echter veranderen. Ook van belang is dat de Commissie kiest, in Aanbeveling 21 uit de Recommendation, voor een 'opt-in'-stelsel, hetgeen wil zeggen dat ieder slachtoffer expliciet kenbaar moet maken mee te willen doen:

[199] 2 Commission Communication 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress', COM(2013) 401/2, via http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf, m.n. p. 3 en 5.

3 Op 26 november 2014 is er overigens ook nog de Richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken aangenomen (*PbEU* 2014, L 249/19), zie nader E.J. ZIPPRO & R. MEIJER, 'Lang verwacht, stil gezwegen, nooit gedacht, toch gekregen', *MvV* 2015/4, p. 114 e.v. Voor het daaraan voorafgaande ontwerp (zie COM(2013) 404final), zie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>.

4 'Technisch-juridisch' gelden deze beginselen enkel voor zover de schade gerelateerd is aan schendingen van Europees recht, maar zo'n staalkaart heeft ongetwijfeld een bredere, ook nationale uitstraling.

5 Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 22 112, nr. 1663, voor de terughoudende kabinetsreactie.

'express consent'. De Wet collectieve afwikkeling massaschade werkt volgens art. 7:908 lid 2 BW echter juist met een 'opt-out'-systeem.⁶

Beter passend bij de Nederlandse traditie is de gedachte dat de lidstaten moeten verzekeren dat betrokkenen bij een massaschadegeval aangemoedigd worden om te schikken, zowel voorafgaand aan als tijdens een procedure, en dat een rechter een eenmaal getroffen schikking zou moeten verifiëren, zo blijkt uit Aanbeveling 25 en 28. In Nederland is dit via de Wet collectieve afwikkeling massaschade inmiddels gesneden koek. Opvallend is verder nog dat de Commissie besloten heeft om de lidstaten mee te geven dat 'contingency fees' niet toegestaan zouden moeten worden, aldus Aanbeveling 30. Nog krachtiger wordt verwoord in Aanbeveling 31 dat 'punitive damages', leidend tot overcompensatie van de eisende partij, 'should be prohibited'. Beide leerstukken zijn in Nederland niet geaccepteerd, dus daarmee lopen we in de Europese pas, al wordt er natuurlijk wel de komende jaren geëxperimenteerd met een vorm van 'no cure no pay', zie nr. 186, terwijl het idee van 'punitive damages' de laatste tijd in Nederland wat meer steun lijkt te krijgen.⁷ Om dit alles echter op waarde te kunnen schatten, is het goed om eerst het Nederlandse systeem iets nader te bezien.

5.5.4 Nederlands recht: art. 3:305a BW¹

[200] *Art. 3:305a BW: karakter.* Als het om het samenvoegen ('collectiveren') van acties gaat, komt naar Nederlands privaatrecht eerst en vooral art. 3:305a BW in beeld.² Dat is mede het geval omdat de 'reguliere' procesrechtelijke instrumenten die bedoeld zijn om individuele zaken te groeperen, zoals de voeging, tussenkost en verwijzing (art. 217-222 Rv), vooral bedoeld zijn voor het bijeen 'rapen' van enkele individuele, inhoudelijk of qua procespartijen verwante claims. Deze zijn niet ontworpen om vele tientallen, honderden of zelfs duizenden rechtszaken gezamenlijk te (kunnen) behandelen. De bundeling van claims via een cessie

[199] 6 Minder pessimistisch hierover, omdat de Wet collectieve afwikkeling massaschade collectieve *schikkingen* betreft, I.N. TZANKOVA e.a., 'Handhaven en balanceren', *M&M* 2013, nr. 6, p. 185-186.

7 Zie L. Meurkens, E. Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, 2012, en L. MEURKENS, *Punitive Damages: the Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe* (diss. UM), 2014.

[200] 1 Zie uitvoerig over de navolgende materie N. FRENK, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. UU), 1994; N. FRENK, 'Bundeling van vorderingen', *TPR* 2003, p. 1413 e.v.; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 69. Veel rechtsvergelijkende gegevens (over het V.K. en de V.S.) biedt TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007.

2 Ik ga niet in op de rol van de (toenmalige) Consumentenautoriteit (per januari 2013 onderdeel van de ACM) als collectieve (bestuurs- en privaatrechtelijke) handhaver, want dat thema valt buiten het bestek van dit boek, zie uitvoerig W.H. VAN BOOM, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 133 e.v., alsmede L.F. WIGGERS-RUST, *Collectieve Acties, Cahier 2014-11*, 2014, over de vergelijking met het bestuursrecht in algemene zin. Ook art. 6:240 BW laat ik onbesproken hoewel de abstracte toetsing van algemene voorwaarden veel individuele procedures kan voorkomen.

of procesvolmacht van vele individuen aan bijvoorbeeld een stichting is uiteraard ook mogelijk, maar die gebundelde claims worden dan nog steeds in een reguliere civiele procedure afgewikkeld en moeten qua aansprakelijkheid en schadevergoeding nog steeds zaak voor zaak individueel bekeken worden, met alle risico's (van procesverlies omdat niet voor alle claims alle omstandigheden gesteld zijn) van dien.³ Datzelfde geldt in beginsel voor een (wettelijk niet geregelde) proefprocedure, opgezet om een precedent voor vele andere zaken te verkrijgen.

Art. 3:305a BW is echter wél bedoeld om tot een echte gezamenlijke behandeling te komen. Als toegang tot de rechter gezien wordt als een individueel (grond) recht, hetgeen op zichzelf in de rede ligt, dan zou een collectieve actiebevoegdheid een beperking daarvan (kunnen) zijn⁴ en dus gerechtvaardigd moeten (kunnen) worden. De bevoegdheid om tot een collectieve actie over te gaan, wordt toch echter vooral en terecht gezien als een bestendiging, zelfs uitbreiding, van de toegang tot de rechter omdat via de 'gezamenlijkheid' meer mensen een beroep op de rechter kunnen doen dan het geval zou zijn geweest (gegeven de kosten van procederen) als ieder voor zichzelf had moeten opereren. Art. 3:305a BW voegt dus eerder 'toegang' toe dan dat dit artikel beperkend zou zijn.

Daar kan dan nog aan toe worden gevoegd dat de toegang tot de rechter voor een individu niet afgesloten wordt door het gebruik van art. 3:305a BW. Elk individu mag (alsnog) zelf procederen, en dus komt deze vorm van collectieve rechtsbescherming 'erbij'. De personen voor wie wordt opgekomen in de collectieve actie zijn ook niet gebonden aan de uitspraak; het gezag van gewijsde geldt alleen voor de procederende belangenorganisatie en de gedaagde(n).⁵ In dat licht is het mijns inziens vrijwel niet mogelijk om de collectieve actie als een beperking op de toegang tot de rechter te zien.

[201] *Art. 3:305a BW: toepassingsvoorwaarden.* Om art. 3:305a BW te kunnen benutten, moest tot voor kort voldaan zijn aan de voorwaarden dat (i) een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (ii) een rechtsvordering instelt, welke (iii) strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen (iv) van andere personen,¹ terwijl (v) de rechtspersoon blijkens haar statuten deze

[200] 3 Zie W.H. VAN BOOM, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 153-154, doch ook, iets positiever van toonzetting, p. 161.

4 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 79, plaatst het in deze sleutel, doch ook met de nuancering die hierna volgt.

5 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 81-82.

[201] 1 De collectieve actie is er niet slechts t.b.v. consumenten, maar kan ook in het belang van beroepsmatig handelende (rechts)personen worden ingesteld, zie HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (WOL), r.o. 4.8.3.

belangen behartigt.² Sinds 1 juli 2014 geldt nog de eis (vi) dat de belangen van de vertegenwoordigde personen voldoende gewaarborgd zijn. Een enkele toelichtende opmerking daarover kan hier verder volstaan.

[202] *Ad (i): wie mag claimen?* Het collectief actierecht komt in Nederland alleen toe aan een rechtspersoon in de vorm van een stichting of vereniging, danwel aan een publiekrechtelijk rechtspersoon op grond van art. 3:305b lid 1 BW, ofwel een buitenlandse organisatie via art. 3:305c BW, en dus niet aan een natuurlijk persoon.¹ Hierbij zijn wel vraagtekens te stellen, mede omdat het EHRM toestaat dat een natuurlijke persoon andere personen met gelijke belangen in een procedure vertegenwoordigt teneinde dat collectief belang te verwezenlijken.² Ook los daarvan valt niet goed in te zien waarom de collectieve belangenbehartiger per se in de vorm van een rechtspersoon moet worden gegoten. Wildgroei van belangenbehartigers voorkomen, kan niet het idee zijn geweest, want dat wordt tot nog toe ook niet voorkomen, maar is voor de toekomst wel een relevante overweging, zoals wij hierna zullen zien.

[203] *Ad (iii): gelijksoortige belangen?* Ten aanzien van voorwaarde (iii) geldt dat het opkomen voor de belangen van personen die in een bepaalde periode aandelen van een bepaald bedrijf hebben verworven en bij de aankoop daarvan beweerdelijk zijn misleid, een voldoende gelijksoortig belang is. Sterker, een verklaring voor recht dat er onrechtmatig is gehandeld rondom de beursintrodactie van een bedrijf, 'leent zich bij uitstek voor bundeling van aanspraken van individuele beleggers in de vorm van een collectieve actie',¹ hoewel de beoordeling of iedere belegger daadwerkelijk misleid is, mede afhankelijk is van de omstandigheden waarin die belegger verkeerde. Dat is het geval omdat het alleen om de onrechtmatigheid gaat, waarbij geabstraheerd kan worden van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers, aldus de Hoge Raad in het WOL-arrest. En om een en ander extra kracht bij te zetten laat de Raad nog weten dat een andere opvatting de toepassing van art. 3:305a BW onaanvaardbaar zou beperken.

[201] 2 Over deze regeling en de toepassingsvoorwaarden nader N. FRENK, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss UU), 1994, en verder bijv. M.W.F. BOSTERS, *Collective redress and private international law in the European Union* (diss. TiU), 2015, p. 47 e.v.; M.-J. van der Heijden, 'Class actions', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3 (December 2010), <http://www.ejcl.org>. Zie ook T. ARONS, G. KOSTER, '20 jaar collectieve actie in Nederland', *Ondernemingsrecht* 2014/68 (die de rol van de rechter benoemen als 'ruim baan' geven, en de buitengerechtelijke mogelijkheden bespreken).

[202] 1 Ik ga verder voorbij aan de actiemogelijkheden van de ACM en de AFM op grond van een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193a e.v. BW) via art. 3:305d BW.

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 80-81.

[203] 1 Zie HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (WOL), r.o. 4.6-4.8.1.

De eis van een 'voldoende gelijksoortig belang' zoals onder (iii) gesteld, is uiteraard wel begrensd. De Hoge Raad hanteert hierbij als (ruim) criterium dat:²

"(...) de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Aldus kan immers in één procedure geoordeeld worden over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken behoeven te worden.

De omstandigheid dat een (al dan niet aanmerkelijk) deel van de personen ter bescherming van wier belangen een collectieve actie strekt, niet instemt met (het doel van) de rechtsvordering of zelfs een tegenovergesteld standpunt inneemt, staat op zichzelf niet in de weg aan het oordeel dat de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen."

Die begrenzing gaat dus (zie echter nog nr. 205) niet zo ver dat representativiteit van de eisende rechtspersoon als een voorwaarde voor gebruik van art. 3:305a BW geldt:³

"Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis (...) heeft de wetgever bewust ervan afgezien om representativiteit van de eisende rechtspersoon als voorwaarde in de wet op te nemen, zodat niet als eis gesteld kan worden dat de collectieve actie kan rekenen op de steun van een aanmerkelijk deel van de in aanmerking komende belanghebbenden. Hierbij is van belang dat personen die niet wensen dat een door middel van de collectieve actie verkregen rechterlijke uitspraak jegens hen werkt, zich op de voet van het vijfde lid van art. 3:305a aan de werkingssfeer van die uitspraak kunnen onttrekken (behoudens de aan het slot van lid 5 vermelde uitzondering)."

In het licht van het gegeven dat er altijd wel een groep personen gevonden kan worden die anders denkt over het collectieve belang dat een rechtspersoon nastreeft, zou strikte handhaving van die eis (door een behoorlijke mate van representativiteit te eisen) ook de bijl aan de wortel van de collectieve actie zetten.⁴

[204] *Ad (v): een eigen belang van de rechtspersoon.* Dat de rechtspersoon in kwestie de betrokken belangen ook statutair moet behartigen, zoals onder (v) wordt geëist, kan in zoverre gunstig uitpakken dat daarmee het eigen belang van de rechtspersoon helder wordt. Dat is relevant want als een stichting enkel de individuele belangen van betrokken burgers bundelt welke deze burgers zelf in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang aan de (bestuurs)rechter kunnen voorleggen, zonder daarbij ook een voor die organisatie eigen belang te behartigen, is er geen taak voor de burgerlijke rechter als restrechter. In dat geval moeten de burgers zelf, individueel, via de bestuursrechter rechtsbescherming

[203] 2 HR 26 februari 2010, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (Baas in eigen huis/Plazacasa), r.o. 4.2.

3 HR 26 februari 2010, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (Baas in eigen huis/Plazacasa), r.o. 4.2.

4 Zo ook A-G Huydecoper, nr. 10, in zijn conclusie voor HR 26 februari 2010, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (Baas in eigen huis/Plazacasa).

zoeken. Dat vloeit voort uit de wens te komen tot een behoorlijke taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Als de rechtsbescherming van individuen aan de bestuursrechter is geëndosseerd, kan volgens de Hoge Raad “de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan”.¹ Dat geldt ook als een organisatie niet slechts opkomt voor de gebundelde belangen van een aantal individuen maar ook voor een algemeen belang van een grote, onbepaalde groep personen.²

[205] *Ad (vi): representatieve belangenbehartigers?* In het verleden is al meer geconstateerd dat bij het bundelen van claims in Nederland geregeld – en steeds vaker – met speciaal voor dat doel opgerichte (ad-hoc)stichtingen gewerkt wordt, als manier voor belanghebbenden om hun krachten te bundelen.¹ Niet langer wordt er alleen via al bestaande en erkende organisaties zoals de Consumentenbond gewerkt, ook omdat die organisaties niet al te veel hooi op hun vork kunnen en willen nemen.² Deze nieuwe wijze van werken is verder niet gereguleerd. Omdat de ‘markt’ inmiddels overspoeld wordt, wordt het lastig te overzien hoe het met de kwaliteit van de betrokken ‘claimstichtingen’ is gesteld. En aangezien een ad hoc opgerichte stichting nog geen reputatie heeft opgebouwd, kan deze die reputatie ook niet verliezen of daarvoor vrezen. Regulering kan de gevaren hiervan tegengaan, maar het beperken van de toegang tot deze markt (geen ad-hocvehikels toelaten; slechts ‘claimbundelaars’ van goeie reputatie mogen meedoen) leidt ook tot een beperking van de toegang tot de rechter (mede omdat dan de prijs (‘intekengeld’) voor klagers om mee te kunnen doen, zal stijgen).³

Niettemin lijkt enige regulering nodig.⁴ Dat kan zelfregulering zijn, via de door de regering ondersteunde Claimcode,⁵ of via overheidsregulering. Zo had de wetgever besloten om in te grijpen via wijziging van art. 3:305a lid 2 BW, door

- [204]
- 1 Zie HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/241, m.nt. H.J. Snijders (Staat/Inspraakorgaan Turken Nederland e.a.) alsmede HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First), r.o. 3.3.4.
 - 2 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First), r.o. 3.3.5. De organisatie is wel ontvankelijk als ze opkomt voor een eigen belang waarvoor er geen rechtsingang bij de bestuursrechter bestaat, maar dat eigen belang mag dan geen afgeleid belang zijn (een belang dat enkel voortvloeit uit het opkomen voor de gebundelde belangen), zie r.o. 3.4.2 en 3.4.3.
- [205]
- 1 W.H. VAN BOOM, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 167 e.v.; TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007, p. 161-163.
 - 2 Zie bijv. D. OZMIS & I.N. TZANKOVA, ‘De evaluatie van de WCAM: de kernthema’s uitgelicht’, *TCR* 2012, p. 40.
 - 3 W.H. VAN BOOM, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 167-169.
 - 4 Zie TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007, p. 193 e.v. en W.H. VAN BOOM, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 207-208.
 - 5 Kritisch echter: E. BAUW, T. BRUINEN, ‘Slow start of veeg teken?’, *NJB* 2013/140, p. 164 e.v.

voor te stellen om daaraan (alsnog) als (extra) ontvankelijkheidseis toe te voegen dat een organisatie die een collectieve actie starten wil, voldoende representatief moet zijn. Dat dus als reactie op de keerzijde van het (relatieve, jonge) succes van collectief procederen (via schaalvoordelen⁶): de wildgroei aan claimstichtingen die is ontstaan. Die wildgroei wilde de wetgever bestrijden door eisen te stellen aan de belangenbehartigers.

Na kritiek van de Raad van State, gebaseerd op de argumentatie die in het verleden ook is benut tegen een dergelijke representativiteitseis,⁷ is de genoemde ontvankelijkheidseis echter geschrapt en is de wijziging van art. 3:305a lid 2 BW beperkt tot de (daaraan verwante) eis voor ontvankelijkheid dat de belangen van de vertegenwoordigde personen voldoende gewaarborgd moeten zijn.⁸ De minister licht dit als volgt toe:⁹

“Een vermoedelijk ook belangrijke oorzaak voor de sterke opkomst van ad hoc opgerichte stichtingen is de ingevolge artikel 3:305a BW vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter. Deze stichtingen weten zich hierdoor gesterkt indien zij zich opwerpen als belangenbehartiger van gedupeerden. Omdat de beweegredenen van deze stichtingen niet altijd primair op belangenbehartiging zijn gericht, is er reden om, afhankelijk van de omstandigheden, strengere toegangseisen te stellen. Voorgesteld wordt daarom om de rechter een handvat te bieden om kritisch te oordelen over de ontvankelijkheid in een collectieve actie indien hij twijfelt aan de motieven voor het instellen van deze actie. Daarom wordt in de voorgestelde nieuwe redactie van de derde zin van artikel 305a lid 2 BW de mogelijkheid geboden om de eisende organisatie niet-ontvankelijk te verklaren indien de belangen van de personen voor wie gesteld wordt te worden opgekomen, met de collectieve actie onvoldoende gewaarborgd zijn.”

De parlementaire behandeling hiervan werd vlot ter hand genomen zodat de invoering van deze nieuwe regel per 1 juli 2013 zijn beslag kreeg.¹⁰

[206] *Art. 3:305a BW: vooroverleg.* In dit verband past het ook enige aandacht te schenken aan de eis van ‘vooroverleg’, zoals deze is neergelegd in art. 3:305a lid 2 BW.¹ Als een belangenorganisatie wil procederen om voor het door haar behartigde belang op te komen, wordt deze organisatie alsnog niet-ontvankelijk verklaard als men niet voldoende getracht heeft om door overleg met de ge-

[205] 6 Zie nader W.H. VAN BOOM, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 206.

7 A-G Huydecoper, nr. 11 e.v., liet in zijn conclusie voor HR 26 februari 2010, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (Baas in eigen huis/Plazacasa), al zien dat representativiteit voor de oorspronkelijke wetgever geen vereiste was.

8 Zie hierover het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 4, p. 2-4, de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6, en met stevige kritiek daarop, D. OZMIS & I.N. TZANKOVA, ‘De evaluatie van de WCAM: de kernthema’s uitgelicht’, *TCR* 2012, p. 39-41.

9 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5.

10 Zie *Stb.* 2013, 255.

[206] 1 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 47 en 82. Eenzelfde soort regeling is opgenomen in art. 6:240 lid 4 BW. Daarvoor geldt het navolgende evenzeer.

daagde het gevorderde te bereiken. De belangenbehartigende organisatie moet dus eerst in onderhandeling treden; men mag niet rauwelijks dagvaarden. Daarbij moet men de gedaagde dan ten minste twee weken geven om te reageren op hetgeen gevorderd is. Dit is uiteraard een rem op de toegang tot de rechter, een rem die overigens niet buiten proportie lijkt te zijn gezien de in wezen geringe vertraging die daarmee opgelopen wordt en het belang dat ermee gediend wordt (te weten: een wellicht slepende procedure voorkomen).

[207] *Art. 3:305a BW: in te roepen gevolgen.* Zoals bekend, regelt dit artikel dat onder voorwaarden een belangenorganisatie een collectieve actie kan instellen, een actie die beoogt om de belangen van een groep personen te behartigen. Dit collectief actierecht heeft een ruim bereik; op de grondslag van art. 3:305a BW is het mogelijk dat een organisatie ten behoeve van individuele benadeelden een gebod, verbod, verklaring voor recht, nakoming of eventueel restitutie vordert.¹ Een vordering tot vergoeding van geleden schade is echter nog niet mogelijk (art. 3:305a lid 3 BW, zie echter nr. 208), tenzij het om de buitengerechtigde kosten van vaststelling van aansprakelijkheid gaat.² De omvang van de schade, de causaliteit en de eigen schuld moeten immers per geval worden bepaald, en dus leent een schadevergoedingsvordering zich in beginsel niet om behandeld te worden als collectieve actie.³ Dat geldt evenzeer voor de enkele vaststelling, via de band van een verklaring voor recht, dat de aansprakelijke partij jegens de individuele leden van de achterban van de procederende organisatie tot schadevergoeding verplicht is.⁴

Wél is de Hoge Raad bereid om via de verklaring voor recht in een proefprocedure een oordeel te geven over de onrechtmatigheid van bepaald handelen ten opzichte van vele benadeelden, een oordeel waarmee al die benadeelden (als

[207] 1 W.H. VAN BOOM, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 156.

2 Zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam (DNB/Vie d'Or), waarin wordt overwogen, in r.o. 7.2.2: "Een redelijke uitleg van art. 3:305a BW in verbinding met art. 6:96 lid 2 aanhef en onder b BW brengt mee dat, indien in een procedure op de voet van art. 3:305a BW de rechtspersoon een verklaring voor recht vordert dat degene tegen wie die rechtsvordering is ingesteld onrechtmatig heeft gehandeld of in zijn verplichtingen is tekortgeschoten en uit de toewijzing van deze vordering volgt dat de betrokkene op grond van een wettelijke verplichting aansprakelijk is voor de schade die de personen wier belangen worden behartigd als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust hebben geleden, de (redelijke) kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Daaraan doet niet af dat de rechtspersoon deze kosten zelf heeft gemaakt en dat de aangesprokene voor de schade jegens de rechtspersoon zelf niet aansprakelijk is."

3 Zie bijv. nog *Kamerstukken II 2008/09*, 31 762, nr. 1, p. 2-3.

4 HR 13 oktober 2006, NJ 2008/528-529 (Vie d'Or), r.o. 8.1.3; W.H. VAN BOOM, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 156-157.

'semibindend' precedent) vervolgens verder kunnen.⁵ Ook gaat de Raad ertoe over om in enigerlei mate te abstraheren van de omstandigheden van elk individueel geval en om in algemene overwegingen, met een zo groot mogelijke precedentwerking, een handreiking ten behoeve van de schaderegeling in de betrokken dossiers te verzorgen. De rechter is dus bereid de regie te nemen en te trachten maatwerk af te leveren.⁶ Omdat die insteek collectief procederen, bijvoorbeeld via een proefprocedure, aantrekkelijker maakt, wordt de toegang tot onze rechtspleging – want daar gaat het hier om – op deze wijze ook gediend.⁷

[208] *Alsnog schadevergoeding via collectieve actie.* Ten tijde van de behandeling van de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade werd opnieuw gedebatteerd over de mogelijkheid om schadeverhaal via de collectieve actie van art. 3:305a BW mogelijk te maken. In reactie op een motie van Dijkma c.s. komt de minister eerst met een inventarisatie van mogelijkheden.¹ Na geschetst te hebben waarom de mogelijkheid van schadeverhaal nooit is ingevoerd (het is te complex om collectieve en individuele (schade)kwesties in één enkele zaak te behandelen) en waarom enkel het schrappen van art. 3:305a lid 3 BW niet zou volstaan (de belangen die dan deels individueel worden, lenen zich niet langer voor bundeling), wordt geschetst dat het opsplitsen van de collectieve procedure op zichzelf een mogelijkheid biedt. In een eerste fase zou dan vooral de onrechtmatigheid aan de orde komen, en in de tweede fase de normaliter meer individuele kwesties als causaliteit en eigen schuld.

Het hieruit voortvloeiende concept-wetsvoorstel ging uiteindelijk in de zomer van 2014 in consultatie.² Dat voorstel behelst in de kern – voor een gedetailleerde bespreking is hier geen plaats – dat het bestaande verbod op het vorderen van een schadevergoeding via een collectieve actie (art. 3:305a lid 3 BW) afgeschaft wordt. Tegelijk creëert de wetgever een collectieve schadevergoedingsprocedure

[207] 5 HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (WOL), r.o. 4.8.2, en daarover W.H. VAN BOOM, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 162-164, die spreekt van informeel gezag van gewijsde.

6 Zie HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (Dexia), waarover W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: *Handhaving van het consumentenrecht*, 2010, p. 158 e.v.

7 Aan de rechten van de verdediging wordt daarmee niet afgedaan, want zij kan in de collectieve procedure als in de navolgende individuele zaken verweer voeren, zie HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (WOL), r.o. 4.8.2 *in fine*.

[208] 1 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000, XIII, p. 14 (motie), waarover D.F. LUNSINGH SCHEURLEER, 'Enkele gedachten omtrent wenselijk procesrecht in collectieve acties en schikkingen', in: W.J.J. Los e.a., *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*, 2013, p. 36 e.v., resp. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 6.

2 Zie de aankondiging in *Kamerstukken II* 2013/14, 37 762, nr. 3, en www.internetconsultatie.nl/motiedijkma. Zie verder o.a. T. ARONS, G. KOSTER, 'Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie?', *Ondernemingsrecht* 2014/137; M.W.F. BOSTERS, *Collective redress and private international law in the European Union* (diss. TiU), 2015, p. 56 e.v.

voor representatieve belangenorganisaties die opkomen voor gedupeerden met gelijksoortige belangen.

Het nieuwe art. 3:305a BW (nieuw) formuleert in het nieuwe lid 5 een aantal waarborgen (verscherpte ontvankelijkheidseisen) waaraan de collectieve schadevergoedingsactie moet voldoen:

“5. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld, indien:

- a. de rechtspersoon die de rechtsvordering instelt, beschikt over voldoende deskundigheid ter zake van de rechtsvordering en kan worden geacht de belangen waarvoor hij opkomt op zorgvuldige wijze te behartigen;
- b. de rechtsvragen en feitelijke vragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn voor deze personen;
- c. de groep van deze personen van voldoende omvang is om het instellen van de rechtsvordering te rechtvaardigen;
- d. er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn waarmee bereikt kan worden dat deze personen hun schade vergoed krijgen;
- e. de rechtspersoon daadwerkelijk heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met degene tegen wie de rechtsvordering zich richt te bereiken, waarbij de in lid 2 bedoelde termijn van twee weken niet voldoende is.”

De nadere uitwerking³ van een ander vindt vooral plaats in Titel 14A Rv (nieuw), nieuwe art. 1018b-1018j Rv (nieuw). Daarbij ligt de focus hierop dat de vaststelling en afwikkeling van de mogelijke aansprakelijkheid zo veel mogelijk in overleg geschiedt, via samenwerking tussen de partijen en een regisserende rechter.⁴ De uiteindelijke rol van de rechter op grond van deze actiemogelijkheid – als een schikking toch nog zou mislukken, ook na interventie door de rechter – is niet om de individuele schade van elke individuele claimant te bepalen. Het doel is om ‘een regeling voor een collectieve afwikkeling van de schade’ vast te stellen – als de gedaagde ten minste aansprakelijk moet worden gehouden – gegeven het voorstel daartoe van partijen, waarbij de gedupeerden die mee willen doen (*opt-in*) in schadecategorieën of groepen kunnen worden ingedeeld.⁵ Zodoende streeft de wetgever naar a) een “efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade”; en b) een “balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige

[208] 3 In lid 6 zijn bovendien waarborgen opgenomen om te verzekeren dat de collectieve actie voldoende binding heeft met de Nederlandse rechtssfeer: “Lid 5 is van toepassing indien ten minste aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a. degene tegen wie de rechtsvordering zich richt heeft woonplaats in Nederland;
- b. het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland;
- c. de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, hebben in Nederland hebben plaatsgevonden.”

4 Zie de Memorie van Toelichting, p. 1.

5 Zie art. 1018g lid 4 Rv (nieuw) en de Memorie van Toelichting, p. 7.

massaclaims". De literatuur meent echter dat dat streven niet verwezenlijkt wordt met dit consultatievoorstel.⁶ Of dat geluid wordt meegenomen in een meer definitieve regeling, dient voorlopig afgewacht te worden.

5.5.5 *Nederlands recht: de Wet collectieve afwikkeling massaschade*

[209] *Meer toegang via de Wet collectieve afwikkeling massaschade.* Over de (deels herziene¹) Wet collectieve afwikkeling massaschade zoals neergelegd in art. 1013 e.v. Rv en art. 7:907 e.v. BW, is inmiddels veel geschreven. In die geschriften wordt nauwkeurig uitgelegd hoe die Wet collectieve afwikkeling massaschade werkt, wat kan en niet kan, wie wanneer tegen wie kan procederen en over wat, alsmede waar de (resterende) knelpunten liggen, en hoe die opgelost kunnen worden in de nabije toekomst.² Vanuit de wetenschap dat de kern van de Wet collectieve afwikkeling massaschade ligt in de mogelijkheid om een overeenkomst tussen de veroorzaker(s) en de benadeelden over de schadeafwikkeling verbindend te laten verklaren voor ieder die schade geleden heeft door het voorval, hoeft die regeling hier verder niet tot in detail besproken te worden.

Het aspect van die Wet collectieve afwikkeling massaschade dat hier met name interessant is, ligt immers op een ander vlak. Het betreft het feit dat die wetgeving een specifiek geval van (additionele) toegang tot de rechter geïntroduceerd heeft, als ondersteuning bij het door private partijen zelf afwikkelen van een massaclaim. Immers, door het openstellen van de mogelijkheid van het bij het Hof Amsterdam indienen van een verzoekschrift om een afspraak over de afwikkeling van een massaclaim algemeen verbindend te verklaren, krijgen niet alleen degenen die deze algemeen verbindendverklaring wensen te verkrijgen, degenen die de schikking overeenkwamen, maar ook zij die zich daar tegen willen

[208] 6 Zie de Memorie van Toelichting, p. 1. Zeer kritisch daarover o.a. M. YNZONIDES, M. DE BOER, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2014/1829, p. 2467; D.M.J. VAN ABEELLEN, 'Een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland: met voldoende waarborgen omkleed?', *NTBR* 2015/3, p. 19 e.v.; J.M.L. VAN DUIN, R.S.I. LAWANT, 'Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?', *TCR* 2015, p. 7 e.v. Kritisch t.a.v. de nadruk op het bereiken van een schikking, desnoods gedwongen, T. BOSTERS e.a., 'Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie', *NJB* 2015/1138, p. 1584 e.v.

[209] 1 Zie *Stb.* 2013, 255 en *Kamerstukken* 33 126. Zie ook W.J. BRANTS, 'Wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade', *AA* 2013, p. 955 e.v.

2 Ik noem hier slechts CROISET VAN UCHELEN, *WPNR* 6772 (2008), p. 799, noot 3, die aldaar vrijwel alle andere literatuur tot op dat moment noemt; W.J.J. LOS, 'Toepassing van de WCAM', in: W.J.J. Los e.a., *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*, 2013, p. 36 e.v.; het verslag van de voorjaarsvergadering van de NVvP van 2012 in dezelfde uitgave; de reactie op wetsvoorstel 33 126 van D. OZMIS & I.N. TZANKOVA, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *TCR* 2012, p. 33 e.v., met verdere verwijzingen, en M.W.F. BOSTERS, *Collective redress and private international law in the European Union* (diss. TiU), 2015, p. 61 e.v. Rechtsvergelijkend bijv. W. VANDENBUSSCHE, 'Grensoverschrijdende collectieve vorderingen van gedupeerde beleggers', *RW* 2013-2014, nr. 7, p. 243 e.v. (over de V.S., België en Nederland).

verzetten, de kans om hun zaak te bepleiten voor een onafhankelijke rechter. Uiteraard had het individu die kans voorheen, zonder de Wet collectieve afwikkeling massaschade, ook al, want procederen over de claim stond vrij – en dat blijft zo, want ieder heeft de mogelijkheid om niet mee te doen (de ‘opt out’, zie art. 7:908 lid 2 BW, geïnspireerd door de eisen die art. 6 EVRM stelt³) – maar nu wordt daar een makkelijker (gezamenlijke) route bijgevoegd. Dat is winst vanuit het oogpunt van toegang.

Uiteraard wordt voor degenen die de oorspronkelijke overeenkomst sloten de eigen procedurele speelruimte beperkt ten gunste van het gezamenlijk verzoek tot verbindendverklaring, maar zij hebben daar slechts profijt van: eenmalig procederen over de verbindendverklaring zal grotendeels volstaan (afgezien van procedures van diegenen die voor de ‘opt out’ kiezen). Minder partijautonomie leidt hier niet tot een slechtere verwezenlijking van materiële rechten.⁴ En dat een procedure in cassatie, zie art. 1018 Rv, onder de Wet collectieve afwikkeling massaschade (ook) alleen gezamenlijk in te stellen is, past niet alleen goed bij die wet zelf, maar is ook goed te rijmen met art. 6 EVRM dat immers geen zelfstandig recht op een procedure in cassatie biedt, zie nr. 179.

[210] *Maar individueel beperkte toegang.* Wat daarvan echter ook zij, de wettelijke regeling die bewerkstelligt dat een overeenkomst algemeen verbindend wordt, kan ook een belemmering van de toegang betekenen voor degenen die niet betrokken waren bij de onderhandelingen, de uiteindelijke schikking en de daarna volgende Wet collectieve afwikkeling massaschade-procedure. Na de algemeen verbindendverklaring zal een dergelijke individuele claim van die persoon (die dan gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst en uit dien hoofde gerechtigd is tot een vergoeding) immers in beginsel niet meer inhoudelijk worden getoetst door enige rechter, zo blijkt uit art. 7:908 lid 5 BW.¹ De uitzondering van art. 7:909 lid 1 BW biedt bovendien weinig ruimte, en betreft alleen nog de toe te kennen vergoeding onder de overeenkomst.

De daarin besloten gelegen beperking van de toegang wordt door de wetgever gerechtvaardigd doordat er een opt-out-mogelijkheid is, door de gedetailleerde regels inzake de kennisgeving van de schikkingsovereenkomst, de toetsing voorafgaand aan de algemeen verbindendverklaring, en doordat eenieder tijd wordt gegeven om deskundig advies in te winnen. Desgevraagd kwam Hof Amsterdam in de Wet collectieve afwikkeling massaschade-beschikking over de Duisenberg-regeling² tot het oordeel dat de regeling het individu en diens belangen voldoende waarborgt. Mede omdat ook de wetgever, na kritische geluiden, zulks onder ogen heeft gezien en de regeling deels aangepast heeft, is

[209] 3 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 82.

4 Vgl. TZANKOVA, *Toegang recht bij massaschade* (R&P nr. 150) 2007, o.a. p. 138-142.

[210] 1 Zie in dit verband ook HR 28 januari 2011, *NJ* 2011/59 (X./Dexia).

2 Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007/427 (Duisenberg-regeling), r.o. 5.8.

er geen sprake van strijd met art. 6 EVRM. Hoewel in casu het resultaat inhoudelijk juist was – de regels van oproeping, e.d. zijn voldoende robuust om het recht op toegang gestand te doen – is dat argument voor een rechter die uiteindelijk de wetgever moet controleren als het om eventuele mensenrechtenschendingen gaat, niet direct sterk te noemen.

5.6 Toegang en ADR

[211] *Conflicten oplossen*. Als iemand een conflict heeft, kan deze persoon van alles doen of een heleboel laten. Er zijn dus diverse wegen naar Rome als het om het oplossen van geschillen gaat. Dat is van belang, want er zijn zoals eerder al is gebleken (zie nr. 20) vele conflicten in de wereld. Uit de *Geschilbeslechtingdelta 2009*¹ blijkt dat over de vijf voorafgaande en gemeten jaren 60,5% van de burgers een (potentieel) juridisch probleem aan de hand heeft gehad. Als men problemen had, waren dat er gemiddeld 3,1 en gemiddeld voor de bevolking als geheel was er sprake van 1,9 probleem per persoon.

Als het gaat om de vraag hoe daarmee om te gaan, is de eerste optie: gewoon niets doen. Het kan heel zinvol en vruchtbaar, heel efficiënt zijn om een (juridisch) probleem op zijn beloop laten, een verlies op de koop toe te nemen en er verder niet te veel tijd en aandacht aan te besteden. Dat lukt natuurlijk niet als de 'ander' bij het geschil iets wil en vasthoudend is, maar veel conflicten verdwijnen weer net zo hard als ze opgekomen zijn. Uit het voornoemde onderzoek is gebleken dat regelmatig (6%) ook zo met een conflict wordt omgegaan.

In het verlengde hiervan ligt dat partijen een goed gesprek aangaan met elkaar, elkaar de waarheid zeggen en/of excuses aanbieden, waarna elk weer zijns weegs gaat. Ook dat is dan 'einde geschil'. Daar komt geen buitenstaander bij kijken. In 42% van de geschillen kiest iemand ervoor om het probleem op deze wijze zelf ter hand te nemen.

Weer een stap verder ligt dan het gebruik van een vorm van alternatieve geschiloplossing ('alternatieve dispute resolution', ADR) en in het bijzonder mediation, hetgeen kan worden omschreven als conflictbeslechting zonder overheidsbemoediging, althans zonder tussenkomst van de overheidsrechter. Mediation is een conflicthanteringsmethode waarbij partijen zelf met behulp van een neutrale derde, een professionele conflictbemiddelaar, het probleem dat aan het conflict ten grondslag ligt, proberen op te lossen. Mediation daagt partijen dus uit zelf een oplossing te zoeken en niet te wachten op een derde die de knoop doorhakt.

[211] 1 B.C.J. VAN VELTHOVEN, C.M. KLEIN HAARHUIS, *Geschilbeslechtingdelta 2009*, 2010. De hierna vermelde gegevens zijn terug te vinden in de samenvatting op p. 11-20, m.n. p. 14-15 en 18.

ADR en mediation kunnen in vele varianten voorkomen,² zoals 'ODR' als online variant van ADR, of 'court-annexed mediation', bemiddeling door overheidsrechters.³ Dit zijn voorbeelden van *tussenpartijdige* conflictoplossing. Daarnaast zijn er echter buiten de overheidsrechter om ook nog andere methoden van *bovenpartijdige* geschiloplossing, waarbij een derde in het spel wordt betrokken om over het twistpunt te beslissen. Bekende voorbeelden zijn natuurlijk arbitrage en bindend advies.

[212] *ADR en toegang.* Op grond van het recht op toegang tot de rechter moet die rechter feitelijk toegankelijk zijn in de zin van dat er geen onoverkomelijk feitelijke of financiële belemmeringen bestaan mogen.¹ Zo kan het ontbreken van gesubsidieerde rechtshulp omdat een procedure nu eenmaal veel kosten met zich brengt (griffierechten, kosten van de advocaat, de deurwaarder en de bewijslevering), funest zijn voor de daadwerkelijke mogelijkheden die iemand heeft. Dit recht op toegang tot de rechter is ook nauw gelieerd aan mediation en andere vormen van ADR en particuliere rechtspraak, om de eenvoudige reden dat die vormen van geschilbeslechting nu juist beogen te voorkomen (en daarom van overheidswege gestimuleerd worden) dat het geschil bij de overheidsrechter

- [211] 2 Bij dat alles is het goed te realiseren dat uit het hiervoor genoemde onderzoek blijkt dat slechts een klein percentage (3%) van de ondervraagden (een vorm van) mediation gebruikte. Het aantal verwijzingen naar mediation door de rechterlijke macht neemt zelfs af (zie Tabel 29 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014, 2015*, p. 69). Het marktaandeel van mediation is dus klein, zie ook B. BAARSMAN, 'Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt', *NJB 2012/3*, p. 15. Er is wel een overschot aan mediators, het marktpotentieel is enorm (p. 18) en dat zal alleen nog maar stijgen als de griffierechten hoger worden (zie nr. 186), maar er zijn diverse (economische) redenen waarom de vraag achterblijft (p. 18-19). Het loopt voorlopig nog geen storm. Al die mediators hebben dus nog niet zo heel veel te doen want de partijen met conflicten willen er (nog) niet aan, althans nog onvoldoende. Dat ligt o.a. hieraan dat als partijen ruzie hebben, ze het ook niet meer eens kunnen worden over de manier hoe dat dan opgelost kan of moet worden; dit is de zogenaamde fuik van de standaardprocedure, zie Barendrecht & Klijn 2004, p. 30.
- 3 Zie ook de Wet van 16 april 2015, *Stb.* 2015, 160 (*Kamerstukken 33 982*) inzake de implementatie van de meest recente Europese regels over ADR (via een richtlijn) en ODR (via een verordening) bij consumentengeschillen, en daarover E. HONDIUS, 'Geschillenbeslechting voor consumenten wordt Europees', *NTER 2012*, p. 113 e.v.
- [212] 1 Vanuit economisch perspectief is verplichte mediation, als poortwachter binnen de juridische keten, een kostenverhogende en doorlooptijdverlengende drempel voor toegang, zie B. BAARSMAN, 'Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt', *NJB 2012/3*, p. 20.

terecht komt.² Tegelijkertijd kan echter niemand het recht ontzegd worden om wel of alsnog naar de rechter te stappen, zoals besproken is.³ Besparingen op de kosten van de rechtspraak door een verwijzing naar een vorm van ADR, mogen dus niet ten koste gaan van de toegang tot diezelfde rechtspraak.⁴

Een partij bij een geschil kan er dus zelf voor kiezen om bijvoorbeeld een mediationtraject te bewandelen en dus niet naar de civiele rechter te gaan, maar omdat dat een vorm van afstand van recht is, moet het dan wel gaan om een eigen wilsbesluit, een vrijwillige keuze, welke ondubbelzinnig is, aldus het EHRM (nr. 172). Naar Nederlands recht volgt daaruit, in elk geval specifiek voor mediation, aldus de Hoge Raad, dat iemand op elk moment gedurende het traject op die keuze voor mediation kan terugkomen, desnoods om alsnog te gaan procederen.⁵ Immers, de rechter moet feitelijk toegankelijk blijven. Een mediationclausule in een contract is daarmee eigenlijk betrekkelijk waardeloos geworden. In de (mediation)literatuur heeft dat tot veel kritiek geleid.⁶

Er verscheen dan ook, in reactie op deze rechtspraak, een initiatiefnota, en er heeft enige tijd een initiatief-wetsvoorstel voorgelegen, waarin – naast een aantal andere zaken – wordt voorgesteld de bindendheid van mediationclausules te versterken, via art. 22a lid 2 Rv (nieuw). Die bepaling zou de rechter gaan verplichten de zaak aan te houden als er wel een mediationovereenkomst ligt, maar er nog geen mediation beproefd is.⁷ Een dergelijk initiatief lijkt logisch vanuit de mediationwereld, want een zekere mate van 'broodroof' biedt de

- [212]
- 2 Feitelijk voorkomen die vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing ook inderdaad dat zaken (alsnog) bij de rechter aangebracht worden. De zogenaamde filterwerking is erg sterk, rond de 90%, zie J.G. VAN ERP, C.M. KLEIN HAARHUIS, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedure*, Cahier 2006-6, 2006, p. 3.
 - 3 Nader hierover ook al DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 228-232 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 48.
 - 4 Zo ook MAK 2008, p. 154-155.
 - 5 Zie HR 20 januari 2006, NJ 2006/75 (M./V.). Zulks is bevestigd in HR 8 mei 2009, RvdW 2009/614 (afgedaan via art. 81 RO), en HR 20 december 2013, NJ 2014/144, m.nt. J.W. Zwemmer (Staat/X.), waarin de Hoge Raad vooropstelt dat de strikte naleving van de vormvereisten die gesteld worden aan een geldige, via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst, strookt met het niet verplichtende karakter van mediation. Zie verder over de (lagere) rechtspraak A.H. SANTING-WUBS, *Mediation in juridisch perspectief*, 2012 (2^e druk), p. 87-93.
 - 6 Zie o.a. F. SCHONEWILLE & E.R. GATHIER, 'De handhaafbaarheid van de mediationclausule', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving in en door het privaatrecht*, 2009, p. 267 e.v., met verdere verwijzingen.
 - 7 Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33 122, nr. 2, resp. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 723, nr. 1-3, zie m.n. nr. 3, p. 11 en 20-21). Bij *Kamerstukken II 2012/13*, 33 723, nr. 14, is het initiatief-voorstel ingetrokken, maar alleen omdat de regering heeft aangekondigd zelf met een wetsvoorstel ter bevordering van mediation te komen. Die 'switch' heeft natuurlijk alles van doen met de benoeming van initiatiefnemer Van der Steur tot Minister van Veiligheid en Justitie in 2015.

rechtspraak wel, maar vanuit 'toegangs'perspectief is de lijn in de rechtspraak wel navolgbaar, en leek het initiatief-wetsvoorstel dus te ver te gaan.⁸

[213] *Arbitrage, bindend advies en toegang.* Ik wijs er in dit verband nog op dat ook bij een keuze voor arbitrage of bindend advies de toegang tot de rechter is afgesloten. De overheidsrechter is onbevoegd of de eiser is niet-ontvankelijk.¹ De redenering in deze gevallen is dat er door partijen zelf voor is gekozen om niet naar de rechter te mogen en dat men daartoe een overeenkomst afgesloten heeft. Uiteraard is dat aspect niet anders bij een mediationovereenkomst, maar het verschil is dat het mediationtraject vereist, althans nodig heeft, dat betrokkenen niet alleen vrijwillig de overeenkomst *aangaan* maar dat men vervolgens ook in vrijwilligheid meewerkt en *blijft meewerken* aan het mediationproces.² Gebeurt dat niet, dan komt er geen oplossing want die moet uit de betrokken partijen zelf komen, en niet van een derde of neutrale beslisser. Dit alles is echter bij een bindend advies of arbitrage niet nodig, want in die gevallen is er wel een ander, een neutrale derde aangesteld om te beslissen. Daaraan zijn partijen 'overgeleverd' als men eenmaal met arbitrage of bindend advies heeft ingestemd. De beoogde en benodigde vrijwilligheid is bij een mediationtraject dus ook na het tot stand komen van de overeenkomst, bij de eigenlijke zoektocht naar een oplossing, van belang en moet dus blijven bestaan omdat de betrokkenen er zelf uit moeten komen, en dat is bij arbitrage en bindend advies niet het geval.³

[214] *ADR: stimulans, géén dwang.* Mediation is dus een route die alleen openstaat op basis van vrijwilligheid; dat is een belangrijke waarborg die het (juridische) systeem dwingend oplegt. Indien die vrijwilligheid vervalt, moet er terug worden gegrepen op de civiele procedure, omdat, zoals gebleken is, de toegang tot de overheidsrechter voor iedereen gegarandeerd is. Precies omdat dat – gelukkig – nog steeds het geval is, kan het gebruik van mediation ook niet worden afgedwongen, als

[212] 8 Zo ook P. INGELSE, 'De rechter en de mediator', *NJB* 2014/2058, p. 2854-2861. En ook volgens de Raad van State schoten de voorstellen hun doel voorbij, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 723, nr. 4, p. 2, omdat de rechter een procespartij dan bijv. niet-ontvankelijk kan achten. Daarmee wordt de drang tot mediation eerder dwang (*idem*, p. 18-19), hetgeen niet past bij de eis van toegang. De indiener van het voorstel besprak dat aspect van toegang in eerste instantie niet, maar gaf wel aan dat een 'aanhouding' voor de hand ligt (*idem*, p. 37). De Tweede Kamer leek minder kritisch, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 723, nr. 7, maar nadien zijn er enkele zinvolle amendementen voorgesteld en deels overgenomen, ook waar het de 'verplichting' tot mediation betrof, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 723, nr. 21, p. 5-6. Zeer kritisch was P. INGELSE, *De rechter en de mediator*, *NJB* 2014/2058, p. 2854-2861.

[213] 1 Zie B. SANTING-WUBS, 'Alternatieve geschilbeslechting en de toegang tot de rechter', in: *Amice. Rutgers-bundel*, 2005, p. 307 en 308.

2 Zie A.H. SANTING-WUBS, *Mediation in juridisch perspectief*, 2012 (2^e druk), p. 84, en vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 723, nr. 21, p. 5-6.

3 Vgl. Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *NJ* 2003/87, en B. SANTING-WUBS, 'Alternatieve geschilbeslechting en de toegang tot de rechter', in: *Amice. Rutgers-bundel*, 2005, p. 309-310 en 312.

iemand dat al zou willen. Waarschijnlijk zou ook niemand dat moeten willen,¹ want vrijwilligheid is nodig voor een succesvolle mediation en een afgedwongen mediation mist juist dat element. Tegelijkertijd is er natuurlijk wel de verleiding om enigerlei vorm van dwang te introduceren omdat betrokkenen bij een geschil dan wellicht alsnog 'omschakelen' en er zelf (beter) uitkomen. Men kan dus, ook na via een gedwongen eerste stap met mediation in aanraking te zijn gekomen, alsnog proberen om er zo veel mogelijk uit te halen.

Maar, als gezegd, afdwingen van mediation is in feite geen optie, vanuit mediationperspectief niet en ook vanuit juridisch 'toegangs'perspectief niet. Dat betekent naar mijn mening dan ook dat *verplichte* (doorverwijzing naar) mediation niet mogelijk is.² Dat ligt vooral hieraan dat de eventueel na afloop van dat mediationproces gesloten vaststellingsovereenkomst niet meer effectief toetsbaar is; deze is immers niet meer volledig, doch slechts marginaal toetsbaar.³ Dat is wat mij betreft onvoldoende om de toegang tot de rechter nog steeds als 'practical and effective' in de zin van art. 6 EVRM te kunnen beschouwen. Voor zover de wetgever, bijvoorbeeld in art. 818 Rv, die doorverwijzing wel voorop heeft gesteld, ligt daar mijns inziens dus een probleem.⁴ Wetgever en rechter mogen mediation mijns inziens *niet dwingend* opleggen, maar uiteraard wel stimuleren.⁵

[215] *Engeland*. Ook in Engeland, bijvoorbeeld in de zaak *Halsey v. Milton Keynes NHS Trust*,¹ heeft de civiele rechter geconcludeerd dat zijn rol enkel een stimulerende kan zijn. Het gaat niet aan dat de rechter zou forceren of dwingen; dat zou niet passen bij de vrijwilligheid die mediation nodig heeft. In de Engelse *Civil Procedure Rules* staat bij de regels die het 'overriding objective' van het civiele procesrecht weergeven, in CPR 1.4 (2), dat:

- [214] 1 De indiener, toenmalig Kamerlid Van der Steur, van de wetsvoorstellen die mediation moeten bevorderen, wil mediation 'vanzelfsprekend' maken, spreekt daarbij van 'drang', maar soms toch ook van een 'verplichting' (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 3, steeds op p. 20). Dat laatste ligt uiteraard lastig.
- 2 Zo ook A.H. SANTING-WUBS, *Mediation in juridisch perspectief*, 2012 (2^e druk), p. 76-85, en over de (vrijwillige) doorverwijzing naar mediation p. 79-82, alsmede P. INGELSE, 'De rechter en de mediator', *NJB* 2014/2058, p. 2854-2861.
- 3 De rechter mag de uitkomst immers alleen toetsen aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, zie art. 7:904 lid 1 BW. Dit speelt bij een oordeel door een bindend adviseur (zoals een geschillencommissie) uiteraard ook, maar in die gevallen was het een onpartijdige derde die na een gereguleerde procedure zijn bindend advies verstrekke, en dan volstaat deze toets (vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 46), en waren het niet de partijen zelf die dat resultaat bereikten.
- 4 Het gaat hier echter om een 'kan'-bepaling. Zie ook MAK 2008, p. 314-315, die voor toetsing door een andere rechter pleit.
- 5 Zo ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33 320, nr. 3, p. 2-3; A.H. SANTING-WUBS, *Mediation in juridisch perspectief*, 2012 (2^e druk), p. 82-83; M. BRINK, *Verplichtstelling van mediation?*, *NJB* 2011/1998, p. 2656. Vgl. in breder verband tegen 'dwang': E. BAUW, 'Ruim baan voor de consument', *TvC* 2010, p. 255-256.
- [215] 1 *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002; [2004] 4 All ER 920.

“Active case management includes (...) (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case.”

Het wordt dus als normaal (en nodig) gezien dat de rechter tracht, binnen de bevoegdheden die hij heeft, om partijen te bewegen een poging te doen om buitengerechtelijk tot een oplossing te komen. Het debat gaat dan vervolgens over de vraag hoe ver de rechter zou moeten of kunnen gaan; precies dat punt deed zich voor in de genoemde zaak.

Aan de orde was meer specifiek of de rechter een kostenveroordeling zou moeten opleggen aan de winnende procespartij op de grond dat deze partij in een eerdere fase van de procedure weigerde mee te werken aan een vorm van ADR. Zou de rechter daarin mee gaan, dan zou dat natuurlijke een hele stevige prikkel vormen voor alle betrokkenen om toch vooral eerst een mediationtraject in te gaan. Zou een partij dat niet doen, dan zou deze immers de kosten van de procedure moeten dragen, zelfs als de zaak materieel wel gewonnen zou worden. Sterker nog, die prikkel zou wel eens zo sterk kunnen zijn dat deze als te vergaand moet worden beschouwd in het licht van art. 6 EVRM. Het Court of Appeal overweegt dan ook ten eerste dat een dergelijke kostenveroordeling alleen mogelijk is als het niet meewerken aan de ADR onredelijk was. Vervolgens wordt gesteld:

“we accept the submission made by the Law Society that mediation and other ADR processes do not offer a panacea, and can have disadvantages as well as advantages: they are not appropriate for every case. We do not, therefore, accept the submission made on behalf of the Civil Mediation Council that there should be a presumption in favour of mediation. The question whether a party has acted unreasonably in refusing ADR must be determined having regard to all the circumstances of the particular case. We accept the submission of the Law Society that factors which may be relevant to the question whether a party has unreasonably refused ADR will include (but are not limited to) the following: (a) the nature of the dispute; (b) the merits of the case; (c) the extent to which other settlement methods have been attempted; (d) whether the costs of the ADR would be disproportionately high; (e) whether any delay in setting up and attending the ADR would have been prejudicial; and (f) whether the ADR had a reasonable prospect of success.”

De rechter concludeert dus dat zijn rol enkel die is van stimuleren, doch niet die van forceren of dwingen. Gegeven dat vertrekpunt moet de rechter niet zomaar kunnen zeggen dat een proceskostenveroordeling mogelijk is bij het weigeren om mee te doen aan enigerlei vorm van ADR, en dus is ten minste een vorm van ‘acting unreasonably in refusing to agree to ADR’ nodig. En daarvan zal niet snel sprake zijn; in casu was dat in elk geval niet zo. Maar inmiddels dient wel bedacht te worden dat de weigering om zelfs maar na te denken over mediation nogal een dure beslissing zou kunnen worden in Engeland.

[216] *Grenzen? De Alassini-zaak.* Uit het voorgaande wordt ook duidelijk dat sommige vormen van ‘stimulans’ zo kunnen uitwerken dat het verschil met ‘dwang’ feitelijk verdwenen is, en dus is de kernvraag: waar ligt de grens aan de

rechterlijke mogelijkheden om mediation en andere vormen van ADR te stimuleren? Iets anders en breder verwoord: mag een rechtsstelsel verlangen dat alvorens een procedure gestart wordt, als voorwaarde voor ontvankelijkheid in die (civiele) procedure, een vorm van ADR doorlopen of geprobeerd moet worden?

Dit dilemma kwam in 2010 scherp naar voren in een uitspraak van het Europese Hof van Justitie, in de zaak *Alessini t. Telecom Italia SpA*.¹ Het ging erom dat in het geval er een geschil ontstaat over een telecommunicatiedienst (mobiele telefonie; internet) tussen een aanbieder en een klant, volgens de Italiaanse wet de strijdende partijen eerst een poging tot bemiddeling moeten ondernemen. De (prejudiciële) vraag die door de Italiaanse rechter aan het Europese Hof werd voorgelegd, luidt kort gezegd of een regeling waarbij toegang tot de rechter afhankelijk wordt gemaakt van een eerst te volgen buitengerechtelijke geschilprocedure, in dit geval ging het om de actieve tussenkomst van een derde in een bemiddelingstraject,² in overeenstemming is met het Unierecht.

Het antwoord van het Hof is dat art. 34 van de betreffende richtlijn (de Universele dienstenrichtlijn, Richtlijn 2002/22/EG) eist dat er transparante, eenvoudige en goedkope buitengerechtelijke procedures beschikbaar zijn, dat de richtlijn niet de modaliteit van zo'n procedure bepaalt (r.o. 44), en dat het verplicht moeten volgen van zo'n procedure (uiteraard) geen afbreuk doet aan dat doel van de richtlijn (r.o. 45). Vervolgens wordt onderzocht of een dergelijke verplichte poging tot bemiddeling in strijd is met onder andere het doeltreffendheidsbeginsel en het recht op effectieve rechterlijke bescherming (r.o. 46). Het Hof stelt in dat verband:

“52. Wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft, is het inderdaad juist dat het feit dat een beroep bij de rechter slechts ontvankelijk is indien eerst een procedure voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt gevolgd, afbreuk doet aan de uitoefening van de bij de universeledienstrichtlijn aan particulieren toegekende rechten.

53. Dit neemt echter niet weg dat uit verschillende gegevens blijkt dat een verplichte bemiddelingsprocedure zoals die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, de uitoefening van de rechten die de justitiabelen aan de betrokken richtlijn ontlene, in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.”

Waarom is dat laatste het geval? De uitkomst van de bemiddelingsprocedure is niet bindend, de bemiddeling leidt niet tot een wezenlijke vertraging, de verjaringstermijn wordt gedurende de bemiddeling geschorst en de bemiddeling is kosteloos. Een verdere voorwaarde hierbij is nog dat de bemiddelingsprocedure niet enkel via internet beschikbaar is (want zo wordt de uitoefening van een recht bemoeilijkt), terwijl deze in voorlopige maatregelen moet kunnen voorzien

[216] 1 Zie HvJ EU 18 maart 2010, C-317/08-C-320/08, *NJ* 2010/382 (Alessini). Zie ook nog R. JAGTENBERG, A. DE ROO, 'Verplichte mediation in het Europese recht', *NJB* 2013/1859, p. 2056 e.v.

2 Over dit aspect: R. JAGTENBERG, 'Het Alessini arrest en verplichte bemiddeling', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2010 (14) 2, p. 40.

(r.o. 54-59). Daarna wordt overwogen dat het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van Unierecht is, voortvloeiend uit art. 6 EVRM en art. 13 EVRM, en als zodanig bevestigd is in art. 47 Handvest Grondrechten EU, dat een verplichte tussenstap via bemiddeling daaraan afbreuk zou kunnen doen, doch dat dit grondrecht niet absoluut geldt, dat er een legitiem doel wordt gediend (ontlasten van de overheidsrechter) en dat deze verplichting niet onevenredig is (omdat een zuiver facultatieve wijze van bemiddeling minder efficiënt is³). En dus wordt geconcludeerd dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming geëerbiedigd wordt (r.o. 60-66).

De conclusie van dit alles luidt dan, als we deze uitspraak enigszins trachten te veralgemenen, dat onder bepaalde, strikte voorwaarden een verplichte poging tot buitengerechterlijke geschilbeslechting (bemiddeling) niet in strijd is met het Unierecht en de Uniebeginselen. Dat is goed nieuws voor de aanhangers van mediation en ADR, want het biedt de nationale wetgevers meer ruimte en vrijheid om dit soort bemiddelingstrajecten in te voeren, in elk geval voor zover die trajecten dan gerelateerd zijn aan EU-regels. Daarbij dient dan nog opgemerkt te worden dat die ruimte nu ook weer niet heel groot is, bijvoorbeeld omdat de bemiddeling niet bindend mag zijn,⁴ hetgeen bij een gesloten vaststellingsovereenkomst wel het geval is.

[217] *De verhouding tussen overheidsrechtspraak en mediation.* Als het gaat om de verhouding tussen ADR en overheidsrechtspraak¹ mag dus uiteindelijk niet uit het oog verloren worden dat mediation, of welke vorm van ADR dan ook, niet in de weg mag staan aan iemands wens om naar de rechter te stappen. De toegang tot het recht is gewaarborgd, en tegen zijn wil kan niemand daarvan afgehouden worden. Een verplichting van overheidswege om bijvoorbeeld eerst een mediationtraject te doorlopen, zal dus altijd problematisch blijven, ook in het licht van de *Alassini*-uitspraak. Buitengerechterlijke geschiloplossing mag niet zonder meer als voorwaarde voor toegang tot het recht ingezet worden.

De conclusie is dan ook dat de civiele procedure nog steeds het noodzakelijke sluitstuk is van elke vorm van conflictbeslechting. Desgewenst moet iemand via de rechter zijn rechten kunnen waarmaken. Het civiel proces is het ultieme instrument waarmee iemands aanspraken en de feitelijke situatie in overeenstemming kunnen worden gebracht, desnoods met dwang. Die opdracht kan mediation uiteindelijk niet overnemen; die stok achter de deur kan alleen de civiele procedure geven. Geen mediator, geen conflict kan dus uiteindelijk om de

[216] 3 Kritisch dienaangaande R. JAGTENBERG, 'Het Alassini arrest en verplichte bemiddeling', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2010 (14) 2, p. 41.

4 Hierin was ook de reden gelegen om niet over te gaan tot het verplicht stellen van deelname aan de Geschillencommissie Luchtvaart, zie in dit verband *Kamerstukken* 2011/12, 31 936, nr. 94.

[217] 1 Zie ook Barendrecht & Klijn 2004, p. 30-31, alsmede MAK 2008, p. 155 e.v.

civiele procedure heen.² Daarom spreekt men in relatie tot mediation ook terecht met grote regelmaat over de invloed van wat dan heet 'de schaduw van het recht': de dreiging van het alsnog kunnen gaan procederen die wezenlijk is bij elke vorm van conflictoplossing welke overleg, onderhandelingen en wederzijds goedvinden in het pakket heeft.

5.7 Conclusie

[218] *Tot slot.* Over het belang van het beginsel van toegang tot de rechter zal geen twijfel bestaan. Dat is niet louter een theoretisch belang, maar – zoals de discussie inzake de verhoging van de griffierechten in Nederland liet zien – zeker ook een praktisch belang. Die discussie toonde ook nog maar weer eens de directe band tussen 'toegang' en 'de rechtsstaat'. Het in acht nemen van het beginsel is dus een opdracht aan wetgever en rechterlijke macht die niet licht opgevat mag worden. Dat alles doet er echter niet aan af dat ook dit beginsel niet absoluut is en dat geïnventariseerd moet worden welke inperkingen nog wel en welke niet meer mogen. De rechtspleging moet immers wel hanteerbaar blijven; en dus is er geen recht op hoger beroep, zijn bepaalde kosten wel toegestaan en is verjaring nog steeds een geaccepteerd leerstuk.

[217] 2 Vgl. M. BARENDRECHT, P. SLUIJTER & C. VAN ZEELAND, 'Duurzame rechtsbijstand, legal empowerment en microrecht', *NJB* 2008/2113, p. 2685 en 2693. Dat betekent uiteraard niet dat de civiele procedure de enige uitweg uit een geschil is. Rechtspraak is niet langer de aangewezen weg, maar veeleer *een mogelijkheid*, aldus ook *MAK* 2008, p. 164.

HOOFDSTUK 6

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter

6.1 Inleiding

6.1.1 Inleiding en belang

[219] *Belang*. Het tweede beginsel van procesrecht dat in dit boek besproken wordt, is het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De basis daarvoor is heden ten dage gelegen in art. 6 EVRM waarin is neergelegd dat: “(...) een ieder recht [heeft] op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak (...) door een *onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie* welke bij wet is ingesteld (...)” Op basis van dit beginsel, dat overigens ook is opgenomen in art. 47 Handvest Grondrechten EU¹, is vereist dat de rechter “zijn beslissing kan baseren op zijn eigen, vrije oordeel omtrent feiten en rechtsgronden zonder enige binding ten opzichte van partijen en het overheidsapparaat en zonder dat zijn beslissing door een ander dan een in dezelfde zin onafhankelijke instantie kan worden gewijzigd”.²

Het belang van dit beginsel blijkt bijvoorbeeld hieruit dat in Nederland de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid al ver voordat het EVRM in beeld kwam, gewaarborgd werd,³ dat dit beginsel ook nu nog gerekend wordt tot de kernwaarden van de rechtspraak,⁴ en dat er inmiddels sprake van is om het een plek te geven in de Grondwet, zie nr. 166 en 221. Volgens Alkema betreft het een

[219] 1 Ik ga daar hier niet apart op in; bespreking van art. 6 EVRM dekt ook art. 47 Handvest Grondrechten EU, gezien hun onderlinge verhouding (waarover nr. 34). Voor een bespreking van enkele andere internationale instrumenten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid verwijs ik naar M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 38 e.v.

2 Zie VAN DIJK, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 122, verwijzend naar rechtspraak van het EHRM.

3 Zie bijv. L. DE GROOT-VAN LEEUWEN, ‘Doorwerking van Artikel 6 lid 1 EVRM in de Nederlandse rechterlijke organisatie’, in: J. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, 2013, p. 455-457.

4 Zie bijv. Raad voor de rechtspraak, *Kengetallen 2013*, 2014, p. 11 en Raad voor de rechtspraak, *Visie op de Rechtspraak*, 2010, p. 19, 21, 23 (de missie voor de rechtspraak) en 27; en de *NVvR-Rechterscode*. Vgl. verder bijv. A. HAMMERSTEIN, ‘Onpartijdigheid in het geding’, *Trema* 2014, p. 149. Rechtsvergelijkende gegevens over kernwaarden zijn te vinden bij E. MAK, N. AVRIR, ‘De kernwaarden van de moderne rechter’, *Trema* 2011, p. 302 e.v.

wezenskenmerk en is een aantasting ervan ook een aantasting van de rechtsstaat.⁵ Met dat belang van de rechtsstaat komt overigens ook een economisch belang. Kort gezegd: minder vertrouwen in de rechtstaat (en in de rechtspraak) leidt tot minder economische groei.⁶

Het grote belang van onafhankelijkheid en onpartijdigheid blijkt verder bijvoorbeeld nog hieruit dat partijen eigenlijk geen afstand (zouden moeten) kunnen doen van een onafhankelijke en onpartijdige rechter,⁷ zoals dat bij andere fundamentele rechten wel mogelijk is.⁸ Het volgt tevens uit de zaak *Micallef t. Malta*. In die zaak wordt art. 6 EVRM van toepassing verklaard op 'preliminary proceedings', zoals ons kort geding,⁹ en hoewel ook meteen wordt erkend dat in dergelijke snelle procedures niet aan alle 'safeguards' van art. 6 EVRM kan worden voldaan, wordt wel buiten kijf gesteld dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht 'indispensable and inalienable' is.¹⁰ Het belang van 'independence and impartiality' wordt tevens benadrukt door de opname ervan in de ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, met name in 1.1 en 1.3 PTCP.

[220] *Onafhankelijk en onpartijdig in brede zin.* In zeer algemene termen gesteld, brengt het in art. 6 EVRM neergelegde beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid tot uitdrukking dat de rechter zich onafhankelijk van *derden*, van *de staat* en van de (*proces*)partijen zal moeten opstellen. Elke zaak die hij ter beslissing op zijn bord krijgt, zal hij ook op zodanige wijze (onafhankelijk dus) moeten beoordelen. De rechter moet daarbij zowel 'independant' als 'impartial' zijn, zodat beide elementen, hoewel deze twee vrijwel steeds samen worden besproken, tevens onderscheiden kunnen en moeten worden.¹

[219] 5 E.A. ALKEMA, 'De rechterlijke macht – enige opmerkingen vooraf', in: J.P. Loof (red.), *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*, 1999, p. 3. Ook volgens het beperkte lijstje van E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 393, gaat het hier om een beginsel van procesrecht.

6 Daarover E. BAUW, *Rechtspraak in tijden van crisis* (oratie Amsterdam UvA), 2010, p. 9. Het vertrouwen in de rechterlijke macht is in Nederland overigens vrij groot, zeker in relatie tot andere instituties, en ligt (schommelend per kwartaal) tegen de 70%, zie www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/vrije-tijd-cultuur/publicaties/artikelen/archief/2015/4247-ruime-meerderheid-heeft-vertrouwen-in-gezaghebbende-instituties.htm en *Flash Eurobarometer 385, Justice in the EU*, 2013, p. 14.

7 Aldus Harris e.a. 2014, p. 446 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 323 (die zich baseert op KUIJER 2004, p. 66-73, welke met afschuw constateert dat het EHRM wel een opening hiervoor laat, vgl. ook KNIGGE, *De procesvereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 163; Harris e.a. 2014, p. 446), met dien verstande dat de keuze voor geschillenbeslechting buiten de overheidsrechter om (bijv. via arbitrage) daartoe zou kunnen leiden, maar ook dat is dan een uitzondering die ondubbelzinnig moet blijken.

8 Zie daarover nader nr. 31.

9 Vgl. F.J. FERNHOUT, 'Procesrecht in kort geding. Gevolgen van EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, NJ 2010, 180 (Micallef/Malta)', *TvPP* 2009-10, p. 108-111.

10 EHRM 15 oktober 2009, NJ 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (Micallef t. Malta), § 86.

[220] 1 Indringend zo VAN DEN EIJDEN 2011, p. 125-139.

[221] *De (aan te passen) Grondwet.* Naast art. 6 EVRM is ook de Grondwet van belang als het om onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter gaat.¹ In art. 117 Gw vinden wij een (eerste laag van de) regeling van de rechtspositie van de rechterlijke macht. Die grondwettelijke bepaling behelst dan weliswaar niet een met art. 6 EVRM vergelijkbaar principe, in de zin van een daadwerkelijke (poging tot) formulering van een beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, maar betreft wel een eerste aanzet tot uitwerking van dat leidende beginsel, zodat een dergelijk (achterliggend) beginsel daarmee impliciet wordt geacht te bestaan volgens onze Grondwet. Dezelfde veronderstelling hanteert het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarin in art. 36 Rv e.v. een wrakings- en verschoningsregeling is opgenomen; deze is pas nodig als het achterliggende belang van (onafhankelijkheid en) onpartijdigheid erkend wordt.

De lacune die de Nederlandse Grondwet nu nog bevat als het om de formulering van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gaat, zal, naar het zich laat aanzien, opgevuld worden als de eerder in nr. 166 besproken wijziging van de Grondwet doorgang vindt. Blijkens het consultatievoorstel van augustus 2014² wordt er immers een nieuw eerste lid aan art. 17 Gw toegevoegd dat stelt: “Ieder heeft recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.” De reden voor het ontwerpen van dit voorstel is vooral gelegen in de wens om nadere rechtsbescherming te kunnen bieden.³

6.1.2 *Wie moet onafhankelijk en onpartijdig zijn?*

[222] *Wie? De rechterlijke instantie.* Voordat nader op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan worden ingegaan, rijst eerst de vraag voor wie dit beginsel eigenlijk geldt. Wie moet onafhankelijk en onpartijdig zijn? De rechter, althans de rechterlijke instanties, uiteraard, maar wie is nu eigenlijk ‘rechter’ in de zin van dit beginsel? Wat is dat voor een instituut, die rechterlijke macht? Kort daarover het volgende.

In termen van het EVRM en vooral art. 6 EVRM geldt de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor – wat ik hier noem – een ‘rechterlijke instantie’; het EVRM gebruikt diverse verschillende termen door elkaar die echter geen verschillende betekenis lijken te hebben.¹ In de zaak *Ringeisen*² heeft het EHRM bepaald dat voor het begrip ‘tribunal’ een autonome interpretatie is voorgeschreven; de naam die in de nationale regelgeving is gegeven aan een (rechtsprekend) orgaan, is weliswaar van belang, maar niet doorslaggevend, aldus de uitspraak in

[221] 1 Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zwijgt op dit vlak.

2 Zie www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

3 Zie de MvT, p. 3 en 11, van het consultatievoorstel, via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

[222] 1 Zie KUIJER 2004, p. 173. Wat dient te worden verstaan onder het concept ‘gerecht’, is niet terug te vinden in de ontstaansgeschiedenis van het EVRM of de *travaux préparatoires*, aldus KUIJER 2004, p. 174. Zie over het navolgende ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 268-271.

2 EHRM 16 juli 1971, nr. 2614/65 (*Ringeisen t. Oostenrijk*), § 94.

de zaak *Belilos*.³ En dus is niet vereist dat het 'tribunal' een klassieke rechtbank betreft.⁴ Om art. 6 EVRM gestand te doen, is het daarmee tevens mogelijk om in voorafgaande fasen een procedure te voeren voor commissies etc., die niet aan de eisen voldoen, mits uiteindelijk maar een volwaardig rechtscollege kennis kan nemen van die eerdere beslissingen.⁵

In diezelfde *Belilos*-zaak, daarna bijvoorbeeld herhaald in *Olujić t. Kroatië*,⁶ worden de criteria waaraan een rechterlijke instantie moet voldoen om als tribunaal in de zin van het EVRM te gelden, als volgt verwoord:

“According to the Court’s case-law, a ‘tribunal’ is characterized in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (...). It must also satisfy a series of further requirements – independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members’ terms of office; guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 (art. 6-1) itself.”⁷

[223] *Vier criteria.* Uit het voorgaande kunnen de navolgende vier criteria worden gedestilleerd om te bepalen of er sprake is van een rechterlijke instantie:¹

1. Er dient een bevoegdheid tot het doen van bindende uitspraken te zijn: het moet gaan om een autoriteit met de macht om juridische geschillen te beslechten met bindende effecten voor de partijen. In onder andere de zaak *Van de Hurk t. Nederland* is dit vereiste verder uitgewerkt, in die zin dat de uitspraak door een gerecht genomen, zoals in casu het College van Beroep voor het bedrijfsleven, vervolgens niet gewijzigd moet kunnen worden door een niet-rechterlijk orgaan (zoals toen nog de Kroon). Is dat wel het geval, dan is er geen sprake van een ‘independent tribunal’ in zin van art. 6 EVRM.²
2. Er dient beslist te worden op basis van de ‘rule of law’ en een juridische procedure: de gedachte achter dit vereiste is dat de beslissingen van een gerecht niet puur op een eigen oordeel maar op ‘the rule of law’ gebaseerd moeten zijn, op basis van een procedure waarin de relevante feiten worden gedestilleerd waarop vervolgens rechtsregels en principes moeten worden toegepast.
3. Er dient volledige jurisdictie te zijn: hierbij is vooral van belang dat de rechter de bevoegdheid dient te hebben om over het gehele geschil te oordelen, dat wil zeggen zowel over de feiten als over alle relevante rechtsvragen.³
4. Aan enkele verdere vereisten, zoals onder andere genoemd in art. 6 EVRM zelf, dient te zijn voldaan; Kuijer noemt hierbij onafhankelijkheid als de belang-

[222] 3 EHRM 29 april 1988, Series A, Vol. 132 (*Belilos t. Zwitserland*), § 65.

4 EHRM 5 november 1981, *NJ* 1981/110, m.nt. E.A. Alkema (*X t. Verenigd Koninkrijk*).

5 Harris e.a. 2014, p. 446-447.

6 EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, *NJB* 2009/705 (*Olujić t. Kroatië*).

7 EHRM 29 april 1988, Series A, Vol. 132 (*Belilos t. Zwitserland*), § 64.

[223] 1 Over het navolgende *KUIJER* 2004, p. 175 e.v.; vgl. ook *MAK* 2008, p. 163 en *VAN DEN EIJNDEN* 2011, p. 139-147.

2 EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995/462, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk t. Nederland*).

3 Zie ook *Van Dijk* e.a. 2006, p. 561 e.v.

rijkste eis. Verder noemt het Hof in haar standaardformulering nog de onpartijdigheid, de aanstellingsduur van de rechters en de eerlijkheid van de procedure als geheel.

Als dit alles op functionele wijze wordt omschreven, dan wil dat zeggen – zoals Van den Eijnden betoogt – dat het gaat om elk orgaan dat zich bezighoudt met het vaststellen van burgerlijke rechten en plichten (en het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolging), en dat zulks dan geldt ongeacht of de betreffende instantie deel uitmaakt van de rechterlijke macht in de klassieke grondwettelijke zin. Belangrijk is slechts dat er op basis van bestaande rechtsregels beslissingen worden genomen, ongeacht of dat geschiedt door professionele rechters, leken of juryleden.⁴

[224] *De rechterlijke macht in Nederland.* Specifiek voor het Nederlandse recht¹ volgt uit de Grondwet dat er in Nederland zoiets moet bestaan als ‘de rechterlijke macht’, want aan die rechterlijke macht is immers de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen en de berechting van strafbare feiten opgedragen, aldus art. 112 lid 1 Gw en art. 113 lid 1 Gw. Uit art. 112 lid 2 Gw volgt dan nog dat de beslechting van andere geschillen ook kan worden opgedragen aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren, terwijl de wet aanwijst welk gerecht daar wel of niet toe hoort, zie art. 116 lid 1 Gw.

Blijkens de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) behoren in elk geval tot de rechterlijke macht de rechtbanken (waar dan ook de kantonrechter deel van uitmaakt), de gerechtshoven en de Hoge Raad der Nederlanden, zie art. 2 RO.² Dit betekent dat de voor burgerlijke geschillen van belang zijnde rechters allemaal onder de rechterlijke macht ressorteren, als rechter in de zin van het EVRM hebben te gelden, bovendien ‘established by law’³ zijn, en als zodanig dus onafhankelijkheid en onpartijdigheid behoren te zijn.

6.1.3 Plan van behandeling

[225] *Verdere opzet.* De rechterlijke onafhankelijkheid, het eerste element van het hier besproken, in wezen tweeledige beginsel, raakt in de eerste plaats aan de machtscheiding zoals we die van oudsher in Nederland kennen, namelijk dat de

[223] 4 P.M. VAN DEN EIJDEN, ‘De onafhankelijke rechter bewaakt’, in: P.T.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, p. 37-38, met verwijzingen.

[224] 1 Zie nader SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 260 e.v. en vgl. VAN BOGAERT 2005, p. 347 e.v.

2 Dezelfde wet regelt verder de inrichting en samenstelling van de rechterlijke macht. Het is hier niet de plaats om daar nader op in te gaan.

3 Over dat vereiste ex art. 6 EVRM, zie nader Harris e.a. 2014, p. 458; KUIJER 2004, p. 182 e.v. en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 271-274, die erop wijst dat ook de samenstelling van een rechterlijk college daaronder valt en dat dus ook dat aspect bij wet geregeld moet zijn. Zie nader nr. 289 hierna.

rechter onafhankelijk moet opereren ten opzichte van derden en van de andere staatsmachten. Daarmee wordt dan voornamelijk bedoeld op de uitvoerende macht, maar hetzelfde geldt ten aanzien van de wetgevende macht. Hierna bezien we eerst die onafhankelijkheid ten opzichte van derden (§ 2) en van de wetgevende en uitvoerende macht (§ 3).¹ Daarna ga ik in op het tweede onderdeel van het bredere beginsel, de rechterlijke onpartijdigheid (§ 4). Ik vervolg met een bespreking van de maatregelen die genomen kunnen worden als sanctie op (vermeend) afhankelijk of partijdig gedrag van de rechter (§ 5), waarna nog de *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter* aan de orde komt in een paragraaf over zelfregulering (§ 6).

6.2 Onafhankelijkheid ten opzichte van 'derden'

[226] *De buitenwacht.* De rechter zal in de eerste plaats onafhankelijk en onpartijdig moeten zijn ten opzichte van derden, de buitenwacht. Dat betekent dat die rechter zich niet mag laten leiden – wel beïnvloeden, maar niet leiden – door wat er om hem heen gebeurt ('op straat') en door wat door externe krachten ('de maatschappij') van hem wordt gevraagd, voor zover dat zijn taken, bevoegdheden of het geldend recht te buiten zou gaan. Hij mag zich niet laten leiden door stemmingmakerij.¹ De rechter maakt zijn eigen afweging en moet dat ook doen.² Dat geldt ook als het om politiek gevoelige zaken gaat.³ Een deel van de bedoelde stemmingmakerij heeft overigens betrekking op de hierna nog te bespreken onpartijdigheid van rechters ten opzichte van de procespartijen, welke nog wel eens in twijfel wordt getrokken.⁴ Te dien aanzien heeft de rechterlijke macht een 'charmeoffensief' ingezet door met een *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter* te komen. Daarin is nog eens op een rij gezet wat wel en niet kan, zie nr. 286.

[227] *De 'responsieve' rechter.* De onafhankelijkheid ten opzichte van (de rest van) de maatschappij wordt hier mede in het licht gesteld omdat tegenwoordig gepoogd wordt de zogenaamde 'responsieve' rechter als een ideaaltype van

[227] 1 Andere indelingen waren mogelijk geweest, vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 274.

[226] 1 Zie o.a. VAN DIJK, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 123; E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 395.

2 H. VAN MAARSEVEEN, 'Rechterlijke onafhankelijkheid', in: *Rechter en politiek*, 1978, p. 117-118, had hierover geen zorgen omdat de rechter wat hem betreft geheel losgezongen is van de samenleving (als één van de meest geprivilegieerde groepen in de maatschappij).

3 Van Dijk e.a. 2006, p. 615; E. BAUW e.a., *Togadragers in de rechtsstaat*, 2013, p. 72-74. Zie ook E. BAUW, *Rechtspraak in tijden van crisis* (oratie Amsterdam UvA), 2010, p. 15, inzake politici die zich uitlaten over lopende rechtszaken, daarbij het gezag van de rechter lijken te negeren en zo diens legitimiteit in twijfel trekken; terecht breekt hij de staf daarover.

4 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 304.

modern rechterschap te presenteren.¹ Die responsieve rechter is een figuur die tijdig en adequaat reageert op signalen uit rechtspraak en samenleving, die dienstbaar is aan de samenleving en die aansluit bij de wensen, verwachtingen en noden van de burgers.² Als wij deze opstelling serieus nemen, en niet louter als ‘managementspeak’ zien, zijn twee opmerkingen nodig. Eén: deze omschrijving klinkt als die van een kwalitatief goede rechter, zodat in zoverre het concept geen weerstand zal oproepen, maar ons ook niet verder helpt. Twee: als we uitgaan van een zekere nood aan ‘responsiviteit’, hoe ver reikt dat dan? Staat er een maat op het moeten luisteren naar de maatschappij? Zo ja, waar zit dan de rem of wie vormt die rem? In het licht van de onafhankelijkheid van de rechter is dat van belang, want die rechter moet zelfstandig tot een oordeel komen en kan zich niet laten leiden door ‘de mening’ van ‘het volk’. Oriëntatie op wat er (nu) leeft, is prima en nodig, zeker bij de invulling van open normen, maar de rechter moet wel de druk van de samenleving weerstaan en desnoods tegen de stroom (durven) ingaan.³ Zo kan en mag een rechter een vordering wegens smaad niet afwijzen omdat een deel van het volk meent dat de vermeend smadelijke uitlating waar zou kunnen zijn.⁴ De rechtsstaatgedachte brengt met zich dat ook onwelgevallige rechterlijke uitspraken rechtens zijn en gezag hebben.

[228] *De Raad voor de rechtspraak.* Een andere ontwikkeling die hier van belang is, betreft de komst in 2002 van de Raad voor de rechtspraak en – voor nu vooral – de daarmee gepaard gaande sterkere nadruk die is komen te liggen op effectiviteit en efficiëntie, beide elementen van ‘new public management’.¹ Op zichzelf is daar niets mee mis – effectiviteit is bijvoorbeeld ook een eis van Unierecht en wordt ook door de Hoge Raad meer en meer op de voorgrond geplaatst² – maar wel wordt gevreesd (‘waakzaamheid blijft geboden’) dat de rechterlijke onafhankelijkheid daaronder (en dan vooral de hiërarchie die dit

[227] 1 Aldus C.M.T. ERADUS, ‘Naar een ideaal gerecht’, Rechtspraaklezing 2010. Ook MAK 2008 spreekt veel over responsiviteit, waarmee ze lijkt te duiden op transparantie, efficiëntie en effectiviteit. Vgl. verder o.a. A.J. KWAK, M.A. LOTH, ‘Hybride juristen? Juristen tussen autonomie en responsiviteit en tussen recht- en doelmatigheid’, *Bestuurskunde* 2007-4, p. 8-16 en M.W. DE HOON, S. VERBERK, ‘Towards a More Responsive Judge: Challenges and Opportunities’, *Utrecht Law Review*, Vol. 10, Issue 4 (November) 2014, p. 27 e.v.

2 Zo begrijp ik C.M.T. ERADUS, ‘Naar een ideaal gerecht’, Rechtspraaklezing 2010.

3 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 304 en 320.

4 Ik doel op de zaak van de ‘klusjesman’ die bij voortduring beschuldigd werd van moord (in de ‘Deventer moordzaak’) door opiniepeiler Maurice de Hond, hetgeen als smaad werd gezien, zie HR 1 oktober 2010, *NJ* 2010/529 (De Hond).

[228] 1 Zie MAK 2008, en verder o.a. G.Y. NG, ‘A discipline of judicial governance?’, *Utrecht Law Review*, 2011, Issue 1, p. 102-116.

2 Zie nr. 92 e.v., en vooral HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (WOL).

brengt) te leiden heeft of zal hebben.³ Mak⁴ heeft in dit verband betoogd dat de constitutionele onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht toegenomen is, dat de rechtspositionele onafhankelijkheid niet veranderd is, maar dat de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter mogelijk verzwakt is door toegenomen rechterlijke samenwerking en doordat de Raad voor de rechtspraak een rol heeft als het om coördinatie en harmonisatie gaat. Daarbij past de kanttekening – Mak maakt die terecht – dat samenwerking de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bevordert, zodat rechtsbescherming en efficiëntie moeten worden afgewogen. Omdat rechterlijke samenwerking, wat mij betreft, feitelijk alleen de *interne* onafhankelijkheid (ten opzichte van de collega-rechters) zou kunnen bedreigen, terwijl het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voorkomt uit het tegengaan van, en vooral ziet op, externe bedreigingen,⁵ is daar echter weinig op tegen vanuit het oogpunt van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁶

6.3 Onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende en wetgevende macht

6.3.1 Inleiding

[229] *Twee samenhangende kernwaarden.* Het beginsel van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter valt, als wij derden verder buiten beschouwing laten, in tweeën uiteen, want diens onafhankelijkheid is uiteindelijk toch iets anders dan diens onpartijdigheid, hoewel ze sterk met elkaar samenhangen en veelal ook in samenhang beschouwd worden.¹ Die samenhang schuilt hierin dat de (staatrechtelijke) onafhankelijkheid van de rechterlijke macht de voor-

[228] 3 Hierover uitvoerig L.F.M. VERHEY, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht*, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2001, p. 27 e.v.

4 Zie E. MAK, 'De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid', *Trema* 2006, p. 373-381, alsmede MAK 2008, vooral p. 121 e.v.

5 Ik haak aan bij het onderscheid tussen externe en interne controle dat P.M. VAN DEN EIJNDEN, 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: P.T.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, p. 36, maakt.

6 Ik ben ook anderszins een voorstander van het gebruik van (en binding aan) rechterlijke samenwerkingsvormen en rechtersregelingen, zie GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 86.

[229] 1 Van Dijk e.a. 2006, p. 613; P.M. VAN DEN EIJNDEN, 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: P.T.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, p. 39-40; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 263; KUIJER 2004, p. 4-5; Harris e.a. 2014, p. 446, en (tot haar ongenoegen) VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 66-67 en 125-139. Over het theoretische concept nader KUIJER 2004, p. 204 e.v., alwaar ook diverse mogelijke, hier niet relevante onderscheidingen (functioneel, constitutioneel, feitelijk, persoonlijk, intern, etc.) besproken worden. Daarover ook VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 18-21.

waarden schept waarbinnen de rechterlijke macht dan onpartijdig kan opereren.² De onafhankelijkheid van de rechter is dan een middel tot een doel (eerlijke rechtspraak) waar de notie van onpartijdigheid het te bereiken doel (onpartijdige, en dus eerlijke rechtspraak) in zich draagt.³

Wat daarvan verder zij, 'onafhankelijk' betekent in dit kader dat de rechter zijn beslissing dient te kunnen baseren op zijn eigen, vrije oordeelsvorming, zonder binding aan partijen of de overheid en zonder dat zijn beslissing door een andere instantie dan een andere, onafhankelijke rechter kan worden gewijzigd.⁴ Dat wil dus zeggen dat de rechter onafhankelijk moet zijn ten opzichte van de wetgevende macht (§ 6.3.4), en praktisch belangrijker, ten opzichte van de uitvoerende macht, de regering of het bestuur (§ 6.3.2 en 6.3.3).⁵

6.3.2 *Het EVRM en de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht*

[230] *De rechter en de uitvoerende macht.* Naar Straatsburgse¹ vaste rechtspraak geldt, blijkens bijvoorbeeld de *Kleyn-zaak*, het volgende:

"In order to establish whether a tribunal can be considered 'independent' for the purposes of Article 6 § 1, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence."²

Het gaat volgens het Europese Hof dus *onder andere* om de wijze waarop de benoeming (en het ontslag) van rechters is geregeld, de duur van benoeming, de veiligheidskleppen die zijn ingebouwd ten opzichte van invloeden van buitenaf

[230] 2 Zie M.F.J.M. DE WERD, 'De wetgever en Artikel 6 EVRM', in: J.P. Loof, *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*, 1999, p. 32, Zie ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 395; vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 264 (onafhankelijkheid is bestaansvoorwaarde voor onpartijdigheid). Voor HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5 sub 2, is onafhankelijkheid niet meer dan een voorwaarde voor onpartijdigheid (dat als beginsel wel een plek heeft gekregen, los van de onafhankelijkheid van de rechter).

3 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 266.

4 Vgl. KUIJER 2004, p. 214 en 300 en TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces) recht* (BPP nr. II) 2004, p. 28, met verdere verwijzingen. Uiteraard is de rechter nooit geheel onafhankelijk: hij is aan het recht gebonden (TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 29; KUIJER 2004, p. 5).

5 De vraag naar de onafhankelijkheid van de rechter t.o.v. zijn collega's, via rechtersregelingen, komt aan bod in nr. 288.

[230] 1 Zie voor regelingen inzake onafhankelijkheid in andere verdragen en internationale regelingen dan het EVRM: VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 26 e.v.

2 Zie EHRM 6 mei 2003, *NJ* 2004/15, m.nt. P.J. de Boon; *AB* 2003/211 (*Kleyn t. Nederland*). Vgl. ook al EHRM 28 juni 1984, Series A, Vol. 80 (*Campbell & Fell t. VK*), § 137. Zie VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 60-61.

en om de vraag of het tribunaal het 'aanshijn' van onafhankelijkheid heeft.³ Daarnaast speelt, zo bleek al in nr. 223, een zeer belangrijke rol dat de rechter niet 'subject to any other authority' mag zijn, en dat 'members of the judiciary' deel moeten uitmaken van het gerecht.⁴ De Werd heeft er met recht op gewezen dat het hier om deels extrajuridische, sociologische begrippen gaat, die zich lastig op juridische wijze laten 'garanderen' en feitelijk machtsmisbruik niet zullen kunnen tegengaan.⁵ Niettemin, er is niet veel meer dat vanuit juridische optiek bereikt kan worden dan te trachten om feitelijk misbruik langs juridische (institutionele) weg tegen te gaan.

[231] *Feitelijk misbruik.* Over de mogelijkheden van misbruik is nog meer te melden, zoals de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM in de zaak *Ocalan t. Turkije* laat zien. In die zaak ging het om de leider van de PKK, de Koerdische afscheidingsbeweging, die veroordeeld is tot de doodstraf. In die zaak had een militair gedurende een deel van het proces als rechter op de zaak gezeten, maar was deze net een week voordat vonnis werd gewezen, vervangen door een gewone rechter. De vraag die voorlag was of het tribunaal nog 'independent and impartial' was. Het hof meent dat het begrijpelijk is dat de verdachte er moeite mee heeft om door een militair berecht te worden (§ 113), en of de (late) vervanging door een burgerlijke rechter voldoende was om een eventueel gebrek aan onafhankelijkheid te repareren, is nog maar de vraag, want:

"the question whether a court is seen to be independent does not depend solely on its composition when it delivers its verdict. In order to comply with the requirements of Article 6 regarding independence, the court concerned must be seen to be independent of the executive and the legislature at each of the three stages of the proceedings, namely the investigation, the trial and the verdict."¹

Het Hof oordeelt dat de militaire rechter aanwezig was bij twee voorlopige 'hearings' en bij zes 'hearings' over de inhoud van de zaak waarbij beslissingen genomen zijn die niet teruggedraaid zijn, maar die allemaal geaccordeerd zijn door de civiele rechter. In een dergelijk geval is de vervanging van de rechter niet afdoende om de vrees inzake de onafhankelijkheid en onpartijdigheid weg te

[230] 3 Van Dijk e.a. 2006, p. 613. Uitvoeriger over deze elementen KUIJER 2004, p. 216-292, alsmede P.M. VAN DEN EIJDEN, 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: P.T.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, vooral p. 41 e.v. (zij voegt daar 'bindendheid van de rechterlijke beslissing' aan dit rijtje toe) en VAN DEN EIJDEN 2011, p. 61 e.v. In EVRM-verband is ook nog van belang 'Recommendation R (94) 12 on the independence, efficiency and role of judges', uit 1994, opgenomen als bijlage in SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 345 e.v., en waarover KUIJER 2004, p. 212-213.

4 KUIJER 2004, p. 247 e.v. Het volgen van 'established case law' (precedenten) is (uiteraard) toegestaan, vgl. KUIJER 2004, p. 266.

5 M.F.J.M. DE WERD, 'De wetgever en artikel 6 EVRM', in: J.P. Loof, *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*, 1999, p. 34.

[231] 1 EHRM 12 maart 2003, nr. 46221/99 (*Ocalan t. Turkije*), § 114.

nemen (§ 117-118). Hoewel het hier om een strafzaak ging, kan er in elk geval uit afgeleid worden dat de eis van 'onafhankelijkheid' geldt voor (de duur van) het gehele proces, en niet alleen voor de einduitspraak.

6.3.3 *De (rechtspositionele) onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht naar Nederlands recht*

[232] *De rechtspositie van de rechter.* Om onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht te garanderen, is in Nederland een aantal waarborgen gecreëerd die eigenlijk grotendeels voor zich spreken, en ook effectief lijken te zijn in die zin dat Nederland op zichzelf goed scoort op dit vlak.¹ Al die waarborgen komen hierop neer dat de rechtspositie van de rechterlijke macht in Nederland nauwkeurig en *bij wet* geregeld moet zijn en is (art. 116-117 Gw).² Zo wordt de rechter weliswaar benoemd bij Koninklijk Besluit (en dus door de regering), maar dat geschiedt slechts na selectie door de rechterlijke macht zelf, terwijl vervolgens de benoeming ook meteen voor het leven geldt (d.w.z.: vooralsnog tot zeventig jaar). Amerikaans empirisch onderzoek heeft aangetoond dat een dergelijke benoeming voor het leven daar inderdaad bijdraagt aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht;³ het lijkt niet vreemd om die aanname door te trekken naar Nederland.

Daarnaast is een schorsing of een ontslag van een lid van de rechterlijke macht alleen mogelijk in bepaalde gevallen bij wet voorzien en indien dat geschiedt door een tot de rechterlijke macht behorend gerecht. In Nederland is deze taak aan de Hoge Raad opgedragen, zie art. 46b-46q Wet Rechtspositie Rechterlijk Ambtenaren (Wrra 1957). Dit leidt ertoe dat de regering niet kan ingrijpen als een rechter een uitspraak doet die haar niet welgevallig is. Ontslag van een rechter door een beslissing van de Hoge Raad is zeldzaam, maar het komt voor.⁴ Over-

- [232]
- 1 Zie E. BAUW, *Rechtspraak in tijden van crisis* (oratie Amsterdam UvA), 2010, p. 8-9. Nederland stond in die tijd wereldwijd op de twaalfde plaats als het om onafhankelijkheid van de rechter gaat. Inmiddels schijnen wij plaats tien wereldwijd (en plaats vijf binnen de EU) in te nemen, zie figuur 47 van *The 2015 EU Justice Scoreboard*, via http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2015_en.pdf. Er is dus ruimte voor verbetering. In de Rule of Law Index uit 2015 staat Nederland op een gedeelde derde plaats, zie *NJB* 2015/1133. Voor de EVRM-normen in deze, zie VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 61-62 en 68 e.v.
 - 2 Zie nader VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 180 e.v.; M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 17 e.v. en 29-31 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 286 e.v., die constateert dat sinds de komst van de Raad voor de rechtspraak de minister op nog grotere afstand staat bij benoemingen.
 - 3 Zie S. GRAVES, R.M. HOWARD & P.C. CORLEY, 'Judicial Independence: Evidence from a Natural Experiment', *Law and Policy* 38(1): 68-90 (2014), die dit onderzochten door onderzoek naar het gedrag van Amerikaanse rechters net voor en net na hun permanente benoeming door de president en de senaat.
 - 4 Zie nog het geval dat leidde tot (ontslag bij uitspraak van) HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK6646.

plaatsing, berisping en schorsing als meer gematigde sanctiemogelijkheden worden momenteel mogelijk gemaakt.⁵ Zo wordt meteen bereikt dat de rechter wel onafhankelijk is, en het rechtspositionele aspect daarvan in Nederland beter beschermd is dan art. 6 EVRM vereist,⁶ maar deze geen onbegrensde macht heeft.⁷ De verdere beoordeling van de mate van onafhankelijkheid van de rechter langs de lijn van diens 'rechtspositie', is vervolgens geënt op de wijze waarop het EHRM dit aspect bekijkt.⁸

Daarnaast is de financieringsstructuur van de rechtspraak inmiddels zo ingericht dat de regering daarop minder invloed heeft dan voorheen. De Raad voor de rechtspraak fungeert nu als buffer tussen minister en gerechten. De vrees, ten tijde van de omschakeling van de rechterlijke organisatie naar het nieuwe bestuursmodel van integraal management heeft er – wat daar verder ook van zij, bijvoorbeeld qua productiedwang en afstand tussen bestuur en werkvloer – niet toe geleid dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van de regering (significant) afgenomen is.⁹

6.3.4 Onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgevende macht: EVRM en Nederland

[233] *De rechter en de wetgevende macht.* 'Onafhankelijkheid' betekent naast onafhankelijk zijn tegenover de uitvoerende macht, ook onafhankelijk zijn ten opzichte van de wetgevende macht, en hoewel op dat vlak nauwelijks problemen rijzen in de praktijk,¹ kan er wel iets aan de hand zijn. Zo speelde enige jaren

[232] 5 Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 33 861, nrs. 1-3.

6 P.M. VAN DEN EIJNDEN, 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: P.T.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, p. 56-57. Zie ook L.F.M. VERHEY, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht*, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2001, p. 66 e.v.; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 292.

7 Nader over controlemechanismen in deze: P.M. VAN DEN EIJNDEN, 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: P.T.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, p. 48 e.v. Kritisch over wetsvoorstel 33 861 is P. Bovend'Eert, 'Wie bewaakt de bewakers?', *NJB* 2015/407, p. 509-510.

8 Ik ga dan ook niet verder in op het onderscheid tussen functionele en rechtspositionele onafhankelijkheid zoals dat wordt gemaakt door L.F.M. VERHEY, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht*, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2001 en P.M. VAN DEN EIJNDEN, 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: P.T.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, 2003, in navolging van F.J.F.M. DUYNSTEE, 'Rechterlijke onafhankelijkheid', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 35 e.v.

9 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 279-280, verwijzend naar o.a. de commissie-Deetman die de rechtspraak (over de gehele linie positief) evalueerde, vgl. I. GIESEN, L.M. COENRAAD, 'Kwaliteitsbevordering in de rechtspleging', *NJB* 2007/686, p. 784-793. Zie hieromtrent ook L.F.M. VERHEY, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht*, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2001 en VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 321-327 en 330 e.v.

[233] 1 Vgl. VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 115 e.v.

geleden een zaak bij het EHRM waarin een deskundige als lekenrechter op een huurzaak zat, terwijl de persoon in kwestie ook parlamentslid was. Dat 'leken', in de zin van 'niet tot de rechterlijke macht behorende personen' (vgl. art. 116 lid 3 Gw), deelnemen aan rechtspraak is op zich geen probleem, aldus het EHRM – terwijl de lekenrechtspraak in het Nederlands civiele proces verder aan alle vereisten van het EHRM voldoet² – en omdat de lekenrechter in kwestie niet wetgevend of uitvoerend met de juridische inhoud uit deze zaak bezig was geweest, kon dit rechterlijk optreden door de beugel. Het enkele feit dat hij ook lid van het parlement was, was hier onvoldoende om tot een gebrek aan onafhankelijkheid te kunnen concluderen.³ Ook in Nederland komt het overigens voor dat parlementariërs tevens rechter zijn, hetgeen Kuijer onverstandig voorkomt en De Groot-Van Leeuwen zelfs stoort.⁴ Van Emmerik e.a. en Van den Eijnden bevelen dan ook aan de combinatie rechter-parlamentslid in de ban te doen.⁵

[234] *Rechtsvormende taken kunnen 'clashen'*. In ons democratisch model staat voorop dat uiteindelijk de wetgever de hoogste macht is, want die wetgever kan desnoods de wet en het recht wijzigen in de gewenste zin; op die wijze kan zelfs een ongewenste rechterlijke uitkomst worden gecorrigeerd, iets dat in het bestaansrecht niet zeldzaam is. Omdat de wetgever conform de Grondwet tevens geacht wordt de rechtspositie van de leden van de rechterlijke macht te regelen, ligt daar ook de – gelukkig vooralsnog volstrekt theoretische – mogelijkheid om die rechtspositie af te zwakken of aan te tasten. Dat zal niet eenvoudig zijn, omdat regering en parlement dan eendrachtig samen moeten werken aan de sloop van de rechterlijke macht, maar het zou niettemin kunnen, theoretisch.

Waar praktisch gesproken nog wel eens een (kleine) 'clash' zou kunnen plaatsvinden, is het terrein van de rechtsvorming. Zowel de wetgever als de rechterlijke macht (met name de Hoge Raad) worden in Nederland erkend als rechtsvormers.¹ Voor de wetgever is dit uiteraard altijd een gegeven geweest; die

[233] 2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 295-296.

3 Zie EHRM 20 juni 2004, nr. 47221/99 (Pabla Ky t. Finland); M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 32-33.

4 Zie KUIJER 2004, p. 419-420 en L. DE GROOT-VAN LEEUWEN, *Rechtters tussen staat en straat*, 2005. Kuijer 2004, p. 345, geeft aan dat het EHRM geen abstracte oordelen velt op dit vlak, maar per geval zal oordelen.

5 M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 170; VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 389-390.

[234] 1 Vgl. I. GIESEN, H.N. SCHELHAAS, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', AA 2006, p. 159-173, en in deze context ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 298. Het idee van zo'n 'POR' komt niet in strijd met de onafhankelijkheid van de rechter, want meedenken in zo'n 'denktank' over veranderingen in het recht is iets anders dan geschillen beslechten en recht doen in een individueel geval; de rechters die meedoen, doen dat op eigen persoonlijk gezag en deskundigheid en niet om de rechterlijke macht te binden.

creëert in eerste instantie het recht, via wetten en uitvoeringsregelingen. Maar inmiddels wordt breed erkend dat ook de rechter aan rechtsvorming doet, omdat de wetgever nooit compleet kan zijn als het gaat om het maken van wetten. Elke wet kan en zal leemtes bevatten en niet geregelde gevallen oproepen, en daar wordt de rechter vervolgens mee geconfronteerd. Tegenwoordig wordt erkend dat in zo'n geval de rechter met behulp van de bestaande regels en met gebruikmaking van eerdere rechterlijke uitspraken zelf het recht vormt.² Door de toenemende internationalisering van het recht, wordt de rechtspraak bovendien meer in een rechtsvormende positie gemanoeuvreerd, zo lijkt het. Gegeven het systeem van het recht, gegeven de doelen en de strekking van bepaalde regelingen, de gebruikte woorden, de geschiedenis, anticipatie op nieuwe regels via analogieën en rechtsvergelijking en allerlei andere rechtsvindings technieken, komt de rechter dan tot een oplossing voor een geval, een oplossing die nieuw recht geeft voor dit en voor vergelijkbare toekomstige gevallen. Die uitspraak heeft het recht gevormd.

Als echter beide instituties, zowel wetgever als rechter, recht vormen, is er concurrentie. En waar er concurrentie is, kan het tot strijd komen. Gevolg is dat de jurist zich moet afvragen wie dan het primaat heeft. Theoretisch is dat een eenvoudige kwestie, als gezegd, want de wetgever gaat voor; dat is immers de hoogste macht, en deze kan elke rechterlijke beslissing terugdraaien door een nieuwe regel te aanvaarden in een nieuwe wettelijke regeling. Dat is overigens ook het beste voor de positie en de onafhankelijkheid van de rechters, want het ontslag van een rechter die een uitspraak wijst die niet bevalt, is daarmee overbodig; de wetgever kan een uitspraak gewoon elimineren door een nieuwe wet te maken. Wie de toevallig beslissende rechter was, is daarbij eigenlijk niet interessant.

Deze theorie vertaalt zich onder andere in art. 12 Wet Algemene Bepalingen: "Geen rechter mag bij wege van algemeene verordening dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijn beslissing onderwerpen zijn." Het toetsingsverbod van art. 120 Gw postuleert dezelfde grondgedachte. De rechter mag geen algemene regels geven, dat is aan de wetgever. De daarachter gelegen gedachte is dat de democratisch gelegitimeerde wetgever dit zelf kan en dat de rechter daar dus niet in hoeft te treden.

[234] 2 De polemiek rondom de taak(vernieuwing) van de Hoge Raad na het rapport van de commissie-Hammerstein heeft nogmaals bevestigd dat dit thema (vormt of vindt de rechter recht?) nog steeds tot hevige discussies leidt, vgl. bijv. de (terechte) bestrijding van C.A.J.M. Kortmanns opvatting door HAMMERSTEIN: A. HAMMERSTEIN, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', AA 2009, p. 672-675.

[235] *De Nederlandse praktijk: co-existentie.* In de praktijk ligt dit alles echter net even anders.¹ Art. 120 Gw in zijn huidige vorm² is links en rechts ingehaald door de toetsing aan het EVRM zodat daarin geen belemmering meer schuilt. Art. 12 Wet AB geldt natuurlijk nog steeds, maar is misschien wel het meest genegeerde wetsartikel uit ons rijke arsenaal aan regels. Want hoewel geen enkele rechter ooit een vonnis in de vorm van een algemene uitspraak wijst, weet elke jurist dat iedere uitspraak van welke rechter dan ook, als een algemene regel kan gaan fungeren indien andere rechters en partijen die uitspraak gaan gebruiken, volgen en naleven. Als dat gebeurt, is de individuele beslissing een algemene regel geworden. Dat noemen we dan (quasi)precedentwerking, de uitspraak vormt een precedent, een leidend voorbeeld voor een ander, hetgeen overigens een fenomeen is dat in Nederland officieel niet schijnt te bestaan, maar officieus wel degelijk heersend is.³

Uiteraard geldt daarbij dat een volgende rechter niet daadwerkelijk gebonden is aan de eerdere uitspraak van zijn collega, zodat diens onafhankelijkheid in die zin niet in het geding komt. Ook is hier van wezenlijk belang dat de wetgever de rechter kan 'overrulen', zoals besproken in nr. 234. Dat wordt ook wel overwogen maar dat gebeurt heel zelden, zeker in het privaatrecht. De privaatrechtelijke wetgever grijpt dus niet in, en daarin ligt, net als in de erkenning dat de rechter in Nederland rechtsvormend werkt, ook veel van de onafhankelijkheid van die rechter besloten, een onafhankelijkheid die een kwaadwillende rechter vervolgens natuurlijk zou kunnen 'misbruiken' door zijn eigen wil, en niet het recht, toe te passen onder het mom van 'rechtsvinding'.⁴ Ik meen echter dat zich op dit vlak geen noemenswaardige problemen voordoen in Nederland, hoewel in de literatuur ervoor gepleit is de onafhankelijke positie van de rechter te mitigeren (meer onder controle te stellen, bijvoorbeeld van de Staten-Generaal), vanwege dit aspect.⁵ Mijns inziens zou juist dat idee afdoen aan de onafhankelijke positie van de rechter.

-
- [235]
- 1 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 276-278 en 297-299. Dit boek is niet de plaats om het uitvoerige debat dat op dit punt gevoerd is en kan worden, in alle finesses weer te geven. Wat volgt, is mijn eigen opvatting.
 - 2 Ik laat de discussie over de eventuele herziening daarvan (zie *Kamerstukken* 32 334) rusten, zie bijv. de *Jonge NJV Essays* dienaangaande van SILLEN, VAN DER WOUDE en EMAUS in *NJB* 2010/2231-2233, p. 2742 e.v.
 - 3 Een behartenswaardige uitzondering vormt Rb. Arnhem 9 juni 2010, *JA* 2010, 100, waarin een uitspraak van de Hoge Raad opzichtig doch naar de geest onjuist, als niet relevant werd gepasseerd. Vgl. daarover R. RIJNHOUT, I. GIESEN, 'Rechterlijke 'ongehoorzaamheid' en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *WPNR* 6870 (2011), p. 35-37.
 - 4 Zie (de overigens overdreven bezorgdheid van) M. SCHWARZSCHILD, 'Judicial Independence vs. Judicial Independence (October, 21 2010)', SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1695565>.
 - 5 Zie V.V.R. VAN BOGAERT & H.G. HOOGERS, 'De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt – Over toezicht en rechters*, 2003, p. 1-34.

6.4 Onpartijdigheid van de rechter ten opzichte van de procespartijen

6.4.1 De eisen die het EVRM stelt

[236] *Neutraliteit en objectiviteit.* Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid heeft ook en vooral betrekking op de onafhankelijk van de rechter ten opzichte van de betrokken procespartijen. Het gaat dan om diens onpartijdigheid, de afwezigheid van vooringenomenheid en van vooroordelen.¹ In de eerste plaats gaat het dus om neutraliteit, objectiviteit, geen vooringenomenheid en een zekere afstandelijkheid bij behandeling van de zaak.² Het EHRM zegt het zo dat “what is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all in the parties to proceedings”.³ Die onpartijdigheid moet vervolgens uiteraard tegenover beide partijen bestaan, want uiteindelijk wil het EVRM bereiken dat *geen* van de partijen op achterstand komt te staan en dat *beide* partijen gelijk behandeld worden.

De beoordeling of er sprake is of was van partijdigheid, geschiedt in Nederland heden ten dage in eerste instantie conform de normen die art. 6 EVRM en de eisen die het EHRM in zijn rechtspraak gesteld heeft. De beoordeling loopt steeds langs twee lijnen, te weten die van de subjectieve onpartijdigheid en van de objectieve onpartijdigheid.

[237] *De zaak Hauschildt t. Denemarken.* Eén van de mijlpalen op dit terrein was de zaak *Hauschildt t. Denemarken*.¹ Hauschildt ondervindt als directeur van een onderneming problemen met de Deense fiscus en het OM. Hij wordt in hechtenis genomen. Zijn zaak wordt behandeld door een beroepsrechter en twee lekenrechters. De beroepsrechter was dezelfde rechter die voordien een aantal maal de voorlopige hechtenis van Hauschildt had verlengd. Hauschildt wordt schuldig bevonden, tot zeven jaar celstraf veroordeeld, in hoger beroep teruggebracht tot vijf jaar.

[236] 1 Zie bijv. VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 123 en EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (Micallef t. Malta), § 93. Ik ga niet nader in op de onafhankelijkheid van de procespartijen (bijv. het niet betaald worden door partijen) die KUIJER 2004, p. 261-264 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 304, nog onderscheiden.

2 Vgl. KUIJER 2004, p. 303.

3 Zie EHRM 6 mei 2003, *NJ* 2004/15, m.nt. P.J. de Boon; *AB* 2003/211 (Kleyn t. Nederland), § 191 en EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (Micallef t. Malta), § 98 en 99.

[237] 1 EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990/627, m.nt. P. van Dijk (Hauschildt t. Denemarken). Zie ook EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (Micallef t. Malta), § 93. Voor de zekerheid: de lijn uit deze uitspraak werd al eerder ingezet, zie EHRM 1 oktober 1982, Series A, Vol. 53 (Piersack t. België) en EHRM 26 oktober 1984, *NJ* 1988/744, m.nt. E.A. Alkema (De Cubber t. België); vgl. KUIJER 2004, p. 304. Deze lijn geldt ook in civiele zaken, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 313.

Gezien het belang van de uitspraak citeer ik iets ruimer uit hetgeen het Europese Hof in algemene zin heeft overwogen:

“46. The existence of impartiality for the purposes of Art. 6 par. 1 must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect. (...)

47. As to the subjective test, the applicant has not alleged, either before the Commission or before the Court, that the judges concerned acted with personal bias. In any event, the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary and in the present case there is no such proof. (...)

48. Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw (...). This implies that in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive (...). What is decisive is whether this fear can be held objectively justified.”

[238] *Subjectieve toets*. Het EHRM vereist dus een tweeledige beoordeling.¹ Eerst wordt de kwestie subjectief gezien: hoe is de persoonlijke instelling van de rechter ten opzichte van de zaak? Daarbij wordt de rechter vermoed onpartijdig te zijn.² Dat maakt deze subjectieve beoordeling lastig, want de redenen voor een beslissing zijn, ook indien gemotiveerd, niet eenvoudig boven water te krijgen. Voor het strafrecht – maar er is geen reden te bedenken waarom dit niet ook *in civilibus* zou gelden – stelt Stevens dan ook: “In die zin moet eigenlijk altijd gesproken worden van *schijn* van partijdigheid omdat de feitelijke partijdigheid nooit met zekerheid kan worden vastgesteld.”³ De subjectieve partijdigheid moet dus (en kan dus alleen) uit de houding van de rechter tijdens de procedure of uit de beslissing zelf volgen.⁴ Daar komt nog bij dat het EHRM naar een zeer expliciete vorm van partijdigheid zoekt en derhalve na lijkt te gaan wat de rechter dacht.⁵ Dat is een nogal beperkte insteek en dus komt het EHRM niet vaak tot een

[238] 1 Vgl. ook E. BAUW e.a., *Togadragers in de rechtsstaat*, 2013, p. 75-79. Er wordt overigens gewerkt aan en met een set van indicatoren voor beide vormen van onafhankelijkheid, zie ENCJ, ‘Independence and Accountability of the Judiciary. ENCJ Report 2013-2014’, zie www.ency.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/ency_report_independence_accountability_adopted_version_sept_2014.pdf.

2 Vgl. ook al EHRM 23 juni 1981, NJ 1982/602 (Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België) en bijv. ook HR 18 november 1997, NJ 1998/244. Kritisch daarover: KUIJER 2004, p. 380.

3 L. Stevens, ‘Artikel 271 Sv’, in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 7.3.

4 Van Dijk e.a. 2006, p. 616; L. Stevens, ‘Artikel 271 Sv’, in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 7.3.

5 Zie L. STEVENS, ‘Artikel 271 Sv’, in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 7.4; M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, 1997, p. 38.

veroordeling op dit punt.⁶ Vanuit het strafrecht is in dit verband als relevant beoordeeld dat de rechter speculeert zonder dat het bewijs die speculatie steunt, dat de rechter iemands schuld uitdrukt bij een nog voorlopige beoordeling, bijvoorbeeld inzake de voorlopige hechtenis, en dat de rechter met strafverzwaring dreigt als een verweer niet wordt ingetrokken.⁷ Ook in hierna nader te bespreken *Kyprianou*-zaak⁸ was er sprake van subjectieve partijdigheid aangezien de rechters hadden aangegeven ‘deeply insulted’ te zijn. Op zichzelf zijn deze omstandigheden ook in een civielrechtelijk context denkbaar en kunnen zij dus ook voor het burgerlijk procesrecht als leidraad dienen, mits de daaraan gelieerde vrees voor subjectieve partijdigheid objectief gerechtvaardigd is.⁹

[239] *Objectieve toets.* Ten tweede wordt de kwestie objectief gezien, lettend op de structuur van de rechterlijke macht en de taken die aan de rechter zijn toebedeeld.¹ Er volgt een onderzoek naar externe feiten en omstandigheden die aanleiding kunnen zijn voor de gedachte dat de rechter niet onpartijdig was; daarbij wordt de rechter geacht partijdig te zijn – dat lijkt op een vermoeden, maar dan een van de onweerlegbare soort – zodra de *schijn* van partijdigheid kan worden vastgesteld. De toetsingsmaatstaf is of sprake is van ‘legitimate doubt’. Daarbij is het standpunt van de procespartij van belang, maar niet beslissend. Beslissend is of de vrees voor een niet-onafhankelijke rechter ‘objectively justified’ is.²

In het *Hauschildt*-geval was de angst voor partijdigheid gelegen in het feit dat de rechter in kwestie eerder al uitspraken had gedaan over de zaak, namelijk in de fase voorafgaand aan het eigenlijke proces. Het EVRM overweegt te dien aanzien dat beslissingen in de ‘pre-trial’ fase niet dezelfde zijn als die tijdens en na het proces, en dus dat:

“the mere fact that a trial judge or an appeal judge has also made pre-trial decisions in the case, including those concerning detention on remand, cannot be held as in itself justifying fears as to his impartiality.”³

Zoals altijd kunnen specifieke omstandigheden dit toch weer anders doen zijn, en dat was in casu het geval omdat de beoordelingsmaatstaf in de ‘pre-trial’ fase en

[238] 6 L. STEVENS, ‘Artikel 271 Sv’, in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 7.4; KUIJER 2004, p. 309 e.v.

7 Voor deze gevallen, zie L. STEVENS, ‘Artikel 271 Sv’, in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 7.4.

8 EHRM 27 januari 2004, *NJB* 2004/13 (*Kyprianou t. Cyprus*).

9 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 307. Voor meer Europese rechtspraak, zie KUIJER 2004, p. 309-334.

[239] 1 Zie KUIJER 2004, p. 304.

2 O.a. EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (*Micallef t. Malta*), § 96. Over het voorgaande ook Van Dijk e.a. 2006, p. 616; Harris e.a. 2014, p. 450 e.v. Vgl. recent nog EHRM 5 juni 2014, nr. 50996/08 (*HIT d.d. Nova Gorica t. Slovenië*), § 36.

3 Zie EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990/627, m.nt. P. van Dijk (*Hauschildt t. Denemarken*), § 51; Van Dijk e.a. 2006, p. 617.

gedurende het eigenlijke proces min of meer dezelfde was. Daardoor werd via het eerste, voorlopige oordeel al (te zeer) vooruitgelopen op het latere, finale oordeel.

[240] *Geen waterdicht schot: de zaak Kyprianou t. Cyprus.* Dat er een scheiding wordt aangebracht tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid, wil (uiteraard) niet zeggen dat er een waterdicht schot tussen beide bestaat.¹ Dat zou ook niet passen, omdat de subjectieve onpartijdigheid (die vermoed wordt te bestaan) nu eenmaal, als gezegd, moeilijk te weerleggen is. Dit alles werd buiten twijfel gesteld door het EHRM in de zaak *Kyprianou t. Cyprus*.² Het Hof overweegt in die zaak onder andere dat het gedrag van een rechter “may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction (subjective test)”. Dat leidt er dan ook toe dat het Hof meestal focust op de objectieve toets.³

In het licht van deze overweging heeft het Hof vervolgens in dezelfde zaak⁴ de reeds bestaande eigen toets van de onpartijdigheid nader ingevuld in die zin dat er twee situaties bestaan waarin de vraag naar een gebrek aan onpartijdigheid rijst. De eerste situatie betreft gevallen waarin er sprake is van een *functioneel* gebrek aan partijdigheid. Het gaat dan niet om het persoonlijke gedrag van een specifieke rechter, maar om de organisatie van de rechterlijke macht en de taken van de rechter, bijvoorbeeld in verband met verschillende functies die eenzelfde persoon binnen de rechtspleging uitoefent of om een band tussen de rechter en een andere actor in de procedure, waardoor er objectieve twijfel kan ontstaan.

Ten tweede zijn er situaties denkbaar waarin er een *persoonlijk* gebrek aan onpartijdigheid bestaat, voortvloeiend uit het gedrag van een rechter in een specifieke zaak. Dat gedrag kan voldoende zijn – in termen van de objectieve onpartijdigheid – ‘to ground legitimate and objectively justified doubt’. Het gedrag kan echter ook van dien aard zijn dat het veeleer een kwestie van subjectieve onpartijdigheid betreft (zoals een persoonlijk vooroordeel). Het hangt van de omstandigheden af of het een danwel het ander zich eventueel voordoet.

In het specifieke geval van *Kyprianou* ging het erom dat de rechters zich beledigd voelden door advocaat *Kyprianou*, na onenigheid met hem over hoe een getuigenverhoor verlopen was (de rechters zouden niet opgelet hebben). De rechters zelf beschuldigen *Kyprianou* van ‘contempt of court’ én veroordelen hem vervolgens meteen tot vijf dagen cel. De vervolging en berechting vielen hier dus letterlijk samen en dat is een functioneel gebrek in de hiervoor bedoelde zin. Er was daarnaast overigens ook sprake van een schending van de subjectieve

[240] 1 KUIJER 2004, p. 380, spreekt over een ‘ambiguous demarcation’.

2 EHRM 27 januari 2004, *NJB* 2004/13 (*Kyprianou t. Cyprus*). Zie ook EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (*Micallef t. Malta*), § 58.

3 Vgl. EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, *NJB* 2009/705 (*Olujic t. Kroatië*), § 58.

4 EHRM 27 januari 2004, *NJB* 2004/13 (*Kyprianou t. Cyprus*), § 121. Zie ook EHRM 9 juli 2015, nr. 38191/12 (*A.K. t. Liechtenstein*), § 67.

onpartijdigheid (de beslissende rechters hadden immers al aangegeven 'deeply insulted' te zijn).

In latere rechtspraak komt het hiervoor gemaakte onderscheid tussen functionele en persoonlijke gebreken weliswaar minder prominent naar voren, maar het functionele aspect blijft van belang: hoe staat het met de interne organisatie? Is er bijvoorbeeld een wrakingsregeling? De *Kyprianou*-zaak blijft dan ook een belangrijke zaak voor het Hof.⁵

[241] *Verdere voorbeelden.* Soms zijn zaken¹ met betrekking tot de objectieve partijdigheid evidente gevallen, althans voor buitenstaanders. Zegt een rechter bijvoorbeeld na afloop van een rechtszaak in de media dat hij zich eigenlijk had moeten terugtrekken, dan is er uiteraard sprake van objectieve twijfel aan zijn onpartijdigheid.² Hetzelfde geldt voor publiekelijke uitingen voorafgaand aan een zaak.³ Ook ligt het voor de hand dat een rechter die in eerste aanleg een zaak behandeld heeft, dat niet ook en nogmaals in hoger beroep doet.⁴

De objectieve onpartijdigheid is echter niet in het geding als een rechter eerder een beslissing nam die ongunstig voor een procespartij was,⁵ en ook niet als een rechter betrokken was bij een (vergelijkbare) uitspraak die kracht van gewijsde heeft verkregen, want aan zo'n uitspraak is immers iedere opvolgende rechter gebonden.⁶ Daarbij aansluitend: de regeling van art. 161 Rv inzake de dwingende bewijskracht die de civiele rechter onder bepaalde voorwaarden aan een strafvonnis moet hechten, doet geen afbreuk aan de onpartijdigheid van die civiele rechter ten opzichte van de strafrechtelijk veroordeelde procespartij: gebondenheid aan een uitspraak van een andere rechter is toegestaan.⁷

Dit alles ligt echter anders als het gaat om een verzoek tot faillietverklaring waaraan een in kracht van gewijsde gegaan kort geding-arrest vooraf is gegaan, en inmiddels een bodemprocedure loopt, aldus Hof Amsterdam in een wrakingszaak. Dezelfde rechter die over hetzelfde geschilpunt tussen dezelfde partijen oordeelt? Daar is de vrees voor een niet geheel onbevangen kijk wel degelijk gerechtvaardigd.⁸

[240] 5 Zie EHRM 15 oktober 2009, NJ 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (Micallef t. Malta), § 95 en 97, en EHRM 24 september 2009, nr. 3338/05 (Procedo Capital Corporation t. Noorwegen).

[241] 1 Voor een overzicht van rechtspraak, zie KUIJER 2004, p. 334-366.

2 EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, NJB 2009/705 (Olujic t. Kroatië), § 63.

3 Van Dijk e.a. 2006, p. 617.

4 Harris e.a. 2014, p. 453; Van Dijk e.a. 2006, p. 618.

5 EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (Nikolova en Vandova t. Bulgarije), § 90.

6 Zie nader EHRM 22 oktober 2007, nr. 27527/03 (Lindon e.a. t. Frankrijk).

7 Zie HR 12 december 2003, NJ 2004/102 (Vader/Dochter).

8 Zie Hof Amsterdam 16 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4264, alsmede EHRM 5 juni 2014, nr. 50996/08 (HIT d.d. Nova Gorica t. Slovenië), § 40, waaruit blijkt dat dit ook geldt als formeel gesproken dezelfde rechter niet zijn eigen eerdere zaak opnieuw beoordeelt, maar wel materieel hetzelfde, beslissende punt in het geschil.

Een voorbeeld uit de Europese rechtspraak van onterechte twijfel aan de objectieve onpartijdigheid van de rechter doet zich voor als twee opeenvolgende rechters in een en dezelfde zaak ook samen in één kantooruimte als een advocaat werkzaam zijn, maar waarbij geen van de twee afhankelijk is van de ander. In casu deelde de twee personen wel kantooruimte, maar niet hun inkomen, was er geen sprake van ondergeschiktheid aan elkaar, waren betrokkenen geen vrienden en was er niet gesproken over de zaak.⁹

[242] *De persoon van de rechter.* Het Europese Hof spreekt zich veelal uit over gevallen die zien op een mogelijke 'relatie' van de rechter met de procespartijen, doch niet over de 'relatie' van een rechter tot het object van het geschil, hoewel ook daar een probleem zou kunnen bestaan als bijvoorbeeld een rechter eerder als wetenschapper over een bepaalde juridische kwestie geschreven heeft. Kern van het verhaal is dat een rechter niet een al te persoonlijke boodschap zal kunnen uitdragen; de persoon van de rechter speelt wel onvermijdelijk een rol, maar niet een al te nadrukkelijke.¹ Meer concreet: wetenschappelijke opvattingen staan permanent bloot aan verandering en kunnen altijd wijzigen, dat is de kern van wetenschap, dus in het eerder al een bepaalde wetenschappelijke opvatting hebben ingenomen, schuilt geen gevaar, aldus Smits.² Kuijer ging hem daarin voor: een rechter mag een mening hebben.³

In theorie is dit natuurlijk waar, maar men kan zich wel afvragen hoeveel personen makkelijk een eerder ingenomen juridische standpunt zullen inruilen voor een andere visie, zeker als er discussie mogelijk is over wat de juiste interpretatie is, hetgeen niet zelden het geval is. Licht naïef is de opvatting van Smits en Kuijer wat mij betreft dan ook, hoe begrijpelijk – want sociaal wenselijk – die opvatting verder ook is.

Meer in het algemeen duikt nog regelmatig de vraag op in hoeverre de persoon van de rechter niet ten minste medebepalend is voor de uitkomst van een zaak. Juist daarom is ook de toedeling van zaken zo van belang, zie nader nr. 289. 'Law is what the judge had for breakfast', aldus een gevleugelde Amerikaans uitdrukking die voorheen als een soort lijfspreuk voor een hele beweging ('Legal realism') gold.⁴ Uiteraard laat zich de vraag stellen of deze opvatting vervolgens niet doorslaat de andere kant op, maar duidelijk is wel dat meer onderzoek naar de persoon van de rechter en diens invloed, van belang is, ook vanuit het oogpunt van onpartijdigheid.

[241] 9 EHRM 19 mei 2005, NJ 2006/14 (Steck-Risch t. Liechtenstein). Andere voorbeelden geeft SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 308.

[242] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 309-310, en vgl. de discussie tussen INGELSE (NJB 2010/1593, p. 1962-1968) en VAN DEN EMSTER (NJB 2010/2094, p. 2597).

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 311.

3 KUIJER 2004, p. 326: wat hem betreft zal het EHRM dit niet via art. 6 EVRM afstraffen.

4 Over die beweging toen en nu: J.B.M. VRANKEN, 'Een nieuw rechtsrealisme in het privaatrecht', *WPNR* 6912 (2011), p. 1113 e.v.

[243] *Dezelfde cassatierechters.* Een in potentie ook voor het Nederlandse civiele procesrecht belangwekkende zaak is die van *Mancel en Banquart t. Frankrijk*.¹ In die (straf)zaak werd het Franse Cour de cassation tweemaal ingeschakeld. De klagers stelden dat de formatie van het Cour de cassation in tweede instantie niet onpartijdig was omdat zeven van de negen rechters uit dat hof ook al over het eerste beroep hadden geoordeeld. Het EHRM meent dat de formatie van het Franse hof *prima facie* twijfel zou kunnen wekken bij de klagers over de onpartijdigheid. Of er inderdaad sprake was van enige 'bias', of de schijn daarvan, hangt onder andere af, gegeven de bijzondere aard van de cassatieprocedure, van de vraag of het voorwerp van geschil in het tweede beroep vergelijkbaar was aan hetgeen waarover al eerder geoordeeld werd. Als dat, zoals in casu het geval was, omdat het over hetzelfde onderwerp ging en ook in eerste instantie al op het feitencomplex is ingegaan, dan zijn er objectieve redenen aanwezig voor de vrees dat de rechter wellicht bevooroordeeld was.

Voor de Nederlandse cassatierechtspraak kan deze uitspraak in die zin gevolgen hebben dat als een zaak na cassatie terugverwezen wordt naar een hof waarna in die zaak nogmaals cassatie wordt ingesteld, de samenstelling van de (civiele) kamer wellicht een andere moet zijn dan in eerste instantie. Dat levert dan in zoverre (net) geen moeilijkheden op dat de civiele kamer uit tien raadsheren bestaat en men dus net aan een geheel nieuwe zetel kan laten oordelen. Een probleem schuilt dan echter wel nog in de werkwijze van de civiele kamer, die immers alle zaken gezamenlijk pleegt te bespreken, en dus in het bijzijn van alle raadsheren, ook zij die in de betreffende zaak niet de zetel vormen. Weliswaar hebben dan vijf raadsheren niet het arrest mede gewezen, maar betrokken waren ze wel.

Veel problemen zullen in dit soort gevallen echter voorkomen worden doordat de Hoge Raad niet snel over eenzelfde voorwerp van geschil zal hoeven te oordelen indien een zaak een tweede maal in cassatie aan bod komt (de bedoeling is immers dat een geschilpunt na de eerste cassatieprocedure uitgedeed is), maar helemaal uitgesloten is dat niet, bijvoorbeeld bij een motiveringsklacht over de weging van de factoren uit een omstandighedencatalogus. Zo'n kwestie kan zomaar nogmaals aan de Raad voorgelegd worden nadat het verwijzingshof weer (wellicht dit maal voor de andere partij) onwettig beslist heeft.

[244] *Bij prejudiciële vragen.* Ook ten aanzien van de beantwoording van prejudiciële vragen door de Hoge Raad past in dit kader voorzichtige vrees. Nadat een prejudiciële vraag behandeld is, kan dezelfde zaak immers nogmaals aan bod komen bij de Hoge Raad; die optie is specifiek opengelaten door de wetgever.¹

[243] 1 EHRM 24 juni 2010, *NJB* 2010/1882 (Mancel en Banquart t. Frankrijk). Vgl. ook Harris e.a. 2014, p. 453.

[244] 1 Daarover o.a. N. FRENK, A.M. WOLFRAM-VAN DOORN, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RMThemis* 2009, p. 164-175.

Dat de Hoge Raad zijn werkwijze zal moeten aanpassen, durf ik niet met zekerheid te stellen; wel denk ik dat men zich moet realiseren dat er hier een probleem zou kunnen ontstaan, zodat men daarop ook een antwoord zal moeten formuleren. Daarbij is dan nog in het bijzonder van belang dat als alle tien de raadsheren meegedacht hebben in de eerste cassatieprocedure, men niet eenvoudig een nieuwe kamer zal kunnen samenstellen, mocht zich het probleem voordoen. Men kan dan echter wel aan de leden van de belastingkamer en de strafkamer vragen zich over de zaak te buigen. Gezien het nog steeds vrij regelmatig rouleren van raadsheren tussen de kamers, zou dat een oplossing kunnen bieden.

[245] *De Procola-zaak*. Een volgende belangrijke zaak – vooral vanwege de uitstraling naar de Nederlandse situatie – is de *Procola-zaak*¹ betreffende de Luxemburgse Raad van State, welke net als de Nederlandse Raad van State een adviesorgaan inzake wetgeving én een rechtsprekend orgaan is. De Luxemburgse Raad van State had op enig moment de regering geadviseerd over de nieuwe regeling voor de verdeling (deels met terugwerkende kracht) van melkquota, en op basis daarvan kwamen enkele uitvoeringsregelingen tot stand. Procola vindt het haar toebedeelde quorum te laag, gaat in beroep, en komt weer bij de Raad van State uit. De rechters binnen de Raad van State verwierpen het beroep. Bij het Europese Hof wordt art. 6 EVRM erbij gehaald omdat de Raad van State geen onpartijdige rechter zou zijn.

Het Hof overweegt eerst dat het hier niet om de onafhankelijkheid van de rechter gaat, maar dat alleen de onpartijdigheid ter discussie staat omdat vier van de vijf staatsraden moesten beslissen over de rechtmatigheid van een regeling waarover ze eerder al geadviseerd hadden. Vervolgens heet het in § 45:

“The Court notes that four members of the Conseil d’Etat carried out both advisory and judicial functions in the same case. In the context of an institution such as Luxembourg’s Conseil d’Etat the mere fact that certain persons successively performed these two types of function in respect of the same decisions is capable of casting doubt on the institution’s structural impartiality. In the instant case, Procola had legitimate grounds for fearing that the members of the Judicial Committee had felt bound by the opinion previously given. That doubt in itself, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the tribunal in question.”

Dat betekent dus dat art. 6 EVRM geschonden is; het enkele feit dat advisering en rechtspreken door dezelfde personen is gebeurd, is voldoende voor twijfel over de onpartijdigheid van de staatsraden.

[246] *De Kleyn-zaak*. Meteen na deze zaak rezen er in Nederland vragen over onze eigen Raad van State, en een paar jaar later lag die positie inderdaad onder vuur bij het EHRM, via de *Kleyn-zaak*.¹ De Raad van State had geadviseerd inzake

[245] 1 EHRM 28 september 1995, NJ 1995/667 (*Procola t. Luxemburg*).

[246] 1 Zie EHRM 6 mei 2003, NJ 2004/15, m.nt. P.J. de Boon (*Kleyn t. Nederland*).

de aanleg van die Betuwelijn, speciaal over de zogenaamde Tracéwet, waarin onder andere geregeld werd dat (geen bezwaar maar) enkel beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State openstond. De Raad zelf was kritisch daarover maar meende dat dit voor de Betuwelijn door de beugel kon. De wet komt tot stand, op basis van die wet volgt er een zogenaamd tracébesluit en daartegen gaan diverse klagers in beroep bij, uiteraard, de Raad van State. Aldaar wordt de zaak toegewezen aan één staatsraad die ook al geadviseerd had en aan twee andere staatsraden. Een wrakingpoging volgt, maar die wordt afgewezen; het beroep van de klagers wordt ongegrond verklaard. De zaak wordt vervolgens in Straatsburg aangebracht.

Het EHRM stelt vast dat het Europees verdrag niet van een bepaalde theorie van machtscheiding uitgaat, maar van de rechten zoals die verleend zijn in dat verdrag. Bij de vraag naar de objectieve onpartijdigheid heeft de Nederlandse Staat aangegeven maatregelen genomen te hebben na de *Procola*-zaak, hetgeen betekent dat:

“the composition of the bench will only be scrutinised if doubts are expressed by a party; the criterion then applied is that if the appeal goes to a matter explicitly addressed in a previous advisory opinion, the composition will be changed so as to exclude any judges who participated in that opinion.”

Het Hof is er echter niet zeker van dat dit voldoende is om onafhankelijk en onpartijdig te kunnen zijn, maar het is niet aan het Hof om *in abstracto* te oordelen of de Raad van State onafhankelijk is, het gaat er alleen om of in deze specifieke zaak de objectieve onpartijdigheid bewaakt is nu staatsraden zowel advies geven als recht spreken (§ 198). Te dien aanzien loopt de zaak dan met een sisser af omdat het advies betrekking had op de Tracéwet en de rechterlijke uitspraak ging over het Tracébesluit, het besluit dat op basis van de procedurele regels van de Tracéwet is genomen:

“200. The Court is of the opinion that, unlike the situation examined by it in the above-cited cases of *Procola v. Luxembourg* the advisory opinions given on the Transport Infrastructure Planning Bill and the subsequent proceedings on the appeals brought against the Routing Decision cannot be regarded as involving ‘the same case’ or ‘the same decision’.”

Het ging hier niet om dezelfde zaak of dezelfde beslissing en dus was de onpartijdigheid niet in het geding, hoewel het EHRM laat doorschemeren niet zeker ervan te zijn dat dat altijd zo zal zijn.² De Nederlandse regering is daardoor toch bevreesd geraakt en heeft in de nasleep van de *Kleyn*-zaak de onpartijdigheid van de Raad van State (hernieuwd) trachten te waarborgen door een specifieke ‘Afdeling advisering’ in te stellen naast de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en door in de wet op te nemen dat een Staatsraad niet zowel adviseert als recht spreekt in dezelfde zaak. Omdat dubbelbenoemingen in beide

[246] 2 Vgl. Van Dijk e.a. 2006, p. 619.

afdelingen met deze wijziging nog steeds mogelijk blijven, zijn echter nog niet alle zorgen voorbij.³ Het debat was dat ook nog niet, want blijkens de behandeling in de Eerste Kamer is met de nieuwe wetgeving een tussenfase ingegaan en geen definitieve structuur neergezet.⁴ Inmiddels ligt er echter een kabinetsplan voor om de afdelingen wetgeving en rechtspraak binnen de Raad van State functioneel nog strikter te scheiden en om de mogelijkheid van dubbelbenoemingen af te schaffen.⁵

[247] *De Hoge Raad als adviesorgaan.* De voorgaande discussie is ook voor de meer civielrechtelijk georiënteerde jurist van belang, en wel hierom dat ook de Hoge Raad een wettelijk adviestaak heeft, op grond van art. 74 RO. Als de Hoge Raad de regering geadviseerd heeft, kan hij dan nog wel rechtspreken over dezelfde wetgeving? In de literatuur wordt gesteld dat de Hoge Raad niet gebonden is aan het advies zoals verstrekt, zodat er geen probleem met diens onafhankelijkheid rijst. De onpartijdigheid is echter in potentie wel in het geding omdat de rechter zich via zo'n advies vastlegt op een bepaalde uitleg van de wet, doch dit is slechts het geval, zo leert Smits naar aanleiding van de hiervoor besproken zaken *Procola* en *Kleyn*, als dezelfde leden van de Hoge Raad zowel adviseerden als rechtspreken over dezelfde kwestie.¹

6.4.2 Onpartijdigheid naar Nederlands recht

[248] *Sinds jaar en dag vereist.* De hiervoor genoemde mensenrechtelijke voorwaarden dat er sprake moet zijn van een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke macht, gelden natuurlijk ook in Nederland. Sterker: deze voorwaarden golden hier te lande al lang voordat het EVRM of het Handvest Grondrechten EU in beeld kwam, op grond van het nationale recht. Ze gelden, en golden, uiteraard ook in civiele procedures tussen private partijen, want binnen de Nederlandse rechterlijke macht wordt geen onderscheid gemaakt voor wat betreft de eisen die aan civiele rechter of een strafrechter gesteld worden. Overigens, ook vanuit EVRM-perspectief is dat niet het geval, want de rechter is, als Nederlands overheidsorgaan, in ieder geval verplicht om in een procedure tussen twee particuliere partijen de normen van het EVRM gestand te doen (zie nr. 27).¹ Gegeven dit vertrekpunt, en onderkendend dat het op zichzelf goed zit met de onafhankelijkheid

[246] 3 Zie de Wet van 22 april 2010, *Stb.* 2010, 175 (en *Kamerstukken II* 30 585). Vgl. SNIJDERS e.a. 2011, nr. 36 op p. 39.

4 Zie A.C.Q. TAK, 'De nieuwe structuur van de Raad van State', *AA* 2010, p. 782 e.v., m.n. p. 786 (met verdere verwijzingen).

5 Zie daarover nader met name *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 200; *Kamerstukken II* 2014/15, 29 279, nr. 220 en T. BARKHUYSEN & W. DEN OUDEN, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2015/732, p. 962-964. De (parlementaire) discussie hierover is zeker nog niet afgerond, doch gaat het bestek van dit boek te buiten.

[247] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008 2008, p. 281-283. SNIJDERS e.a. 2011, nr. 36 op p. 39, zien hierin geen (EVRM-)probleem.

[248] 1 Daarover EHRM 23 juni 1993, *NJ* 1995/510 (Hoffmann t. Oostenrijk).

van de rechter in Nederland in civiele zaken², verdient in aanvulling op het voorgaande een aantal specifiek Nederlandse kwesties nog enige aandacht.

[249] (*Advocaten als*) *rechter-plaatsvervangers?* Zo heeft in relatie tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid in civiele procedures in Nederland in het bijzonder de kwestie gespeeld betreffende de positie van rechter-plaatsvervangers, vooral als de plaatsvervanger in het dagelijks leven advocaat is. Kan het bijvoorbeeld zo zijn dat een advocaat als rechter-plaatsvervanger een zaak krijgt voorgelegd waarin hij niet helemaal onverschillig staat, bijvoorbeeld omdat er een kantoorgenoot bij de zaak betrokken is als advocaat van een procespartij?¹

In de zaak *Sanders/TNO en ANWB*² is dit tot in hoogste instantie uitgevochten. Het ging in die zaak hierom dat de klager via een kort geding gevorderd had om zijn hoofdprocedure naar een andere rechtbank te verwijzen omdat de Rechtbank Den Haag teveel banden zou hebben met het kantoor van de advocaat van de wederpartij. In hoger beroep geeft het hof aan dat de enkele omstandigheid dat kantoorgenoten van de raadslieden aan rechtbank (en hof) verbonden zijn, onvoldoende is voor objectieve twijfel.

In cassatie overweegt de Hoge Raad vervolgens dat benoeming van advocaten tot rechter-plaatsvervanger wettelijk mogelijk is. Rechter-plaatsvervangers behandelen geen zaken van hun advocaat-kantoorgenoten en deze advocaten mogen niet optreden voor een rechter die ook een kantoorgenoot is (op basis van de gedragsregels voor de advocatuur). Omdat ook wraking en verschoning tot de mogelijkheden behoren, zie hierna nr. 274 e.v., zijn er voldoende waarborgen voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van plaatsvervangers. Dat oordeel geldt ook voor advocaten die binnen hun eigen arrondissement als plaatsvervanger ingezet worden (hetgeen overigens de laatste jaren niet meer toegestaan is).³

Ik voeg daaraan toe dat dit in lijn is met de EHRM-vereisten,⁴ en dat zulks onverlet laat dat een specifieke plaatsvervanger in een specifieke zaak wellicht wel partijdig zal kunnen zijn, maar dat is niet anders dan bij 'gewone', voltijdse leden van de rechterlijke macht. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de plaatsvervanger in een soortgelijke zaak als vertegenwoordiger van de wederpartij optreedt. De zaken zijn dan wel niet met elkaar verbonden maar wellicht dat de advocaat/rechter de andere procespartij toch (ook) als tegenpartij ziet.⁵

[248] 2 Immers, 82% van de respondenten meent dat deze goed is, zie *Flash Eurobarometer 385, Justice in the EU*, 2013, p. 34.

[249] 1 Zie KUIJER 2004, p. 423 e.v.

2 HR 30 juni 2000, *NJ* 2001/316, m.nt. J.B.M. Vranken (*Sanders/TNO en ANWB*). Bij het EHRM werd de zaak niet ontvangen omdat het een kort geding betrof (een voorlopig voorziening gold toen niet als een 'determination of a civil right').

3 Zie nader M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 90-95.

4 KUIJER 2004, p. 427; M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 35-36.

5 Zie EHRM 21 december 2000, *NJB* 2000/1 (*Wettstein t. Zwitserland*) en daarover Van Dijk e.a. 2006, p. 621; KUIJER 2004, p. 343-344; Harris e.a. 2014, p. 454-455.

[250] *Doorbreking rechtsmiddelenverbod.* In de zaak *Cartiera*¹ wilde Speelman af van de agentuurovereenkomst met Cartiera, en een geldelijke vergoeding. De grond daarvoor betrof ontbinding wegens dringende reden in de zin van art. 7:440 BW. Bij de kantonrechter verschijnt Cartiera niet, en in hoger beroep verschijnt deze partij te laat, resulterend in een niet-ontvankelijkheid. De Hoge Raad overweegt dat bij een geschil over art. 7:440 BW in beginsel geen hoger beroep openstaat, in verband met een rechtsmiddelenverbod. Zoals steeds² geldt te dien aanzien dan echter deze uitzondering dat hoger beroep weer wel mogelijk is als het betreffende artikel ten onrechte (met verzuim van essentiële vormen) is toegepast of ten onrechte niet is toegepast. Een manier om dit verbod te omzeilen, is derhalve aantonen dat er sprake was van verzuim van essentiële vormen; daartoe kan de justitiabele een beroep doen op de afwezigheid van een onafhankelijke en/of onpartijdige rechter. Als een zodanig fundamenteel beginsel is geschonden, dan is dat reden om tóch in hoger beroep te mogen. Dat maakt de onafhankelijkheid en onpartijdigheid dus ook praktisch van groot gewicht, en benadrukt nogmaals het praktische belang van (denken in termen van) beginselen van burgerlijk procesrecht. De schending van een dergelijk beginsel kan gelegenheid bieden om bepaalde (op dat moment onwelgevallige) procesrechtelijke regels te omzeilen of te doorbreken.

6.4.3 *Psychologische aspecten van de onpartijdigheid van de rechter*¹

[251] *Bewijsoordelen door dezelfde rechters?* Mogelijk geïnspireerd door de discussie op strafrechtelijk vlak,² en in lijn met de rechtsvraag in de hiervoor besproken zaak *Hauschildt t. Denemarken* (nr. 237), rees ook bij de civiele kamer van de Hoge Raad de vraag in hoeverre een rechter in één en dezelfde civiele zaak meerdere malen zijn (bewijs)oordeel mag laten gelden. Dat kan vanuit psychologisch oogpunt een probleem zijn omdat de *heuristics* en *biases* waaraan elke

[250] 1 HR 18 oktober 2002, *NJ* 2002/566 (*Cartiera/Speelman*).

2 Zie HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242 (*Enka/Dupont*) en ASSER PROCESRECHT/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012/24.

[251] 1 Deze paragraaf is gebaseerd op (onderdelen uit) L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN, R. RIJNHOUT, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, p. 1017-1085 (zie aldaar voor nadere verwijzingen).

2 Vgl. o.a. (de strafkamer van de) HR 18 november 1997, *NJ* 1998/244, waarin overwogen werd: "Zoals de Hoge Raad in eerdere uitspraken heeft geoordeeld, tast de enkele omstandigheid dat een rechter of een rechterlijk college was betrokken bij een *voorafgaand* aan de terechtzitting gegeven beslissing omtrent de voorlopige hechtenis in het algemeen de onpartijdigheid van die rechter of van dat college niet aan."

persoon, ook rechters, elke dag ten prooi valt, ook vragen kunnen oproepen waar het gaat om de rechterlijke besluitvorming in civiele procedures.³

Een belangrijke illustratie biedt de zaak die leidde tot Hoge Raad 16 januari 2009.⁴ Daarin klaagt de eiser in cassatie erover dat het hof de zaak heeft behandeld in een samenstelling die vrijwel (twee van de drie raadsheren) gelijk was aan die waarin het hof eerder al een tussenarrest had gewezen. Aldus is het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter geschonden, in het bijzonder omdat de twee raadsheren in het tussenarrest voorshands als vaststaand hadden aangenomen dat eiser valsheid in geschrift had gepleegd.

A-G Langemeijer stelt de kwestie meteen scherp: is er een schijn van vooringenomenheid van de betrokken raadsheren, welke zou blijken uit de gronden waarop het bewijsvermoeden in het tussenarrest berust? Hij schets vervolgens kraakhelder wanneer en in welke context deze vraag speelt en wat daarbij van belang is (zie nr. 2.5):

“Een rechterlijk oordeel, gegeven in de fase voorafgaand aan het proces, kan onder omstandigheden bijdragen aan een objectief gerechtvaardigde vrees dat het de rechter ontbreekt aan onpartijdigheid. Deze functiecumulatie doet zich met name voor wanneer een rechter in een eerdere procedure over hetzelfde geschilpunt tussen dezelfde partijen een oordeel heeft gegeven of wanneer de rechter in een zgn. ‘pre-trial decision’ een voorlopig oordeel heeft gegeven over datgene waarover in de hoofdprocedure nog moet worden beslist. Een voorbeeld van het eerste is een rechter die in hoger beroep zou moeten oordelen over een zaak welke hij in een vorige functie als rechter in eerste aanleg heeft behandeld. Een voorbeeld van het tweede is de rechter in een bodemprocedure, die als voorzieningenrechter reeds een voorlopig oordeel over hetzelfde geschilpunt heeft gegeven tussen partijen. Ook al valt er niets aan te merken op de behandeling in de voorafgaande fase – de rechter heeft gewoon zijn werk gedaan –, het neemt niet weg dat bij de rechtzoekende een objectief gerechtvaardigde vrees voor vooringenomenheid van de rechter kan bestaan. *De rechtzoekende kan immers bevreesd zijn voor zgn. ‘confirmation bias’* (het verschijnsel dat een beoordelaar bewust of onbewust bevestiging zoekt voor het eerder door hem ingenomen standpunt).” [mijn curs., IG]

Volgens de A-G spelen beide voorgaande varianten in dit geval echter niet. Het gaat hier (slechts) om een oordeel in een tussenarrest, als onderdeel van één rechterlijk oordeel dat ‘toevallig’ verspreid wordt over meerdere schriftelijke uitspraken in dezelfde instantie, hetgeen typisch is voor het Nederlandse burgerlijke procesrecht. Langemeijer nogmaals:

[251] 3 *Heuristics* zijn mentale *short cuts* die de cognitieve last van het maken van een beslissing verlichten; denk bijv. aan vuistregels, gezond verstand, intuïtie en *educated guesses*. Uitvoerig over dit soort begrippen en de psychologie daarbij, met verdere verwijzingen: L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN, R. RIJNHOUT, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, p. 1017-1085. Zie ook C. DEELEN, ‘De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel’, *NJB* 2015/296, p. 356 e.v.

4 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562, m.nt. H.J. Snijders (Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting).

“Het bewijsvermoeden en de beslissing over de bewijslastverdeling in het tussenarrest (...) maken deel uit van het rechterlijk oordeel zelf: zij vormen niet een ‘vooroordeel’, maar het ‘oordeel’ van de rechter.”⁵

Uiteraard heeft Langemeijer hier gelijk, dit is de gebruikelijke wijze waarop de Nederlandse civiele rechter tot een eindoordeel komt. Maar een zelfstandig argument ligt in een dergelijke gebruikelijke handelwijze natuurlijk niet besloten; als iets altijd op onjuiste wijze is gegaan, zal het alsnog anders moeten.

[252] *Onbevangenheid blijft bestaan (?)*. De Hoge Raad lijkt zich echter bij zijn A-G aan te sluiten door de verwerping van het middel te baseren op de gedachte dat het om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat:

“3.3 Voor zover het middel berust op het uitgangspunt dat de rechter die eenmaal heeft geoordeeld dat een bewijsvermoeden bestaat ten gunste van de ene partij waartegen de andere partij tegenbewijs mag leveren, niet meer onbevangen en onpartijdig dit tegenbewijs kan waarderen en beoordelen omdat hij al ten nadele van deze partij heeft geoordeeld en zich niet van dit oordeel kan losmaken, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de rechter in een eerdere fase van de procedure een beslissing in het nadeel van een der partijen heeft genomen, brengt niet mee dat sprake is van partijdigheid waartegen art. 6 EVRM bescherming biedt. (...)”

Waarna de Hoge Raad nog overweegt dat het in overeenstemming met de eisen van een behoorlijke rechtspleging is dat de rechter die een oordeel heeft gegeven over de noodzaak van (tegen)bewijslevering, in dezelfde instantie ook zo veel mogelijk moet meebeslissen over de verdere bewijsvoering (indachtig art. 155 Rv).¹ Op dit vlak lijkt het echter niet zozeer om een behoorlijke rechtspleging, maar eerst en vooral toch om een efficiënte rechtspleging te gaan.² Het is immers, zacht uitgedrukt, weinig efficiënt om steeds weer nieuwe rechters in te moeten zetten in een lopende procedure.

Voor de civiele rechtspleging in Nederland betekent deze uitspraak derhalve dat de rechter die een vermoeden aanvaard of van de voorshandse aannemelijkheid van een bepaald feit uitgaat, vervolgens gewoon het eventueel aangebrachte tegenbewijs mag beoordelen. Dat redenen van efficiëntie hier maatgevend

[251] 5 Zie zijn conclusie voor HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562, m.nt. H.J. Snijders (Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting), sub 2.6. Langemeijer wijst ook nog op HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/382, m.nt. J.B.M. Vranken (De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel), zie ook nr. 259.

[252] 1 Vgl. daarover HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun e.a./Staat). Zie nader over (deze uiting van) het onmiddellijkheidsbeginsel: ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/78 en 79.

2 Dat is dan in lijn met de ontwikkeling op het niveau van het EHRM zoals KUIJER 2004, p. 448, die ziet: meer ‘door de vingers zien’ in verband met de noodzaak van efficiency.

waren,³ ligt eens te meer voor de hand als bedacht wordt dat de ‘confirmation bias’ die Langemeijer noemt, wel degelijk problematisch kan zijn.⁴ Die stelling vergt echter enig nader inzicht in die ‘bias’.

[253] De ‘confirmation bias’. Omdat deze van groot belang is, althans lijkt te kunnen zijn, ook in de rechtspleging,¹ is het goed om kort nog iets meer te zeggen over de net genoemde ‘confirmation bias’, ook wel de ‘my-side bias’ geheten. Het betreft hier, kort gezegd, de neiging van mensen om alleen die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met bestaande opvattingen.² Oswald en Grosjean omschrijven die *confirmation bias* als volgt:

“‘Confirmation bias’ means that information is searched for, interpreted, and remembered in such a way that it systematically impedes the possibility that the hypothesis could be rejected – that is, it fosters the immunity of the hypothesis.”³

Nickerson stelt dat dit concept een aantal fenomenen en diverse meer specifieke ideeën omvat “*that connote the inappropriate bolstering of hypotheses or beliefs whose truth is in question.*”⁴ Hij ziet dit als een impliciet en onbewust proces van selectiviteit bij het vergaren en gebruiken van bewijs. Een advocaat, daarentegen, gaat bewust op zoek naar steun voor zijn kant van het verhaal, en elke advocaat is “*motivated to confirm a particular position*”, aldus Nickerson. In het rechtsbedrijf zijn rechtshulpverleners dus bewust bezig met datgene wat bij anderen *confirmation bias* heet. Waar het hier uiteraard om gaat, is hoe de rechter hier instaat, in hoeverre hij onder invloed staat van de (onbewust optredende, echte) *confirmation bias*.⁵ Er is alle aanleiding om daarvan uit te gaan omdat rechters nu eenmaal

[252] 3 Vgl. I. GIESEN, L.M. COENRAAD, ‘Toegang tot de rechtspleging in Nederland anno 2008’, *NJB* 2009/876, p. 892. Het is ook toegestaan daarop acht te slaan, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 313, verwijzend naar M. KUIJER, ‘Het vereiste van onpartijdigheid van de civiele rechter in verband met eerdere bemoeienis met een rechtszaak’, *TCR* 1999, p. 22 en 27. De genoemde efficiëntie is hier overigens niet allesbepalend. Als het om voorlopige oordelen gaat, is maatgevend of er een inhoudelijk oordeel over de merites van de zaak is gegeven en of de rechter vanuit zijn informatievoorsprong een grote invloed kan uitoefenen op zijn mederechters. Zie KUIJER 2004, p. 347 e.v.; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 313.

4 Zie in dit verband ook nog de waarschuwing bij ASSER 1992, p. 24.

[253] 1 Vgl. A. HAMMERSTEIN, ‘Onpartijdigheid in het geding’, *Trema* 2014, p. 154.

2 Zie bijv. E. RASSIN, ‘De juiste keuze’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, 2008, p. 75.

3 M.E. OSWALD & S. GROSJEAN, ‘Confirmation bias’, in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 79. Zie uitvoerig L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN, R. RIJNHOUT, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, m.n. p. 1029-1035 en 1058-1061.

4 R.S. NICKERSON, ‘Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises’, *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 175.

5 R.S. NICKERSON, ‘Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises’, *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 175.

ook mensen zijn, als mensen handelen, en dus even feilbaar zijn.⁶ En inderdaad is de *confirmation bias* ook vastgesteld onder rechters, zoals Rachlinski bijvoorbeeld heeft laten zien op grond van experimenten onder groepen rechters, gebaseerd op eerder uitgevoerde studies naar de *confirmation bias*.⁷

De *confirmation bias* betreft aldus de tendens om alleen die informatie te zoeken en gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen.⁸ Daarbij gaat het dus om vormen van 'information processing' die min of meer onopzettelijk plaatsvinden,⁹ en volgens Nickerson is dat 'fundamental'.¹⁰ Hierbij kan tevens aangenomen worden dat mensen de hen aangereikte (ook neutrale) informatie zodanig interpreteren dat deze steun levert aan de eigen overtuiging.¹¹ Wanneer iemand een positie heeft ingenomen, wordt het eerste doel om die positie te verdedigen of rechtvaardigen.¹² Dat is ook zo als de omgang met het bewijs bij de start gelijkwaardig was. Na de keuze wordt die omgang 'highly biased'.

De *confirmation bias* kan soms zelfs resulteren, zo wordt wel gesteld, in 'overconfidence'¹³ en/of 'belief overkill'¹⁴, waarbij het steeds gaat om een overdreven mate van vertrouwen in iets of iemand, met als gevolg dat men niet wil luisteren, niet tot een compromis en niet tot samenwerking wil komen. De *confirmation bias* is overigens verwant aan een andere 'denk'-eigenaardigheid, bekend onder de noemer 'belief perseverance', waarbij mensen ergens in blijven

- [253]
- 6 Zie J.J. RACHLINSKI, 'How Judges Make Decisions', in: R. Giard (red.), *Judicial decision making in civil law*, 2012, p. 87-93 en 105, met verdere verwijzingen. Zie ook R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 192-193, die op onderzoek wijst waaruit blijkt dat 'mock juries' onder invloed van de *confirmation bias* handelen.
 - 7 Zie specifiek J.J. RACHLINSKI, 'How Judges Make Decisions', in: R. Giard (red.), *Judicial decision making in civil law*, 2012, p. 101-104.
 - 8 Zie ook E. RASSIN, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, 2008, p. 75.
 - 9 M.E. OSWALD & S. GROSJEAN, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 79.
 - 10 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 176.
 - 11 E. RASSIN, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, 2008, p. 76.
 - 12 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 177.
 - 13 Uitvoerig U. HOFFRAGE, 'Overconfidence', in: R.F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 235 e.v. Zie over *overconfidence* ook J. BARON, *Judgment misguided*, 1998, p. 83 e.v.; R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 188-189, die o.a. constateert dat advocaten blijf geven van *overconfidence*. Vgl. ook S.G. STRAUS, A.M. PARKER, J.B. BRUCE, 'The Group Matters: A Review of Processes and Outcomes in Intelligence Analysis', *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*, 2011/2, p. 133, die aangeven dat dit in groepen alleen maar erger wordt, zeker als het gaat om situaties waarin er geen verifieerbaar juiste antwoorden zijn. Wat zegt dat over de meervoudige kamer in civiele zaken?
 - 14 J. BARON, *Judgment misguided*, 1998, p. 9-14.

geloven, zelfs als ze weten dat dat nergens op berust.¹⁵ De verhouding met de *confirmation bias* is zo te duiden dat het steeds erom gaat dat mensen in principe niet snel van mening zullen veranderen, omdat zij informatie die hun oorspronkelijk standpunt steunt, actief zoeken¹⁶ en overmatig waarderen¹⁷, terwijl zij informatie die dat standpunt niet steunt, negeren en zeker niet zelf zoeken.¹⁸ De *confirmation bias* en *belief perseverance* werken gelijktijdig en versterken elkaar.¹⁹

[254] Een verklaring voor de 'confirmation bias'? Hoe kan de *confirmation bias* verklaard worden? Nickerson bespreekt uitvoerig enkele mogelijke verklaringen,¹ waarbij de hoofdmoot is dat mensen het eenvoudiger vinden om een propositie te geloven als ze willen dat deze waar is dan wanneer zij wensen dat de propositie onjuist is. Mensen zouden dus gemotiveerd zijn om favoriete gezichtspunten te bevestigen. Daartegen is ingebracht dat het hier niet om een *motivational problem* gaat, maar om een cognitieve beperking. Vervolgens is betoogd dat zowel *motivational and cognitive factors* een rol spelen en elkaar beïnvloeden.

Concreter uitgewerkt zou het als mogelijke verklaringen kunnen gaan (i) om onze wijze van informatieverwerking, bijvoorbeeld de tendens om informatie te verzamelen over één hypothese per keer, om vervolgens niet simultaan te overwegen dat die hypothese ofwel waar ofwel onwaar kan zijn, of om het feit dat de persoon er gewoon niet aan denkt om een alternatief te overwegen. Ook zou (ii) de *positive test strategy* een verklaring kunnen bieden: de mens gaat op zoek, als *default* strategie, naar positieve antwoorden op vragen; het gaat dus om de tendens om te focussen op positieve en niet negatieve informatie.² Verder zou

[253] 15 Zie H.F.M. CROMBAG, 'Over tunnelvisie', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter*, 2010, p. 392, en de literatuur in de noten hierna. Vgl. ook J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 203-205.

16 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 178.

17 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 178 en 180.

18 Zie nader J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 143-144 en 203 e.v.; R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 180 en 187; S.G. STRAUS, A.M. PARKER, J.B. BRUCE, 'The Group Matters: A Review of Processes and Outcomes in Intelligence Analysis', *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*, 2011/2, p. 133. H.F.M. CROMBAG, 'Over tunnelvisie', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter*, 2010, p. 392 e.v.

19 Specifiek zo H.F.M. CROMBAG, 'Over tunnelvisie', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter*, 2010, p. 392.

[254] 1 Zie voor al het navolgende R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 197-205. Vgl. verder M. LEWICKA, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta e.a. (eds.), *Personal control in action*, 1998, p. 239 e.v.

2 Zie nader M.E. OSWALD & S. GROSJEAN, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 79 e.v.

er (iii) sprake kunnen zijn van een 'conditional reference frame': de aandacht richten op een hypothese zou al genoeg zijn om het vertrouwen in de juistheid daarvan te doen toenemen. Maar wellicht gaat het niet zozeer hierom dat mensen in 'de echte wereld' de (on)juistheid van een hypothese willen vaststellen, maar (iv) beogen ze slechts om specifieke praktische doelen te bereiken of om bepaalde fouten te voorkomen en om wenselijke uitkomsten te bereiken. Als het er echt om spant, is men – evolutionair gezien logisch – meer bezorgd om wenselijke uitkomsten dan om de waarheid. Tot slot kan, volgens Nickerson zelf, (v) de maatschappelijke nadruk om te rechtvaardigen wat mensen geloven, ertoe leiden dat er een tendens ontstaat om bevestigend bewijs te zoeken. Uiteindelijk concludeert hij:

“In the aggregate, the evidence seems to me fairly compelling that people do not naturally adopt a falsifying strategy of hypothesis testing. Our natural tendency seems to be to look for evidence that is directly supportive of hypotheses we favor (...).”³

[255] *Kritiek op een robuust bevonden bias.* Zonder kritiek is de theorievorming omtrent de *confirmation bias* overigens niet gebleven. Zo stellen Oswald en Grosjean dat het interpreteren van informatie die congruent is met de eigen hypothese, op andere wijze (lees: minder kritisch) plaatsvindt,¹ in elk geval als iemand gemotiveerd is een bepaalde hypothese te volgen (iemand gelooft bij voorbaat ergens in, is emotioneel betrokken).² Er wordt echter evenzeer gesteld dat de *confirmation bias* ook optreedt bij personen die *geen* specifieke motivatie hebben om een bepaalde overtuiging te verdedigen.³ Beide varianten zijn volgens Nickerson 'well documented'.⁴ Andere kritiek die is aangevoerd tegen de *confirmation bias* is dat personen weliswaar niet actief op zoek gaan naar 'ontkrachtende' informatie, maar dat men wel bereid is deze informatie mee te nemen als deze gepresenteerd wordt.⁵ Dat is in potentie ook juridisch relevant omdat de rechter in principe zelf geen informatie (bewijs) verzamelt (dat doen de procespartijen). Volgens deze kritiek zou een rechter de aanvullende informatie die door partijen

[254] 3 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 211.

[255] 1 M.E. OSWALD & S. GROSJEAN, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 79 e.v.

2 M.E. OSWALD & S. GROSJEAN, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 90-92. Zie ook R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 176; J. BARON, *Judgment misguided*, 1998, p. 85.

3 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 178.

4 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 176.

5 M. LEWICKA, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta e.a. (eds.), *Personal control in action*, 1998, p. 237.

wordt aangereikt, dus wél gewoon meewegen. Wat er verder zij van deze kritieken, de *confirmation bias* wordt uiteindelijk wel als robuust gezien.⁶

[256] *De 'confirmation bias' en voorlopige oordelen.* Het bestaan van de 'confirmation bias' maakt dat ik wat minder makkelijk dan bijvoorbeeld de Hoge Raad of Smits over de voor de procespraktijk van groot belang zijnde vormen van 'eerdere bemoeienis met dezelfde zaak' heen kan stappen.¹ Dat is allicht vervelend voor die praktijk, de rechterlijke macht voorop, maar het mensenrechtelijk perspectief weegt (ook) in deze zwaar. Waar Smits² dus geen probleem ziet als het gaat om een comparitierechter die een voorlopig oordeel geeft over de proceskansen van partijen, waarna deze rechter vervolgens zelf het vonnis of arrest concipieert, omdat dat efficiënt is, heb ik daar meer moeite mee. De Hoge Raad zal zeggen dat het (ook) hier om een tussenstap en om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat,³ maar ik vrees dat zelfs als de rechter later inziet dat hij iets te snel een bepaalde kant is opgegaan, lastig daarvan terug zal (kunnen) komen. Het is niet best voor zijn reputatie ('weet niet wat hij wil') om dat te doen.

Dat met dit voorlopige oordeel, aldus Smits, het debat verscherpt wordt, vraag ik mij af. Wellicht wordt het debat veeleer een bepaalde kant op gestuurd (namelijk in die richting die de rechter als beslissend heeft gezien); of dat debat daarmee scherper wordt, is een ander punt. En wat de redelijke termijn hiermee te winnen heeft, zie ik niet in. Dat, tot slot, de comparitie steriel zou worden als de rechter geen kleur kan bekennen en dat daarmee – zo lees ik Smits – de actieve(re) rechter op het spel zou staan, is overdreven. Een comparitie gericht op het vergaren van informatie kan heel actief gevoerd worden, zonder prijs te geven waar de rechter zelf staat. Een schikkingscomparitie vergt allicht een rechter die wat meer laat zien van wat 'de schaduw van het recht' lijkt te behelzen, maar ook daarbij is er in beginsel veel ruimte voor neutraliteit van de derde, hier de rechter. Opvallend is daarbij nog dat de comparitierechter die laat zien wat hij overweegt te beslissen, ook wel als (te) dwingend wordt gezien.⁴ Kortom, efficiënt is het wel, een voorlopig

[255] 6 M. LEWICKA, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta e.a. (eds.), *Personal control in action*, 1998, p. 239, en R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 175 en 177.

[256] 1 Zie HR 20 januari 2006, NJ 2006/74 (Bennink Bolt/Huizing en De Paus q.q.) (eerdere bemoeienis met een zaak is onvoldoende voor vrees voor partijdigheid) en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 315-316. Vgl. al I. GIESEN, L.M. COENRAAD, 'Toegang tot de rechtspleging in Nederland anno 2008', *NJB* 2009/876, p. 892. M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 34-35, zijn ook kritisch hierover.

2 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 315-316.

3 Diezelfde Hoge Raad benadrukte immers recent nog het belang van de regel dat dezelfde rechter die bij de mondelinge behandeling (comparitie of pleidooi) aanwezig was, de uitspraak mee wijst, zie principieel HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun e.a./Staat).

4 Nader over dit en vele andere aspecten van de comparitiezitting J. VAN DER LINDEN, *De civiel zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, 2010.

oordeel van de comparatierechter, maar eerlijk is het misschien minder. Daar staat echter nadrukkelijk tegenover, zoals gezegd, dat overwegingen van efficiency en tijdsbesparing in ogenschouw mogen worden genomen.⁵

[257] *Een vergelijkbaar geval: een incidenteel vonnis.* Ook heb ik – zonder direct tot een ander eindresultaat te komen – meer moeite dan Smits¹ met de rechter die in een incidenteel vonnis al een standpunt inneemt (en geregeld moet innemen) over een geschilpunt uit de hoofdzaak, zoals aan de orde in het arrest *De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*.² Daarin beantwoordde de rechter in eerste aanleg niet alleen de vraag naar zijn bevoegdheid, maar ook oordeelde hij al over enkele geschilpunten die in de hoofdzaak aan de orde waren. In cassatie was daarna onder andere de vraag aan de orde of de rechter in eerste aanleg nog wel onpartijdig zou kunnen oordelen (hetgeen dan reden zou kunnen zijn om hoger beroep tegen de bevoegdheidsbeslissing toe te laten). De Hoge Raad verwerpt de klacht dat de rechter niet als onpartijdig rechter zal kunnen beslissen met het nogal apodictisch overkomende oordeel dat zulks onjuist is, omdat ‘van partijdigheid als waartegen genoemde verdragsbepaling waakt in zodanig geval niet kan worden gesproken’. Ofwel: er is geen strijd met art. 6 EVRM omdat er geen strijd is met art. 6 EVRM.

[258] *Achtergrond: de vrees voor een structurele aanval.* Waarschijnlijk leunde de Hoge Raad hier op de uitvoerige conclusie van A-G Franx (door Vranken in zijn *NJ*-noot overtuigend genoemd). Op de keeper beschouwd zegt Franx in deze zaak echter ook niet meer dan dat de rechter in eerste aanleg na het gewone verloop van de procedure onbevangen mag en moet beslissen over de eerder al besproken beslispunten (doch niet dat dit noodzakelijkerwijs gebeurt), dat de rechter dat in andere processuele gevallen ook moet en kan doen (wat niet zegt dat het ook gebeuren zal), en dat de stelling dat dit in strijd met art. 6 EVRM zou zijn, een structurele aanval is op het hele procesrecht, en niet past bij de strekking van dat artikel.

Uiteraard zit hem in die ‘aanval’ de echte kneep, want het zou inderdaad een stevige bijl aan de wortel van ons procesrecht zijn als voorlopige oordelen niet meer door de Straatsburgse beugels van onpartijdigheid zouden passen. Althans, het zou onze rechtspleging stevig door elkaar schudden. De Hoge Raad schrikt daar, op zichzelf niet onterecht, van terug,¹ hoewel het ook denkbaar zou zijn dat

[256] 5 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 313; M. KUIJER, ‘Het vereiste van onpartijdigheid van de civiele rechter in verband met eerdere bemoeienis met een rechtszaak’, *TCR* 1999, p. 22 en 27.

[257] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 314. Zo ook STEIN/RUEB 2013, p. 34.

2 HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/382, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

[258] 1 Zie ook HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562, m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*).

voorlopige beslissingen genomen worden door een andere rechter (bijvoorbeeld via een 'voorvragen'-kamer) dan degene die de zaak inhoudelijk beslist. Er is ook reden daarover door te denken want het idee dat een rechter ten prooi zou kunnen vallen aan de 'confirmation bias' verdient een steviger antwoord dan tot nu toe gegeven is. Ook de overweging van Franx² dat 'iedere rechter met praktijkervaring' die neiging kent, doch dat deze zich daarvan bewust is en die neiging weet te onderdrukken, is een empirisch volstrekt ongefundeerde claim. Uit onderzoek blijkt immers dat het onderdrukken van deze *bias* erg lastig is, zelfs als iemand zich ervan bewust is (zie nr. 265).

[259] *Die motivering overtuigt niet.* Als motivering overtuigt het voorgaande dus niet. Dat de rechter in de hoofdzaak rechtens niet gebonden is aan zijn (voorlopige beschouwingen in) het tussenvonnissen, is waar. Echter, omdat de rechter ongetwijfeld enige 'zelfbinding' zal voelen, althans de bekende menselijke neiging tot consistent oordelen lastig zal kunnen onderdrukken en dus vooral bevestiging zal zoeken, ook al voegt het partijdebat na het tussenvonnissen nieuwe elementen toe, ligt de zaak hier al snel complexer dan Smits, Franx en de Hoge Raad doen voorkomen. Uiteraard zal de mogelijkheid van hoger beroep een 'sussende' rol kunnen spelen, maar om procespartijen niet onnodig op kosten te jagen via de aanwending van een rechtsmiddel, is een oplossing in eerste aanleg te verkiezen. Dat het procesrecht als zodanig hier in de problemen komt, is uiteraard lastig, maar dat gegeven vormt geen valide argument, net zomin als de verstrekking van het oordeel een reden was om niet tot een mensenrechtenschending te besluiten in de bekende *Benthem*-zaak,¹ welke uiteindelijk ons Kroonberoep de kop kostte. Omdat de gebruikte motivering dus niet volstaat, zou een motivering die meer aansluit bij de eisen die art. 6 EVRM stelt, passender zijn. Ik kom daar nog op terug, zie nr. 266.

[260] *Nog een vergelijkbaar geval: verwijzing na cassatie.* Naar geldend recht verloopt de argumentatie in andere gevallen waarin dezelfde rechter in min of meer dezelfde zaak tot een hernieuwd, althans tweede oordeel moet komen – denk aan een verzetprocedure na een eerder verstekvonnis, of een herroeping via art. 382 Rv¹ – ongetwijfeld langs dezelfde lijnen als hiervoor geschetst (nr. 256). De Hoge Raad zal dan ongetwijfeld ook weer de onpartijdigheid van de rechter als uitgangspunt hanteren, hetgeen ook niet direct in strijd met het EVRM lijkt te zijn.² In strafzaken is dat ook geaccordeerd als het gaat om een

[258] 2 Zie diens conclusie sub 6.5.4, voor HR 30 juni 1989, NJ 1990/382, m.nt. J.B.M. Vranken (De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel). Ook het Europese Hof lijkt – helaas – ervan uit te gaan dat rechters allerlei invloeden kunnen uitsluiten, vgl. Van Dijk e.a. 2006, p. 615.

[259] 1 EHRM 23 oktober 1985, Series A, Vol. 97 (Benthem t. Nederland).

[260] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 314 en 315.

2 Zie KUIJER 2004, p. 349, die erop wijst dat zeker in civiele zaken het EHRM niet snel tot een schending concludeert. Vgl. ook Harris e.a. 2014, p. 453.

rechter die reeds eerder de berechting van een medeverdachte op zich genomen had (en de rechter zich daarbij niet ook al uitgelaten heeft over de verdachte).³

Een enkel ander voorbeeld als het gaat om mogelijke problemen van afstemming tussen het civiele procesrecht en de *confirmation bias*, wil ik hier nog kort schetsen. Denk aan de *verwijzing na cassatie*.⁴ Als een zaak in cassatie (deels) vernietigd wordt en de Hoge Raad de zaak niet zelf af kan doen of wil doen, volgt verwijzing naar een gerechtshof, zie art. 420-422 Rv. Geregeld wordt dan verwezen naar een *ander* gerechtshof dan dat waar de zaak in eerste instantie vandaan kwam, maar de wettelijke regel (art. 422a-423 Rv) gaat juist uit van verwijzing naar *hetzelfde* oorspronkelijke hof.⁵ Het is echter de vraag of dat laatste wel zo handig is. Hoe vrij zal de rechter, ook de volstrekt integere raadsheer, zich voelen en/of daadwerkelijk zijn om diezelfde zaak nogmaals met geheel frisse blik, op de punten die na cassatie nog openstaan, te beoordelen? En moet de rechterlijke macht wel willen dat die raadsheer in een positie komt waarin daarover getwist zou kunnen worden? Waarschijnlijk is afdoening door een ander hof beter; en als hetzelfde hof dan toch aan de slag moet, dan is het beter om andere rechters op de zaak te zetten, ook al strijdt dat met allerlei vormen van efficiëntie (opnieuw moeten inwerken in het dossier door nieuwe rechters).⁶

[261] *Vergelijkbare gevallen: informatievergaring*. Ook voorbeelden in de sfeer van de informatie- en feitengaring zijn denkbaar. Zo zal de rechter die onder invloed van de *confirmation bias* niet direct op zoek is of gaat naar ontkrachtende of tegenstrijdige informatie, allicht minder snel genegen zijn om via art. 22 Rv (of langs andere weg) *additionele informatie te vergaren*. Immers, voor de rechter in kwestie is de zaak al helder; de feiten zijn duidelijk, dus waarom nog extra moeite doen, nietwaar?

De neiging om niet actief ontkrachtende informatie te verzamelen, kan ook een rol spelen bij de vraag of nader bewijs nodig is. Hoe vaak vraagt een civiele rechter *ambtshalve* om *nader bewijs* bij te brengen? Dat gebeurt zelden, en de verklaring daarvoor ligt dan bij het uitgangspunt (als uitvloeisel van de partijautonomie) dat de procespartijen het bewijs bijbrengen, en dus niet de rechter. Ik vraag mij af of hier wellicht niet meer speelt.

[260] 3 Zie EHRM 24 maart 2009, nr. 32271/04 (Poppe t. Nederland).

4 Zie ook A-G Franx in zijn conclusie voor HR 30 juni 1989, NJ 1990/382, m.nt. J.B.M. Vranken (De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel). Het is verstandig om na terugverwijzing door de Hoge Raad andere feitenrechters op de zaak te zetten, zie KUIJER 2004, p. 357.

5 Zie nader ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/303-304.

6 Uiteraard speelt dit op dezelfde wijze in die (tegenwoordig zeldzame) gevallen waarin eventueel een *terugverwijzing van een hof naar een rechtbank* aan de orde is. Juridisch gezien mag een hogere rechter een zaak terugverwijzen naar een lagere instantie; het EHRM staat dit toe, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 312 e.v., met verwijzingen.

Ook bij specifieke verzoeken van een partij om bepaalde bewijsmiddelen toe te laten en bij de vraag of die dan toegelaten moeten worden, en dus ook bij de vraag hoe om te gaan met een *bewijsaanbod*, is enige invloed van de *confirmation bias* denkbaar. Vandaar, gelukkig, de regel dat het passeren van een bewijsaanbod niet gegrond mag worden op een prognose van het resultaat van die bewijslevering.¹ En vandaar ook dat het goed is dat het aanbod tot het leveren van bewijs door getuigen gehonoreerd moet worden (“beveelt de rechter (...) zo vaak een der partijen het verzoekt”, zie art. 166 Rv), hoewel ook die regel gekwalificeerd is (de feiten moeten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden).²

Als wij langs deze lijnen doordenken – nieuwe informatie wordt wellicht niet altijd actief gezocht – dan komt ook art. 149 Rv in beeld. De strekking van art. 149 Rv – in het licht van de partijautonomie – is dat het bewijsrecht (de regels van bewijslastverdeling, de bewijswaardering, de bewijskracht van bewijsmiddelen, het bewijsaanbod, etc.) alleen hoeft te worden toegepast als er voldoende (feitelijk) gesteld is en die stellingen vervolgens voldoende betwist zijn. Als de rechter echter al weet wat de uitkomst van de zaak moet zijn, en hij slechts op zoek is naar bevestiging van die gedachte, is daarin dan niet mede een verklaring gelegen voor het fenomeen dat rechters de neiging schijnen te hebben de zaak af te doen op onvoldoende stellen/betwisten door de procespartijen?³ Gelukkig wordt er tegenwoordig stevig op gehamerd dat art. 149 Rv niet te vrijelijk gebruikt mag worden en dat bewijslevering geen gunst maar een recht is.⁴

[262] *Verdere omgang met deze ‘bias’?: ‘debiasing’ en ‘open minded’ denken.* We zagen dat de *confirmation bias* op allerlei regels en instrumenten van procesrecht van invloed zou kunnen zijn. Daarmee wordt zichtbaar dat procesrecht en psychologie op diverse vlakken op ongemakkelijke wijze tegen elkaar schuren. De regels van procesrecht en psychologische inzichten zijn wellicht nog onvoldoende op elkaar afgestemd. De vraag die daarmee voorligt, is of de geconstateerde spanning eventueel op te lossen is.

Zo’n oplossing kan bijvoorbeeld worden gevonden door de *bias* te minimaliseren via *debiasing*-technieken, die het onder omstandigheden mogelijk lijken te maken om dit soort *biases* te ontlopen of desnoods om de tuin te leiden door middel van psychologische bijsturing.¹ Hierbij moet wel gelijk worden aangetekend dat uit experimenteel onderzoek blijkt dat de meeste *heuristics* en *biases*

[261] 1 STEIN/RUEB 2013, p. 165.

2 STEIN/RUEB 2013, p. 165.

3 Zie M.J.A.M. AHSMANN, ‘Bewijs: Verschuiving van ‘bewijzen’ naar ‘stellen’, in: M.J.A.M. Ahsmann e.a., *Bewijsrecht*, 2010, p. 13 e.v.; zie ook W.H.D. ASSER, ‘Stelpllicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding’, *TCR* 2012, p. 107-108. Hard empirisch bewijs van die stelling ontbreekt overigens.

4 W.H.D. ASSER, ‘Stelpllicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding’, *TCR* 2012, p. 107-108.

[262] 1 Zie in het algemeen B. FISCHHOFF, ‘Debiasing’, in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, 1982, p. 422 e.v.

lastig te omzeilen of veranderen zijn. Het probleem daarbij is namelijk dat er ook nog een intuïtie bestaat die ons nog sterker doet geloven in de andere intuïties. Het gaat dan om de *bias* dat wat natuurlijk is – zoals de menselijke intuïtie – ook goed is: ‘*nature knows best*’.² Intuïties opzijzetten, wordt dan behoorlijk lastig.

Dit roept de vraag op hoe wij dan verder kunnen geraken als wij weliswaar weten dat de kans groot is dat wij iets ‘verkeerd’ doen, maar we vervolgens niet kunnen bedenken hoe, of bewerkstelligen dat, het anders kan. Hierbij staat voorop dat een *bias* niet in alle gevallen tot ‘verkeerde’ resultaten hoeft te leiden.³ Als een *bias* echter toch verkeerd uitpakt, of dreigt uit te pakken, dan zou een hiervoor in de psychologie aangedragen oplossing voor de betrokkenen wellicht kunnen zijn om ‘van houding te veranderen’, om te komen tot wat ‘*actively open minded thinking*’ genoemd wordt.⁴ Kort gezegd komt dat, in de woorden van Baron, hierop neer:

“It is ‘open-minded’ because it allows consideration of new possibilities, new goals, and evidence against possibilities that already seemed strong. It is ‘active’ because it does not just wait for these things but seeks them out.”⁵

Daarbij is van belang dat een werkelijk *open mind* zich laat zien nadat er al een voorlopige voorkeur voor een kant van de zaak is gevormd; als men op dat moment nog naar de andere kant kan kijken en niet richting conclusies ‘sprint’, is iemand goed bezig.⁶

[263] *Andere technieken.* Veel concreter, maar in de kern aanhakend bij wat hiervoor al is gezegd, heeft Fischhoff voor fouten van beoordelaars die nog bij te sturen zijn, als *debiasing*-technieken voorgesteld: waarschuwen voor het probleem, het probleem beschrijven, persoonlijke feedback verzorgen en/of extensieve training geven.¹

- [262] 2 Over de voorgaande kwesties, J. BARON, *Judgment misguided*, 1998, p. 5 en 8-9.
 3 Zo is de *confirmation bias* bijv. onderdeel van ons overlevingsmechanisme en dus positief te waarderen. Zie bijv. M. LEWICKA, ‘Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?’, in: M. Kofta e.a. (eds.), *Personal control in action*, 1998, p. 253-254. Deze leidt tot automatismen, en dat spaart hersencapaciteit voor andere dingen; de *bias* bindt ons ook aan besluiten, hetgeen goed is omdat er anders nooit iets beslist zou worden. Aan de andere kant houdt een en ander ons als mens af van ontwikkeling en verandering en dat is op de lange termijn funest. Zie R.S. NICKERSON, ‘Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises’, *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 205-210.
 4 Daarbij wordt met kwantitatieve gegevens gewerkt om goed beargumenteerde beleidsdoelen te kunnen aangeven, zie J. BARON, *Judgment misguided*, 1998, p. 7-8; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 199 e.v.
 5 J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 200.
 6 J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 203.
- [263] 1 Zie B. FISCHHOFF, ‘Debiasing’, in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, 1982, p. 424 en 426-427.

De problemen die gesignaleerd worden, duiden er echter tevens op dat meer onderzoek, het liefst specifiek voor onze eigen privaatrechtelijke context, naar mogelijke vormen van *debiasing* wenselijk zou zijn. Daarvoor zijn juristen echter wel afhankelijk van psychologen, en omdat samenwerking niet altijd vloeiend verloopt, zou eerst moeten worden geprobeerd om nauwkeuriger in kaart te brengen welke *biases* rechters onder welke omstandigheden zouden kunnen plagen en of we daar als juristen wellicht zelf al iets aan kunnen doen, bijvoorbeeld door de regels of onze leerstukken wat 'bij te sturen' waar mogelijk.

Waar rechters echter niet zelf, op eigen gelegenheid bij kunnen sturen, zal een oplossing gezocht moeten in een meer structurele wijziging van het bestaande systeem van burgerlijk procesrecht, bijvoorbeeld via een wetswijziging of verandering in de rechtspraak (denk bijvoorbeeld aan het in nr. 251 besproken voorbeeld uit de rechtspraak dat laat zien hoe het voortbestaan van een specifieke *bias* door de rechtspraak in de hand gewerkt kan worden). Daarbij dient vooraf al gezegd te worden dat deze denkrichting weliswaar vergt dat het recht aangepast wordt aan de bekende psychologische inzichten, maar dat het nog maar de vraag is of dat altijd wenselijk en/of nodig is. Want wij mogen immers niet uit het oog verliezen dat de vertaling vanuit de psychologie naar het juridische domein extreem lastig is. Het als het ware 'normativeren van feiten' vergt een vertaalslag tussen psychologie en recht die wij niet altijd zomaar willen of kunnen maken; die stap vergt dus ten minste een grote mate van voorzichtigheid en een gedegen motivering waarbij ook de juridische argumentatie voor of tegen een bepaalde oplossing, betrokken wordt.²

Als eerste aanzet zal ik hierna de mogelijke oplossingsrichtingen (bijsturen van de gewone gang van zaken door de rechterlijke macht, en/of wijziging van de wet of het systeem) kort nader bespreken.

[264] *'Debiasing': denken in alternatieven en motiveren.* Is er iets te doen tegen de *confirmation bias* zoals toegelicht? Aannemende op grond van het bestaande onderzoek dat deze *bias* ook bij rechterlijke besluitvorming speelt, staat voorop dat er meer onderzoek nodig is naar de vraag of de *bias* gemodificeerd kan worden door training. Een tweede vertrekpunt zou kunnen zijn dat de erkenning van het bestaan ervan – een zekere mate van bewustzijn – de *bias* zelf wellicht niet tegen zal gaan, maar wel kan helpen om voorzichtiger te zijn om (te) snel een mening te vormen en dus om open te staan voor andere meningen. Vervolgens is het zo dat het, gegeven de *confirmation bias*, voor de hand ligt om redenen te verzinnen *tegen* de beoordeling die men van plan is te maken.¹

[263] 2 Over deze thematiek I. GIESEN, 'Het incorporeren van extrajuridische inzichten in het privaatrechtelijke debat', in: G. van Dijck e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik. Liber Amicorum Jan Vranken*, 2013, p. 217-231.

[264] 1 R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 211. De rechterlijke macht kan dat faciliteren door bij de selectie van rechters en bij de zaakstoedeling vooral ook tegendraadse denkers te kiezen.

Daarnaast lijkt de invloed van de 'bias' af te nemen als een alternatieve hypothese wordt verstrekt.² Dat alternatief haalt de beslisser als het ware 'uit de tunnel', laat een ander blikveld, een andere denkrichting zien. Er wordt wel gesteld dat personen weliswaar niet actief op zoek gaan naar 'ontkrachtende' informatie, maar dat men wel bereid is deze informatie mee te nemen als deze gepresenteerd wordt.³ Dat is ook juridisch relevant, omdat de rechter in principe zelf geen informatie (bewijs) verzamelt, dat is aan partijen. Volgens deze kritiek zou een rechter de aanvullende informatie die door één der partijen wordt aangereikt, wel gewoon meewegen.

Op juridisch vlak stelt deze manier om de *bias* te verminderen meteen scherp wat het nut en belang is van de (reeds in het systeem verankerde) noodzaak voor procespartijen om de stellingen van de ander te kunnen en moeten betwisten (art. 149 Rv). Die wederpartij kan zo immers die alternatieve scenario's schetsen. Dat betekent ook dat de rechter de partijen in deze de ruimte moet laten en niet te snel de zaak mag afdoen omdat er te weinig (gesteld of) betwist zou zijn.⁴

Die insteek vergt dan wel dat de rechter 'gedwongen' moet worden om dat 'alternatieve scenario' ook daadwerkelijk in de afweging te betrekken en te beoordelen, hetgeen momenteel nog geen gemeengoed is. Dit kan bereikt worden via een aangescherpte, althans nader langs die lijnen uitgewerkte motiveringsplicht.⁵ De mogelijkheid de *confirmation bias* te verkleinen via alternatieve scenario's toont overigens ook aan hoe wezenlijk het is om tegenbewijs te mogen leveren na een rechterlijk oordeel dat een feit voorshands aannemelijk is. Zo bezien zou de praktijk van het *voorbijgaan aan een aanbod* tot tegenbewijslevering na een voorshands oordeel, bijvoorbeeld omdat er te weinig is gesteld,⁶ wellicht uitgebannen of verder ingeperkt moeten worden.

- [264]
- 2 Zie o.a. R.S. NICKERSON, 'Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology*, vol. 2, no. 2 (1998), p. 211. Het werken met een alternatieve hypothese komt ook terug bij M.E. OSWALD & S. GROSJEAN, 'Confirmation bias', in: R.F. Pohl (red.), *Cognitive Illusions*, 2004, p. 90 en 94, en is in het strafrecht inmiddels aan het inburgeren, zie nader L. STEVENS, 'Bewijs waarden', *NJB* 2014/2056, p. 2842 e.v.
 - 3 M. LEWICKA, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta e.a. (eds.), *Personal control in action*, 1998, p. 237.
 - 4 Zie W.H.D. ASSER, 'Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding', *TCR* 2012, p. 107-108.
 - 5 Vgl. ook C. DEELEN, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *NJB* 2015/296, p. 359, die de motivering benut om 'confabulatie' (het achteraf construeren dat er bewuste redenen voor een besluit aanwezig waren) tegen te gaan. Zo'n hernieuwde motiveringsplicht kan gezien worden als een wijziging van het geldende recht, en zou dan een interventie vergen van Hoge Raad of wetgever, maar kan uiteraard ook ontstaan doordat feitenrechters zelf besluiten om uitvoeriger te gaan motiveren. Dat is immers niet verboden; de Hoge Raad controleert en corrigeert alleen een gebrek aan of een onjuiste motivering, niet een surplus aan motivering.
 - 6 Zie bijv. HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/54 (Heerlen/Whizz).

[265] *'Actively open minded thinking'*. Dit alles is makkelijker gezegd dan gedaan want de invloed van deze *bias* is niet eenvoudig tegen te gaan. Sterker, pogingen om de meningen van deelnemers aan experimenten met genuanceerde informatie te veranderen, falen of hebben zelfs een tegengesteld effect.¹ Een mogelijke, algemenere oplossing die vanuit in de psychologie wel wordt aangedragen, is – zoals genoemd in nr. 262 – om tot een vorm van *'actively open minded thinking'* te komen.² Vertaald naar het burgerlijk procesrecht zal de rechterlijke oordeelsvorming steeds vanuit een frisse houding ten opzichte van de feiten moeten plaatsvinden. Lukt dat niet (meer) voor de oorspronkelijk aangewezen rechter, dan is wellicht een *nieuwe rechter* de enige manier om halsstarrigheid die tot verkeerde beslissingen leidt, te voorkomen. De rechtspleging zou dat dan moeten faciliteren, hoewel dat om andere redenen (efficiëntie) niet evident is.

Een minder vergaand alternatief, in aansluiting op het voorgaande, is om in elk geval extra *aandacht aan de verantwoording* (in het civiele procesrecht: de motivering van het vonnis of arrest) te schenken, want een oprechte motivering kan leiden tot een *open mind* en daarmee zou de rechter dan meteen aan *debiasing* doen.³ Een aangescherpte plicht tot motiveren zal de rechter ook stimuleren om (actief) informatie te vergaren, bijvoorbeeld via art. 22 Rv, en wellicht zelfs ambtshalve de bewijslevering aan te jagen. De nogal beperkte motiveringsplicht die momenteel geldend recht is als het om de bewijswaardering gaat,⁴ brengt de civiele rechter dan echter niet op het juiste spoor; dat is dus een juridische regel om nog eens over na te denken.⁵

[266] *Nogmaals voorlopige oordelen en de motiveringseisen*. Overigens zou er ook inhoudelijk bezwaar gemaakt kunnen worden tegen de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met de valkuilen van 'eerdere rechterlijke bemoeienis' met een zaak (besproken in nr. 251 en 256), zoals een voorlopig bewijsoordeel. Dat de civiele rechter in de hoofdzaak rechtens niet gebonden is door zijn voorlopige beschouwingen in een tussenvonnis, is waar (tenzij het een bindende eindbeslissing zou betreffen¹), maar omdat de rechter ongetwijfeld enige 'zelfbinding' zal voelen, althans de besproken menselijke neiging tot consistent oordelen niet altijd zal kunnen onderdrukken, en dus vooral bevestiging zal zoeken – ook al voegt het

[265] 1 E. RASSIN, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, 2008, p. 77. Vgl. ook M. LEWICKA, 'Confirmation bias. Cognitive error or adaptive strategy of action control?', in: M. Kofta e.a. (eds.), *Personal control in action*, 1998, p. 238 en 239.

2 J. BARON, *Judgment misguided*, 1998, p. 7-8; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 199 e.v.

3 Zie J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 221 e.v.

4 Vgl. HR 8 juli 2011, NJ 2011/307 (Zürich/Van Gemert).

5 De redenering dat elke rechter met enige ervaring zich ongetwijfeld bewust is van het gevaar van de *confirmation bias* en er daarom geen last meer van zal hebben, zie nr. 258, voldoet in elk geval niet.

[266] 1 Omdat de rechter daarop niet eens mag terugkomen, speelt er logischerwijs ook geen *confirmation bias* meer; de beslissing staat niet eens ter heroverweging open.

partijdebat na het tussenvonnis nieuwe elementen toe – ligt de zaak hier al snel complexer dan de rechtspraak van de Hoge Raad doet voorkomen. Uiteraard is de mogelijkheid van hoger beroep en zelfs cassatie belangrijk, maar om procespartijen (en de maatschappij) niet onnodig de rechtsmiddelen (en kosten) in te jagen, en omdat partijen in werkelijkheid weinig in beroep gaan, verdient een oplossing in eerste aanleg de voorkeur, desnoods door de inzet van een nieuwe rechter. Dat de efficiëntie van de rechtspleging daardoor wellicht in de problemen komt, compliceert de zaak, maar dat vormt op zichzelf geen argument om dan maar helemaal niets te doen tegen de mogelijke invloed van de *confirmation bias*, zie ook nr. 259. Efficiëntie kan hier in wezen ook geen argument zijn, want als we dat echt serieus nemen, dan zou onafhankelijkheid in zeer zwaar weer verkeren. Immers, het kan heel erg efficiënt zijn om bevooroordeeld te oordelen.

Betekent het voorgaande nu dat in elke civiele zaak na elk voorlopig bewijsoordeel de rechter(s) vervangen moet(en) worden? Dat is niet nodig – en dat zou ons systeem ook niet aankunnen – mede omdat er alternatieven voorhanden zijn. Ten eerste lijkt het mogelijk om *confirmation bias* in groepen (lees: de meervoudige kamer) tegen te gaan door te zorgen voor een natuurlijke (niet gevraagde) mate van heterogeniteit in expertise.

Die groepen vertonen minder *bias*, want vragen minder bevestigend bewijs en meer ontkenkende informatie dan andere groepen.² Uiteraard werkt dit niet voor enkelvoudig zittende rechters, maar daarvoor is er een tweede optie (die overigens ook voor meervoudige kamers bruikbaar is).

Ten tweede kan er immers gekozen worden voor een systeem waarin de rechter na een voorlopig oordeel (na een comparitie, eerdere bewijsvoering, een afgewikkeld incident, etc.) gevraagd wordt – en dat kan geautomatiseerd geschieden – om een *gemotiveerde afweging* te maken en daarvan uiteraard ook verslag te doen, of hij in deze vervolgfase van de zaak wel mee zou moeten beslissen.

Aansluitend bij wat Kuijer³ verdedigd heeft als het om de rechterlijke onafhankelijkheid gaat, zouden in dit verband vijf factoren getoetst kunnen worden door de rechter, wat mij betreft ambtshalve⁴:

1. Is de juridische vraag inhoudelijk dezelfde?
2. Was er al bewijs voorhanden bij de eerste beoordeling?
3. Was een rechter al betrokken als onderzoeksrechter?
4. Kan de betrokken rechter de anderen beïnvloeden?
5. Wat was feitelijk het gedrag van de rechter?

[266] 2 Zie S.G. STRAUS, A.M. PARKER, J.B. BRUCE, 'The Group Matters: A Review of Processes and Outcomes in Intelligence Analysis', *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*, 2011/2, p. 133, met verwijzingen.

3 KUIJER 2004, p. 347-349.

4 Een heroverweging 'op verzoek' van één der partijen gaat de 'bias' niet direct tegen. Bovendien zullen partijen de nodige schroom voelen om aan de rechter te vragen zijn eigen eerdere afweging nog eens goed over te doen omdat zij die rechter dan ervan 'beschuldigen' dat niet al zelfstandig te zullen doen.

Zodoende kan de vraag beantwoord worden of de eerdere, voorlopige (bewijs) waardering en beslissing zodanig afwijkt van hetgeen in de tweede fase voorligt bij de waardering ten behoeve van het eindoordeel, dat dezelfde rechter dat tweede oordeel nog voldoende onbevangen kan geven. Als het in eerste instantie om een 'summary assessment' gaat, lijkt dat mogelijk.⁵ Het gaat dan immers niet om een 'review' of 'quasi appeal' door een rechter van zijn eigen handelen,⁶ hoewel over de vraag of daarvan sprake is, getwist zal kunnen worden.

[267] *Afrondend: een Droste-effect?* Uiteraard kan ook bij het hiervoor gepropageerde besluit de *confirmation bias* weer een rol spelen: elke zichzelf respecterende rechter zal immers van zichzelf menen dat hij nog steeds voldoende onpartijdig is en zal op zoek gaan naar een bevestiging van dat gegeven. De noodzaak te motiveren kan ook hier weer helpen. En wellicht zouden de vragen aan de rechter juist vanuit het alternatief ('u bent niet langer voldoende onbevangen') moeten worden geformuleerd zodat er bij voorbaat al enige tegen-druk is. Omdat het op deze wijze minder nodig zal zijn om steeds nieuwe rechters op lopende zaken te zetten, is het vervolgens wel mogelijk om precies dat wél te doen als het gaat om (terug)verwijzingen door de cassatierechter of de hogerberoeprechter, zodat de vervolgbeslissingen in dat soort zaken geheel zuiver kunnen worden genomen.

6.4.4 Een zijpad: onpartijdige arbiters

[268] *Beginselen van arbitrage.* De beginselen van procesrecht gelden groten-deels ook in arbitrageprocedures.¹ Dat betekent dat ook in een arbitrageproce-dure het fundamentele beginsel van een behoorlijke procesorde geldt dat (in dit geval) arbiters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn. Dat ook een arbitrage-panel onder de notie 'rechter' kan vallen, blijkt uit de zaak *Lithgow t. Verenigd Koninkrijk*:²

"The Court (...) notes that the Arbitration Tribunal was 'established by law', a point which the applicants did not dispute. Again, it recalls that the word 'tribunal' in Article 6 para. 1 (art. 6-1) is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country (...); thus, it may comprise a body set up to determine a limited number of specific issues, provided always that it offers the appropriate guarantees. The Court also notes that, under the statutory instruments governing the matter, the proceedings before the Arbitration Tribunal were similar to those before a court and that due provision was made for appeals (...)."

[266] 5 KUIJER 2004, p. 350, verwijzend naar de *Nordborg*-zaak die bij de toenmalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECHR) speelde: ECHR 4 april 1990, nr. 13635/88 (*Nordborg t. Zweden*).

6 Dat is de toets die KUIJER 2004, p. 364, aanlegt.

[268] 1 Uitvoerig: W.D.H. ASSER, 'Beginselen van faire arbitrale rechtspleging', *TvA* 2013/40.

2 EHRM 8 juli 1986, Series A, Vol. 120 (*Lithgow c.s. t. Verenigd Koninkrijk*), § 201.

Daarom is het goed dat het mogelijk is een arbiter te wraken (zie art. 1033 lid 1 Rv). Nodig is dan dat er 'gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid'. Die twijfel is er niet al vanwege de enkele reden dat wellicht niet alle arbiters juristen zijn (het zou van misplaatste arrogantie getuigen om hierover anders te denken), maar vraagtekens rijzen wellicht wel als leden van het arbitrerende panel gelieerd zijn aan een partij, hetgeen in arbitragezaken vrij normaal is. Echter, alleen als niet alle partijen of hun belangen gelijk vertegenwoordigd zijn, is er een art. 6 EVRM-probleem,³ en dat is dan weer typisch niet het geval in arbitragezaken, hoewel achteraf kan blijken dat de als neutraal ingeschatte arbiter toch niet zo neutraal was.⁴ Verder is het zo dat als arbitrage verplicht is, de reguliere, eerder besproken eisen qua onafhankelijkheid en onpartijdigheid gelden; als arbitrage vrijwillig wordt gekozen, kan de lat lager worden gelegd.⁵

[269] *Onpartijdige arbiters*. Ook los daarvan kan soms echter getwijfeld worden aan de onpartijdigheid van de arbiters. Dat speelde bijvoorbeeld in de zaak die leidde tot HR 29 juni 2007.¹ Het cassatieverzoek in die zaak had betrekking op een beslissing van de rechter te Rotterdam op een verzoek tot wraking van twee arbiters omdat er twijfel bestond over de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van die arbiters. De twijfel over de arbiters was gerezen omdat deze arbiters, beide medicus, zelf één van de partijen bij het te arbitreren geschil lichamenlijk hebben onderzocht. Beide arbiters hebben aan dat onderzoek vervolgens (en uiteraard) conclusies verbonden. De wrakingscommissie van het Nederlands Arbitrage Instituut heeft het verzoek tot wraking afgewezen, maar de voorzieningenrechter (via art. 1035 lid 2 Rv) dacht daar anders over. De principiële rechtsvraag die in deze zaak aan de orde wordt gesteld, is of een arbiter zijn oordeel alleen mag baseren op onderzoek en beoordeling van het door de partijen aangedragen bewijs of dat de arbiter ook zelf onderzoek mag verrichten zonder dat daarmee ook meteen 'twijfel aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid' ontstaat.

De Hoge Raad beslist dat ook arbiters zich in beginsel moeten onthouden van bewijsgaring, zodat zij niet zelf, buiten partijen om, bewijs mogen verzamelen. Het risico van partijdig opereren wordt anders te groot. De arbiter beperkt zich dus tot een beoordeling van het bewijs. Eigen onderzoek van specifiek vanwege hun deskundigheid benoemde arbiters kan echter nodig zijn, ter vervanging van een deskundigenbericht, en dat mag ook. Maar dat past alleen als beide partijen daarmee expliciet instemmen en als een en ander verloopt volgens de regels voor deskundigenonderzoek. Bovendien moet er, zo stelt de Hoge Raad expliciet, een

[268] 3 Van Dijk e.a. 2006, p. 622.

4 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 323.

5 KUIJER 2004, p. 293 en 296, alsmede p. 378.

[269] 1 Zie HR 29 juni 2007, NJ 2008/177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate (wraking arbiters).

reële mogelijkheid blijven bestaan om de resultaten van dat onderzoek ter discussie te stellen.

Wat mij betreft wringt precies daar de schoen. Immers, hoe reëel is het dat een arbiter die benoemd is omdat hij of zij deskundig is op een bepaald terrein en die zelf het onderzoek uitvoert en daaruit conclusies trekt, zich vervolgens (alsnog) zal laten overtuigen door het weerwoord van degene die het minste profijt heeft bij zijn uitkomsten? Het is mijns inziens naïef te denken dat veel arbiters op hun eerdere oordeel terug zullen komen, alle procedurele beschermingsmaatregelen die de Hoge Raad stelt, ten spijt (de gelijkheid van partijen, de noodzaak van instemming en van hoor en wederhoor, en op het vooraf bekend zijn van de onderzoeksplannen). Het antwoord van de gemiddelde arbiter op dat weerwoord zal zijn dat hij alles afwegende bij zijn eerdere oordeel blijft.

Het oordeel van de voorzieningenrechter dat een arbiter zich in het algemeen moet onthouden van eigen onderzoek als deskundige, ging de Hoge Raad – in zijn algemeenheid – te ver, maar als we het hebben over onafhankelijkheid en onpartijdigheid en als daarbij de uiterlijke schijn ook meespeelt, dan zou het mijns inziens passender zijn geweest om met een oordeel te komen waarmee bij voorbaat elke schijn van onpartijdigheid voorkomen zou worden.²

6.5 Sanctionering: (preventieve) maatregelen tegen afhankelijkheid en/of partijdigheid

6.5.1 Inleiding: hoger beroep en transparantie

[270] *Sanctionering.* Gegeven de normen die gelden voor de rechterlijke macht op het vlak van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, rijst de (vervolg)vraag hoe de Staat der Nederlanden ervoor zorgen kan dat de onpartijdigheid van de rechter in Nederland gewaarborgd blijft, zodat art. 6 EVRM niet geschonden wordt, en de Staat aan zijn verdragsverplichtingen blijft voldoen. Ook rijst de vraag wat er moet gebeuren als er toch een schending te constateren valt (zie hoofdstuk 4). Daarbij valt, voorafgaand, nog op te merken dat rechterlijke integriteit uiteindelijk uit de persoon van de rechter zelf moet blijven komen; (negatief gedrag corrigerende) maatregelen zoals de mogelijkheid van hoger beroep kunnen dat uiteindelijk niet afdwingen.¹

[271] *Rechtsmiddelen.* Een eerste manier om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen en een schending van de Europese eisen te voorkomen, is de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen. Het openstellen van hoger beroep biedt uiteindelijk echter weinig ruimte voor een oplossing in die gevallen,

[269] 2 Het voorgaande is ontleend aan: I. GIESEN, 'Onderzoekende arbiters wraken? Meer helderheid dankzij het instrument van de cassatie in het belang der wet', *WPNR* 6722 (2007), p. 735 e.v.

[270] 1 Vgl. verder J. SOEHARNO, *The Integrity of the Judge*, 2009, samengevat op p. 191.

en dat zijn de meeste, waarin iemand bij voorbaat vreest dat er een partijdige rechter op de zaak is gezet. Immers, ook als die partijdigheid in hoger beroep eventueel aan het licht komt en gecorrigeerd wordt, hetgeen voor het EHRM volstaat,¹ heeft die procespartij een feitelijke instantie 'verloren' en is hoger beroep dus eigenlijk eerste aanleg geworden. Nu bestaat er geen recht op toegang tot de rechter in twee of meer instanties, zie nr. 179, maar dat laat onverlaat dat die consequentie lastig te verkopen is. Daar komt nog het volgende bij. Hoger beroep voorkomt partijdigheid niet, doch kan hoogstens achteraf enig herstel, althans alsnog een behoorlijke beoordeling, bieden. Bovendien: wat staat een procespartij te doen als er in hoger beroep ook partijdigheid wordt vermoed? Dan kan men in cassatie gaan, maar daarvoor geldt dan weer hetzelfde: maximaal haalbaar is herstel achteraf onder gelijktijdig verlies van een feitelijke instantie. Met enkel de mogelijkheid van hoger beroep komen we er dus niet, er is meer dan dat nodig.

[272] *Transparantie.* Ten tweede wordt er, ter bewaking van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, gewerkt aan de transparantie van de rechterlijke macht, aan het creëren van een zekere mate van openheid.¹ Door allerlei informatie over betrokkenen (rechters) bekend te maken, creëert de rechtspraak transparantie en duidelijkheid en zal de kwestie van onpartijdigheid niet opkomen of eventueel makkelijker op te lossen zijn, zo is de gedachte. Het gaat daarbij dus om het openbaren van op zichzelf toelaatbare nevenfuncties (vgl. art. 44 Wvra 1957). Elke rechter moet opgave doen van al zijn nevenfuncties; die informatie komt in een regelmatig bijgewerkte databank welke openbaar raadpleegbaar is (www.rechtspraak.nl).² Het betreft dus andere werkkringen, met name, maar ook posities in besturen, commissies, etc., zeker als dat posities binnen een politieke partij zou betreffen (een lidmaatschap van een partij is als zodanig geen probleem).³

6.5.2 Europese maatregelen

[273] *Heropening?* Naast deze nationale mogelijkheden om in te grijpen, mogen we natuurlijk niet de Europese mogelijkheden vergeten. Ook als het gaat om de manier van sanctioneren of omgaan met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, heeft Straatsburg wat te bieden. In de hiervoor in nr. 231 al

[271] 1 Zie EHRM 26 augustus 1997, *NJCM-bull.* 1998/722 (De Haan t. Nederland).

[272] 1 Zie ook PH.M. LANGBROEK & M. FABRI, 'Internal case assignment and judicial impartiality: Comparative analysis', in: PH.M. LANGBROEK & M. FABRI (Eds.), *The Right Judge for each Case, a comparative study of case assignment and impartiality in 6 European countries*, 2007, p. 20.

2 Zie nader KUIJER 2004, p. 422; M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 86-90.

3 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 294. Uitvoerig over dit aspect KUIJER 2004, p. 314-322 en 420, alsmede *Kamerstukken* 29 937.

genoemde *Ocalan t. Turkije-zaak*,¹ overweegt het Hof dat het EHRM declaratoire uitspraken doet en dat het vervolgens aan de nationale staten is om de manier te kiezen om zo'n uitspraak in de eigen rechtsorde te verwerken. Het Hof kan en zal daarbij echter wel in bepaalde gevallen enkele opties aangeven waaruit dan gekozen kan (en moet) worden, waarbij bepaalde opties soms zo evident zijn dat er in feite geen echte keuze mogelijk is. De 'Grand Chamber' geeft vervolgens aan de eigen eerdere rechtspraak te volgen, hetgeen betekent:

"It considers that where an individual, as in the instant case, has been convicted by a court which did not meet the Convention requirements of independence and impartiality a retrial or a reopening of the case, if requested, represents in principle an appropriate way of redressing the violation."

De specifieke maatregelen die van een staat verlangd kunnen worden, zijn echter mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de beslissing van het Europese Hof in de zaak in kwestie.

In elk geval is echter helder dat in bepaalde gevallen, maar dat zullen uitzonderingen zijn, het kan zijn dat heropening van de zaak nodig is. Voor het strafrecht is dat in Nederland inmiddels geregeld, maar een eerdere poging om voor het bestuursrecht en het civiele procesrecht de wet (art. 382 Rv) aan te passen, is vroegtijdig gesneuveld² en vooralsnog niet weer opgepakt.³ Een civielrechtelijke herroepingsmogelijkheid in verband met een Straatsburgse veroordeling komt er dus voorlopig niet, hoewel dit wel een probleem kan vormen omdat (daarmee) een effectief rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM lijkt te ontbreken, vgl. nr. 149.⁴ Een en ander is uiteraard eens te meer reden om ervoor te zorgen dat het zover (lees: een veroordeling) niet kan en zal komen doordat er een (eerdere, nationale) mogelijkheid wordt geboden waarmee eventuele partijdigheid al ruim voordien gekapitteld kan worden. De wrakingsregeling is precies daarvoor bedoeld.

6.5.3 *Wraking en verschoning*

[274] *De mogelijkheid van wraking.* Ten derde is er de mogelijkheid van wraking of verschoning. Het gaat bij een wraking om het doen vervangen door een procespartij van één of meer van de aan de betreffende zaak gekoppelde rechters

[273] 1 EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 (*Ocalan t. Turkije*), § 210.
 2 Zie R. ORTLEP, 'Het conceptwetsvoorstel herroeping van vonnissen en beschikkingen ter uitvoering van een uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens', *TCR* 2005, p. 69-77 en R. ORTLEP, 'Het conceptvoorstel herroepen: *herroepen*', *TCR* 2005, p. 97-99.
 3 Zie echter wel nog de 'schermutselingen' hieromtrent, geschetst in nr. 115.
 4 Dat geldt eens te meer omdat een schadevergoeding alleen al wegens onzeker causaal verband lastig te verkrijgen is, vgl. ook EHRM 5 juni 2014, nr. 50996/08 (*HIT d.d. Nova Gorica t. Slovenië*), § 49 (de uitkomst van de zaak zonder schending is onbekend, dus volgt geen vergoeding van kosten).

door (een) andere rechter(s) dan de oorspronkelijk aangewezen rechter(s),¹ vanwege de (schijn van) partijdigheid. In geval van verschoning is het de rechter in kwestie zelf die de vraag opwerpt of hij voldoende onbevooroordeeld en onbevangen de zaak ter hand kan nemen. Het (maatschappelijk) belang van de wraking is zeker na de eerste *Wilders*-strafzaak voor eenieder onmiskenbaar;² het gebruik ervan is tot aan 2013 toegenomen, hoewel het aantal toegewezen verzoeken (met een uitschieter) stabiel is gebleven.³ In 2013 en 2014 was er sprake van een lichte afname van het aantal wrakingsverzoeken, en in 2013 ook van het aantal toegewezen verzoeken.⁴ Wellicht is het *Wilders*-effect inmiddels uitgedoofd.

Alleen al de aanwezigheid van een procedure om tot wraking van een rechter te kunnen geraken, speelt een rol bij de beoordeling of er sprake is van onpartijdigheid of niet, en dus bij het waarborgen van de onpartijdigheid. In de zaak *Micallef t. Malta* overwoog het EHRM⁵ immers dat bij de beoordeling van de (on)partijdigheid van de rechter meespeelt dat een rechtssysteem regels heeft om een rechter te kunnen wraken; dat laat zien dat het systeem de zorg ter harte neemt om twijfel over partijdigheid weg te nemen.

[275] *Uitputting nationale rechtsmiddelen*. Concreet voor de Nederlandse situatie heeft het Europese Hof in dit verband al geoordeeld dat wraking een effectief rechtsmiddel is,¹ zodat een partij die meent slachtoffer te zijn van een partijdige en/of niet-onafhankelijke rechter, doch niet tracht deze rechter te wraken, bij het Hof in beginsel te horen zal krijgen dat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput, waarna een niet-ontvankelijk zal volgen. Dat geschiedde in de zaak *Zadkine t. Nederland*.² Uiteraard kan het gevolg van deze lijn in de rechtspraak alleen maar zijn dat het aantal wrakingsverzoeken zal

[274] 1 Dit laatste is niet altijd een gegeven, vgl. de veroordeling in EHRM 9 juli 2015, nr. 38191/12 (A.K. t. Liechtenstein), § 77-81.

2 Meer daarover bij F. VAN LAANEN, 'De wrakingsbeslissing in het Wildersproces betwist', *NJB* 2010/1984, p. 2473-2474 en D. ABEN, 'De zoektocht naar gronden voor wraking', *NJB* 2010/2092, p. 2594-2596.

3 Zie L. CHRIT, R.L. VENNEMAN, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011, p. 12-13 en W.M. VAN ROSSUM e.a., *Wraking bottum-up*, Research Memoranda 6/2012, 2012, p. 26-29.

4 Zie Raad voor de rechtspraak, *Kengetallen* 2013, 2014, p. 26-27 en Tabel 30 en 31 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak* 2014, 2015, p. 70.

5 EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180, m.nt. E.A. Alkema (*Micallef t. Malta*), § 99; *KUIJER* 2004, p. 307.

[275] 1 Zie EHRM 6 mei 2003, *NJ* 2004/15, m.nt. P.J. de Boon; *AB* 2003/211, m.nt. L.F.M. Verhey en B.W.N. de Waard (*Kleyn t. Nederland*).

2 EHRM 29 september 2009, *NJB* 2009/2197 (*Van Melle t. Nederland*). Vgl. ook, met de nuancering dat het ook volstaat om op andere wijze het gebrek aan onpartijdigheid aan de orde te stellen, *KUIJER* 2004, p. 72-73.

toenemen;³ een procespartij moet immers welhaast tot (een poging tot) wraking overgaan bij de minste of geringste twijfel aan de onpartijdigheid van de rechter omdat anders de kans om daar later nog een beroep op te kunnen doen, verloren is gegaan. Daarbij verdient overigens wel aantekening dat niet het onmogelijke verwacht wordt: als procespartijen niet kunnen weten welke rechter de zaak zal behandelen, is wraking (bij voorbaat, gegeven dat er een mogelijkheid is dat een bepaalde rechter aangewezen zal worden) niet vereist. Dat zou excessief zijn.⁴

[276] *Geharmoniseerde regeling.* Zoals bekend kent het Nederlandse recht een wrakings- en verschoningsregeling voor zowel het Wetboek van Strafrecht (art. 512 Sv e.v.), als de Awb (art. 8:15 Awb e.v), als voor Rv. In lijn met de wens van de wetgever om een eenvormige wrakings-/verschoningsregeling te creëren, zijn deze regelingen vrijwel identiek voor de drie rechtsgebieden,¹ hetgeen betekent dat ook jurisprudentie uit alle drie de kolommen van belang kan zijn. Als een procespartij meent dat de onpartijdigheid bij de rechter ontbreekt, dan wel de schijn van partijdigheid is gewekt, is er een speciale procedure die gevolgd moet worden. Deze is, voor het civiele procesrecht neergelegd in art. 36-41 Rv, zie nr. 278. De regeling geldt voor zowel dagvaarings- als verzoekschriftprocedures, in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie.²

Er bestaat, uiteraard, geen (rechtens afdwingbare) 'plicht' deze wrakingsprocedure te volgen als een partij meent een partijdige rechter te treffen, maar men dient zich wel te realiseren dat het niet volgen ervan, consequenties zou kunnen hebben. Het Europese Hof zal dan stellen (zie nr. 275) dat niet alle nationale rechtsmiddelen uitgeput zijn, zodat de klager niet-ontvankelijk is in Straatsburg.³

Als alternatief voor en ter voorkoming van wraking kan een rechter zelf verzoeken zich te mogen verschonen (de formele verschoning; die overigens weinig voorkomt), dan wel gebruikmaken van de mogelijkheid tot 'informele verschoning', waarbij de rechter zich voorafgaand aan of, in uitzonderingsgevallen, tijdens de zitting terugtrekt en de zaak overdraagt aan een collega. Verder

[275] 3 Zie L. CHRIT, R.L. VENNEMAN, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011, p. 11-18; E. BAUW, 'Wat te denken van wraking', *AA* 2011, p. 202, die vervolgens ook op zoek gaat naar mogelijke verklaringen (mondiger burgers, publieke meningsvorming, polarisatie, empathischer rechters, actievare, meer unus-rechtspraak), waarover ook A. HAMMERSTEIN, 'Onpartijdigheid in het geding', *Trema* 2014, p. 152.

4 Zie EHRM 5 juni 2014, nr. 50996/08 (HIT d.d. Nova Gorica t. Slovenië), § 29.

[276] 1 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 112.

2 Er kan ook een klacht worden ingediend tegen een rechter maar behandeling van een klacht is niet verplicht als het een gedraging betreft die ook anderszins, bijv. via wraking, aan de orde had kunnen worden gesteld. Zie VAN DEN EIJDEN 2011, p. 362 en 365.

3 KUIJER 2004, p. 306.

wordt reeds bij de toedeling van zaken aan rechters rekening gehouden met mogelijke problemen ten aanzien van de onpartijdigheid.⁴

[277] *Wrakingsgrond.* De grondslag voor een mogelijke wraking is gegeven in art. 36 Rv: “op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen leiden.” De wrakende procespartij zal die feiten en omstandigheden moeten aanvoeren en onderbouwen, waarbij alle feiten en omstandigheden tegelijk moeten worden voorgedragen (art. 37 lid 3 Rv). Voor zover, bijvoorbeeld in cassatie, procesvertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven, dient een wrakingsverzoek ook door de (cassatie) advocaat te worden ondertekend.¹ De ‘wракende procespartij’ moet het verzoek doen *zodra* de feiten die afbreuk doen aan de onpartijdigheid van de rechter, bekend zijn geworden (art. 37 lid 1 Rv). De wet kent echter geen sanctie op een eventueel ‘treuzelen’ door de wraker, anders dan het niet honoreren van het tardieve verzoek.² Overigens dient het verzoek ook gedaan te zijn alvorens einduitspraak is gedaan; wraking van een rechter na de einduitspraak in de betreffende zaak is niet mogelijk.³

Art. 36 Rv betreft een open norm die ingevuld wordt van geval tot geval, en waarbij dan steeds opnieuw bezien wordt of er sprake is van partijdigheid of de schijn van partijdigheid in de zin zoals hiervoor beschreven, want uiteraard is hierbij ook de Europese en Nederlandse rechtspraak van belang.⁴ Zo blijkt uit de rechtspraak bijvoorbeeld dat de klacht dat in hoofdzaak niet alle processtukken zouden zijn toegestuurd, er niet op wijst dat de onpartijdigheid van de rechter schade zou kunnen lijden.⁵ Het enkele feit dat een raadsheer (van de Hoge Raad) ook een nevenfunctie heeft als tuchtrechter bij de (toenmalige) Raad van Toezicht Verzekeringen, betekent niet dat deze raadsheer niet langer onpartijdig zou kunnen functioneren in zaken tegen verzekeraars, want die functie als tuchtrechter vereist eveneens onpartijdigheid.⁶ En ook het gegeven dat een rechter eerder een uitspraak heeft gedaan waarmee een procespartij het oneens is, is geen grond voor wraking.⁷

[276] 4 Zie P.M. LANGBROEK, ‘Toedeling van zaken en rechterlijke integriteit in de Nederlandse gerechten’, in: J.B.J.M. ten Berge & A.M. Hol (red.), *De onafhankelijke rechter*, 2007, p. 95-123.

[277] 1 Zie HR 18 december 1998, NJ 1999/271 (Wraking door B.). Art. 6 EVRM doet daaraan niet af.

2 Zie VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 37 Rv, aant. 2 (2010).

3 HR 18 december 1998, NJ 1999/271 (Wraking door B.).

4 Alsmede art. 12 RO (de rechter mag zich niet inlaten met partijen of hun advocaten), waarover SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 262.

5 HR 12 februari 2010, BNB 2010/119 (wraking raadsheren).

6 Vgl. HR 19 november 1999, NJ 2001/30, m.nt. W.D.H. Asser (wraking leden Hoge Raad). Zie over het vervolg van deze zaak nog PH.M. LANGBROEK, ‘Case assignment in Dutch courts’, in: Ph.M. Langbroek, M. Fabri, *The right judge for each case*, 2007, p. 125-126.

7 Zie HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU8280 (Wraking belastingkamer).

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt verder nog dat wrakingsverzoeken vooral in lagere instanties spelen en weinig slagen. In de vele duizenden civiele procedures die in 2009 gevoerd werden, werden in totaal (slechts) 48 verzoeken tot wraking ingediend. Vier daarvan slaagden.⁸ De uitzondering lijkt het geval te zijn waarin de ene partij wordt achtergesteld ten opzichte van de ander (geen gelijkwaardige deelname).⁹ In een dergelijk geval lijkt het beginsel van onpartijdigheid 'verstrikt' te raken in, of beter: samen te lopen met, dat van hoor en wederhoor.¹⁰

Zoals uit de discussie tot nu toe blijkt, betreft de ingeroepen grond voor wraking vaak een eerdere beslissing van een rechter in dezelfde of in een verwante zaak, of gaat het om de bejegening door die rechter in de lopende procedure.¹¹ Meer persoonlijke omstandigheden, zoals nevenfuncties, spelen nauwelijks een rol, maar zijn uiteraard niet ondenkbaar als wrakingsgronden.¹² Ik verwijs in dit verband naar de hiervoor besproken zaak *Sanders/TNO en ANWB* (zie nr. 249).

Bij de invulling van de open wrakingsnorm van art. 36 Rv kan verder nog gebruik gemaakt worden van de *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter*, een vorm van rechterlijke zelfregulering. Ik kom daar op terug, zie nr. 286.

[278] *De wrakingsprocedure*. Duidelijk is dat partijen bij een civiel-, straf- of administratiefrechtelijk geding voor een Nederlandse rechter mogen verwachten dat hun zaak beoordeeld wordt door een rechter die neutraal is zowel ten opzichte van het onderwerp in geding, als ten opzichte van de betrokken partijen. Dit recht op een onpartijdige rechter kan dan worden afgedwongen door een verzoek tot wraking van een partijdig veronderstelde rechter. Uitgangspunt is evenwel, zoals wij al zagen in nr. 238, dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling wordt vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstan-

[277] 8 L. CHRIT & R.L. VENNEMAN, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011, p. 14, Tabel 3. Vgl. echter ook W.M. VAN ROSSUM e.a., *Wraking bottum-up*, Research Memoranda 6/2012, 2012, p. 29-30, voor 2011 (123 'civiele' verzoeken).

9 Zie VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 36 Rv, aant. 2 (2010). In die richting ook L. CHRIT, R.L. VENNEMAN, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011, p. 14. Vgl. ook Rb. Overijssel 8 oktober 2014, *Prg.* 2015/71, waarin de rechter een partij adviseerde over hoe de grondslag van de vordering aan te vullen; wrakingsverzoek slaagt.

10 Vreemd is dat niet. In het strafprocesrecht lopen onschuldpresumptie en onpartijdigheid samen, vgl. L. STEVENS, 'Artikel 271 Sv', in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 7.3 en 7.4.

11 Zo ook L. CHRIT, R.L. VENNEMAN, 'Wraking en de legitimiteit van de Rechterlijke Macht. Een evaluatie van het wrakingsinstituut', *Trema* 2011, p. 14. Zij noemen: rechterlijke bejegening, hoor en wederhoor, procesbeslissingen, eerdere beslissingen jegens de wraker. Zie ook Tabel 4 in W.M. VAN ROSSUM e.a., *Wraking bottum-up*, Research Memoranda 6/2012, 2012, p. 33, alsmede de toelichting op p. 30 e.v.

12 KUIJER 2004, p. 436-439; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 317-318.

digheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing vormen dat een rechter jegens een procespartij vooringenomen is (althans dat de bij die partij bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is).¹

De procedures voor zowel wraking als (formele) verschoning zijn vastgelegd in wettelijke regelingen en verder uitgewerkt in een aantal landelijke richtlijnen vastgesteld door de rechterlijke macht, alsook in wrakingsprotocollen opgesteld door rechtbanken en gerechtshoven. De huidige wettelijke regeling inzake de wraking van rechters is sinds 1994 vastgelegd in, zoals gezegd, art. 36-39 Rv voor de civielrechtelijke procedure, art. 512-516 Sv voor de strafrechtelijke procedure en art. 8:15-8:18 Awb voor de bestuursrechtelijke procedure.

Wanneer een partij bij een rechtsgeschil meent dat er sprake is van feiten of omstandigheden die 'reden geven om te vrezen dat de rechterlijke onpartijdigheid in het geding is', kan hij een verzoek tot wraking indienen tegen ieder van de rechters die de zaak behandelen.² De wet kent dus niet langer een cumulatieve of uitputtende opsomming van feiten en omstandigheden op grond waarvan het vermeend ontbreken van de (schijn van) rechterlijke onpartijdigheid door een wrakingsverzoek aan de orde gesteld kan worden; vanaf 1994 gaat de wettelijke regeling uit van de genoemde open wrakingsgrond neergelegd in art. 36 Rv, art. 512 Sv en art. 8:15 Awb.³ Het wrakingsverzoek moet concrete feiten en omstandigheden naar voren brengen waaruit objectief de bedoelde vrees voor partijdigheid van de rechter kan worden afgeleid. De door de rechterlijke macht zelf opgestelde *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter*⁴ geeft, tezamen met relevante rechtspraak van het EHRM, de betrokken partijen en rechters een indicatie wanneer sprake kan zijn van (een te vermijden schijn van) partijdigheid, zoals reeds is besproken (zie nr. 239).

[279] *De wrakingsprocedure (2)*. Een verzoek tot wraking wordt ter terechtzitting (en dus in beginsel in het openbaar) behandeld door een meervoudige kamer waarin de rechter van wie wraking is verzocht, geen zitting heeft.¹ In bijzondere gevallen kan een wrakingskamer worden geformeerd waarin rechters of raadsheren uit een ander gerecht van gelijke aard zitting hebben (zoals gebeurde in de zaak *Wilders*).² Dit systeem, waarbij de wrakingskamer dus niet wordt gevormd door rechters uit de eigen rechtbank of het eigen hof, wordt

[278] 1 Vgl. HR 18 november 1997, *NJ* 1998/244 (bevel gevangenneming ter zitting), r.o. 5.2.

2 Art. 36 Rv, art. 512 Sv resp. art. 8:15 Awb.

3 I. GIESEN e.a., 'Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure: meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik', *NJB* 2013/384, p. 475, bepleitten de (weder)opname van enkele formele wrakingsgronden. Positief daarover P. SMITS, 'Waar wringt het bij de wraking?', *TCR* 2014, p. 23. Negatief: A. HAMMERSTEIN, 'Onpartijdigheid in het geding', *Trema* 2014, p. 153.

4 Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/20040316leidraadonpartijdigheidvanderechter.pdf.

[279] 1 Art. 39 lid 1 Rv; art. 515 lid 1 Sv; art. 8:18 lid 1 Awb.

2 Zie voor een bijzonder geval Aanbeveling wrakingsprotocol, § 5.5. Zie ook E. BAUW, 'Wat te denken van wraking', *AA* 2011, p. 202.

momenteel getest via een pilot bij de Gerechtshoven Den Haag en Amsterdam.³ De suggestie om wrakingsverzoeken af te laten wikkelen door een hogere rechter (het hof behandelt wrakingsverzoeken op het niveau van de rechtbank) is daarmee niet overgenomen.⁴ Niettemin lijkt de burger zo'n aanpak te steunen, en is deze insteek elders gebruikelijk (onder ander Frankrijk, België, Italië).⁵

Wanneer de indruk bestaat dat misbruik wordt gemaakt door de betrokken partijen van het wrakingsinstrument, bijvoorbeeld waar dezelfde partij herhaaldelijk een verzoek tot wraking indient tegen ofwel dezelfde ofwel opeenvolgende rechters, dan kan de (meervoudige) wrakingskamer bepalen dat een volgend verzoek niet in behandeling wordt genomen.⁶

Na een verzoek tot wraking wordt de behandeling van de zaak aangehouden totdat op het wrakingsverzoek is beslist. Het wrakingsverzoek heeft derhalve schorsende werking.⁷ De rechter van wie wraking is verzocht, kan in de wraking berusten.⁸ In geval van berusting wordt geen onderzoek meer verricht naar de gegrondheid van het wrakingsverzoek. De betreffende rechter neemt niet meer deel aan verdere behandeling van de zaak. Berust de betreffende rechter niet in de wraking, dan begint na schorsing van de behandeling van de oorspronkelijke zaak de behandeling ter (in beginsel openbare) terechtzitting van het verzoek tot wraking.⁹ De daartoe ingestelde meervoudige kamer beslist zo spoedig mogelijk (binnen twee weken) schriftelijk en gemotiveerd over het verzoek tot wraking, eventueel na het horen van de verzoeker en/of de rechter van wie wraking is verzocht. Deze beslissing wordt onverwijld in het openbaar uitgesproken en aan de verzoeker, de andere partijen en de rechter van wie wraking was verzocht, medegedeeld.¹⁰ Daarna wordt de behandeling in de zaak hervat, al dan niet in nieuwe samenstelling.

[279] 3 Zie daarover *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 171.

4 Zie I. GIESEN e.a., 'Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure: meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik', *NJB* 2013/384, p. 475, waarover positief A. HAMMERSTEIN, 'Onpartijdigheid in het geding', *Trema* 2014, p. 153, en sceptisch: P. SMITS, 'Waar wringt het bij de wraking?', *TCR* 2014, p. 26.

5 Zie W.M. VAN ROSSUM e.a., *Wraking bottum-up*, Research Memoranda 6/2012, 2012, p. 116, en I. GIESEN e.a., *De Wrakingsprocedure*, Research Memoranda 5/2012, 2012, p. 102.

6 Art. 39 lid 4 Rv, art. 516 lid 4 Sv en art. 8:18 lid 4 Awb. Van een dergelijke bepaling zal in de beslissing op het wrakingsverzoek melding worden gemaakt, zie HR 3 februari 2012, *AB* 2012/205, m.nt. B.W.N. de Waard (wraking leden Hoge Raad). Zie over mogelijke nieuwe incentives (boetes) nr. 283 hierna.

7 Art. 37 lid 5 Rv, art. 513 lid 5 Sv, art. 8:16 lid 5 Awb. Door I. GIESEN e.a., 'Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure: meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik', *NJB* 2013/384, p. 475, is voorgesteld die schorsende werking af te schaffen. P. SMITS, 'Waar wringt het bij de wraking?', *TCR* 2014, p. 23-24, is overwegend positief daarover, net als A. HAMMERSTEIN, 'Onpartijdigheid in het geding', *Trema* 2014, p. 153. In diverse landen ontbreekt die schorsende werking, zie nader I. GIESEN e.a., *De Wrakingsprocedure*, Research Memoranda 5/2012, 2012, p. 106-107.

8 Art. 38 Rv, art. 514 Sv, en art. 8:17 Awb.

9 Zie verder Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.

10 Art. 39 lid 3 Rv, art. 515 lid 3 Sv, en art. 8:18 lid 3 Awb.

[280] *Rechtsmiddelen?* De wet bepaalt dat tegen de beslissing van de wrakingskamer op een verzoek tot wraking in beginsel geen hogere voorziening openstaat (art. 39 lid 5 Rv).¹ Echter, blijkens de parlementaire geschiedenis kan dit appelverbod in civielrechtelijke geschillen onder omstandigheden worden doorbroken.² Ook bestaat nog de mogelijkheid van het volgen van de klachtenprocedure op de voet van art. 26 RO, danwel art. 13a RO.³

Daarnaast kan de partij die het verzoek tot wraking heeft ingediend in het kader van een hoger beroep of cassatie tegen de eindbeslissing in de hoofdzaak ook de beslissing op het wrakingsverzoek ter discussie stellen.⁴ Dat wil dus zeggen dat er nog wel iets mogelijk is voor de procespartij die het wrakingsincident verloren heeft. Zo bepaalde de Hoge Raad dat tegen de afwijzing van het verzoek tot wraking weliswaar geen rechtsmiddel openstaat, maar dat dit een partij niet de mogelijkheid ontnemt om in hogere instantie aan te voeren dat de aangevochten rechterlijke beslissing niet in stand kan blijven omdat wegens het ontbreken van onpartijdigheid van de rechter(s) geen sprake is geweest van een eerlijke procedure.⁵

In diezelfde zaak overwoog A-G Langemeijer, in nr. 2.3:

“Het huidige cassatieberoep is niet gericht tegen de beslissing op een verzoek tot wraking, genomen door andere rechters, maar tegen de beslissing in de hoofdzaak nadat eerder een

- [280]
- 1 Zie ook art. 515 lid 5 Sv en art. 8:18 lid 5 Awb. Zie ook HR 24 september 2010, *NJ* 2012/513, m.nt. H.J. Snijders (Wrakingsverzoek), waarin niet-ontvankelijkheid werd uitgesproken. I. GIESEN e.a., ‘Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure: meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik’, *NJB* 2013/384, p. 476, bevelen aan deze regeling te handhaven, tenzij de mogelijkheid van een boete bij een oneigenlijk verzoek zou worden ingevoerd, waarover nader nr. 283 hierna.
 - 2 Zie voor wat betreft de civiele procedure: MvT Parlementaire Geschiedenis Herziening Rv, p. 191. Zie ook: HR 22 januari 1999, *NJ* 1999/243, r.o. 3.3. Vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 311, noot 243. Zie voor het bestuursrecht bijv. ABRvS 29 april 2008, *JB* 2008/138. Een dergelijke uitzondering is voor het strafrecht niet door de Hoge Raad aanvaard, zie HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7031 (strafkamer).
 - 3 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495 nr. 3, p. 114 en *Stb.* 2011, 255; VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 361 e.v.; E. BAUW e.a., *Togadragers in de rechtsstaat*, 2013, p. 64-66. Zie over de verhouding tussen de wrakingsprocedure en de klachtrechtprocedure, M.I. VELDT, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, 1997, p. 261-263, en voor cijfers Raad voor de rechtspraak, *Kengetallen* 2013, 2014, p. 25-26, alsmede M. VAN MAURIK, ‘Klagen over de rechtspraak’, *Trema* 2014, p. 349 e.v.
 - 4 Indien de desbetreffende beslissing niet in stand kan blijven wegens een schending van het (uit art. 6 EVRM voortvloeiende) fundamentele recht op behandeling van de zaak door een onpartijdige rechter. Zie bijv.: HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562, m.nt. H.J. Snijders (Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting). Zie ook Aanbeveling wrakingsprotocol, § 9.6. Zie voor het strafrecht: M. KUIJER, ‘Artikel 515 Sv’, in: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering (losbladig)*, aant. 10. Zie voor het (fiscale) bestuursrecht, bijv. HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3041 (eerdere behandeling vergelijkbare zaken).
 - 5 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562, m.nt. H.J. Snijders (Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting), r.o. 3.2. Zie in dit verband ook Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1106, waarin uitdrukkelijk gegriefd en beslist werd over de onpartijdigheid van de rechter in eerste aanleg.

wrakingsverzoek was afgewezen. Het staat [eiser] vrij zijn standpunt opnieuw naar voren te brengen in de vorm van een klacht over schending van art. 6 lid 1 EVRM in de hoofdzaak en daarbij ook te betrekken het verloop van de procedure of de inhoud van de rechterlijke beslissingen in de fase nadat het wrakingsverzoek was afgewezen.”

Het frappante hierbij is natuurlijk dat wanneer in hogere instantie de zaak heroverwogen wordt en in dat verband ook teruggekomen wordt op de vermeende partijdigheid van de lagere rechter, de stelling dat de rechter in eerste aanleg niet onpartijdig was (i.e. het ‘beroep’ tegen het afgewezen wrakingsverzoek) meteen al geredresseerd is doordat in die hogere instantie andere, in principe onpartijdige rechters nogmaals naar de zaak kijken. Dat is immers precies wat de verzoeker in eerste instantie wilde.⁶ Ook zonder de grief of de stelling van een procespartij over vermeende partijdigheid in een eerdere fase expliciet te beoordelen, doet de rechter die de zaak opnieuw volledig en onbevooroordeeld bekijkt en beslist, meteen ook recht aan de klacht van de voorheen wraking verzoekende partij. Men zou dus evengoed deze klacht achterwege kunnen laten, maar wellicht wordt het procesactisch als wenselijk gezien om het vermeende onrecht nader te duiden.⁷

[280] 6 Vgl. in dit verband EHRM 6 januari 2010, nr. 74181/01, *NJB* 2010/14 (Fernández-Huidobro t. Spanje), waarin het gebrek aan onpartijdigheid gedurende het gerechtelijk vooronderzoek hersteld was door een nieuw onderzoek door een ander gerecht, en er dus geen schending van art. 6 EVRM werd aangenomen.

7 Is de situatie echter zo dat de hogere rechter de zaak niet zelf geheel opnieuw beoordelen zal, maar vernietigen en terugverwijzen als er inderdaad sprake was van (de schijn van) partijdigheid, hetgeen zich op het niveau van de Hoge Raad inderdaad voordoet (zie bijv. HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3041 (eerdere behandeling vergelijkbare zaken), waarin het arrest *a quo* vernietigd wordt i.v.m. de aanwezige schijn van partijdigheid van een rechter), dan is een specifieke klacht alleen al om die reden nuttig en nodig. Interessant is overigens de complicatie die zich dan voordoet, want in dat geval ligt er (o.a.) al een eindarrest van het eerste hof en een inhoudelijke conclusie van de A-G in de cassatiezaak. Mag het verwijzingshof kennisnemen van die stukken en eventuele andere processtukken uit de procedure bij het (nadien) partijdig (gebleken) hof? Ik meen van niet omdat die stukken, hoe inhoudelijk juist de daarin opgenomen opvattingen ook moge zijn, in zekere zin ‘besmet’ zijn door de geconstateerde (schijn van) partijdigheid. Laat men die stukken alsnog ter beschikking komen van het verwijzingshof, dan raakt ook dat hof ‘besmet’ en dus mist men dan het beoogde doel van het vervangen van de rechter, namelijk de afwezigheid van elke schijn van partijdigheid (die schijn is er nog steeds als de ‘vruchten’ van de arbeid van de partijdige rechter alsnog van invloed zouden kunnen zijn). Dus zullen alle stukken die dateren van na het moment dat de partijdige rechter betrokken raakt (veelal alles na de memories van grieven en van antwoord) ongelezen en buiten beschouwing moeten blijven (hoe lastig dat ook wordt nu elke conclusie van een A-G openbaar wordt via internet). Ik leid dat hieruit af dat de Hoge Raad in voornoemd arrest (r.o. 2.4) ook eist dat er een ‘nieuw onderzoek in volle omvang’ plaatvinden zal. Als de Hoge Raad de zaak zelf in zijn geheel opnieuw zou beoordelen en afdoen, als ware hij de hogerberoeprechter, dan omzeilt hij deze complicatie (grotendeels, want de ‘partijdige uitspraak’ ligt er uiteraard nog, maar dat is in dit type zaken altijd het geval).

Het echte nadeel dat een procespartij ondervinden zal van een afgewezen wrakingsverzoek, is dat men daarmee in feite gedwongen wordt om hoger beroep in de gewone procedure in te stellen, met alle kosten⁸ en tijdverlies van dien. Men heeft als het ware een instantie verloren. Zolang er toegang is tot een rechter in, in elk geval, één instantie, is dat echter geen mensenrechtelijk probleem.

[281] *Onrechtmatige afwijzing?* Wel rijst nog de vraag of een (later gebleken) onterechte afwijzing van een wrakingsverzoek eventueel een onrechtmatige daad van de Staat opleveren kan, waarbij de schade dan niet ligt in de inmiddels heroverwogen, al dan niet juiste juridische uitkomst van de hoofdzaak, maar schuilt in (de gevolgen van) het verlies van een instantie. Daarbij kan dan nog een (schadevergroten) rol spelen dat de afwikkeling van het oorspronkelijke geschil daardoor vertraagd is, hetgeen spanningen en frustratie oproept, aldus het EHRM, diverse Nederlandse bestuursrechters én de Hoge Raad in navolging van Hof Den Haag,¹ en dus tot immateriële schade (zie nr. 138 e.v.). Gezien de huidige maatstaven voor onrechtmatige rechtspraak is het vrijwel ondenkbaar dat deze manier van redeneren tot een toewijzend vonnis zal leiden, zolang de redelijke termijn van art. 6 EVRM als zodanig niet ook overschreden is, maar verschuivingen op dat vlak lijken in gang gezet te zijn, zie nr. 129 e.v.

[282] *Wraking van de wrakingskamer?* Een aan het al dan niet mogen instellen van een rechtsmiddel verwant thema is de vraag of het mogelijk is de rechters van de wrakingskamer op hun beurt ook weer te wraken. Die vraag wordt negatief beantwoord,¹ zoals hierna blijkt. Het bij voorbaat verbieden van een wrakingsverzoek jegens een wrakingskamer, lijkt echter niet haalbaar.²

De Rechtbank Zutphen³ besliste afwijzend in een – wat mij betreft curieus – geval waarin het de gewraakte rechter is die in de wrakingsprocedure vervolgens de voorzitter van de wrakingskamer wil wraken. De achtergrond van een en ander wordt uit de beschikking niet duidelijk, maar de wrakingskamer van de Rechtbank Zutphen komt wel tot de conclusie, op basis van de wet en het systeem en de afstemming met de strafrechtelijke variant van de wrakingsprocedure, dat de gewraakte rechter geen ‘partij’ is in het wrakingsincident, maar het object is

[280] 8 Of de kosten van doorprocederen voor vergoeding in aanmerking komen, valt te betwijfelen, en wel wegens het onzekere causale verband, vgl. ook EHRM 5 juni 2014, nr. 50996/08 (HIT d.d. Nova Gorica t. Slovenië), § 49 (de uitkomst van de zaak zonder schending is onbekend, dus volgt geen vergoeding van kosten).

[281] 1 Zie HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (De Bilt); Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, ECLI:NL:GHSDA:2009:BH4213, verwijzend naar de zaak *Scordino t. Italië* (EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik) en diverse bestuursrechtelijke uitspraken, bijv. CRvB 8 december 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR7273, en ABRvS 6 juni 2007, AB 2007/220.

[282] 1 Van iets ouder datum is bijv. Rb. Leeuwarden 24 juli 2000, NJ 2000/696 (afgewezen verzoek tot wraking van de wrakingskamer omdat deze de President niet zou ‘kunnen’ wraken).

2 A. HAMMERSTEIN, ‘Onpartijdigheid in het geding’, *Trema* 2014, p. 153.

3 Rb. Zutphen 1 december 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4858.

van een wraking. Omdat de gewraakte rechter geen partij is in het incident, wordt deze niet-ontvankelijk verklaard.

Een tweede geval waarin de vraag naar de wraking van de wrakingskamer een rol speelde, betrof een zaak waarin de belastingkamer van de Hoge Raad gewraakt werd, en vervolgens ook de wrakingskamer bij de Hoge Raad.⁴ Die wrakingskamer besliste dat het tweede wrakingsverzoek misbruik (van bevoegdheid) opleverde; het werd dus niet behandeld. Reden daarvoor was dat de aangevoerde wrakingsgrond (in de hoofdzaak zouden niet alle relevante processtukken zijn toegestuurd) een bezwaar betrof dat elke mogelijke wrakingskamer zou raken, zodat er nooit een kamer te vinden zou zijn waarvoor dit niet zou gelden. De wrakingskamer behandelde dus het wrakingsverzoek en concludeerde tot niet-ontvankelijkheid voor zover het andere personen betrof dan de raadsheeren in kwestie⁵ (zoals de griffier). Het verzoek tegen de raadsheeren werd op inhoudelijke gronden afgewezen.

[283] *Herhaalde wrakingsverzoeken.* Een verkapte vorm van hoger beroep zou nog bestaan als het mogelijk zou zijn om in dezelfde hoofdzaak steeds weer opnieuw een wrakingsverzoek te doen. Dat heeft de wetgever willen voorkomen, juist omdat het nog wel eens gebeuren wil dat een procespartij blijft proberen de rechter te wraken, bijvoorbeeld om tijd te winnen of om frustraties te kanaliseren. Daarom is er art. 37 lid 4 Rv en art. 39 lid 4 Rv. In die bepalingen is vastgelegd dat een tweede wrakingsverzoek ten aanzien van dezelfde rechter niet wordt behandeld, tenzij er nieuwe feiten bekend zijn geworden na het eerdere verzoek.

Als er sprake zou zijn van misbruik van het instituut wraking, kan de wrakingskamer bepalen dat een volgend verzoek niet meer behandeld wordt; zulks wordt in de beslissing gemeld.¹ Daarop voortbouwend is in de literatuur voorgesteld, conform de praktijk elders (Spanje, Zwitserland, Frankrijk, België, Italië), om een regeling te introduceren die het mogelijk maakt om in reactie op een oneigenlijk wrakingsverzoek een (geringe) boete (of proceskostenveroordeling) aan de wrakende partij op te leggen.² Daarmee wordt gepoogd het te pas en onpas wraken van rechters, bijvoorbeeld om tijdwinst te behalen, tegen te gaan.

[282] 4 Zie HR 12 februari 2010, *BNB* 2010/119 (wraking raadsheren).

5 Zie ook HR 18 december 1998, *NJ* 1999/271 (wraking door B.); de wet voorziet niet in wraking van een rechter die geen bemoeienis heeft met de behandeling van de zaak.

[283] 1 Zie bijv. HR 12 februari 2010, *BNB* 2010/119 (wraking raadsheren). Deze praktijk is 'EVRM-proof', aldus KUIJER 2004, p. 307.

2 Zie I. GIESEN e.a., 'Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure: meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik', *NJB* 2013/384, p. 475-476 en I. GIESEN e.a., *De Wrakingsprocedure*, Research Memoranda 5/2012, 2012, p. 96. Zie nader P. SMITS, 'Waar wringt het bij de wraking?', *TCR* 2014, p. 24-25, die nog iets strenger wil zijn qua hoogte van de boete. Aarzelend: W.M. VAN ROSSUM e.a., *Wraking bottum-up*, Research Memoranda 6/2012, 2012, p. 57-58, maar de burger lijkt die aanpak te steunen, zie p. 120. Uiteraard moet met dat 'oneigenlijk gebruik' behoedzaam omgegaan worden, vgl. A. HAMMERSTEIN, 'Onpartijdigheid in het geding', *Trema* 2014, p. 150, die niet aan een 'boetesysteem' zou willen beginnen (p. 153).

[284] *Verschonon en terugtrekken.* Naast de partijen die de rechter(s) kunnen wraken, kan in deze ook de rechter zelf optreden. Hij kan verzoeken zich te mogen verschonen, en dus om zich te laten vervangen.¹ Het gaat daarbij dus om een formele manier om als rechter terug te treden; in de praktijk zal dit meestal op een meer informele wijze geschieden, doordat de rechter in kwestie voordat hij de zaak in behandeling neemt, aangeeft beter niet op die zaak te kunnen gaan zitten.² De grond voor de meer formele verschoning – die procedure is nodig om te voorkomen dat een rechter zich langs deze weg zou kunnen onttrekken aan het verbod van rechtsweigerings³ (art. 26 Rv) – is dezelfde als voor een wraking door partijen: “feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen leiden.” De hierna (nr. 286) nog te bespreken *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter* dient daarbij tevens als ‘verschoningscode’.

Een verschoningsverzoek zal er veelal om gaan dat de rechter in kwestie een belang heeft bij de zaak (het betreft bijvoorbeeld een voormalige werkring of een privérelatie). Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid van de rechter; hij kan zich verschonen. Maar als de rechter van mening is dat de onpartijdigheid schade kan lijden, zal hij in wezen niet anders kunnen (en dus moeten) dan zich terugtrekken; als de rechter (slechts) vreest voor de schijn van partijdigheid, is er echter wel sprake van enige discretie.⁴

De verdere regeling inzake verschoning haakt sterk aan bij de wrakingsregeling zoals hiervoor beschreven. De rechter verzoekt zijn verschoning in beginsel schriftelijk en gemotiveerd, de behandeling van de zaak wordt geschorst, en een meervoudige kamer waarin de betreffende rechter geen zitting heeft, behandelt zo spoedig mogelijk de kwestie en komt ook zo spoedig mogelijk tot een gemotiveerde uitspraak. Ook hier is er geen hogere voorziening mogelijk, art. 39 Rv en art. 40 Rv. Afwijkend is echter dat behandeling van het verschoningsverzoek niet ter terechtzitting plaatsvindt en dus niet in het openbaar behoeft te worden behandeld. Ook is het niet nodig om de rechter in kwestie en de procespartijen te horen.⁵

[285] *Keerzijde.* Nu dit alles besproken is, wijs ik er nog op dat de keerzijde hiervan zou kunnen zijn dat als een procespartij ten onrechte de integriteit van een rechter in twijfel stelt, dat een onrechtmatige daad jegens die rechter zou kunnen zijn. Uiteraard zal dit niet direct spelen als er in een gewone civiele

[284] 1 I. GIESEN e.a., ‘Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure: meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik’, *NJB* 2013/384, p. 474, bepleitten om meer nadruk op de ‘morele plicht’ tot verschoning te leggen; (afwijzend) P. SMITS, ‘Waar wringt het bij de wraking?’, *TCR* 2014, p. 25 en A. HAMMERSTEIN, ‘Onpartijdigheid in het geding’, *Trema* 2014, p. 152.
2 Volgens PH.M. LANGBROEK, ‘Case assignment in Dutch courts’, in: Ph.M. Langbroek, M. Fabri, *The right judge for each case*, 2007, p. 111 en 128, gebeurt dit regelmatig, zodat de eigen sociale ‘checks’ van de rechterlijke macht lijken te functioneren.
3 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 189.
4 Vgl. Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 192-193.
5 Vgl. VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 41 Rv, aant. 1 (2010).

procedure een wrakingsverzoek wordt ingediend, maar indien het beklag zich buiten de procedure om voort zou zetten, zou zo'n onrechtmatige daad wel denkbaar zijn. Het is immers al gebeurd dat een rechter een publicist in kort geding ter verantwoording riep inzake een uitspraak van die journalist dat de rechter met een advocaat zou hebben gebeld over een onderhanden zaak.¹ Die kort geding-zaak toonde echter ook de risico's voor de rechter van die handelwijze, want het gevolg van een en ander was dat het hof constateerde dat bewezen was dat de rechter inderdaad het bewuste telefoontje had gepleegd waarna de rechter in kwestie vervroegd uit functie moest treden.²

6.6 Zelfregulering en onafhankelijkheid en onpartijdigheid

6.6.1 *De Leidraad Onpartijdigheid en de binding van de individuele rechter*

[286] *De Leidraad Onpartijdigheid van de rechter.* In verband met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht kan nog van belang zijn dat die rechterlijke macht ook zelf probeert nadere invulling te geven aan dat begrippenpaar, en wel door zelf vast te leggen wat in dat verband wel en niet kan. Dat is met name gebeurd door middel van de zogenaamde *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter*, een richtlijn opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Presidenten van de rechtbanken en hoven, en daarmee dus eigenlijk door – althans voor – zowat alle rechters in Nederland. Deze richtlijn, die kan gelden als een vorm van zelfregulering door de rechterlijke macht,¹ is bedoeld om de eigen positie te markeren.

De Leidraad beoogt onder andere te duiden wanneer een rechter zich informeel zou moeten terugtrekken, zodat een meer formele en door procedures omgeven verschoning of wraking niet meer nodig is. Men wil dus houvast bieden en het bewustzijn bij de rechter bevorderen. De Leidraad richt zich daarbij op het individu en wil een kader en een hulpmiddel bieden door middel van aanbevelingen inzake de vraag of die rechter zich zou moeten verschonen. Voor externe

[285] 1 Zie daarover bijv. de berichtgeving in *NJB* 2006, p. 61.

2 Zie Hof 's-Gravenhage 23 juni 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI9309 (Westenberg) en o.a. http://vorige.nrc.nl/binnenland/article2336156.ece/Rechter_in_Den_Haag_moet_weg_van_hof.

[286] 1 Zie GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 27. Zie over zelfregulering in het algemeen ook al nr. 52 e.v., en ook nog, voor Duitsland, P. BUCK-HEEB & A. DIECKMANN, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010. Ik noem in dit verband ook nog de *Leidraad nevenfuncties* uit 2009, de *Gedragscode Rechtspraak* uit 2010, de *NVvR-Rechterscode* uit 2011, en de wrakingsprotocollen (steeds: www.rechtspraak.nl). Zie nader M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 23 e.v., alsmede p. 38 e.v. voor Europese en internationale 'soft law' instrumenten, zoals de 'Bangalore Principles of Judicial Conduct'. Daarover ook VAN DEN EIJNDEN 2011, p. 41-50.

partijen, de buitenwereld, maakt deze Leidraad duidelijk wat de rechters meewegen in hun beslissingen.

De inhoud van de aanbevelingen in de Leidraad is redelijk evident:² de rechter neemt bijvoorbeeld niet een zaak ter hand waarin een gezinslid of familielid betrokken is of een ex-familielid, danwel iemand uit de eigen kennissenkring (Aanbeveling 1). Zaken die met een nevenfunctie of een eerdere werkkring samenhangen, neemt de rechter ook niet op zich (Aanbevelingen 3 en 7), ook niet als deze zaak met de (neven)functie van een gezins- of familielid samenhangt (Aanbeveling 4). Voor rechter-plaatsvervangers geldt uiteraard hetzelfde, terwijl die plaatsvervanger bovendien geen zaken behandelt waarin een kantoorgenoot betrokken is. Inhoudelijk is een en ander dus niet werkelijk spectaculair. Het belang van de Leidraad ligt dan ook eerder in het signaal dat ervan uitgaat, te weten dat de rechterlijke macht bewust hiermee bezig is; dat is belangrijk voor het vertrouwen in de rechter.

[287] *Een vorm van alternatieve regelgeving.* Relevant om te melden is wel nog dat deze Leidraad een voorbeeld is van een nieuwe ontwikkeling, zowel in het procesrecht als in het materiële burgerlijke recht, om meer en meer gebruik te maken van zogenaamde alternatieve of private regelgeving of rechtersregelingen. Zie ook nr. 52. Het gaat er daarbij om dat de wijze van codificeren en wetgeven, of in breder verband, het omgaan met regels, in het burgerlijk procesrecht maar ook daarbuiten, aan het veranderen is. Meer en meer doen particuliere afspraken hun intrede, in plaats van publiekrechtelijke normen, waarbij die private afspraken dan in de plaats van of ter aanvulling van het reguliere recht dienen. De 'gewone' wetgever wordt daarmee dus langzaam vervangen.¹ Dit soort afspraken, gemaakt door rechters, vanuit de gedachte dat alle rechters in Nederland deze zullen hanteren en toepassen, betreffen dus geen normale wetgeving maar een regeling door en voor rechters zelf, en belangrijke regelgeving ook nog, want aan veel van het praktische procesrecht wordt daarmee nader vorm en uitwerking gegeven.

[288] *Binding van de rechter.* Eén van de vele lastige vragen die dit soort alternatieve regelgeving oproept, is of de individuele rechter ervan af mag wijken. Of is hij gebonden aan wat 'men' binnen de beroepsgroep van rechters heeft afgesproken? Met andere woorden: geldt zijn onafhankelijkheid ook ten opzichte van de eigen collega's, in het eigen rechterlijke college en daarbuiten (de rechters in de andere rechterlijke colleges in Nederland)? Volgens De Werd bestaat er op grond van art. 6 EVRM een zekere zelfstandigheid van de rechter ten opzichte van zijn collega's, hoewel (Europese) jurisprudentie op dat vlak ontbreekt.¹

[286] 2 En strookt met art. 12 RO.

[287] 1 Over die ontwikkeling en de gevolgen ervan uitvoerig GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007.

[288] 1 M.F.J.M. DE WERD, 'De wetgever en artikel 6 EVRM', in: J.P. Loof, *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*, 1999, p. 33 en 38-39.

Teuben constateert in haar proefschrift dat de rechter een zekere mate van onafhankelijkheid heeft ten opzichte van de collega's; concrete aanwijzingen zijn in elk geval uit den boze. De vraag of meer algemene aanwijzingen in de vorm van aanbevelingen, richtlijnen, leidraden (kortom: via alternatieve regelgeving) dan ook 'off limits' zijn, beantwoordt zij echter negatief. Immers, het gaat in de rechtspraak niet om hoogstpersoonlijke opvattingen, doch om een gemeenschappelijke visie van de betrokken rechters. Onafhankelijkheid is niet gelijk aan subjectiviteit van de individuele rechter. En dus concludeert zij:

"De individuele onafhankelijkheid staat er dan ook niet aan in de weg dat de rechter gebonden kan worden aan een rechtersregeling waarin een zodanige gemeenschappelijke rechtsopvatting is neergelegd."²

Aan die conclusie draagt nog bij dat het individu in een meervoudige kamer zich ook moet schikken naar de meerderheid en dat gebondenheid aan precedentes ook geaccepteerd is.³ Een richtlijn zoals de *Leidraad Onpartijdigheid van de rechter*, en meer algemeen: rechtersregelingen, kunnen de individuele rechter dus 'binden',⁴ waarbij de mate van binding toeneemt naarmate een bepaalde lijn in de rechtspraak meer gevestigd raakt. De mogelijkheid om toch van zo'n regeling af te wijken, neemt in evenredige mate af.⁵

6.6.2 De toewijzing van zaken binnen een gerecht

[289] *Zaakstoedeling.* Als het om de onafhankelijkheid ten opzichte van de eigen rechterlijke collega's gaat, en dan vooral de besturen van de gerechten, is ook nog de vraag opgeworpen of de wijze van toedeling van zaken aan bepaalde kamers en/of bepaalde rechters (de distributie van zaken) niet conflicteert met de regels inzake de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.¹ Zo wierp Alkema² de vraag op wie eigenlijk bepaalt welke raadsheer-plaatsvervanger wanneer op welke zaak zit. In zijn persoonlijke ervaring was dat de secretaresse van de

[288] 2 TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 30, maar zij wil dan wel dat de rechters voldoende inspraak hebben bij de totstandkoming van de gemeenschappelijke rechtsopvatting. Zie ook KUIJER 2004, p. 270.

3 TEUBEN, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (BPP nr. II) 2004, p. 31.

4 Vgl. ook GIESEN, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8) 2007, p. 81-89. In Duitsland is deze binding in beginsel afwezig, zie J. SILLEN, 'Tussen dogmatiek en pragmatisme: binding aan rechtersregelingen in Nederland en Duitsland', *AA* 2014, p. 449 e.v.

5 SMITS heeft zich in grote lijnen bij het betoog van Teuben aangesloten, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 301-302. MAK 2008, p. 222-227, is kritischer over rechtersregelingen (mijns inziens ten onrechte), hoewel de efficiëntie en effectiviteit hiermee gediend zijn.

[289] 1 Zie Ph.M. Langbroek & M. Fabri (Eds.), *The Right Judge for each Case, a comparative study of case assignment and impartiality in 6 European countries*, 2007.

2 E.A. ALKEMA, 'De rechterlijke macht – enige opmerkingen vooraf', in: J.P. Loof (red.), *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*, 1999, p. 6.

president. Mijn eigen ervaring als raadsheer-plaatsvervanger is dat ruim voordat een zaak zich aandient een plaatsvervanger zelf heeft aangegeven op bepaalde data beschikbaar te zijn om eventueel een pleidooi bij te wonen. Voor die data wordt hij of zij dan ingeboekt zodat de binnenkomende zaken die op een later moment regulier op die dag gepland worden, zonder vooropgezet plan op zijn of haar bord komen. Dit vertelt uiteraard niet het hele verhaal en de toedeling zal zeker niet overal helemaal hetzelfde verlopen,³ temeer niet omdat dit eigenlijk (nog) niet gereguleerd is in Nederland.

Met Smits meen ik dan ook dat de distributie van zaken in Nederland weliswaar zeer flexibel (ook wel: diffuus) is, maar vooralsnog geen werkelijke problemen lijkt op te roepen,⁴ temeer niet nu de mogelijkheid van wraking van een rechter gedegen is geregeld.⁵ Dit laat echter onverlet dat de wijze waarop de toedeling van zaken in Nederland geregeld (of eigenlijk: niet geregeld) is, in strijd zou kunnen komen met art. 6 EVRM. Smits zelf wees er immers ook al op dat de samenstelling van een rechterlijk college onder de eis van 'established by law' ex art. 6 EVRM valt, en dat dus ook dat aspect bij wet geregeld moet zijn, hetgeen zeker niet het geval is.⁶ De informatie over zaakstoedeling die er is, is bovendien slecht te vinden (niet transparant) en wie de toedeling daadwerkelijk doet, wordt niet bekend.⁷

Kuijter is de mening toegedaan dat, hoewel er principiële vraagtekens te plaatsen zijn bij de Nederlandse handelwijze, een strikter (bijvoorbeeld Duits) systeem (te) onpraktisch zou zijn (en ook niet vereist wordt door het EVRM), want inefficiënt en inflexibel.⁸ Men wil immers ook met deskundigheid aan de zijde van de rechter rekening kunnen houden.⁹ De genoemde bezwaren gelden

[289] 3 Voor enkele gedetailleerde beschrijvingen, zie PH.M. LANGBROEK, 'Case assignment in Dutch courts', in: Ph.M. Langbroek, M. Fabri, *The right judge for each case*, 2007, p. 114-123.

4 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 316.

5 Vgl. PH.M. LANGBROEK & M. FABRI, 'Internal case assignment and judicial impartiality: Comparative analysis', in: Ph.M. Langbroek & M. Fabri (Eds.), *The Right Judge for each Case, a comparative study of case assignment and impartiality in 6 European countries*, 2007, p. 14.

6 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 271-274; Harris e.a. 2014, p. 458 en EHRM 17 december 2013, nr. 11770/08 (Jenita Mocanu t. Roemenië), § 38. Vgl. ook P. INGELSE, 'Rechter: tussen persoon en instituut', *NJB* 2010/1593, p. 1964. Volgens M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 101, is een wettelijke regeling niet direct nodig, maar de Nederlandse praktijk is wel kwetsbaar (p. 36-37), zodat wettelijk ingrijpen aanbevolen wordt (p. 171).

7 M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 96 en 101-102; kritisch E. BAUW e.a., *Togadragers in de rechtsstaat*, 2013, p. 70.

8 KUIJTER 2004, p. 187 e.v., m.n. p. 189 (zie ook p. 270-271).

9 Vgl. A. HAMMERSTEIN, 'Onpartijdigheid in het geding', *Trema* 2014, p. 149. Toedeling 'ad random' helpt daarbij niet.

wellicht ook minder indien elk gerecht, zoals Kuijer¹⁰ voorstond, ertoe over zou gaan de eigen, interne wijze van toedeling van zaken openbaar te maken door de regeling dienaangaande op internet te zetten.¹¹ Dat is in het verleden ook wel gebeurd. Daarmee committeerde het gerecht zichzelf, want ook deze vorm van zelfregulering kon (enige mate van) zelfbinding met zich brengen, en dus kan vervolgens ook gezegd worden dat ook dit aspect bij (eigen) 'wet' geregeld was (*soft law*).

Inmiddels zijn die specifieke regelingen echter van de websites van de rechtbanken verwijderd en loopt er een initiatief om de zaakstoedeling uniform op het niveau van de rechterlijke macht als geheel aan te pakken, namelijk door een Code zaakstoedeling op te stellen. Die Code zou in 2012 klaar zijn, maar is nog niet openbaar gemaakt.¹²

[290] *De Chipshol-zaak*. Dat er geen probleem bestaat als het om de zaakstoedeling gaat, wordt uiteraard anders op het moment dat een meervoudige kamer of een rechter hangende een procedure door het gerechtsbestuur vervangen wordt.¹ Dan rijzen op zijn minst vragen inzake de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, omdat het tussentijds en van hogerhand opgedragen wisselen van samenstelling als dat niet noodzakelijk is (omdat een rechter elders emplooi vindt, bijvoorbeeld) de schijn kan en vaak zal wekken ingegeven te (kunnen) zijn door minder hoogwaardige doeleinden. Het heeft er dan al snel de schijn van dat de bazen willen ingrijpen omdat ze een andere uitkomst wensen.

Dit speelde wellicht in de in nr. 110 e.v. besproken *Chipshol-zaak*² en was in elk geval voldoende reden voor Chipshol om een onrechtmatige daadsactie tegen de Staat te entameren. Daaraan werd ten grondslag gelegd dat door de vervanging van de drie oorspronkelijke rechters Chipshol in haar procesbelang geschaad is en dat (het bestuur van) de rechtbank (i.c. Haarlem) aldus art. 6 EVRM geschonden heeft en/of onzorgvuldig heeft gehandeld. Volgens Chipshol zou moeten worden onderzocht of de vervanging van de kamer in verband staat met het optreden van die kamer (lees: ten gunste van Chipshol beslissen). Het voorlopig getuigenverhoor ter voorbereiding op die onrechtmatige daadvordering werd door de Hoge

[289] 10 KUIJER 2004, p. 189.

11 In 2007 noemde Ph.M. Langbroek & M. Fabri (Eds.), *The Right Judge for each Case, a comparative study of case assignment and impartiality in 6 European countries*, 2007, p. 112, Alkmaar en Dordrecht als rechtbanken die dit gedaan hadden.

12 Zie hierover (daterend van mei 2012) www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-Registers/registratie-persoonsgegevens/Pages/default.aspx, alsmede M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 95 e.v.

[290] 1 Zie bijv. M. VAN EMMERIK e.a., *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2/2014, 2014, p. 36-37, die erop wijzen dat zeker ad-hocbesluiten over zaakstoedeling lastig liggen.

2 HR 19 maart 2010, NJ 2010/172 (Chipshol/Staat). Een soortgelijke uitspraak volgde in Hof 's-Gravenhage 5 juli 2011, ECLI:NL:GSHDH:2011:BR0132 (Mustafic-Nujic/Staat), r.o. 8.4.

Raad (alsnog) toegelaten, gebaseerd op diens vaste rechtspraak³ inzake (de toewijsbaarheid van) voorlopige getuigenverhoren. Hij overweegt:

“Aan de toewijsbaarheid van een op die grond gebaseerde vordering staat, anders dan volgens het hof het geval is (...), niet in de weg dat Chipshol in de procedures tegen de Luchthaven en tegen LVNL een rechtsmiddel heeft kunnen instellen. Weliswaar heeft de (thans nog niet bekende) uitkomst van die procedures na aanwending van alle rechtsmiddelen te gelden als hetgeen waarop Chipshol jegens de Luchthaven en LVNL rechtens aanspraak kan maken, zodat zij in zoverre geen schade lijdt ten gevolge van het door haar gestelde onrechtmatig handelen van het gerechtshof. Maar dat neemt niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken, indien deze zou komen vast te staan, een ernstige schending zou betekenen van haar door onder meer art. 6 EVRM gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces. In een op die schending gebaseerde procedure tegen de Staat zou Chipshol in elk geval, als genoegdoening voor deze schending, een daartoe strekkende verklaring voor recht kunnen vorderen.” [mijn curs., IG]

Voor het vertrouwen in de rechterlijke macht is dit naar mijn mening een wijze beslissing geweest,⁴ omdat de Hoge Raad zo laat zien dat het functioneren van de rechterlijke macht bespreekbaar is en een eventueel falen van de rechterlijke macht geredresseerd kan worden (zoals art. 13 EVRM ook eist).

6.7 Conclusie

[291] *Afronding.* Dat de Nederlandse rechter onafhankelijk is, staat als een huis; de waarborgen zijn prima geregeld. Wanneer er wel of juist niet sprake is van een (objectief) onpartijdige rechter, zal wellicht niet meteen kristalhelder zijn in de praktijk, maar dat is inherent aan het werken vanuit beginselen en het werken met een open norm. Niettemin doen zich weinig problemen voor op dit vlak, zeker niet binnen het civiele proces. Als iemand meent een partijdige rechter te treffen, is een wrakingsverzoek eenvoudig te doen en als dat afgewezen wordt, kan daar in het verloop van de hoofdzaak alsnog over doorgedebatteerd worden, zodat de kwestie in elk geval aan bod komt. Een mogelijke remedie voor een procespartij en een ‘sanctie’ voor de rechter is dus aanwezig.

Dit alles kan aanleiding zijn te denken dat het met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Nederlandse rechter wel goed zit, en dat lijkt ook inderdaad het geval te zijn; stevig tegenbewijs heeft zich nog niet aangediend. Niettemin blijft het zaak waakzaam te blijven. De *Chipshol*-zaak, zie nr. 290, toont aan dat een ongeluk in een klein hoekje kan zitten. Bovendien kan er niet zonder meer aan voorbijgegaan worden dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter naar alle waarschijnlijkheid binnen afzienbare tijd vaker en vooral anders getoetst zal gaan worden dan nu nog het geval is. Het is immers niet lastig

[290] 3 Vgl. HR 6 juni 2008, NJ 2008/323 (X/Staat).

4 Of deze uitspraak wel of niet (deels) terugkomt op het beruchte *Jeffrey*-arrest (HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853), laat ik in het midden. Zie nog nr. 111.

te voorspellen dat over enige tijd op grond van data-analyses van iedere rechtbank en van iedere individuele rechter kan en zal (kunnen) worden nagegaan hoe deze recht spreekt in bepaalde typen zaken ('pro eiser of juist pro gedaagde'). Als uit die data bepaalde patronen zouden volgen, dan liggen de mogelijke verwijten voor het oprapen.

HOOFDSTUK 7

Hoor en wederhoor ('fair hearing')

7.1 Inleidende opmerkingen

[292] *Onderdeel van een ruimer recht op 'fair hearing'*. Art. 6 EVRM is in de kern een bepaling die een eerlijk (civiel) proces, een 'fair trial', nastreeft, net als art. 47 Handvest Grondrechten EU en straks wellicht de aangepaste Nederlandse Grondwet, zie nr. 166. Eén van de wijzen waarop dat geschiedt, is door het waarborgen van wat in de Nederlandse rechtssfeer het beginsel van 'hoor en wederhoor' heet.¹ Maar daarbij moet meteen worden gezegd dat de Europese notie van 'fair trial' ruimer is dan enkel het aspect van hoor en wederhoor dat daaruit in elk geval (ook) afgeleid wordt.² Het gaat in ruimere zin om een eerlijke behandeling. Zo omvat die notie ook het (Nederlandse) beginsel van de motiveringsplicht, zoals te bespreken in hoofdstuk 10.³ Aan de andere kant is art. 6 EVRM echter een minimumwaarborg, zodat de Nederlandse rechter onder de noemer hoor en wederhoor zwaardere eisen zou kunnen stellen, indien gewenst.

Dit alles maakt dat de afstemming tussen het EVRM en het Nederlandse recht niet altijd 'een-op-een' kan geschieden, en dus een vertaalslag vergt. Dat pleit dus voor de gescheiden behandeling van beide rechtstelsels zoals die in het navolgende – net als elders in dit boek – wordt ondernomen, in § 7.3 voor het EVRM en § 7.4 voor Nederland. Aan het gegeven dat beide rechtssferen niet helemaal te scheiden zijn omdat het eigen nationale recht mede bepaald wordt door de eisen die het EVRM stelt, doet die wijze van bespreking echter niets af.

Vanuit het idee dat het goed zou (kunnen) zijn om het beginsel van hoor en wederhoor ook vanuit een andere invalshoek te bezien, zal tevens – in zeer kort bestek – met een rechtseconomische bril naar het beginsel van hoor en wederhoor gekeken worden. Ik doe dat omdat de notie van hoor en wederhoor conceptueel het gevaar in zich draagt dat er dubbel werk gedaan wordt, hetgeen

[292] 1 Doch dat ook vele andere namen kent, zoals recht op rechterlijk gehoor, verdedigingsbeginsel, contradictoir beginsel, etc. Zie nader COENRAAD 2000, p. 1-2, en voor enkele definities p. 5.
2 Zie nader nr. 298, en bijv. COENRAAD 2000, p. 2. Hoor en wederhoor is een kenmerk van 'fair trial', zie ASSER 1992, p. 11. Uit de notie van 'fair hearing' volgt bijv. ook het rechtszekerheidsbeginsel, dat tot uiting komt in de gedachte dat een uitspraak gezag van gewijsde moet krijgen, vgl. Harris e.a. 2014, p. 431.
3 Waarbij dan ook weer geldt dat die motiveringsplicht dienstbaar kan zijn aan de controle op de naleving van hoor en wederhoor, zie ASSER 1992, p. 15.

niet direct efficiënt overkomt. Daarover handelt § 7.2 hierna, waarin specifiek de ratio en achtergrond van hoor en wederhoor centraal wordt gesteld. Een slot-overweging volgt in § 7.5.

[293] *Hoor en wederhoor wereldwijd.* Hoor en wederhoor is een beginsel dat niet alleen aan Nederland en/of het EVRM is voorbehouden, maar ook in bijvoorbeeld Duitsland ('rechtlichen Gehörs'), Engeland ('rules of natural justice') en Frankrijk ('principe de la contradiction') een rijke traditie heeft.¹ Ook in de 'Principles of Transnational Civil Procedure' (PTCP) figureert deze notie in ruime mate, in het bijzonder in Principle 3 over 'Procedural Equality of the Parties', maar tevens in Principles 1.4, 5.4, 5.5 en 16.1. Aangezien het onderwerp naar Nederlands recht al veelomvattend is, kan aan deze overige rechtsstelsels verder geen aparte aandacht worden geschonden.

[294] *Specifiek binnen Europa.* Ook binnen de Europese rechtsorde, in het bijzonder in de rechtspraak van het Hof van Justitie, neemt het beginsel van hoor en wederhoor een belangrijke plaats in. Het wordt als gewichtig gezien,¹ want het is onderdeel van art. 47 Handvest Grondrechten EU. Dit bleek bijvoorbeeld in de zaak *Banif Plus bank/Csipai*,² een geval waarin de rechter ambtshalve een algemene voorwaarde bij een kredietovereenkomst als onredelijk bezwarend had bestempeld, en vervolgens de vraag rees in hoeverre die rechter de partijen (niet alleen de beschermde consument, doch ook diens wederpartij, de betrokken bank) daarover zou moeten horen. Het Hof oordeelde, in algemene bewoordingen,³ als volgt:

"29. Bij de toepassing van het Unierecht dient de nationale rechter zich evenwel ook te houden aan de vereisten van doeltreffende rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Tot deze vereisten behoort het beginsel van hoor en wederhoor, dat deel uitmaakt van de rechten van de verdediging en dat de rechter inzonderheid wanneer hij een geding beslecht op basis van een ambtshalve opgeworpen middel moet eerbiedigen (...).

30. Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat in de regel het beginsel van hoor en wederhoor niet alleen elke procespartij het recht verleent om kennis te nemen van de stukken en de opmerkingen die door de tegenpartij aan de rechter zijn voorgelegd en hierover haar standpunt kenbaar te maken, maar eveneens tot gevolg heeft dat de partijen het recht hebben om kennis te nemen van de middelen die de rechter ambtshalve in aanmerking wil nemen en om hierover een standpunt kenbaar te maken. Het Hof heeft benadrukt dat het, om aan de vereisten van het recht op een eerlijk proces te voldoen, namelijk van belang is dat de partijen kennis hebben van, en op tegenspraak hun standpunt kenbaar kunnen maken over de aspecten, zowel feitelijk als rechtens, die beslissend zijn voor de uitkomst van de procedure (...).

[293] 1 COENRAAD 2000, p. 1; ASSER 1992, p. 12-13.

[294] 1 Zie HvJ EU 2 december 2009, *NJ* 2010/181, m.nt. M.R. Mok (EC/Ierland) en SNIJDERS e.a. 2011, nr. 32.

2 HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11 (*Banif Plus bank/Csipai*).

3 Verwijzend naar o.a. HvJ EU 2 december 2009, *NJ* 2010/181, m.nt. M.R. Mok (EC/Ierland).

31. Daaruit volgt dat een nationale rechter, die op grond van gegevens, feitelijk en rechtens, waarover hij beschikt of die hem na hiertoe genomen ambtshalve maatregelen van instructie zijn meegedeeld, heeft vastgesteld dat een beding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, en na een ambtshalve beoordeling constateert dat dit beding oneerlijk is, in de regel de procespartijen daarvan in kennis dient te stellen en hen dient te verzoeken hierover op tegenspraak hun standpunt kenbaar te maken overeenkomstig de naar nationaal recht geldende procesregels."

7.2 Achtergrond en (rechtseconomische) ratio van hoor en wederhoor

[295] *Ratio en achtergrond.* Over de *ratio* achter, en daarmee ook het belang van, de notie van hoor en wederhoor heeft de Hoge Raad zich uitdrukkelijk uitgelaten, aanhakend bij de gedachten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens daarover. Overwogen werd dat volgens vaste rechtspraak van dat EHRM de grondslag van het recht op hoor en wederhoor mede is gelegen in 'het vertrouwen dat rechtzoekenden dienen te kunnen stellen in het goed functioneren van de rechtspraak'.¹ Daarbij verwijst de Hoge Raad expliciet naar een tweetal EHRM-uitspraken. In één daarvan wordt die achtergrond als volgt verwoord:²

"What is particularly at stake here is litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file."

Uiteindelijk is dit beginsel van procesrecht dus terug te voeren, aldus het EHRM, op het vertrouwen dat de burger in een rechtsstaat zou moeten hebben in de nationale rechtspleging, omdat die burger zich daarmee zonder problemen kan 'onderwerpen' en 'laven' aan de regels van die rechtsstaat waarin zijn belangen mede in acht worden genomen. Dat bepaalde (andere) maatregelen of manieren van werken wellicht tijd en geld besparen, is lovenswaardig, maar kan aan het voorgaande niet af doen; art. 6 EVRM is erop gericht de belangen van de partijen en de 'proper administration of justice' veilig te stellen.³

Over de *achtergrond* van hoor en wederhoor kan verder nog vermeld worden dat dit beginsel sterk geënt is op het (aanzwengelen van het) debat. Omdat een civiele rechter een beoordeling geeft naar aanleiding van een geschil welk hem voorgelegd is door (een) partij(en), en daarmee oordeelt over de belangen van partijen, kan deze geen recht spreken over de hoofden van diezelfde partijen heen. De rechter richt zich dus in eerste instantie tot de partijen, en precies daarom hebben die partijen het volste recht om de aandacht van de rechter te vragen voor alles waarvan zij menen dat het relevant is of zou kunnen zijn.

[295] 1 HR 9 november 2012, NJ 2012/637 (X./Y.).

2 Zie EHRM 18 februari 1997, NJ 1997/590 (Nideröst-Huber t. Zwitserland), § 29. Zie ook EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (Juričić t. Kroatië), § 75.

3 EHRM 18 februari 1997, NJ 1997/590 (Nideröst-Huber t. Zwitserland), § 30. Over dit alles ook EHRM 6 februari 2001, nr. 30428/96 (Beer t. Oostenrijk), § 18.

Daarom ook moet de rechter hen horen en mogen ze op elkaar reageren.⁴ Dat genereert een debat over de zaak en dat (juridische en feitelijke) debat is wezenlijk voor de goede oordeelsvorming en voor een procedureel en materieel juiste (in de zin van: aanvaardbare) uitspraak.⁵

[296] *Een wijdere blik: rechtseconomie en procesrecht.* Zonder hier te (willen) differentiëren tussen verschillende stromingen binnen die benadering, kan gesteld worden dat de rechtseconomische benadering – sterk in opkomst in de V.S. en in Europa – tot op heden vooral in de weer is geweest met het analyseren en duiden van materieelrechtelijke leerstukken en regels. Niettemin is er ook het nodige geschreven over de rechtseconomische aspecten van het civiele procesrecht en de civiele rechtspleging.¹ Daarbij wordt er echter vooral aandacht besteed aan de kostenkant van procedures, zoals kostenveroordelingen² en noties als ‘no cure no pay’³, maar ook aan de prikkels om wel of niet te gaan procederen, het instellen van hoger beroep, ‘discovery’, de rol van jury’s en van advocaten, etc. De in dit boek centraal gestelde beginselen van procesrecht worden eigenlijk niet zelfstandig op rechtseconomische wijze geanalyseerd, zo blijkt uit de standaardliteratuur. Wellicht komt dat doordat die beginselen te ‘vage’ noties vormen om fatsoenlijk in een model te kunnen vatten.

Wat daar verder van zij, omdat niet uit te sluiten is dat over die beginselen van burgerlijk procesrecht toch iets te leren valt als daarop een rechtseconomische analyse wordt losgelaten, bespreek ik deze hier kort,⁴ waarbij ik mij dan speciaal richt op hoor en wederhoor en de (rechtseconomische) ratio daarachter. Hierbij is dan ten eerste van belang dat de rechtseconomische analyse van het civiele procesrecht steeds start vanuit de gedachte dat er een afweging moet worden gemaakt tussen de kosten van de procedure zoals die in kwestie gevoerd wordt, en de kosten verbonden aan een eventuele foutieve beslissing. Een munt opgooien om tot een einduitspraak te komen, kost vrijwel niets, maar zal wel extreem hoge foutkosten veroorzaken, terwijl bijvoorbeeld het horen van elke mogelijke getuige tot erg hoge procedurele kosten zal leiden. Het gaat in de (rechtseconomische) kern dus steeds om de ‘trade-off’ tussen die twee zijden van

[295] 4 Zie ASSER 1992, p. 10.

5 ASSER 1992, p. 16-17.

[296] 1 Zie R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2003 (6th ed.), p. 563-610; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, p. 387-470; B.H. KOBAYASHI et al, ‘Civil Procedure: General Economic Analysis’, in: B. Bouckart & G. de Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, nr. 7000; TH.J. MICELLI, *The Economic Approach tot Law*, 2009 (2nd ed.), p. 226-267; G.P. MILLER, ‘The legal-economic analysis of comparative civil procedure’, 45 *Am. J. Comp. L.* 905 1997.

2 Bijv. SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011, p. 215 e.v.

3 Zie bijv. M. FAURE & T. HARTLIEF, ‘Claimcultuur en beloningssystemen’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smits, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, 2012, p. 151 e.v., alsmede R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2003 (6th ed.), p. 584.

4 Ik wilde ergens een korte beschouwing hierover opnemen. De keuze is op dit hoofdstuk gevallen, in het volle besef dat dit ook elders in dit boek had kunnen gebeuren.

de procedurele medaille; tussen beide polen ligt ergens de ideale vorm van een procesmodel.⁵

[297] *Hoor en wederhoor rechtseconomisch bekeken.* Wordt dit simpele uitgangspunt toegepast op de eis van hoor en wederhoor, dan rijst het volgende beeld. Verwacht mag worden dat meer en uitvoeriger proceshandelingen tot meer (en bruikbaarere) informatie voor de beslissende rechter zullen leiden, zodat die rechter vervolgens op basis van die additionele informatie tot betere besluitvorming kan komen. Doordat op grond van hoor en wederhoor elke procespartij op alle inbreng van zowel de wederpartij als van de rechter mag reageren, neemt de hoeveelheid beschikbaar materiaal inderdaad toe, zodat de rechter beter in staat moet worden geacht om correct te beslissen. De foutkosten nemen daarmee tegelijk af, en daarmee kan de notie van hoor en wederhoor ook vanuit efficiëntieoverwegingen gerechtvaardigd worden.

Uiteraard heeft dat proces van foutenreductie, en dus kostenreductie, wel een prijs, want al die extra handelingen (reageren op wat de wederpartij of de rechter in heeft gebracht) komen tegen niet geringe advocaat- en systeemkosten. Dat betekent derhalve dat aan de wisselwerking van hoor en wederhoor op enig moment een einde moet komen: de meerwaarde van nog meer informatie weegt dan niet langer op tegen de kosten van het vergaren ervan. Ook de 'eindigheid' en een zekere mate van begrenzing van de notie van hoor en wederhoor is daarmee rechtseconomisch te verantwoorden. Dit strookt dus met de gedachte dat er na het wederhoor door bijvoorbeeld de gedaagde niet nog weer een nieuwe ronde van 'weder'-wederhoor voor de eiser volgt (tenzij de gedaagde een eis in reconventie instelt, uiteraard). Hoewel daaruit wellicht nog weer wat extra informatie zou volgen, zou die gang van zaken niet langer efficiënt zijn, want voornamelijk dubbel werk (een herhaling van zetten) uitlokken.¹

Dit simpele 'model' lijkt de gedachte van hoor en wederhoor als belangrijk onderdeel van een systeem van burgerlijk procesrecht derhalve te steunen. Het model kan overigens niet aangeven hoe veel en hoe vaak hoor en wederhoor idealiter vereist is. Een wellicht zwakke plek in het geheel is bovendien dat het model er vanuit lijkt te gaan dat alle extra informatieverstrekking ook tot meer en betere informatie voor de rechter leiden zal, maar dat hoeft natuurlijk geenszins het geval te zijn. Een ontkenning in de fase van wederhoor ten aanzien van wat gesteld is in de voorafgaande (hoor)fase, leidt immers niet per se tot meer zekerheid over wat er nu daadwerkelijk feitelijk is gebeurd, ook niet altijd na mogelijke verdere bewijslevering (tegen daarmee verhoogde kosten) door de stellende partij. Men zal hier derhalve voorzichtig moeten zijn met het trekken van conclusies; ook de rechtseconomie heeft geen panklare oplossingen paraat.

[296] 5 Zie o.a. G.P. MILLER, 'The legal-economic analysis of comparative civil procedure', 45 *Am. J. Comp. L.* 905 1997, p. 906; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2003 (6th ed.), p. 563.

[297] 1 Daarnaast is voorstelbaar dat zo'n extra kans op een later moment uitlokt dat partijen in een eerdere fase niet al meteen geheel openhartig zijn.

7.3 'The right to a fair hearing' uit art. 6 EVRM

7.3.1 Introductie

[298] *Vertrekpunt: 'fair hearing' en drie onderdelen daarvan.* Art. 6 EVRM eist een eerlijke behandeling, een 'fair hearing',¹ hetgeen ook wel wordt geschaard onder de noemer van een 'fair trial',² maar dat is een ruimere notie.³ Wat betekent die eis van een 'fair hearing' naar EVRM-recht? Zo'n 'fair hearing' kan in elk geval niet slechts gelijkgesteld worden aan een 'hearing in person' of een 'oral hearing', hoewel ook dat een element is van deze notie.⁴ Er is meer.

De eis van een 'fair hearing' wil, ten eerste, zeggen dat iedere partij in een civiele procedure recht heeft op een redelijke gelegenheid om zijn zaak aan de rechter voor te leggen onder zodanige omstandigheden dat hij niet substantieel benadeeld wordt ten opzichte van zijn wederpartij.⁵ Daarin herkennen wij de notie van 'equality of arms', welke dus een onderdeel is van de ruimere concepten 'fair hearing' en (zoals dit tegenwoordig wel wordt gebracht⁶) 'fair trial'.⁷ Diezelfde gedachte van een eerlijke behandeling leidt er, ten tweede, toe dat partijen de gelegenheid moeten krijgen tot kennisneming van en uitlating over alles wat het oordeel van de rechter kan beïnvloeden.⁸ De procespartijen in een civiele procedure moeten dus naar de normen van het EHRM de gelegenheid krijgen om op elkaars stellingen en alle bescheiden te reageren.⁹ Het gaat daarbij steeds om

[298] 1 VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 95.

2 Van Dijk e.a. 2006, p. 578.

3 Zie bijv. EHRM 23 juni 1993, *NJ* 1995/397, m.nt. E.J. Dommering (Ruiz-Matteos t. Spanje), § 63. 'Fair trial' bevat overigens ook de motiveringsplicht (zie hierna hoofdstuk 10), openbaarheid (hoofdstuk 8), en de onafhankelijkheid van de rechter (hoofdstuk 6), zie STEIN/RUEB 2013, p. 25, en KUIJER 2004, p. 162 e.v.

4 Van Dijk e.a. 2006, p. 578.

5 Zie VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 96, die dit herleidt tot een oude uitspraak van de ECRM. Het is dus tevens zo dat de toegang tot de rechter, waarover hoofdstuk 5, betekent dat er toegang moet zijn tot een procedure die deze gelijkheid biedt, vgl. EHRM 15 februari 2005, *NJ* 2006/39, m.nt. E.J. Dommering (Steel & Morris t. Verenigd Koninkrijk), § 59-62 en 72.

6 Vgl. EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (Juričić t. Kroatië), § 72.

7 Zie EHRM 17 januari 1971, Series A, Vol. 11 (Delcourt t. België), § 28; EHRM 3 maart 2000, nr. 35376/97 (Krcmár t. Tsjechië), § 29. Langs de band van 'equality of arms' is de gedachte van een 'fair hearing' aldus verbreed naar een 'fair trial'-beginsel in meer algemene zin, aldus DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 196. Vgl. ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 395.

8 Zie bijv. EHRM 20 februari 1996, nr. 19075/91 (Vermeulen t. België), § 33; EHRM 20 februari 1996, Reports 1996-I (Lobo Machado t. Portugal), § 31; EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (Mantovanelli t. Frankrijk), § 33 en COENRAAD 2000, p. 2.

9 Zie EHRM 23 november 1992, *NJ* 1995/397, m.nt. E.J. Dommering (Ruiz-Matteos t. Spanje), § 63; EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997/590 (Nideröst-Huber t. Zwitserland), § 24.

de mogelijkheid van 'adversarial proceedings'. Aan deze twee gevestigde onderdelen of categorieën van 'fair hearing', valt inmiddels een derde, later opgekomen onderdeel toe te voegen, te weten dat van de 'proper participation of the parties to the proceedings'. Dat wil grofweg zeggen dat elke procespartij in staat moet worden gesteld op de zelf gewenste wijze deel te nemen aan de procedure.

In de zaak *Súsanna Rós Westlund t. IJsland* worden deze drie aspecten of onderdelen nadrukkelijk met elkaar verbonden:¹⁰

"The Court reiterates that the (...) task of the European Court under the Convention is to ascertain whether the proceedings in issue, considered as a whole, including the way in which the evidence was submitted, were fair as required by Article 6 § 1 (...). It points out that one of the requirements of a 'fair hearing' is 'equality of arms', which implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis his or her opponent (...). A further element of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision (...). Moreover, the procedure must be such as to allow the proper participation of the parties to the proceedings (...)."

Bij de behandeling van het EVRM kan aldus een driedeling worden gemaakt van: 1) 'equality of arms'; 2) het recht op 'adversarial proceedings'; en 3) 'proper participation' van de procespartijen. In de volgende paragraaf zal ik deze indeling volgen, hoewel die drie verschillende aspecten lastig van elkaar te scheiden zijn.¹¹

[299] *Fair hearing: inhoud.* Enige nadere *inhoudelijke* invulling van wat die notie van 'fair hearing' in zin algemeenheid zou kunnen behelzen, is verder nog te vinden in de zaak *Kraska*. Daarin geeft het EHRM aan dat het doel van art. 6 EVRM onder andere is om de rechter te verplichten:

"to conduct a proper examination of the submissions, arguments, and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessments of whether they are relevant to its decision."¹

Het Hof ziet er echter ook hier vanaf om via abstracte criteria aan te geven wat 'fair' is en wat niet. Per individuele zaak moet bezien worden of die specifieke zaak eerlijk is geweest, waarbij het beeld van de procedure als geheel doorslaggevend is, hoewel een bepaald aspect van een procedure op zichzelf voldoende kan zijn voor een negatief oordeel.²

[298] 10 EHRM 6 december 2007, nr. 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), § 33. De bronverwijzingen zijn verwijderd uit het citaat.

11 Van Dijk e.a. 2006, p. 580.

[299] 1 Zie EHRM 19 april 1993, Series A, Vol. 254-B (*Kraska t. Zwitserland*), § 30.

2 Zie ook KUIJER 2004, p. 163; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 99; STEIN/RUEB 2013, p. 25, en uit de rechtspraak o.a. EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994/534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (*Dombo t. Nederland*), § 31 en EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05 (*Olujić t. Kroatië*), § 77.

Relevant hierbij is verder wel nog dat nationale staten iets meer 'latitude' wordt geboden in civiele procedures dan in (de regulering van) strafrechtelijke procedures, een gedachte die voortkomt uit het gegeven dat in art. 6 lid 2 en 3 EVRM voor het strafrecht nadere eisen zijn gesteld, hetgeen voor het civiele recht niet is gedaan.³ Maar een procedure waarin de stellingen van partijen in het geheel niet gehoord worden, is zeker niet 'compatible' met art. 6 EVRM.⁴ Daarentegen zorgt het Hof er met nadruk voor dat het niet verzeild raakt in zaken van bewijswaardering en de toelating van bewijsmiddelen, inclusief deskundigenbewijs; dat zijn zaken voor de nationale wetgever en rechter.⁵

[300] *Hoor en wederhoor op zijn Hollands?* In een poging aansluiting te zoeken bij de op voorgaande wijze onderscheiden EVRM-noties, kan vervolgens de Nederlandse hoor en wederhoor-gedachte het best gekarakteriseerd worden als een (qua opzet ruim bemeten) *onderdeel* van het (nog) bredere vereiste van een 'fair hearing' zoals dat in algemene zin is opgenomen in art. 6 EVRM. Bij die hoor en wederhoor-gedachte ligt het accent dan niet zozeer op het recht dat *een rechter* de partijen hoort, maar vooral op het aspect dat de rechter verplicht is om steeds *beide* partijen te horen, om de beide partijen dus vooral gelijke kansen te geven (nogmaals: 'equality of arms'), waaronder gelijke toegang tot dossiers en andere processtukken.¹ Daarbij verdient overigens meteen al vermelding dat het Nederlandse recht, via hoor en wederhoor, meer zou kunnen eisen dan het EVRM doet; art. 6 EVRM behelst immers slechts een minimumnorm voor de verdragsstaten.² Wat er voor het overige verder ook zij van mijn poging om de Nederlandse terminologie te verbinden aan die van het EVRM, de ruime eis van hoor en wederhoor naar Nederlands recht kan ook weer nader, op zelfstandige wijze onderverdeeld worden, zoals wij hierna, in nr. 309, nog zullen zien.

7.3.2 Drie aspecten van een eerlijk proces ('fair hearing')

[301] *Ad (1): 'Equality of arms' en het Dombo-arrest.* De hiervoor al genoemde 'equality of arms'-formulering waaruit volgt dat geen van partijen benadeeld mag worden ten opzichte van de andere partij, is voor het civiele proces onder andere

[299] 3 Vgl. EHRM 27 maart 2008, nr. 34499/06 (Perić t. Kroatië), § 18; EHRM 18 februari 1997, NJ 1997/590 (Nideröst-Huber t. Zwitserland), § 28; EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (Dombo t. Nederland), § 32. Zie ook Harris e.a. 2014, p. 409; Van Dijk e.a. 2006, p. 579.

4 Zie EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93 (Georgiadis t. Griekenland), § 40.

5 Zie bijv. EHRM 12 juli 1988, Series A, Vol. 140 (Schenk t. Zwitserland), § 45-46; EHRM 16 juni 2005, nr. 61603/00 (Storck t. Duitsland), § 134; EHRM 5 juli 2007, nr. 31930/04 (Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland), § 44, alsmede nr. 318 hierna.

[300] 1 Zie ook al VAN DIJK, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 97.

2 Bijv. BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 11 en 31.

neergelegd in het standaardarrest *Dombo t. Nederland*.¹ Kort gezegd was daar het volgende aan de hand. Er ontstaat een zakelijk geschil tussen Dombo en de toenmalige NMB, de kredietverstrekende bank, over hoeveel krediet er op enig moment (mondeling) toegezegd is. In de procedure daarover mag Van Reijendam, ex-directeur van Dombo, niet getuigen omdat procespartijen in die tijd in het geheel niet konden getuigen.² Daarentegen mag Van Workum, de directeur van het bankfiliaal van de NMB, wel getuigen want hij is zelf geen procespartij. Bij het Europese Hof stelt Dombo dat er sprake is van een inbreuk op de 'equality of arms' tussen partijen.

Het Hof stelt vervolgens vast dat 'equality of arms' ook geldt in civiele geschillen en dat impliceert – als gezegd – dat iedere partij een redelijke mogelijkheid moet hebben om zijn zaak te presenteren, inclusief zijn bewijs, en dat het niet zo mag zijn dat één partij 'at a substantial disadvantage vis a vis his opponent' geplaatst wordt. De rechtvaardiging daarvoor is dat in een zaak als deze, waarbij twee getuigen kunnen verklaren over een mondelinge overeenkomst en die beide partijen indertijd gelijkwaardig onderhandelden, het niet aangaat dat slechts één van beide als getuige mag of kan worden gehoord.

[302] *Uitwerking.* Uit de gedachte van 'equality of arms' volgt bijvoorbeeld dat procespartijen in een cassatiezaak de kans krijgen om te reageren, binnen veertien dagen, per brief, op de conclusie van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.¹ Gelieerd daaraan is dat partijen zullen mogen reageren op een mogelijke interventie van het OM in een (civiele) procedure op grond van art. 42 Rv of art. 44 Rv, zoals ook blijkt uit art. 44 lid 3 Rv.²

Tevens moeten partijen dezelfde toegang hebben tot 'records' en documenten gelieerd aan de zaak. Dat kan wellicht mede verklaren waarom het bewijsbeslag ook buiten het domein van de intellectuele eigendomszaken geaccepteerd werd

[301] 1 EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994/534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (*Dombo t. Nederland*), § 32. Zie ook EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997/590 (*Nideröst-Huber t. Zwitserland*), § 29. Het gaat hier om een 'specific right' dat volgt uit de notie van een 'fair hearing', aldus Harris e.a. 2014, p. 409.

2 Zie nader M. DE TOMBE-GROOTENHUIS, *De partijgetuigen-verklaring in het burgerlijk procesrecht*, 1993. Dat is nu uiteraard anders, zie art. 164 Rv: procespartijen mogen getuigen als partijgetuige, maar hun verklaring is op zichzelf onvoldoende als bewijs, deze moet ondersteund worden door ander bewijs, als tenminste de verklarende partij ook de bewijslast draagt. Vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 143-144.

[302] 1 Van Dijk e.a. 2006, p. 582; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 125-126; Harris e.a. 2014, p. 414-415, verwijzend o.a (en uiteraard) naar EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992/73, m.nt. E.A. Alkema en Th.W. van Veen (*Borgers t. België*).

2 Eveneens gelieerd hieraan is de (toenmalige) praktijk in Zwitserland waarbij de rechter in eerste aanleg aan de appelrechter zijn observaties meegeeft over de betreffende zaak. Dat mag (!), mits partijen op die observaties mogen reageren. Vgl. EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997/590 (*Nideröst-Huber t. Zwitserland*), § 22. Terecht kritisch KUIJER 2004, p. 166-167.

door de Hoge Raad.³ Lastiger te verenigen met hoor en wederhoor is echter dat in de verloffprocedure die gevolgd moet worden om dit bewijsbeslag te kunnen leggen, die wederpartij niet gehoord wordt, net zomin als dat bij conservatoir beslag het geval is (nr. 328).⁴

Ook volgt uit de notie van 'gelijkheid der wapenen' dat elk van de procespartijen de gelegenheid dient te krijgen om de argumenten zoals naar voren gebracht door de wederpartij, te weerspreken. Daaronder valt ook dat beide gelijkelijk deskundigen moeten kunnen inschakelen⁵ en dat beide als gelijken de rapportages van deskundigen moeten kunnen becommentariëren.⁶ Hierover handelde bijvoorbeeld de hierna (nr. 305) nog te bespreken *Mantovanelli*-zaak. Dat het bij 'equality of arms' echt om de gelijkheid *tussen* partijen gaat, blijkt onmiskenbaar hieruit dat als beide partijen bepaalde documenten niet te zien krijgen, er geen schending van dit aspect van een 'fair hearing' aanwezig wordt geacht.⁷

[303] (*Aanwezigheid bij*) een 'oral hearing'. De notie van een 'fair hearing' – specifiek het onderdeel 'equality of arms'¹ – omvat verder het recht om ten minste éénmaal persoonlijk aanwezig te zijn bij het (fysieke) proces; het recht, waarop uitzonderingen mogelijk zijn, voor procespartijen op een 'hearing in one's presence' dus.² In de kern gaat het hier om het recht op een ('public'³ en) 'oral hearing' omdat een openbare mondelinge behandeling de (enige) gelegenheid is om het (civiele) proces fysiek bij te wonen. Dat recht geldt ook in civiele procedures voor civiele procespartijen, bijvoorbeeld op grond van de *Helmers t.*

- [302]
- 3 Zie HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455, m.nt. H.B. Krans (Bewijsbeslag).
 - 4 HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455, m.nt. H.B. Krans (Bewijsbeslag), r.o. 3.7.2: "Het verlof wordt zo nodig gegeven zonder dat de wederpartij wordt gehoord, met name indien het aannemelijk is dat uitstel de verzoeker onherstelbare schade zal berokkenen of indien er een aantoonbaar gevaar voor verduistering of verlies van bewijs bestaat (vgl. art. 1019b lid 3 Rv)."
 - 5 Van Dijk e.a. 2006, p. 584.
 - 6 Zie over het voorgaande o.a. EHRM 29 mei 1986, Series A, Vol. 99 (Feldbrugge t. Nederland). Zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 581-582; Harris e.a. 2014, p. 415-416.
 - 7 Zie bijv. EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997/590 (Nideröst-Huber t. Zwitserland), § 23. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 124-125. Wel kan dan via de notie van 'fair trial' in bredere zin tot een schending van art. 6 EVRM worden besloten.
- [303]
- 1 Ik bespreek de 'oral hearing' onder het thema 'equality of arms' omdat de mondelinge behandeling bij uitstek een gelegenheid is waarbij de 'gelijkheid der wapenen' van partijen in een geding gerealiseerd kan worden. Zie bij wege van praktisch voorbeeld daarvan (en ook van het belang van de mondelinge behandeling): HR 3 mei 2013, *NJ* 2013/397 (Jemnice/ERED). Niettemin, een plek onder het onderdeel 'adversarial proceedings' of in hoofdstuk 8 hierna was ook mogelijk geweest.
 - 2 Zie nader Harris e.a. 2014, p. 410 e.v. Vgl. ook EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05 (Kennedy t. Verenigd Koninkrijk).
 - 3 Het recht op een 'oral hearing' is bij het EHRM gekoppeld aan het recht op een 'public hearing', zie ook het citaat hierna, alsmede L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 56; Harris e.a. 2014, p. 436-437.

Zweden-zaak, waarbij het belang van wat aan de orde is een belangrijk element bleek.⁴

Er mag overigens afstand worden gedaan van dit recht op een mondelinge behandeling mits aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, zie daarover nr. 31, en een vonnis bij verstek is toegestaan.⁵ Een 'oral hearing' is dus niet steeds verplicht op grond van het EVRM, zoals ik ook voor het Nederlandse recht nog nader zal uitwerken in nr. 319; in de zaak *Kennedy t. Verenigd Koninkrijk* wordt dat als volgt verwoord:⁶

"As regards limitations on oral and public hearings, the Court recalls, first, that the obligation to hold a hearing is not absolute. There may be proceedings in which an oral hearing is not required and where the courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties' submissions and other written materials."

[304] *Ad (2): Het recht op 'adversarial proceedings'*. Het recht op een proces op tegenspraak omvat de mogelijkheid voor procespartijen om kennis te vergaren van en commentaar te leveren op al het bewijs en alle opmerkingen die in de procedure ingebracht worden, met het oog op beïnvloeding van de rechter.¹ Daarbij is het niet relevant of er sprake is van procesvertegenwoordiging, of de stukken al dan niet van belang zijn, en of het niet verspreiden van de informatie al dan niet schadelijk is geweest. Het is immers aan de procespartijen zelf om te bepalen of een reactie nodig is of niet.² Zoals het voorgaande al laat zien, geldt ook hier dat het Europese Hof geen abstracte principes formuleert over wat 'tegenspraak' dan behelst; het gaat steeds om de concrete feiten en omstandigheden.³

[305] *De zaak Mantovanelli t. Frankrijk*. Een sprekend en belangrijk voorbeeld als het om het recht op 'adversarial proceedings' gaat, is de zaak *Mantovanelli t.*

[303] 4 EHRM 29 oktober 1991, Series A, Vol. 212-A (*Helmerts t. Zweden*). Daarover Van Dijk e.a. 2006, p. 590. Zie ook EHRM 6 december 2007, nr. 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), § 34, en EHRM 10 december 2009, nr. 49616/06 (*Koottummel t. Oostenrijk*), § 19: "The applicant was thus in principle entitled to a public oral hearing before the first and only tribunal examining her case, unless there were exceptional circumstances which justified dispensing with such a hearing."

5 Van Dijk e.a. 2006, p. 590-591; Harris e.a. 2014, p. 410 e.v.

6 EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*), § 188.

[304] 1 Zie EHRM 23 november 1992, *NJ* 1995/397, m.nt. E.J. Dommering (*Ruiz-Matteos t. Spanje*); EHRM 20 februari 1996, nr. 19075/91 (*Vermeulen t. België*), § 33; EHRM 18 februari 1997, *NJ* 1997/590 (*Nideröst-Huber t. Zwitserland*), § 24; EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (*Juričić t. Kroatie*), § 74. Zie ook EHRM 19 juli 1995, Series A, Vol. 322 (*Kerojärvi t. Finland*), besproken in nr. 307, en Harris e.a. 2014, p. 416-418.

2 Van Dijk e.a. 2006, p. 584-585, met verwijzingen naar rechtspraak. Vgl. bijv. EHRM 3 juni 2003, nr. 37372/97 (*Walston (No. 1) t. Noorwegen*), § 58.

3 Zo EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli t. Frankrijk*), § 33.

Frankrijk.¹ Het betrof de ouders van Jocelyne Mantovanelli die diverse malen geopereerd wordt aan haar duim en in de nasleep daarvan in coma raakt en zelfs overlijdt. De ouders menen dat er een te grote hoeveelheid van het medicijn halothaan is toegediend door de artsen, en zij starten een procedure ter verkrijging van schadevergoeding. Er wordt een deskundige benoemd en die concludeert dat de dood van het meisje niet aan het medicijngebruik kan worden gerelateerd. De eis wordt afgewezen, hoewel de procedure rondom het (opstellen van het) deskundigenrapport niet heel gladjes verlopen was. Ook in hoger beroep volgt een afwijzing, want de rechter constateert dat de familie de beschikking had over het betreffende rapport en dus had kunnen aangeven wat er onjuist aan was en waarover nog nader onderzoek nodig zou zijn.

Bij het EHRM wordt gesteld dat het recht op een 'fair hearing' is geschonden: de deskundige heeft immers niet aangegeven wanneer er interviews met betrokkenen zouden plaatsvinden, en heeft naar nog onbekende documenten verwezen. In antwoord daarop stelt het EHRM voorop dat een partij natuurlijk eigen bewijs mag aanvoeren, maar dat deze ook dient te weten van en opmerkingen mag maken bij al het bewijs dat anderszins in de procedure wordt ingebracht. Essentieel is dat partijen in staat zijn 'to participate properly', zoals ook hierna nog aan bod zal komen. En hoewel het EVRM geen regels van bewijsrecht geeft en de bewijswaardering aan de nationale rechter is, is hier echter beslissend dat in dit geval de familie Mantovanelli wel opmerkingen mocht maken toen het rapport al klaar was, maar dat vormde volgens het EHRM niet 'a real opportunity to comment effectively'.²

Die daadwerkelijke gelegenheid was in casu niet aanwezig omdat de vraag die aan de deskundige voorgelegd was, precies dezelfde was als die welke de civiele rechter zelf moest beantwoorden, namelijk of er sprake was van onzorgvuldig handelen. Omdat deze vraag bovendien een technisch punt betrof, was de rechter – hoewel in essentie vrij om van het oordeel van de deskundige af te wijken – de facto gebonden aan de uitkomst waartoe die deskundige zou komen. Althans, dat oordeel zou een overwegende invloed hebben op de rechterlijke besluitvorming. In dergelijke omstandigheden was het alleen voorafgaand aan en gedurende het onderzoek als zodanig mogelijk om effectief commentaar te kunnen leveren, en was het bijvoorbeeld zaak de klagers te betrekken bij de interviews met de betrokkenen (zeker ook omdat die allemaal gelieerd waren aan het gedaagde ziekenhuis). Bovendien, bepaalde documenten kreeg de familie Mantovanelli pas na afronding van het rapport te zien. Door dit alles zijn zij nooit in staat geweest

[305] 1 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (Mantovanelli t. Frankrijk), zie vooral § 30-36. Over het navolgende ook BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 56-57.

2 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (Mantovanelli t. Frankrijk), § 36. Vgl. ook EHRM 5 juli 2007, nr. 31930/04 (Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland), § 47-54, waarbij de 'equality of arms' in het geding was i.v.m. de mogelijke vooringenomenheid van een commissie van medisch deskundigen.

om effectief commentaar te leveren op het belangrijkste deel van het bewijs in de procedure, en dat vormt een inbreuk op hun recht op 'adversarial proceedings'.

[306] *Het arrest Fortum Corporation t. Finland*. Een aardige illustratie van het onderdeel 'adversarial proceedings' vormt ook de zaak *Fortum Corporation t. Finland*.¹ Fortum heette vroeger Neste en Neste handelde in petrochemische producten. De Finse mededingingsautoriteit meent dat Neste misbruik maakt van haar marktpositie, en dat deze haar prijsgedrag moet veranderen. Op enig moment in hoger beroep in de procedure tegen dat oordeel krijgt men er bij Neste lucht van dat de mededingingsautoriteit een geheim memo aan de administratieve rechter die op de zaak zit, heeft doen toekomen. Neste wil dat memo ook zien. Dat gebeurt, maar in rechte wordt Neste daar niet verder over gehoord. De rechter in hoger beroep bevestigt de eerdere uitspraak zonder in te gaan op de klacht van Neste betreffende de geheime documenten. Daarover wordt geklaagd in Straatsburg. Het Hof overweegt:

"The Court recalls that the right to adversarial proceedings means in principle the opportunity for the parties to court proceedings falling within the scope of Article 6 to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision."

Aan deze vaste lijn in de rechtspraak² wordt toegevoegd:

"The Court would underline however that whatever the actual effect of those memoranda on the Supreme Administrative Court's decision, it was for Neste to assess whether they required its comments. The onus was therefore on the Supreme Administrative Court to afford the company an opportunity to comment on the memoranda prior to deciding the case."

Waarna geconcludeerd wordt dat er geen 'proper participation' mogelijk was, zodat art. 6 EVRM geschonden is. De rechter zal dus de gelegenheid moeten geven aan de procespartijen om de gehele zaak te bezien, en het ook aan de partij moeten overlaten of zij wel of niet willen reageren op bepaalde documenten. Dit alles geldt vervolgens ongeacht het (mogelijk ontbrekende) effect van de stukken in kwestie op de beslissing van de rechter in het specifieke geval.³

[307] *Ad (3): 'Proper participation': het Kerojärvi t. Finland-arrest*. Uit zowel de *Mantovanelli*-zaak als de *Fortum Corporation*-zaak, volgde tussen de regels door al dat er nog een derde aspect van de notie van een 'fair hearing' te onderscheiden

[306] 1 EHRM 15 juli 2003, nr. 32559/96 (*Fortum Corporation t. Finland*).

2 Zie bijv. ook al EHRM 20 februari 1996, nr. 19075/91 (*Vermeulen t. België*), § 33; EHRM 20 februari 1996, Reports 1996-I, p. 206 (*Lobo Machado t. Portugal*), § 31; EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli t. Frankrijk*), § 33.

3 Zie EHRM 15 juli 2003, nr. 32559/96 (*Fortum Corporation t. Finland*), § 42. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 9 november 2012, NJ 2012/637 (X./Y.), nr. 2.9.

is. Het gaat dan om de *'proper participation of the parties to the proceedings'*.¹ Dit wordt bevestigd door de zaak *Kerojärvi t. Finland*.² Daarin ging het om Kerojärvi die in het Finse leger gediend heeft, en in de jaren 80 een verzoek doet tot compensatie voor de gevolgen van de verwondingen die hij aan zijn diensttijd heeft overgehouden. Het bureau dat zich bezighoudt met dit soort aanvragen oordeelt dat er geen recht op een uitkering bestaat. Ook in hoger beroep en cassatie faalt de aanvrager. In 1988 volgt een nieuw verzoek, maar er is geen sprake van een fundamentele verandering van omstandigheden, aldus het bureau. De Finse socialeverzekeringsrechter bekijkt dan de zaak, vraagt een advies en krijgt daarbij een dossier over de klager te zien waarin additionele (en dus voor de zaak nieuwe) gegevens staan. Dit dossier gaat niet naar de klager, en ook niet naar de hoogste Finse rechter die het verzoek van Kerojärvi opnieuw afwijst.

Kerojärvi stelt vervolgens een schending van art. 6 EVRM ('fair trial') aan de orde omdat de betreffende additionele documenten niet aan hem ter beschikking zijn gesteld, en hij stelt dan dat:

"39. (...) irrespective of whether the documents in question had any bearing on the Supreme Court's rejection of the appeal, it had a duty under Article 6 para. 1 (art. 6-1) to communicate them to him ex officio. The notion of 'fair hearing' required that the applicant himself should have been given the opportunity to assess their relevance and weight and to formulate any such comments as he deemed appropriate. Since no such opportunity was afforded to him, the procedure had not enabled him to participate properly in the proceedings before the Supreme Court."

Het EHRM beslist overeenkomstig deze klacht. Dat brengt mee dat ook een nationale hoogste rechter behoorlijk actief zal moeten zijn en maatregelen zal moeten nemen om ervoor te zorgen dat al het beschikbare materiaal beschikbaar komt voor de klager. Doet de rechter dat niet, dan is er geen sprake van een 'proper participation' door de klager. Dit is inmiddels overigens vaste rechtspraak.³

7.4 Nederland

7.4.1 Inleiding

[308] *'Fair hearing' en art. 19 Rv.* In Nederland werd al ver voor de komst van art. 6 EVRM en in wezen los van de Europese gedachte van een 'fair hearing', het beginsel van hoor en wederhoor geaccepteerd,¹ hoewel dat uiteindelijk pas² vanaf 2002 nader uitgewerkt is in een specifieke eigen wettelijke regeling, te

[307] 1 EHRM 6 december 2007, nr. 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), § 33.

2 EHRM 19 juli 1995, Series A, Vol. 322 (*Kerojärvi t. Finland*).

3 Zie EHRM 6 december 2007, nr. 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), § 33.

[308] 1 Zie ASSER 1992, p. 9. Over de geschiedenis van dat beginsel uitvoerig COENRAAD 2000. Zie ook W.L. HAARDT, 'Audi et alteram partem', in: *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, p. 31-32.

2 Klagend daarover al DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 198.

weten art. 19 Rv.³ Voordien was het dus voornamelijk een ongeschreven beginsel.⁴ Hoor en wederhoor wordt gezien als één van de meest fundamentele vereisten voor een behoorlijk proces,⁵ als essentieel,⁶ en als onderdeel van de eisen van een goede procesorde.⁷ Het geldt dus voor alle typen procedures⁸ en moet ambtshalve worden toegepast.⁹ Het is – volgens Hugenholtz/Heemskerk¹⁰ – het ‘moeilijkst weg te denken’ beginsel van ons procesrecht, een ‘superbeginsel’,¹¹ en het heeft (eindelijk) een ‘ereplaats’¹² in het wetboek gekregen. Asser stelt dat hoor en wederhoor “niet alleen het meest essentiële” maar ook het “meest vanzelfsprekende”¹³ beginsel van ons procesrecht is.¹⁴ Dat heeft hiermee van doen dat persoonlijke aandacht van de rechter voor partijen een sterke legitimatie voor de rechterlijke besluitvorming bieden kan.¹⁵ Asser verwoordt een en ander als volgt:¹⁶

“Met de onpartijdigheid van de rechter (...) vormt hoor en wederhoor het kenmerk bij uitstek van elk proces. Zonder die twee is er geen sprake van een proces maar van loutere machtsuitoefening door de rechter. Schending door de rechter van het beginsel van hoor en wederhoor wordt dan ook zonder meer afgestraft.”

Duidelijk zichtbaar is het grote belang dat – terecht – aan hoor en wederhoor wordt gehecht in de Nederlandse rechtssfeer. De schending ervan kan bijvoor-

- [308]
- 3 Over het belang van art. 19 Rv (na de Kel-operatie: art. 19. lid 1 Kel-Rv) als grondslag ook L.M. COENRAAD, ‘Een wettelijke grondslag voor het beginsel van hoor en wederhoor: artikel 1 Gw of artikel 1.3.1 WV 26 855?’, *TCR* 2001 p. 1 e.v.
 - 4 Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 129; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 329-330, en HR 24 december 1993, *NJ* 1994/194 (W.S./S.).
 - 5 Zo o.a. Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 129; COENRAAD 2000, p. 3; Stein/Rueb 2013, p. 25.
 - 6 Zie HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/310 (X./t Sleyk), r.o. 3.3.3.
 - 7 HR 9 september 2005, *NJ* 2007/140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB), r.o. 3.3; HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/647 (Allart/Overweel); LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 329 e.v.
 - 8 Zie HR 31 januari 1975, *NJ* 1976/146 (Schulte van Zegwaard/Verheij) voor kortgedingprocedures en HR 27 maart 1987, *NJ* 1988/130, m.nt. W.H. Heemskerk (De Samenwerking/Geerlings) voor verzoekschriftprocedures.
 - 9 HR 29 november 2002, *NJ* 2004/172, m.nt. H.J. Snijders (Dipasa/Huyton). Dat doet er niet aan af dat hoor en wederhoor in nauw verband staat met de notie van partijautonomie, waarover hoofdstuk 11. Zie nader C.J.M. KLAASSEN, ‘Ik zie en weet wat gij niet ziet en weet, maar zoekt en gij zult vinden’, in: L. de Groot & H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op 14 terreinen*, 2012, p. 235.
 - 10 HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, op p. 8.
 - 11 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 98.
 - 12 Zie L.M. COENRAAD, ‘Een wettelijke grondslag voor het beginsel van hoor en wederhoor: artikel 1 Gw of artikel 1.3.1 WV 26 855?’, *TCR* 2001, p. 3.
 - 13 Zo ook ZONDERLAND 1976, p. 155.
 - 14 ASSER 1992, p. 9. Vgl. ook W.L. HAARDT, ‘Audi et alteram partem’, in: *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, p. 32.
 - 15 BRENNINKMEIJER 1994, p. 27.
 - 16 ASSER 1992, p. 11.

beeld een reden zijn voor doorbreking van een (bijzonder) appelverbod,¹⁷ een grond zijn om een bindend advies aan te tasten (art. 7:904 BW),¹⁸ en een reden vormen om een arbitraal vonnis te kunnen vernietigen (art. 1039 lid 1 Rv jo. art. 1065 lid 1 onder e Rv¹⁹). Zelfs de verder nauwelijks in te roepen mogelijkheid van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat wegens een rechterlijke beroepsfout, komt na een dergelijke schending in beeld.²⁰

Bij dit alles moet overigens meteen worden opgemerkt dat dit beginsel niet slechts in art. 19 Rv is opgenomen, doch door het hele wetboek (en de rechtspraak) heen ‘zwerft’ – het wetboek is ervan ‘doortrokken’²¹ – zoals met name ook is terug te zien in de opzet van de dagvaardingsprocedure.²² Na de dagvaarding volgt immers een conclusie van antwoord door de wederpartij, tegenwoordig vrijwel steeds gevolgd door een comparitie waarbij beide partijen aanwezig zijn. Eventueel krijgt de eiser nog de kans om voor repliek te concluderen, waarna de gedaagde natuurlijk ook weer voor dupliek mag concluderen, terwijl daarbij dan ook nog specifiek geldt dat het toestaan van re- en dupliek afhankelijk is van de vraag of hoor en wederhoor dat nog vereist (art. 132 lid 2 Rv). Ook bij een eventueel pleidooi (art. 134 Rv) komen beide procespartijen gelijkelijk aan bod. Datzelfde moet bijvoorbeeld ook gebeuren bij verbetering van kennelijke fouten door de rechter,²³ en in het bewijsrecht (waar tegenbewijs steeds openstaat, art. 151 lid 2 Rv), en zo zijn meer voorbeelden te geven.²⁴ Het beginsel van hoor en wederhoor behelst aldus “dat beide partijen in de gelegenheid zijn de rechter en elkaar zo goed mogelijk te informeren over alles wat dienstbaar kan zijn voor het eigen gelijk”, aldus opnieuw Asser. Men heeft het *recht* om informatie te verschaffen, en niet alleen de *plicht*.²⁵

- [308]
- 17 Zie bijv. HR 7 mei 2004, NJ 2004/389 (BOPZ-zaak). Dit geldt echter niet voor het appelverbod van art. 332 lid 1 Rv, zie o.a. HR 16 maart 2007, NJ 2007/637, m.nt. H.J. Sniijders (Johannes/Baranco), r.o. 3.6 en 3.8, met verdere verwijzingen, omdat in die gevallen via art. 80 lid 1 RO beroep in cassatie mogelijk is, zeker nu de Hoge Raad die mogelijkheid in genoemd arrest ruim uitlegt en daarin plaats geeft aan klachten over de schending van het beginsel van hoor en wederhoor, zie r.o. 3.7.
 - 18 Hoor en wederhoor kan echter ook een reden zijn voor een bindend advies om het geschil opnieuw te behandelen en beoordelen, en dat is dan geen ernstig gebrek, zie HR 22 december 2009, NJ 2010/18 (X./Limburgs Advies Centrum).
 - 19 Zie HR 25 mei 2007, NJ 2007/294 (X./Anova Food), waarin wordt aangegeven dat voor een terughoudende toepassing geen reden is, nu het om het óók in arbitrageprocedures wezenlijke beginsel van hoor en wederhoor gaat. Zie ook KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 188 e.v.
 - 20 Zie STEIN/RUEB 2013, p. 27-28, en nr. 117.
 - 21 DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 196. Vgl. ook SNIJDEERS e.a. 2011, nr. 32 ('tot in de nerven').
 - 22 STEIN/RUEB 2013, p. 26-28.
 - 23 Zie art. 31 lid 1 tweede zin Rv, en daarover o.a. HR 14 december 2007, NJ 2008/7 (X./Officier van Justitie) waarbij het appelverbod van art. 31 lid 4 Rv werd doorbroken.
 - 24 Een betrekkelijk willekeurig voorbeeld: de wisselbepaling van art. 69 Rv is door HR 1 april 2005, NJ 2005/348 (V./M.) in de sleutel van hoor en wederhoor gezet.
 - 25 Zie ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/41. Over informatieplichten bijv. hiervoor nr. 77-91.

[309] *Driedeling in Nederland*. Het in algemene zin omschreven beginsel van hoor en wederhoor is te benaderen vanuit twee perspectieven of invalshoeken: die van de rechter aan de ene kant en van de partijen aan de andere kant.¹ Maar met Snijders e.a.² en Coenraad³ kies ik hier een andere indeling, een verdeling in drie typen rechten, omdat die indeling wat mij betreft meer duiding en informatie geeft. Het recht op hoor en wederhoor, als onderdeel van een eerlijk proces, omvat naar Nederlands recht dan, kort gezegd, het recht op het ontvangen en mogen verstrekken van informatie, het recht om op informatie van de ander te reageren en daarvoor de gelegenheid te hebben, en de eis dat de processuele mogelijkheden van beide partijen in evenwicht zijn (*equality of arms*).⁴ Het gaat, met andere woorden, om:

1. het recht op rechterlijk gehoor, waarover art. 19 eerste zin Rv;
2. het recht op tegenspraak, waarover art. 19 eerste en tweede zin Rv; en
3. het recht om in gelijke mate gehoord te worden, zoals impliciet opgenomen in art. 19 eerste zin Rv; 'equality of arms'.

Hierna zie ik elk van deze drie aspecten nader, in drie aparte onderdelen, zonder daarmee te ontkennen dat deze drie aspecten steeds nauw met elkaar verbonden zijn en soms (veel) overlap vertonen. Ook moet toegegeven worden dat deze driedeling niet precies 'past' op de eerder voor het EVRM gehanteerde driedeling; de eerder in nr. 292 en 298 genoemde historische en begripsmatige zelfstandigheid van beide rechtssystemen speelt ons hier parten.

Ik bekijk deze drie aspecten overigens aan de hand van slechts enkele processuele kwesties en voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad (en eventueel de daaraan ten grondslag gelegen rechtspraak van het EHRM), en dus zonder enige pretentie van volledigheid. Daarvoor is hoor en wederhoor te zeer verweven met de civiele procedure in zijn geheel, en zo ongeveer alle losse onderdelen daarvan. Daarvoor is bovendien de Nederlandse rechtspraak op het gebied van hoor en wederhoor te overvloedig.⁵

[309] 1 Zie ASSER 1992, p. 15. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 102, kiest ook voor een tweedeling, het recht om gehoord te worden en gelijkheid der wapenen.
2 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 32.
3 COENRAAD 2000, p. 5-6, en L.M. COENRAAD, 'Een wettelijke grondslag voor het beginsel van hoor en wederhoor: artikel 1 Gw of artikel 1.3.1 WV 26 855?', *TCR* 2001 p. 2. Deze driedeling hanteert uiteindelijk ook BRENNINKMEIJER 1994, p. 27 en 28.
4 Het aspect van 'equality of arms' wordt ook wel als een zelfstandig onderdeel van 'fair trial', en dus los van hoor en wederhoor, besproken, zie o.a. STEIN/RUEB 2013, p. 28.
5 Het navolgende betreft dus zeker geen compleet overzicht van alle Nederlandse rechtspraak (van de Hoge Raad) over het beginsel van hoor en wederhoor, zo dat al mogelijk zou zijn, vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 99 en zie voor oudere rechtspraak nog W.L. HAARDT, 'Audi et alteram partem', in: *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, p. 31 e.v. Immers, omdat dat beginsel het gehele civiele proces doortrekt, zou die taakstelling betekenen dat in het navolgende zo ongeveer het gehele procesrecht zou moeten worden besproken, en dat is geenszins het doel van dit (eerste, inleidende) boek (in deze reeks).

7.4.2 Ad (1): het recht op rechterlijk gehoor

[310] *Omschrijving.* Het recht op rechterlijk gehoor betreft het recht van elke procespartij om haar standpunten naar voren te brengen en toe te lichten.¹ Dat wil zeggen dat een partij de kans moet hebben de eigen zaak aan een rechter voor te leggen (hetgeen uiteraard ook 'scharniert' rondom de eis van toegang, zie hoofdstuk 5). Ook als er slechts één procespartij is, in een verzoekschriftprocedure bijvoorbeeld, geldt hetzelfde; ook die ene partij heeft het recht om gehoord te worden.² Hieruit vloeit dan bijvoorbeeld voort dat de rechter een procespartij die het verschuldigde griffierecht niet op tijd heeft voldaan, moet horen alvorens hij een sanctie toe kan passen.³ Anders gezegd: verrassingen zijn uit den boze.⁴

Ook volgt uit dit recht op een rechterlijk gehoor dat op de rechter de plicht rust tot het nemen van 'genoegzame maatregelen voor adequate kennisneming' van het ingebrachte materiaal, door de rechter zelf en door een eventuele wederpartij,⁵ en daartoe behoort dan ook dat als er een mondelinge behandeling plaatsvindt, de rechterlijke beslissing vervolgens ook genomen wordt door de daarbij aanwezige rechters.⁶ De rechter mag uiteraard wel nagaan welk belang met het betreffende materiaal gediend wordt en welk deel van het ingebrachte materiaal relevant is. Ook de vertrouwelijkheid van het materiaal is bij die 'adequate kennisneming' van belang. Als vertrouwelijke stukken op enig moment ver genoeg voorafgaand aan de laatste proceshandeling, eventueel vergezeld door een eigen deskundige, ingezien en vervolgens becommentarieerd kunnen worden, is dat voldoende.⁷

Het belang van dit alles is recent nog gebleken toen diverse rechters in diverse zaken op eigen houtje via *Google* gegevens bij elkaar raaptten en die ook gingen

-
- [310] 1 COENRAAD 2000, p. 6. Zie bijv. HR 9 september 2005, NJ 2007/140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB), r.o. 3.3.
- 2 Zie bijv. COENRAAD 2000, p. 6; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 102, en vgl. SNIJDEERS e.a. 2011, nr. 32.
- 3 Zie HR 10 februari 2012, NJ 2012/230 (M./V.). Als dat niet is gebeurd, wordt een eventueel appelverbod doorbroken.
- 4 Zie in dit verband HR 31 januari 2014, NJ 2014/89 (Arubags): de op Aruba bekende ambtshalve vernietiging buiten de grieven om, mag niet in strijd komen met de eis dat partijen over wezenlijke elementen voldoende moeten zijn gehoord en daardoor niet worden verrast. Zie van ver voordien bijv. W.L. HAARDT, 'Audi et alteram partem', in: *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, p. 35.
- 5 Zie ook (in een procedure waarin er een wederpartij is) HR 31 januari 2003, NJ 2004/48, m.nt. W.D.H. Asser (*Z/Jeugdzorg Noord-Brabant*), r.o. 3.5.
- 6 Zie HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun/Staat), r.o. 3.4.2, waarover ook nr. 321. Lukt dat niet, dan dient in beginsel een nadere mondelinge behandeling plaats te vinden, om te waarborgen, aldus de Hoge Raad, dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen. Dat is van belang, omdat de mondelinge interactie 'van wezenlijke invloed' kan zijn. Of dat daadwerkelijk zo is, is een vraag die buiten het recht een antwoord moet vinden, en in zoverre staat deze uitspraak op een nogal wankel basis.
- 7 HR 24 juni 2011, NJ 2011/282 (X./Gemeente Tynaarlo).

gebruiken in de uitspraak. De Hoge Raad liet weten dat als de rechter aan het 'googlen' slaat, hij dan de procespartijen, en ook de betrokkene in een verzoekschriftprocedure, daarvan op de hoogte moet stellen en daarop moet laten reageren.⁸ Zie verder nr. 315.

[311] *Recht op een effectieve reactie.* Uit het recht op rechterlijk gehoor en de rechtspraak daarover, kan ook een recht op een effectieve reactie voor procespartijen worden afgeleid. Art. 19 Rv en art. 6 EVRM, brengen aldus mee, zo besliste de Hoge Raad recentelijk, "dat de desbetreffende partij de gelegenheid moet hebben gehad om effectief commentaar te leveren op een deskundigenbericht dat aan de rechterlijke beslissing ten grondslag wordt gelegd".¹ Leidend is hier uiteraard de al eerder besproken *Mantovanelli*-zaak, zie nr. 305.² Daarbij volgt echter wel nog de navolgende nadere invulling van dat recht op een effectieve reactie:

"Om effectief commentaar te kunnen leveren op een deskundigenbericht, behoeven partijen niet steeds de beschikking te hebben over alle (onderliggende) bescheiden en andere gegevens waarop het deskundigenbericht mede is gebaseerd. Een partij die een deskundigenbericht, bij gebreke van de onderliggende gegevens of bescheiden, onvoldoende inzichtelijk of controleerbaar acht, kan daarvan desgewenst blijk geven in haar commentaar, waarna de rechter beoordeelt of het deskundigenbericht zonder schending van het beginsel van hoor en wederhoor aan de beslissing ten grondslag kan worden gelegd."³

In vergelijkbare zin oordeelde de Hoge Raad dat als twee bindend adviseurs zelf besluiten een deskundige in te schakelen over een kwestie die partijen verdeeld houdt, die partijen gelegenheid moeten krijgen zich over de vraagstelling aan en de bevindingen van die deskundige uit te laten.⁴ Ook dient een partij gelegenheid te krijgen zich uit te laten over (aanvullende) informatie, bijvoorbeeld informatie die afkomstig is van een ingeschakelde deskundige, zoals een psychiater in een BOPZ-zaak.⁵ En als de ene partij een akte heeft kunnen nemen, dient de wederpartij gelegenheid te krijgen zich daarover via een antwoordakte uit te laten.⁶

[310] 8 Zie HR 9 september 2011, *NJ* 2011/409 (Budgetbeheer Limburg), alsmede HR 15 april 2011, *NJ* 2011/180 (Van Donkersgoed/Jansen). Vgl. ook C.J.M. KLAASSEN, 'Ik zie en weet wat gij niet ziet en weet, maar zoekt en gij zult vinden', in: L. de Groot & H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op 14 terreinen*, 2012, p. 233 e.v.; HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, op p. 8.

[311] 1 Zie HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:599 (V./M.).
2 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (Mantovanelli t. Frankrijk), § 33-36.
3 Zie HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:599 (V./M.), r.o. 3.4.
4 HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/310 (X./t Sleyk).
5 HR 5 april 2013, *RvdW* 2013/524 (X./OvJ Den Haag); HR 26 april 2013, *RvdW* 2013/639 (X./OvJ Den Bosch). Zie ook HR 20 juni 2014, *NJ* 2014/334 (X./OvJ Noord-Holland).
6 HR 5 april 2013, *RvdW* 2013/538 (X./Y.). Vgl. verder HR 21 november 2014, *RvdW* 2014/1313 (Ontruiming gemeenschappelijke woning): de wederpartij had zich nog mogen uitlaten over de vraag of deze nog pleidooi/akte wenste.

[312] *Een later opgemaakt proces-verbaal.* In Nederland speelde in 2012 een geval waarin het niet beschikbaar komen van een processtuk de rechter te verwijten viel.¹ Hoe kon dat gebeuren? Het hof heeft in hoger beroep gebruikgemaakt van een later, op zijn verzoek opgemaakt proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de rechtbank, terwijl de procespartijen dat stuk niet kenden noch besproken hebben of kunnen hebben. De Hoge Raad stelt vast dat het hof zelf aangeeft dat het proces-verbaal tot de stukken hoort, terwijl nergens uit blijkt dat de procespartijen dit overgelegd hebben. Gegeven dit een en ander en de bijbehorende klacht dat het beginsel van hoor en wederhoor in het geding is, heeft de Hoge Raad zelf informatie ingewonnen bij zowel rechtbank als hof. De rechtbank heeft gemeld dat het proces-verbaal is opgesteld op verzoek van het hof en dat het niet vanuit de rechtbank naar partijen is gezonden; het hof heeft dat laatste ook niet gedaan. En dus is er recht gedaan (mede) op basis van een proces-verbaal waarover partijen zich niet konden uitlaten.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof:

“3.2.3 (...) Het in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op hoor en wederhoor, zoals ook neergelegd in art. 19 Rv, omvat het recht van partijen om kennis te nemen van, en zich te kunnen uitlaten over, alle gegevens en bescheiden die in het geding zijn gebracht en zijn bedoeld om in de oordeelsvorming van de rechter te worden betrokken. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is de grondslag van dit recht mede het vertrouwen dat rechtzoekenden dienen te kunnen stellen in het goed functioneren van de rechtspraak (vgl. onder meer EHRM 26 juli 2011, no. 58222/09 (Juricic), § 75, en EHRM 18 februari 1997, no. 18990/91, L/N AD2686, NJ 1997/590, § 29).

Hieruit volgt dat het voor de beantwoording van de hier aan de orde zijnde vraag in beginsel niet van belang is of – en zo ja, in welke mate – gegevens en bescheiden waarvan partijen geen kennis hebben genomen, al dan niet nieuwe feiten of argumenten behelzen dan wel daadwerkelijk van invloed zijn (geweest) op de beslissing van de rechter. Gelet op voormeld uitgangspunt is het immers niet aan de rechter, maar aan partijen om te beoordelen of de desbetreffende gegevens of bescheiden nopen tot een reactie. Dit is anders indien het gegevens of bescheiden betreft waarvan in redelijkheid niet kan worden gezegd dat zij van enig belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak, maar van dit laatste is in het onderhavige geval geen sprake.”

Het hof had uiteraard moeten nagaan of de rechtbank het gevraagde proces-verbaal ook aan partijen heeft gezonden, en eventueel zelf de verzending moeten regelen. Dat dit wellicht bij de griffie mis is gegaan, is uiteindelijk het hof aan te rekenen, en in elk geval niet de betrokken procespartijen.

De ontsnappingsclausule (gegevens die niet ‘van enig belang kunnen zijn’) die de Hoge Raad nog biedt – doch waar A-G Timmerman niets van wil weten – verandert daar weinig aan. Een rechter mag niet het risico nemen dat hij die clausule nodig zou kunnen hebben. Het is bovendien erg lastig te verantwoorden dat een niet aan partijen verstuurd stuk blijkbaar van geen enkel belang was als de rechter in kwestie net zelf alsnog een proces-verbaal heeft laten opstellen door

[312] 1 HR 9 november 2012, NJ 2012/637 (X./Y.). Zie van nadien nog HR 1 mei 2015, NJ 2015/233 (WSNP-zaak), en overigens ook al DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 198, met verdere verwijzingen, en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 117-118.

de lagere rechter. Dat geldt temeer als dat stuk dan vervolgens ook nog benut wordt in de uitspraak.

[313] *Stukken in het geding.* Waar het in vergelijkbare zin ook nog wel eens misgaat, mede in het licht van art. 149 Rv, is daar waar verschillende, zelfstandige procedures tussen dezelfde betrokkenen parallel lopen en gegevens uit de ene zaak door de rechter benut worden in de andere zaak. Gegevens over iemands draagkracht die zijn ingebracht in een echtscheidingszaak, worden bijvoorbeeld benut in de zaak over de (wijziging van de) hoogte van de alimentatie:¹

“Met het oog op onder meer het beginsel van hoor en wederhoor dient voor de rechter en voor partijen duidelijk te zijn welke stukken behoren tot de gedingstukken in de desbetreffende procedure. Dit brengt mee dat processtukken die in de ene procedure zijn overgelegd, eerst dan kunnen worden gerekend tot de stukken van het geding in de andere procedure, indien zij in laatstbedoelde procedure in het geding zijn gebracht. Nu in de onderhavige wijzigingsprocedure de draagkrachtberekening niet op deze wijze is gaan behoren tot de gedingstukken (...), heeft het hof art. 24 Rv. en het beginsel van hoor en wederhoor geschonden (...).”

De gedingstukken uit een andere (parallele) zaak zullen dus als productie moeten worden ingebracht in een zaak om als processtuk te kunnen gelden.²

7.4.3 Ad (2): het recht op tegenspraak ('adversarial proceedings')

[314] *Omschrijving.* Het tweede te onderscheiden aspect, het recht op tegenspraak, op een 'adversarial proceeding', wil zeggen dat een procespartij de gelegenheid krijgt en moet krijgen om zich over de standpunten en de in de procedure ingebrachte stukken en bescheiden van de wederpartij uit te laten. Daaruit vloeit voort dat de rechter zijn oordeel niet mag baseren, ten nadele van een partij, op bescheiden of gegevens waarover die partij zich onvoldoende heeft kunnen uitlaten.¹ Dat geldt ook ten aanzien van gegevens van feitelijke aard waarvan de rechter ambtshalve kennisneemt.² Het gaat hierbij dus om het recht om op elkaar te kunnen reageren, het recht op een processueel debat, op een proces op tegenspraak.³ De rechter moet in dat kader ook expliciet ingaan op de vraag of er sprake is van voldoende gelegenheid voor partijen om zich uit te laten over de zaak. Hij zal daarbij ambtshalve moeten nagaan of stukken bekend zijn bij

[313] 1 Zie HR 10 augustus 2012, NJ 2012/485 (M./V.).

2 HR 21 november 2008, NJ 2009/477, m.nt. H.J. Snijders (Van Wanrooij/Victory).

[314] 1 Zie bijv. HR 18 november 2005, NJ 2006/641 (Moeder/Vader), r.o. 3.5; HR 12 mei 2006, NJ 2007/44, m.nt. J. Legemaate (BOPZ-zaak); HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1751 (X./Provincie Noord-Holland); SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 115 e.v., en uitvoerig L.M. COENRAAD, 'Het recht op een contradictoir proces', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!*, 2000, p. 51 e.v.

2 HR 23 maart 2007, NJ 2007/178 (Veldhuis/Veldhuis).

3 COENRAAD 2000, p. 6; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 32. Zie ook LINDIJSER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 331 e.v.

de wederpartij.⁴ En indien partijen zelf een deel van hun debat reserveren voor een eventuele schadestaatprocedure, mag de rechter dat deel van de rechtsstrijd niet al bij eindarrest beslissen.⁵

Als er in dit verband ergens iets aan schort, komt allicht art. 85 Rv in beeld, waarin is bepaald dat als een partij zich in een procedure op een stuk beroept, dat dan een afschrift daarvan moet worden meegezonden. Indien dat niet of te laat gebeurt, kan de wederpartij dit aan de orde stellen en krijgt zij van de rechter de gelegenheid om zich alsnog over het stuk uit te laten. Een alternatief daarvoor is echter dat de rechter het stuk in die zin buiten de procedure houdt dat hij het niet ten nadele van die wederpartij gebruiken zal (art. 85 lid 4 Rv).⁶

De achtergrond (en de consequentie) van deze bepaling is door de Hoge Raad als volgt geschetst:

“Met de bepaling dat de rechter ‘geen rekening houdt’ met het stuk is, blijkens de verdere tekst van lid 4 en de geschiedenis van totstandkoming daarvan (*Kamerstukken II 1995-1996*, 24 651, A, p. 21, onder punt 19) en mede gelet op de inhoud en strekking van art. 85 Rv als geheel, beoogd het beginsel van hoor en wederhoor te waarborgen.”⁷

Zulks betekent echter ook dat de rechter niet verder hoeft te gaan dan nodig is om hoor en wederhoor gestand te doen, en dus:

“staat het de rechter derhalve vrij toch rekening te houden met het overgelegde afschrift [in de zin van art. 85 lid 2 Rv, *JG*], indien hij van oordeel is dat de wederpartij zich over de inhoud daarvan naar behoren heeft kunnen uitlaten. Bij zijn beslissing daaromtrent dient hij wel het belang van de wederpartij bij inzage in ‘het stuk zelf’ en de reden waarom daarin geen inzage is gegeven, in aanmerking te nemen.”

[315] *De verlokkingen van internet*. Het recht op tegenspraak betekent tevens dat de rechter zich niet ertoe mag laten verleiden om, hoewel dat via internet makkelijk zou kunnen, zelfstandig feiten boven tafel te halen en gebruiken zonder partijen daarover te laten debatteren. Een rechter kan dus niet zomaar informatie via *Google* en websites van betrokkenen achterhalen en deze informatie vervolgens daadwerkelijk benutten om de zaak af te doen, zonder de partijen daarin vooraf te kennen.¹ De rechtspraak van het EHRM zit ook op deze koers. Zelfstandig bewijs vergaren is mogelijk, maar dat moet dan wel ‘gedeeld’ worden met

[314] 4 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 331.

5 Zie HR 1 maart 2013, *NJ* 2013/142 (*Greenib Car*), r.o. 3.6.2, met nadere verwijzingen.

6 Over die bepaling ook de instructieve noot van Asser onder HR 31 januari 2003, *NJ* 2004/48, m.nt. W.D.H. Asser (*Z/Jeugdzorg Noord-Brabant*).

7 HR 22 november 2013, *NJ* 2014/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Toereikende volmacht*).

[315] 1 Zie HR 15 april 2011, *NJ* 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*); HR 9 september 2011, *NJ* 2011/409 (*Budgetbeheer Limburg*). Vgl. ook al HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, op p. 8 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 118, inzake telefonisch ingewonnen inlichtingen.

partijen.² Dit volgt overigens niet alleen uit art. 6 EVRM en het recht op hoor en wederhoor, maar ook al uit art. 149 Rv.³ Het betreft hier een norm die ook al in het analoge tijdperk gold (voor niet-openbare informatie die door de rechter van derden werd verkregen).⁴

[316] *Late of ontijdige overlegging van stukken.* Regelmatig worden in een (te) laat stadium van de procedure nog stukken overgelegd.¹ De wederpartij dient dan voldoende tijd voor deugdelijke kennisneming van die bescheiden te krijgen.² Wat voldoende tijd is, en of die nog ter plekke kan worden geboden, hangt af van de aard en de omvang van de stukken, terwijl de termijnen zoals gesteld in een procesreglement – hoewel deze gebaseerd zijn op de notie van hoor en wederhoor – niet bepalend zijn. Eventueel is een onderbreking van de behandeling nodig. De rechter zal ambtshalve moeten optreden en moeten aangegeven wat er eventueel aan maatregelen genomen is om hoor en wederhoor gestand te doen.³

Deze motiveringsplicht geldt ook als de rechter besluit om geen acht te slaan op stukken die ogenschijnlijk ruim op tijd (gezien het geldende procesreglement) zijn ingebracht. De Hoge Raad:⁴

“3.3.2 Wel kan aan de in een procesreglement gestelde termijn voor indiening van nadere stukken het uitgangspunt worden ontleend dat in het algemeen indiening van nadere stukken (ruimschoots) voor het in het procesreglement bedoelde tijdstip heeft te gelden als zodanig tijdig dat de wederpartij er voldoende van kennis zal kunnen nemen om er adequaat op te kunnen reageren, zo nodig met een gemotiveerd verzoek om aanhouding van de behandeling van de zaak, dan wel om bij nadere akte op de ingediende stukken te mogen reageren. Dit brengt mee dat de rechter op binnen de geldende termijn overgelegde nadere stukken bij de beoordeling acht dient te slaan, tenzij de rechter – naar aanleiding van het door de wederpartij daartegen gemaakt bezwaar of ambtshalve – gemotiveerd anders beslist op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, waarvan uit de uitspraak of het proces-verbaal van de zitting dient te blijken. Daarbij zal de rechter hebben te beoordelen of het gaat om stukken waarvan de aard en omvang een beletsel

- [315] 2 EHRM 3 maart 2000, nr. 35376/97 (Krcmár t. Tsjechië), § 39–43, waaruit blijkt dat als beide partijen de stukken niet te zien krijgen, de ‘equality of arms’ niet in het geding is, maar wel ‘the right to adversarial proceedings’.
- 3 Zie ook C.J.M. KLAASSEN, ‘Ik zie en weet wat jij niet ziet en weet, maar zoekt en jij zult vinden’, in: L. de Groot & H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op 14 terreinen*, 2012, p. 233 e.v., die o.a. ingaat op de vraag of internetzoektochten tot feiten van algemene bekendheid leiden (*quod non*).
- 4 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 118 en HR 18 februari 1994, NJ 1994/742, m.nt. H.J. Snijders (Copo/Berger).
- [316] 1 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008.
- 2 Zie over e.e.a. HR 29 november 2002, NJ 2004/172, m.nt. H.J. Snijders (Dipasa/Huyton); HR 17 februari 2006, NJ 2006/156 (Life Fit); HR 3 december 2010, NJ 2010/650 (Van Rens/Van Waalwijk van Doorn), en over deze kwestie uitvoeriger LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 331–333 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 117. Is er wel tijd voor een adequate reactie, dan zal een klacht over hoor en wederhoor geen gehoor vinden, zie HR 7 juni 2013, RvdW 2013/775 (Amersfoort/X.).
- 3 Zie STEIN/RUEB 2013, p. 27.
- 4 HR 3 december 2010, NJ 2010/650 (Van Rens/Van Waalwijk van Doorn).

vormen om daarvan binnen de beschikbare tijd kennis te nemen en daarop adequaat te reageren, en, zo dat niet van de wederpartij kon worden gevergd, of aanleiding bestaat een maatregel te treffen teneinde een voldoende kennismaking en voorbereiding van een reactie alsnog mogelijk te maken. Hierbij kan van belang zijn of met het oog op het belang van de wederpartij verwacht had mogen worden dat de stukken bij een eerdere gelegenheid in de procedure werden overgelegd, en dat, zeker in de procedure in hoger beroep, de pleitzitting in het algemeen de laatste gelegenheid zal zijn tot nadere feitelijke onderbouwing van een vordering of verweer.”

Waarna vernietiging van 's hofs arrest volgt omdat onvoldoende gemotiveerd is waarom een termijn van zeventien dagen voor een rapport van zeven pagina's te kort zou zijn.

7.4.4 Ad (3): gelijkheid der wapenen

[317] *Omschrijving.* Het derde aspect van hoor en wederhoor betreft de eerdergenoemde notie van ‘equality of arms’, ofwel: gelijkheid der wapenen, ‘Waffengleichheit’.¹ Dat betekent in concreto dat een procespartij in een civiele procedure dezelfde kansen behoort te hebben om haar standpunt te verdedigen als de wederpartij. Het gaat om het recht voor *beide* partijen om *in gelijke mate* gehoord te worden.² Apart overleg met slechts één van de procespartijen is uit den boze,³ en wellicht moet de rechter er in bepaalde gevallen wel op aansturen dat een partij (rechtskundige) bijstand verkrijgt, ook daar waar dat niet verplicht is, om een onevenwichtigheid tussen partijen op te lossen.⁴

[318] *‘Equality’ in het bewijsrecht.* De notie van ‘equality of arms’ speelt vooral in het bewijsrecht¹ een belangrijke rol, hoewel het Europese Hof zeker niet de ambitie heeft om het bewijsrecht van de nationale staten en de bewijswaardering door de nationale rechter systematisch te toetsen, laat staan door eigen regels te vervangen.² De rol van die gelijkheidsgedachte begint al hiermee dat een procespartij gelegenheid zal moeten krijgen om feiten naar voren te brengen, waarna de wederpartij die feiten zal mogen (lees: moeten) betwisten (vgl. art. 149 Rv).³ Dat

[317] 1 Zie ook in relatie tot medische informatie en het aansprakelijkheidsrecht C.P.J. WIJNAKKER, ‘Inzien van medische informatie niet via het equality of arms-beginsel’, *L&S* 2011, p. 41 e.v., met verdere verwijzingen.

2 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 32; E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiele procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 395.

3 Zie bijv. E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiele procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 395; VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 96.

4 Uitvoeriger SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 129-131, met verdere verwijzingen.

[318] 1 Vgl. STEIN/RUEB 2013, p. 28; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/17.

2 Zie o.a. EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (Mantovanelli t. Frankrijk); Harris e.a. 2014, p. 418 en 421, en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 134.

3 Als feiten niet betwist worden, staan deze vast; aan hoor en wederhoor komt de rechter dan niet meer toe, vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 96.

betekent dus dat beide partijen gelegenheid krijgen zich over de feiten uit te spreken, doch ook dat de wederpartij als het ware een 'plicht tot reageren'⁴ heeft, althans om het vaststaan van een feit te voorkomen.

Uitgaande van een behoorlijke betwisting krijgt een procespartij vervolgens in principe nog de mogelijkheid, gegeven de regels van bewijslastverdeling en het bewijsaanbod, om zijn stelling(en) te bewijzen met allerhande bewijsmiddelen, waaronder ook (partij)getuigenverklaringen.⁵ Daarna zal de wederpartij uiteraard nog in de gelegenheid moeten worden gesteld om tegenbewijs te leveren (art. 151 lid 2 Rv), voordat de definitieve, in feite niet door art. 6 EVRM gereguleerde bewijswaardering door de rechter tot een beslissing leidt (art. 152 lid 2 Rv).⁶ Hierbij staat steeds de 'gelijke behandeling' van procespartijen op de voorgrond, voor zover dat bereikbaar is (dat is bij de bewijslastverdeling bijvoorbeeld, naar de kern niet mogelijk, want uiteindelijk draagt iemand het bewijsrisico⁷). Een bewijsaanbod van de ene partij wel accepteren en een gelijkwaardig aanbod van een ander niet, is dus niet toegestaan,⁸ net zo min als het is toegestaan om in een procedure waarin meerdere gedaagden betrokken zijn, een deel van die gedaagden op achterstand te zetten door deze niet bij een voorlopig getuigenverhoor te betrekken.⁹ Datzelfde aspect speelt een wezenlijke rol bij de regeling van de partijgetuige in art. 164 Rv, zie nr. 301 hiervoor.¹⁰ En ook bij de regeling van art. 161 Rv inzake de dwingende bewijskracht die de civiele rechter onder bepaalde voorwaarden aan een strafvonnis moet hechten, speelt de 'equality of arms' een rol; omdat tegenbewijs daarbij steeds openstaat, kan die regeling door de beugel.¹¹

- [318]
- 4 Zie VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 19 Rv, aant. 6 (2010).
 - 5 Daarover in internationaal verband (welke rechter hoort getuigen?) bijv. HR 28 juni 2013, *NJ* 2013/553, m.nt. L. Strikwerda (Laminco). Overigens kan ook een gebrek aan onpartijdigheid bij een door de rechter benoemde deskundige een schending van 'equality of arms' betekenen, zie HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:523 (X./Staat).
 - 6 Zie uitvoerig over al die aspecten SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 131-144. Ik ga daar hier niet verder op in, het bewijsrecht wordt uitvoerig besproken in ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013. Vgl. ook SNIJDERS e.a. 2011, nr. 32.
 - 7 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 138-139, met vermelding van de nuanceringen (zoals de verzwaarde stelplecht). Zie ook GIESEN 2001, p. 453-454 (beperkte invloed van 'equality of arms' op de keuze voor een bewijs (last)verlichting) en (voorzichtig uitzonderingen creërend) I. GIESEN, 'Bewijsrisico, ongedeelde smart?!', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'alles' en 'niets'*, 1997, m.n. p. 128.
 - 8 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 132.
 - 9 Zie Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1431.
 - 10 Zie ook EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994/534, m.nt. H.J. Sniijders en E.J. Dommering (Dombo t. Nederland), en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 135-136.
 - 11 Zie HR 12 december 2003, *NJ* 2004/102 (Vader/Dochter), met nadere verwijzingen bij A-G Keus in nr. 2.6.

[319] *Recht op een mondelinge behandeling?* Een 'fair hearing' kan niet zonder meer gelijkgesteld worden aan een 'hearing in person', ofwel een 'oral hearing', hoewel ook dat mondelinge karakter een element is van deze notie, en van 'equality of arms' in het bijzonder.¹ De openbaarheid van behandeling (zie nader hoofdstuk 8) en de notie van hoor en wederhoor zijn dus beide elementen van wat een 'fair hearing' meebrengt, maar kunnen en moeten grotendeels onderscheiden worden,² zoals in dit boek ook is gebeurd, hoewel er overlap is waar het gaat om de mondelinge (en dan ook openbare) behandeling.³

Wanneer er ingezoomd wordt op het element van een *mondelinge* behandeling binnen civiele procedures, lijkt de huidige lijn te zijn dat het EHRM tendeeft in de richting van een recht op een mondelinge behandeling in ten minste één instantie, waarbij tevens geldt dat het geschil op het moment van die behandeling nog in volle omvang aan de orde kan worden gesteld. Maar uitzonderingen daarop zijn mogelijk.⁴ De Hoge Raad spreekt, in lijn daarmee, over een niet onbegrensd recht om standpunten mondeling uiteen te zetten, hetgeen dan een fundamenteel beginsel van procesrecht is.⁵ De grens schuilt bijvoorbeeld hierin dat de aard van het geschil mee kan brengen dat het geschil beter schriftelijk kan worden afgewikkeld, en als in eerste aanleg al een behoorlijke behandeling plaatsvond, kan die in tweede instantie achterwege blijven op grond van specifieke kenmerken van de procedure, zoals het gegeven dat die tweede instantie alleen nog rechtsvragen beantwoorden kan.⁶ Een verzuim op dit vlak kan overigens hersteld worden door partijen in hoger beroep alsnog gelegenheid te geven tot een mondelinge behandeling.⁷ Als echter alleen nog cassatie – en dus enkel een 'review' ten aanzien van de juridische merites – mogelijk is, volstaat dat niet.⁸

- [319]
- 1 Van Dijk e.a. 2006, p. 578.
 - 2 Specifiek Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 132. Zie ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 284.
 - 3 Het recht op een openbare behandeling omvat het recht op een mondelinge behandeling, aldus EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (Jurčić t. Kroatië), § 85.
 - 4 Aldus SNIJDERS e.a. 2011, nr. 33, en uitvoeriger LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 284, alsmede EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (Jurčić t. Kroatië), § 87. Zie ook nr. 303.
 - 5 Zie HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun/Staat), r.o. 3.4.1, verwijzend naar HR 15 maart 1996, NJ 1997/341, m.nt. L. Strikwerda (Boumans/t Plenkske).
 - 6 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 284, met verwijzingen naar EHRM-rechtspraak. Zie ook EHRM 6 december 2007, nr. 42628/04 (Súsanna Rós Westlund t. IJsland). Uit de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt te volgen dat tweemaal horen van partijen niet noodzakelijk is, zie HR 20 januari 2006, NJ 2006/74 (Beenink Bolt/Huizing q.q.), r.o. 4.2.
 - 7 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 285. Vgl. EHRM 7 juli 2007, nr. 66941/01 (Zagorodnikov t. Rusland), § 33-35. Als partijen gehoord worden, is dat uiteraard in elkaars aanwezigheid, zie reeds DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 197.
 - 8 EHRM 6 december 2007, nr. 11724/04 en 13350/04 (Nikoghosyan & Melkonyan t. Armenië), § 40. Dat is overigens weer anders als in eerste aanleg de klager afstand had gedaan van een mondelinge behandeling, zie EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (Jurčić t. Kroatië), § 92.

[320] *De mondelinge behandeling (vervolg).* In Nederland kennen wij in beginsel ook een recht op een mondelinge behandeling via art. 131 Rv jo. art. 134 Rv – straks art. 30j KeI-Rv – en is een mondelinge behandeling de regel in zowel verzoekschriftprocedures (art. 279 Rv) als in kortgedingprocedures. Zodoende valt met Lindijer te spreken van een aan art. 6 EVRM ontleend nationaal recht op mondelinge behandeling waarop uitzonderingen mogelijk zijn.¹ In zoverre wordt dan ook meteen aan de – hiervoor uiteengezette – eisen uit het EVRM voldaan. Praktisch gezien is nog van belang dat in cassatie kan worden volstaan met een schriftelijke procedure,² en dat het op zich mogelijk is, ook als er *geen* eerdere comparitie plaatsvond, om een pleidooi te weigeren.³ Dat ligt overigens niet voor de hand.⁴ Het belang van een mondelinge behandeling wordt voor het overige echter geregeld onderstrept door de Hoge Raad die bijvoorbeeld een schending van hoor en wederhoor constateert als de raadsman in een BOPZ-zaak niet de gelegenheid wordt geboden het woord te voeren.⁵

Voor het overige is nog van belang dat als een partij en/of haar procesvertegenwoordiger niet aanwezig kan zijn bij een mondelinge behandeling in verband met een omstandigheid in de eigen risicosfeer, een verzoek tot aanhouding kan worden afgewezen zonder dat zulks in strijd komt met hoor en wederhoor.⁶ Als iemands aanwezigheid verhinderd wordt door 'plotseling en onverwacht opgekomen omstandigheden' die gelegen zijn buiten de eigen risicosfeer, terwijl vervanging redelijkerwijs niet verwacht mag worden, zal de rechter echter de behandeling moeten uitstellen.⁷ Dat is tegenwoordig, op grond van Europese rechtspraak, ook het geval als niet duidelijk kan worden gemaakt door de

[320] 1 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 285; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 33, en kritisch SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 115. Zie ook nr. 319; HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun/Staat), alsmede C.J.M. KLASSEN, 'Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure', AA 2010, p. 829. Volgens SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 113 en 241, is er geen 'hard' recht op een mondelinge behandeling. Zo ook DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 196, die aangeeft dat art. 6 EVRM niet geschonden wordt, omdat er steeds een mondelinge toelichting mogelijk is als partijen dat wensen (dat geldt heden ten dage uiteraard eens te meer vanwege de vrijwel standaard te houden comparitie van partijen).

2 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 285.

3 Zie LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 288 en 293.

4 Zie ook nr. 322 e.v., en vgl. Hof Arnhem 20 juli 2010, JA 2010, 119 (X./Steenwijkerland), r.o. 10: als de rechter besluit van een comparitie af te zien, kan een partij om pleidooi vragen en zo (dat verzoek zal in beginsel worden toegewezen) een mondelinge behandeling verkrijgen.

5 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0224 (BOPZ-zaak).

6 HR 23 april 2004, NJ 2004/350 (B./H.), r.o. 3.10.

7 HR 23 april 2004, NJ 2004/350 (B./H.), r.o. 3.11; HR 16 maart 2007, NJ 2007/637, m.nt. H.J. Snijders (Johannes/Baranco), r.o. 3.9; STEIN/RUEB 2013, p. 26. Vgl. ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 335.

overheid dat de procespartij op behoorlijke wijze is opgeroepen.⁸ Uit dit alles volgt dus echter niet dat getuigen, deskundigen of partijen nooit gehoord zouden mogen worden buiten aanwezigheid van één van beide procespartijen. Over het algemeen wordt men in elkaars aanwezigheid gehoord, maar als in elk geval op een later moment nog een reactie op wat gezegd is, mogelijk is, kan dat uitgangspunt uitzondering lijden.⁹

Sinds het arrest *Van Dun/Staat* is bovendien van belang dat als een rechter die aanwezig was bij de mondelinge behandeling, nadien vervangen moet worden (voordat deze mede de beslissing heeft kunnen nemen), een nadere (nieuwe) behandeling ten overstaan van de rechters die wél de uitspraak zullen wijzen, gehouden wordt als één van de partijen dat verzoekt, na daartoe te zijn ingelicht. Afwijzing van dat verzoek is slechts bij uitzondering en gemotiveerd mogelijk (namelijk indien er tijdig een proces-verbaal van de eerdere behandeling is opgemaakt en ter beschikking is gesteld, en het belang van voortvarendheid deze afwijzing vergt). Omdat zo gewaarborgd wordt dat hetgeen is besproken ter zitting, daadwerkelijk mee kan wegen bij de oordeelsvorming, is de notie van hoor en wederhoor (het recht op rechterlijk gehoor) hier nauw bij betrokken.¹⁰ Hoeveel uitvoeringsproblemen en extra kosten voor de rechterlijke macht dit arrest gaat genereren, moet echter worden afgewacht. Praktijkvriendelijk lijkt de nieuwe regel niet te zijn, alleen al niet omdat er soms vrij veel tijd tussen een (vaak) vroeg gehouden comparitie en een einduitspraak zal verlopen, zodat het risico op personeelsverloop navenant groot is. De Hoge Raad laat hier dus nogmaals zien hoe sterk hij hecht aan hoor en wederhoor.

[321] *De comparitie als mondelinge behandeling.* Dat naar Nederlands recht aan de Europese regels inzake het recht op een mondelinge behandeling voldaan wordt, zou anders komen te liggen als de comparitie van partijen, de binnen dagvaardingsprocedures meest benutte vorm van een mondelinge behandeling (art. 87-88 Rv; art. 30j Kel-Rv e.v.), welke tevens de route naar een pleidooi kan blokkeren, zie hierna nr. 322, niet zou 'tellen' als een 'oral hearing' in de zin van art. 6 EVRM.

Klaassen meent inderdaad dat gezien de praktische invulling van de comparitie door de meeste rechters (er is géén gelegenheid tot pleiten in klassieke zin), deze op zichzelf niet kan volstaan als mondelinge behandeling, zodat een verzoek

[320] 8 Zie EHRM 31 juli 2012, nr. 34841/06 (Mikryukov e.a. t. Rusland), § 32. In die richting gaat overigens ook al het arrest HR 21 januari 2011, RvdW 2011/145 (X./BER): ter comparitie niet-verschienen partij verzoekt te mogen reageren op proces-verbaal van die comparitie; een fax is verstuurd aan en ontvangen door het kantongerecht; hoor en wederhoor is geschonden door geen gelegenheid tot reactie te bieden.

9 Zo terecht SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 127-129. Als ze aanwezig zijn, mogen partijen elkaar ondervragen, zie art. 88 Rv (art. 30l Kel-Rv) en art. 179 Rv.

10 HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (*Van Dun/Staat*), r.o. 3.4.4.

om een pleidooi volgens haar niet mag worden geweigerd als er al gecompareerd is.¹ Daaruit volgt dus logischerwijs dat alleen een pleidooi volstaat als een mondelinge behandeling. Dit wordt gebaseerd² op het arrest *ANP/Spruijt*³ waaruit zou volgen dat een reeds gehouden comparitie geen reden vormt om een verzoek om een pleidooi te weigeren als zijnde in strijd met de goede procesorde. Dit arrest geeft – zo uitgelegd – echter een antwoord op een andere vraag (wanneer is er (g)een recht op pleidooi, c.q. is er voldoende gelegenheid geweest het eigen standpunt mondeling uiteen te zetten?); het arrest zegt, ook zo gelezen, bovendien weinig over de vraag of een comparitie volstaat als 'mondelinge behandeling' in de zin van het EVRM.⁴ Zelfs een alternatieve, mijns inziens betere lezing van het arrest – het arrest staat in de sleutel van de (onterechte) weigering van een verzoek tot het houden van een pleidooi, hetgeen slechts in uitzonderlijk gevallen is toegestaan, op de grond dat het pleidooi geen nieuwe gezichtspunten zou opleveren⁵ – leidt niet tot enige conclusie over de status van de comparitie als 'mondelinge behandeling' in de zin van art. 6 EVRM.

Hierbij komt overigens ook nog dat juist een comparitie, veel meer dan een pleidooi, binnen het huidige procesrechtelijke kader (alles wat in de pleitnota staat, moet keurig voorgedragen worden) een mondelinge *behandeling* is, in de zin van een 'debat' of 'gesprek' tussen rechter(s) en partijen c.q. hun procesverteenwoordigers, zodat juist de comparitie passend is om invulling te geven aan de notie van een 'fair hearing'. Wat mij betreft, telt de comparitie dus volledig mee als vorm van mondelinge behandeling, hetgeen ook bij Lindijer is terug te vinden: "Aan het recht op een mondelinge behandeling kan immers ook op een andere wijze [dan via een pleidooi, *IG*] worden voldaan, bijvoorbeeld door partijen ter comparitie te horen."⁶ De Kel-wetgever sluit daarbij aan door te overwegen dat het pleidooi als proceshandeling kan vervallen omdat de mondelinge behandeling voldoende ruimte biedt voor mondeling toelichting en langs die route hoor en wederhoor gediend is.⁷

[322] *Het recht op pleidooi*. Er lijkt een tendens te bestaan dat het aantal pleidooien in civiele procedures afneemt. Dat is waarschijnlijk mede ingegeven doordat op grond van art. 131 Rv jo. art. 134 Rv na een comparitie een pleidooi

[321] 1 Zie C.J.M. KLAASSEN, 'Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure', *AA* 2010, p. 828, alsmede SNIJDERS e.a. 2011, nr. 155. LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 285 geeft echter – terecht, zie hierna – aan dat de aanspraak op een mondelinge behandeling niet hetzelfde is als een recht op pleidooi.
2 In SNIJDERS e.a. 2011, nr. 155, overigens met de nodige slagen om de arm.
3 HR 15 november 2002, *NJ* 2004/2, m.nt. W.D.H. Asser (*ANP/Spruijt*).
4 Iets anders is dat het feit dat een comparitie is gehouden in eerste aanleg niet betekent dat er in hoger beroep geen mondelinge behandeling meer vereist zou zijn, zie LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 285 en EHRM 15 maart 2005, nr. 72701/01 (*Yakovlev t. Rusland*).
5 Zie daartoe LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 289-290.
6 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 285-286.
7 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 24.

geweigerd mag worden,¹ omdat partijen dan al een gelegenheid hebben gehad hun standpunten mondeling toe te lichten. Die beperking strookt met art. 6 EVRM.² Niettemin staat het recht om te pleiten voor procespartijen, mede gebaseerd op de eis van hoor en wederhoor, vooralsnog³ stevig overeind,⁴ hoewel het recht op pleidooi niet direct kan worden gegrond op art. 6 EVRM, dat immers 'slechts' een mondelinge behandeling vraagt.⁵ Dit geldt zeker in hoger beroep want daar geldt de beperking van art. 131 Rv immers niet. Dat bleek toen de Hoge Raad de rolrechters van de gerechtshoven die enkele verzoeken om pleidooi geweigerd hadden, terugfloot, en hijzelf een vernieuwde lijn⁶ uitzette waar het de mogelijkheid van pleidooi betreft.

[323] *Terechte weigering pleidooi?* In het arrest van 2 december 2011¹ ging het om de weigering van een pleidooi door het hof na een verzoek daartoe van een der partijen, het Waarborgfonds. Voordien had de appellant getuigen gehoord en een memorie na enquête genomen, maar het Waarborgfonds als geïntimeerde niet. Na een aanhouding wordt de partijen gevraagd te fourneren, maar dan vraagt het Waarborgfonds alsnog pleidooi. Die weigering wordt door het hof als volgt gemotiveerd:

- i) dat volgens het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven het recht op antwoordenquête is vervallen;

[322] 1 C.J.M. KLAASSEN, 'Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure', *AA* 2010, p. 825 en 828-829 en SNIJDERS e.a. 2011, nr. 155.

2 Aldus LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 286 en 288.

3 De Kel-wetgever stapt echter van het pleidooi af, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 23-24. Volgens HOFHUIS betekent dit alles, en met name art. 30k lid 1 KeI-Rv, dat straks tijdens de comparitie 'gepleit' mag worden, zie H.F.M. HOFHUIS, 'Vernieuwing van het civiele proces', *Trema* 2015, p. 12-13, doch inmiddels ook genuanceerder *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 6, p. 5 (recht op mondelinge toelichting).

4 Zie ook HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun/Staat), r.o. 3.4.2, en HR 10 juni 2011, *NJ* 2011/272 (Distribucion y Servicio D&S/Ahold), waarin beslist werd dat als arrest in een incident is bepaald, er geen arrest in de hoofdzaak kan volgen omdat partijen dan geen gelegenheid voor pleidooi hebben gekregen. In de literatuur wordt wel kritiek geuit op de noodzaak om pleidooi toe te (moeten) staan, vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 114, die ook zelf het gewicht ervan in twijfel stelt.

5 Zie LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 286. Als het pleidooi echter de enige gelegenheid is, zal een afwijzing daarvan al snel in strijd met dat artikel komen.

6 Kort en bondig over de stand van zaken: LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 287-293; C.J.M. KLAASSEN, 'Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure', *AA* 2010, p. 826, gebaseerd op HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341, m.nt. L. Strikwerda (Boumans/'t Plenkske).

[323] 1 HR 2 december 2011, *NJ* 2012/575 (Waarborgfonds Motorrijtuigen/X.). Zie ook HR 10 juni 2011, *NJ* 2011/272 (Distribucion Y Servicio D&S/Ahold), waarin een eventueel pleidooi 'omzeild' werd door einduitspraak te doen samen met de uitspraak in een incident, en de noot van Asser onder HR 5 oktober 2001, *NJ* 2002/514, m.nt. W.D.H. Asser (Verbeek/Christelijke hulpverlening), die stelt dat de rechter van heel goede huize moet komen om een pleidooi te weigeren.

- ii) waarmee het debat gesloten is en partijen voor fourneren staan;
- iii) zodat dus ook de mogelijkheid tot vragen van pleidooi geëindigd is, want het Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012 voorziet niet in een verzoek tot pleidooi na beëindiging van het debat; terwijl
- iv) het Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012 een rechtersregeling is die partijen bindt; en
- v) het verzoek niet op inhoudelijke gronden geweigerd is, maar omdat er geen gelegenheid meer voor was; en
- vi) het verzoek gedaan is om een eigen verzuim te herstellen, maar honorering ervan tot vertraging zou leiden; terwijl
- vii) de weigering niet absoluut is maar geïntimeerde geen gemotiveerd beroep heeft gedaan op art. 2.9.4 Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012; terwijl tot slot, en ten overvloede,
- viii) het alsnog toestaan van pleidooi in dit soort gevallen tot vertraging van alle andere zaken leidt.

Belangrijk in deze redenering lijkt dat het pleidooi verzocht is om een eigen fout te herstellen, terwijl dat tot vertraging zou leiden. Dat komt over als een valide redenering, gegeven art. 20 Rv.

[324] *Onterechte weigering pleidooi.* De Hoge Raad maakt daar echter korte metten mee; in de strijd tussen – ruw geschetst – ‘hoor en wederhoor’ en ‘redelijke termijn’, wint de eerste. Kenmerkend aan deze zaak is, aldus de Hoge Raad, dat de wederpartij zich niet verzet tegen het pleidooi en dat het verzoek is gedaan nadat al bewijslevering heeft plaatsgevonden, terwijl in de parlementaire geschiedenis is verwoord dat als er na een comparitie nog bewijsverrichtingen hebben plaatsgehad, partijen dan recht hebben op pleidooi. Onverminderd geldt dan in hoger beroep, zo schetst de Hoge Raad (in r.o. 3.4.2):

1. dat partijen in beginsel het recht hebben hun standpunten bij pleidooi toe te lichten;
2. dat een verzoek om de zaak te mogen bepleiten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal mogen worden afgewezen;
3. dat daartoe noodzakelijk is dat van de zijde van de wederpartij tegen toewijzing van het verzoek klemmende redenen worden aangevoerd of dat toewijzing van het verzoek strijdig zou zijn met de eisen van een goede procesorde;
4. dat de rechter in elk van deze beide gevallen zijn redenen voor afwijzing van het verzoek uitdrukkelijk zal moeten vermelden en zijn beslissing daaromtrent deugdelijk zal moeten motiveren; en
5. dat het bepaalde in het rolreglement niet kan afdoen aan het in de wet vastgelegde recht op pleidooi.

Waarna de slotsom (vernietiging van de bestreden uitspraak) voor de hand lag, omdat de wederpartij hier geen bezwaar had gemaakt en de gedachte dat via het pleidooi een eerder verzuim zou kunnen worden hersteld, al eerder in de rechtspraak was geaccepteerd.¹

De 'inschatting' door het hof dat het hier vooral om het herstel van een eerder eigen verzuim ging, is geenszins onbegrijpelijk, aldus A-G Huydecoper in zijn conclusie,² maar de algemene regel die uit de uitspraak van het hof zou volgen ("een verzoek om pleidooi om een eigen verzuim te herstellen, moet worden afgewezen"), beoordeelt hij als niet rechtens en onwenselijk. Zowel de A-G als de Hoge Raad hechten dus sterk aan de herstelfunctie van het hoger beroep. De eis van berechting binnen een redelijke termijn kan daar niet tegenop.³ Dat klemt temeer omdat – als gezegd – het in de 'leading case' op dit vlak, het arrest *Boumans/t Plenkske*⁴ ook om een herstel van een verzuim ging, terwijl bovendien lastig is af te bakenen wanneer een verzoek tot pleidooi dient tot herstel van een verzuim en wanneer niet. Kortom, de aanspraak op pleidooi gaat voor de eis van berechting binnen redelijke termijn, en dus zal de rechter – om het eenvoudig te houden – in principe gewoon altijd elk verzoek om een pleidooi moeten honoreren.⁵ Het is echter meteen ook dat aspect dat bekritiseerd kan worden, omdat zo de manoeuvreerruimte voor de rechter – tegenwoordig de beoogd regisseur van de procedure – (te) zeer beperkt wordt, hetgeen temeer klemmt omdat de Kel-wetgever inmiddels afstand neemt van het pleidooi als zelfstandige proceshandeling.

[325] *Onterechte weigering pleidooi (2)*. Een tweede arrest uit dezelfde periode bevestigt in de kern het voorgaande.¹ Na een arrest van het hof dat vrijwel

- [324] 1 HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341, m.nt. L. Strikwerda (*Boumans/t Plenkske*), r.o. 3.3.
 2 Zie A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 2 december 2011, *NJ* 2012/575 (*Waarborgfonds Motorrijtuigen/X.*), nr. 17.
 3 Volgens de A-G omdat er nu eenmaal een aanspraak op pleidooi is. Dat is echter een vreemd argument als het gaat om de vraag, zoals hier, of er een aanspraak is op pleidooi. Overigens is wel duidelijk dat de Hoge Raad de eis van hoor en wederhoor hoger aanslaat, want bij schending van hoor en wederhoor kan bijv. de aansprakelijkheid van de Staat (eerder) in beeld komen, zie nader nr. 117 e.v., en uit HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (*Van Dun/Staat*), r.o. 3.4.4, volgt nogmaals dat het belang van voortvarendheid op de tweede plek staat.
 4 HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341, m.nt. L. Strikwerda (*Boumans/t Plenkske*). Opmerking verdient hier wel nog dat die herstelfunctie toch vooral herstel t.o.v. de eerste aanleg betreft, en niet zozeer herstel van fouten binnen de appelinstantie.
 5 Vgl. P. SMITS, 'Hoofdbeginselen burgerlijk procesrecht', *TCR* 2014, p. 61: het recht op pleidooi is 'nog absoluter en onaantastbaarder gemaakt'. Vgl. ook nog HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (*Van Dun/Staat*), r.o. 3.4.2.
- [325] 1 Zie HR 27 januari 2012, *NJ* 2012/77 (*X./Curator*). Zie bovendien nog van dezelfde dag HR 27 januari 2012, *NJ* 2012/76 (*Weef/Banque Artesia Nederland*), en van enige tijd later HR 22 februari 2013, *NJ* 2013/126 (*Bureau Pals/Verberne-Houtema*), waarin de Hoge Raad de zaak afdoet onder verwijzing naar de conclusie van de A-G, die op de hier besproken eerdere rechtspraak ingaat.

gelijkluidend was aan het hiervoor besprokene (het verschil was dat nu tot tweemaal toe geen akte genomen was), sneuvelt ook dat arrest bij de Hoge Raad. De Raad stelt opnieuw voorop dat er recht op pleidooi bestaat,² waarbij de enige uitzondering het geval van een voorafgaande comparitie van partijen betreft, en herhaalt vervolgens de regels zoals hiervoor uiteengezet. In het licht van de eis van berechting binnen redelijke termijn wordt wel nog de navolgende vuistregel toegevoegd:

“3.2.3 Bij de beoordeling van een door de wederpartij gemaakt bezwaar, of van hetgeen de eisen van een goede procesorde verlangen, kan van belang zijn of de procedure bij toewijzing van dat verzoek onredelijk wordt vertraagd. De rechter dient daartoe de procedure in haar geheel te bezien. In dat verband is onder meer van belang of partijen, in eerste instantie dan wel in hoger beroep, hun standpunten al mondeling hebben uiteengezet, hetzij bij pleidooi, hetzij tijdens een comparitie. Indien de partij die verzoekt de zaak in hoger beroep te mogen bepleiten noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep haar standpunten mondeling ten overstaan van de rechter heeft uiteengezet, moet het verzoek in beginsel zonder meer worden toegewezen en dient de motivering van een afwijzing van het verzoek aan nog hogere eisen te voldoen dan zonder deze bijzonderheid het geval zou zijn.”

De Hoge Raad stelt vervolgens vast dat “partijen noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep hun standpunten mondeling ten overstaan van de rechter hadden uiteengezet, zodat het verzoek in beginsel zonder meer had moeten worden toegewezen”, waarna vernietiging volgt. Een eventuele uitzondering doet zich hier niet voor omdat het eigen verzuim van de partij om een akte te nemen, onvoldoende gewicht heeft. De zes weken vertraging door het later uit doen gaan van het verzoek tot pleidooi, zijn bovendien niet van zodanige betekenis op het geheel van de lengte van de procedure dat dit aspect doorslaggevend is, ook niet als de procedure in de aanvangsfase twee jaar vertraagd was. Dat laatste is op zichzelf natuurlijk waar, maar zo redenerend is in feite elke extra proceshandeling die een procespartij nog wil verrichten, toelaatbaar, omdat het steeds om een luttel aantal (vier of zes) weken uitstel zal gaan. Art. 20 Rv raakt dan (te) snel uitgehold.

7.4.5 Grenzen aan hoor en wederhoor

[326] *Inleiding.* Hoor en wederhoor is een fundamenteel beginsel, de smeerolie van een eerlijke procedure als het ware, maar ook dit beginsel is niet – zo bleek hiervoor al – grenzeloos of zonder uitzonderingen.¹ Een aantal procesrechtelijke regels, instrumenten en leerstukken die – gerechtvaardigd – een inbreuk be-

[325] 2 Zie ook nog HR 28 september 2012, NJ 2012/556 (TROS/Pretium Telecom) (het recht op pleidooi geldt ook in een incident in hoger beroep).

[326] 1 HR 9 september 2005, NJ 2007/140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB), r.o. 3.3.

tekenen op dit beginsel, en dus zonder tik op de vingers benut kunnen worden, wordt hier nog kort besproken.²

[327] *Afstand van recht.* Zoals dat ook bij andere door het EVRM gewaarborgde rechten geldt, is het op zichzelf mogelijk om afstand te doen van de door de eis van hoor en wederhoor gecreëerde rechten.¹ Op grond van de eisen die het EHRM over het algemeen stelt als het om afstand van recht gaat, zal dat dan wel ondubbelzinnig moeten geschieden.² Uit het achterwege laten van een verzoek om te mogen pleiten, in plaats van of na de weigering om een akte te mogen nemen, kan bijvoorbeeld niet worden afgeleid dat betrokkene afziet van het recht om zich over de in het geding gebrachte producties uit te laten.³ Inzake het doen van afstand van het recht op een mondelinge behandeling, is dat ook specifiek zo bepaald door het Europese Hof.⁴ Ook zal de afstand van recht zonder voorbehoud moeten worden gedaan, aldus terecht Smits.⁵

[328] *Verstekken en verzoeken.* Hoor en wederhoor veronderstelt een behoorlijk oproeping: “equality of arms would be devoid of substance if a party to a case were not notified of the hearing in such a way as to have an opportunity to attend it,” aldus het Europese Hof.¹ Als een oproeping een procespartij niet bereikt door een verkeerde adressering door de rechterlijke instantie, en die partij daardoor niet gehoord wordt, is dat een schending van hoor en wederhoor.² In verband

[326] 2 Voor verdere informatie over deze regels, instrumenten en leerstukken als zodanig verwijs ik naar de bekende bronnen.

[327] 1 Zie in dit verband bijv. KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 165-168; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 34, en HR 9 september 2005, NJ 2007/140, m.nt. H.J. SNIJDERS (Wenckebach/NOB). Zie ook EHRM 1 maart 2006, nr. 56581/00 (Sejdovic t. Italië), § 86 (zelfs in een strafzaak is afstand van recht mogelijk).

2 Zie HR 12 mei 1989, NJ 1989/647 (Allert/Overweel). Zo ook EHRM 1 maart 2006, nr. 56581/00 (Sejdovic t. Italië), § 86, en LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 334-335, die terecht betwijfelt of aan die strenge EVRM-eis wel altijd wordt voldaan (in HR 9 september 2005, NJ 2007/140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB) was de geaccordeerde afstand van recht wel erg impliciet).

3 Zie HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1751 (X./Provincie Noord-Holland), r.o. 3.3.5.

4 EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (Juričić t. Kroatie), § 87. Daarbij verdient opmerking dat het niet vragen om een mondelinge behandeling als dat naar nationaal recht een mogelijkheid is, ook al kan gelden als afstand doen, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 121.

5 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 123.

[328] 1 EHRM 7 juli 2007, nr. 66941/01 (Zagorodnikov t. Rusland), § 30. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 105, alsmede HR 2 december 2005, NJ 2006/119 (L/OvJ), en SNIJDERS e.a. 2011, nr. 32. Zie ook E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiele procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 395. Als onduidelijk is of de oproeping deugdelijk is geschied, dient de rechter dat na te gaan, vgl. EHRM 31 juli 2012, nr. 34841/06 (Mikryukov e.a. t. Rusland), § 32.

2 De uitspraak kan dan niet in stand blijven, zie HR 21 oktober 2011, NJ 2011/492 (V./M.). Zie ook HR 21 april 2011, NJ 2011/177 (DHL St. Maarten) bij een foutief adres in de bevolkingsadministratie.

daarmee is het ook zo dat als die oproeping wel op juiste en deugdelijke wijze is geschied, en een procespartij verschijnt alsnog niet, de rechter gehouden is – mits er sprake is van feiten of omstandigheden op grond waarvan redelijkerwijs twijfel kan bestaan of de oproep is ontvangen – om onderzoek naar die ontvangst te doen. Indien daartoe aanleiding bestaat, zal deze vervolgens de datum van de mondelinge behandeling moeten verplaatsen of een nieuwe mondelinge behandeling moeten bepalen.³

Is van dit alles echter geen sprake, en was er wel een deugdelijke oproeping, dan kan zich een belangrijke uitzondering op het beginsel van hoor en wederhoor voordoen, want niet vereist is dat een partij keer op keer opnieuw wordt opgeroepen.⁴ Zo'n uitzondering is de verstekverlening en verstekprocedure van art. 139 Rv. Als een gedaagde niet verschijnt in de procedure, wordt de vordering na controle door de rechter ten aanzien van die behoorlijke oproeping en na verstekverlening – meestal na een korte aanhouding – toegewezen zonder dat de rechter de (niet-verschenen) gedaagde heeft gehoord of kunnen horen. Hoor en wederhoor ontbreekt dan volledig, reden voor Asser om ten aanzien van verstekvonnissen over 'ondingen' te spreken, en de mogelijkheid van verzet – waardoor alsnog op tegenspraak geprocedeerd kan worden – te roemen.⁵

In lijn daarmee kan op grond van art. 279 Rv een verzoek worden toegewezen zonder dat de rechter voordien verplicht is de belanghebbende(n) op te roepen en te horen, maar dat is in de praktijk een zeldzaamheid.⁶

[329] *Beslagzaken.* Een derde in de procespraktijk belangrijke uitzondering op de hoor en wederhoor-eis wordt gevormd door art. 700 Rv, want de aspirant-beslagene wordt volgens dat artikel in beginsel niet gehoord door de beslagrechter alvorens het beslagverlof wordt verleend.¹ De (dan) beslagene kan enkel achteraf tegen de beslissing opkomen op grond van art. 705 Rv, via een opheffingskortgeding, en eventueel een aansprakelijkheidsvordering wegens onrechtmatige beslaglegging. Uit onderzoek blijkt echter dat die opheffingskortgedingen niet veel (in ongeveer 5% van de conservatoir beslagzaken) en recentelijk ook steeds minder vaak gevoerd worden, zodat de verwezenlijking van hoor en

[328] 3 HR 16 november 2012, *RvdW* 2012/1433 (M./Raad voor de kindbescherming). Het betrof een verzoekschriftprocedure en oproeping via gewone brief.

4 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 34.

5 ASSER 1992, p. 17-19. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 109-110, verwijzend naar HR 23 juni 1993, *NJ* 1993/559, m.nt. J.M.M. Maeijer (Van Wassenauer/ABN AMRO) waarin verzet en hoor en wederhoor ook worden gekoppeld.

6 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 34.

[329] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 123. Uitvoering en zeer kritisch (overigens zonder art. 6 EVRM uitvoerig te bespreken) over dit en andere aspecten van de beslagregels, M. MEIJSEN-TIERATES, *Ontwikkelingen in het civielrechtelijke conservatoir beslag in Nederland*, 2013. Hetzelfde euvel kleeft ook aan de recent door de Hoge Raad ingevoerde mogelijkheid van een bewijsbeslag, zie HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455, m.nt. H.B. Krans (Bewijsbeslag), r.o. 3.7.2.

wederhoor langs die route feitelijk tekortschiet. Datzelfde geldt voor de (nog zeldzamere) mogelijkheid van aansprakelijkheid van de beslaglegger, als correctie achteraf.² Uiteraard is er een goede reden voor deze lijn in de rechtspraak – de wederpartij betrekken bij het verlot betekent immers dat deze de gelegenheid krijgt vermogensbestanddelen aan het beslag te onttrekken – maar een hernieuwde en explicietere afweging van beide kanten van de zaak zou gewenst zijn omdat de rechtsbescherming (achteraf) niet afdoende is naar EVRM-maatstaven.

[330] *Spoed en gebrek aan belang.* Als er sprake is van grote spoed, kan het horen van een betrokkene eventueel achterwege blijven, aldus de Hoge Raad.¹ In die lijn past dat een oproeping of het horen van partijen niet nodig is als geen der procespartijen wezenlijk in een belang geschaad wordt of als het belang van één van de procespartijen bij een niet-oproeping zo zwaarwegend is dat dit belang dient te prevaleren.² Bij gebrek aan een belang dat geschaad is, is ook het door de rechter bij de beoordeling betrekken van niet ingebrachte stukken te billijken, aldus de Hoge Raad.³ Dit soort gevallen zijn echter uitzonderingen en zullen dat mijns inziens ook moeten blijven, gezien de eisen van het EHRM inzake hoor en wederhoor.

Datzelfde geldt voor het geval geklaagd wordt dat er op een laat moment in een procedure, buiten medeweten van één der partijen, nog processtukken zijn aangevuld (zoals een eerder niet opgevraagd rapport). Als het uiteindelijke rechterlijke oordeel losstaat van dat specifieke processtuk en dat stuk dus geen rol heeft gespeeld, kan die procespartij ook niet benadeeld zijn en kan een klacht daarover (of een nieuwe vordering in een nieuwe procedure) worden gepasseerd (of worden verworpen).⁴ De complicatie daarbij is echter dat het in beginsel steeds aan de procespartijen zelf is om te bepalen of een processtuk al dan niet hun commentaar verdient, zie de rechtspraak in nr. 294 en vooral nr. 306.

Als de rechter zich echter wel mede op die bescheiden baseert, zo volgt dan ook uit de rechtspraak,⁵ zal er geen sprake meer kunnen zijn van een eerlijk proces; dan is het recht op tegenspraak in het geding, maar vooral ook de gelijkheid der wapenen tussen procespartijen.

[331] *Aanvullen van rechtsgronden.* De eventuele aanvulling van een rechtsgrond door de rechter in de zin van art. 25 Rv wordt in die zin niet 'gedekt' door de eis van hoor en wederhoor, dat de rechter alvorens tot een dergelijke aanvul-

[329] 2 M. MEIJSEN-TIERATES, *Ontwikkelingen in het civielrechtelijke conservatoir beslag in Nederland*, 2013, m.n. hoofdstuk 6 en 8. Anders SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 123.

[330] 1 Zie HR 20 april 2007, NJ 2007/241 (X./Officier van Justitie).

2 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 34.

3 HR 9 november 2012, NJ 2012/637 (X./Y.), zoals besproken in nr. 312. A-G Timmerman was het daar overigens niet mee eens, en hij heeft daar een (mensenrechtelijk goed onderbouwd) punt.

4 Zie HR 20 november 2009, NJ 2009/580 (Peski/Staat), r.o. 3.5.

5 Nogmaals HR 20 november 2009, NJ 2009/580 (Peski/Staat), r.o. 3.5.

ling over te gaan, niet eerst met partijen daarover in overleg hoeft. Dat mag hij uiteraard wel en om een verrassingsuitspraak te voorkomen is het vaak wenselijk om zulks wel te doen,¹ terwijl Asser – in het licht van hoor en wederhoor – juist pleit voor een verplichting voor de feitenrechter om de partijen in dit verband juist wél te horen.² Om partijen niet al te zeer te vervreemden van hun eigen civiele procedure ligt het mijns inziens inderdaad voor de hand een beoogde aanvulling van de rechtsgronden aan hen voor te leggen; ook het EU-recht zit op die koers, zoals blijkt uit het in nr. 294 besproken arrest *Banif Plus bank/Csipai*.³ Ik pleit er dus voor het huidige uitgangspunt (geen vooroverleg) om te draaien (in principe overleg). Dat kan wellicht ook onnodige appelprocedures voorkomen.

[332] *Geheime stukken*. De rechter mag geen kennisnemen van gegevens en andere relevante inlichtingen zonder dat de wederpartij gelegenheid krijgt zich daarover uit te laten, zo bleek reeds. Maar als het gaat om vertrouwelijke (geheime) stukken in de zin van art. 22 Rv, kan dat net iets anders liggen, zo blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad, niettegenstaande het beginsel van hoor en wederhoor. De rechter moet in deze gevallen zelf, zonder de wederpartij te horen, een oordeel vormen over de stukken, en als het beroep op vertrouwelijkheid onterecht is, de stukken alsnog laten inbrengen. Is het beroep op vertrouwelijkheid echter terecht gedaan, dan dient de rechter zich te laten vervangen. De gegevens mogen dan vervolgens alleen benut worden voor het rechterlijk oordeel als de wederpartij alsnog daarin gekend wordt of als deze ermee instemt dat alleen de rechter de geheime informatie tot zijn beschikking krijgt.¹

Het Europese Hof van Justitie gaat hierin overigens, zo blijkt uit de zaak *Varec/België*, wel wat verder en laat in uitzonderingsgevallen een (zogenoemde *ex parte*) beoordeling door de rechter toe op grond van geheime informatie welke de wederpartij op geen enkel moment te zien krijgt.² Zoals wel vaker, geldt ook hier dat nu dit eerste schaaap over de dam is, er wellicht meer ruimte ontstaat, ook

[331] 1 Vgl. Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht 2002*, p. 130 en 131; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 34 en 47; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 103.

2 ASSER 1992, p. 26.

3 HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11 (*Banif Plus bank/Csipai*), r.o. 30-31.

[332] 1 Zie J.L.R.A. HUYDECOPER, 'Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces', *Trema* 2010, p. 325 e.v., verwijzend naar HR 20 december 2002, *NJ* 2004/4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino/De Nederlandse Antillen*) en HR 11 juli 2008, *NJ* 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (*De Telegraaf/Staat*), welke arresten aansluiting zoeken bij art. 8:29 Awb (waarover nader BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 58). Vgl. tevens SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 119-120.

2 HvJ EG 14 februari 2008, *NJ* 2008/271, m.nt. M.R. Mok (*Varec/België*), en J.L.R.A. HUYDECOPER, 'Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces', *Trema* 2010, p. 325 e.v. Zie ook SNIJDERS e.a. 2011, nr. 39.

nationaal.³ Of dat wenselijk is, is vers twee, want de huidige insteek van de Hoge Raad, zoals net besproken, lijkt een werkbaar compromis te vormen.

7.4.6 *Rechtsgevolgen en sancties verbonden aan de schending van hoor en wederhoor*

[333] *Introductie.* Rechtsgevolgen van de erkenning van hoor en wederhoor als beginsel zijn er natuurlijk in vele soorten en maten. Die erkenning voorziet zowel rechters als civiele procespartijen van diverse processuele bevoegdheden en mogelijkheden. Diezelfde erkenning leidt echter ook tot zekere verplichtingen voor al die betrokkenen, en dus eventueel ook tot een sanctie als het beginsel van hoor en wederhoor geschonden blijkt. Beide aspecten komen hierna nog kort aan bod.

[334] *Medewerkingsplicht.* Het beginsel van hoor en wederhoor leidt tot verplichtingen en verboden, zo is gebleken, en dan vooral voor de rechter die van alles niet mag en wel moet. Een procespartij (en de betrokken advocaat) moet echter ook op haar tellen passen, want deze mag zich bijvoorbeeld niet zonder medeweten van de ander bij die rechter melden. Daarnaast bestaat er een zekere 'medewerkingsplicht' voor procespartijen gerelateerd aan de eis van hoor en wederhoor, zoals de noodzaak om de waarheid te openbaren (art. 21 Rv, waarover nr. 77 e.v.).¹

[335] *Sancties.* Een (vastgestelde) schending van het beginsel van hoor en wederhoor door *de rechter* vormt op nationaal niveau een grond voor een in beginsel succesvolle procedure in hoger beroep of cassatie. Als hoger beroep en/of cassatie mogelijk is, kan daarmee dus meteen ook een eventueel oneerlijk proces geredigeerd worden, zodat er uiteindelijk (alsnog) geen schending resteert.¹ Voor zover er een appelverbod zou bestaan, kan dat verbod doorbroken worden als er geklaagd wordt over een schending van hoor en wederhoor. Het beginsel van hoor en wederhoor is bovendien van zo fundamenteel belang dat een schending ervan zelfs kwalificeert – een zeldzaamheid – voor de toepassing van de (voorheen) zeer strikte regel inzake onrechtmatige rechtspraak – het inmiddels achterhaalde arrest *X./Staat*, waarover nr. 117 e.v. – want dan is er sprake van een situatie waarin niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling in de zin van (het criterium uit) dat arrest.²

[332] 3 Enigszins in die richting (de naam van de geheime tipgever hoeft niet bekend te worden gemaakt omdat het verdedigingsbelang anderszins te dienen is): HR 25 oktober 2013, *NJ* 2013/559, m.nt. J.W. Zwemmer (*X./Staat*), met uitvoerige conclusie A-G Wattel.

[334] 1 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 35, alsmede de literatuur genoemd in hoofdstuk 3.

[335] 1 Zie bijv. EHRM 7 juli 2007, nr. 66941/01 (*Zagorodnikov t. Rusland*), § 33-35.

2 Vgl. HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (*X./Staat*), en de toepassing daarvan in HR 22 maart 1991, *NJ* 1991/400 (*Van Kleef/Brugge*).

Is daarentegen *de wederpartij* in verzuim, bijvoorbeeld door te laat bepaalde stukken over te leggen, dan zal de rechter daarop geen acht meer mogen slaan, althans niet in het voordeel van die wederpartij, zo volgt uit art. 85 Rv (zie nr. 314). Dat is dan de sanctie voor die partij. Negeert de rechter dit gebod, dan is daarin uiteraard weer een grond voor hoger beroep of cassatie gelegen.

7.5 Slotoverweging

[336] *Slot.* Het belang van het beginsel van hoor en wederhoor in de Nederlandse rechtsorde is onmiskenbaar groot, en dat is al langere tijd het geval. Het is een beginsel dat van oudsher ook in de dagelijkse praktijk een wezenlijke rol speelt en procedures als het ware kan maken of breken. Er wordt ook betrekkelijk veel over geprocedeerd, in elk geval in Nederland. Dat heeft ongetwijfeld ook hiermee te maken dat dit beginsel van hoor en wederhoor ons hele civiele procesrecht doordrenkt, en in feite op elk moment in elke procedure kan spelen, of het nu een dagvaardingszaak of een verzoekschriftprocedure betreft. Het beginsel kijkt altijd over de schouder van de rechter mee en is in het collectieve brein van de rechterlijke macht ingesleten (althans, dat is de bedoeling). "Het is meer dan een regel die toetsing in cassatie mogelijk maakt. Het beginsel vertegenwoordigt een houding van de rechter," aldus Asser.¹ Hoor en wederhoor wordt dan ook niet voor niets door velen als een zeer fundamenteel beginsel gezien, ook door de Hoge Raad.² Bij schending van dit beginsel staat hij toe een eventueel appelverbod te omzeilen, ambtshalve nadere inlichtingen in te winnen om de zaak te kunnen beoordelen,³ en was hij zelfs onder de zeer strikte, inmiddels verouderde regels bereid om de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de Staat open te stellen.

[336] 1 Asser 1992, p. 33.

2 Zie bijv. nog HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1195 (WSNP).

3 Ik doel op het gebruik van art. 83 RO in HR 9 november 2012, NJ 2012/637 (X./Y.).

HOOFDSTUK 8

Openbaarheid van rechtspraak

8.1 Inleidende opmerkingen

[337] *Inleiding.* In dit hoofdstuk bespreek ik het beginsel van openbaarheid van rechtspraak, waarmee zowel de openbaarheid van de *behandeling* ter terechtzitting als de openbaarheid van de *uitspraak* is bedoeld. Dit beginsel van openbaarheid is zowel terug te vinden in art. 6 EVRM als in art. 27 Rv en art. 28 Rv (straks: art. 29 KeI-Rv¹), doch is ook neergelegd in art. 47 Handvest Grondrechten EU. De ‘Principles of Transnational Civil Procedure’ garanderen de openbaarheid van rechtspraak in Principle 20 inzake ‘Public Proceedings’.²

In het hiernavolgende bespreek ik eerst kort wat in zijn algemeenheid de achtergrond en de ratio van dit beginsel van openbaarheid is (§ 8.2). Vervolgens bezie ik iets concreter de juridische grondslag en uitwerking daarvan, eerst vanuit

[337] 1 De inhoud van art. 28 Rv, en daarmee de regeling van openbaarheid van uitspraken, verandert niet als dat artikel straks vernummerd wordt tot art. 29 KeI-Rv, en in zoverre is de KeI-operatie dus niet van belang voor de materie van dit hoofdstuk. Praktisch relevant is wellicht wel nog dat straks alle dossiers, en met name alle rechterlijke uitspraken, in pdf beschikbaar (kunnen) zijn. Dat biedt wellicht mogelijkheden om nog meer uitspraken te publiceren op www.rechtspraak.nl. Over digitalisering nader nr. 379 e.v.

2 De tekst van Principle 20 luidt: “20.1 Ordinarily, oral hearings, including hearings in which evidence is presented and in which judgment is pronounced, should be open to the public. Following consultation with the parties, the court may order that hearings or portions thereof be kept confidential in the interest of justice, public safety, or privacy.
20.2 Court files and records should be public or otherwise accessible to persons with a legal interest or making a responsible inquiry, according to forum law.
20.3 In the interest of justice, public safety, or privacy, if the proceedings are public, the judge may order part of them to be conducted in private.
20.4 Judgments, including supporting reasons, and ordinarily other orders, should be accessible to the public.”

art. 6 EVRM (§ 8.3)³ en dan vanuit het Nederlandse recht (§ 8.4). In die twee paragrafen over de verdragsrechtelijke en Nederlandse regeling analyseer ik tevens in welke gevallen welke uitzonderingen op het beginsel gelden, want echte openbaarheid is niet altijd en overal even nodig en gewenst. In § 8.5 bespreek ik vervolgens op welke wijze de reactie op de niet-naleving van de regels (sanctionering) gestalte zou kunnen krijgen.

In het laatste deel van dit hoofdstuk zal ik dan (in § 8.6) nog ingaan op de mogelijkheden en de wenselijkheid van ‘openbaarheid’ bij alternatieve geschilbeslechting, en (kort) op ‘dissenting opinions’. Die paragraaf sluit ik af met een wat ruimere blik op de facetten van het debat over openbaarheid die de laatste jaren het meest pregnant naar voren zijn gekomen: het benutten van de mogelijkheden van internet, en de verhouding tussen maatschappij, media en de rechtspleging. Ik snij in § 8.6.3 dus de relatie aan tussen de openbaarheid van rechtspraak, de moderne eisen omtrent transparantie, en de (on)mogelijkheden van nieuwe technologieën. Omdat de mogelijke openbaarheid van rechtspraak in het huidige digitale tijdperk uitstijgt boven wat volgens dat beginsel van oudsher vereist was (denk aan zittingen die ‘live’ te volgen zijn via internet, met een camera in elke zittingsruimte, of aan uitspraken die direct via rechtspraak.nl beschikbaar komen⁴), kan de vraag gesteld worden of die nieuwe mogelijkheden zich niet laten vertalen in nieuwe eisen aan de *digitale* toegankelijkheid (en dus openbaarheid) van de rechtspraak en de openheid van de rechterlijke macht.⁵

8.2 Omschrijving en ratio van openbaarheid van rechtspraak

[338] *Omschrijving.* Openbaarheid wil zeggen dat als principieel uitgangspunt voor civiele procedures geldt dat eenieder, elke burger, bij elke civiele procedure kan aanschuiven, dat deze overal bij kan zijn indien hij dat wenst. Dat wil dus zeggen dat alle plaatsen waar processuele handelingen plaatsvinden, alle rechtszalen, voor alle publiek open zijn en vrij toegankelijk zijn. Eenieder mag overal op de publieke tribune plaatsnemen en luisteren, dag in dag uit, week in week uit. Deze vorm van openbaarheid van rechtspraak, meer bepaald de openbaarheid

[337] 3 Naast art. 6 EVRM kan wellicht ook art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting; toegang tot informatie) van belang zijn in relatie tot de openbaarheid van rechtspraak. De vrije meningsuiting komt pas tot zijn recht wanneer de toegang tot informatie – waaronder rechterlijke uitspraken – gewaarborgd is. De directe raadpleegbaarheid van uitspraken is aldus van belang. Het EHRM heeft in dit verband echter nog geen positieve verplichtingen voor nationale overheden verbonden aan art. 10 EVRM. Vgl. EHRM 14 april 2009, *NJ* 2010/209, m.nt. E.J. Dommering (Társaság a Szabadságjogokért t. Hongarije), de noot van Dommering onder deze uitspraak, en L. MOMMERS e.a., ‘Het best bewaarde geheim van de raadkamer’, *NJB* 2010/1692, p. 2075.

4 Zie inmiddels ook nog het *KeI*-project en van voordien de Innovatieagenda Rechtsbestel uit 2011, via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/10/31/innovatieagenda-rechtsbestel.html.

5 Zie ook al nr. 192.

van zittingen, wordt ook wel besproken onder de noemer 'behandeling met open deuren'. Is de procedure, bij wege van uitzondering, niet openbaar, dan is er sprake van een behandeling 'met' of 'achter gesloten deuren'.

[339] *Ratio*. Waartoe dient de keuze dat rechtspraak openbaar is, wat zit daar achter? Het doel ervan is in eerste instantie om publieke controle¹ mogelijk te maken, net zoals de motiveringsplicht, zie nader hoofdstuk 10, dat doet. De openbaarheid beschermt, althans in enige mate, tegen willekeur en tegen partijdigheid van de rechter.² Het beginsel beschermt dus meteen ook die andere beginselen van 'fair play', onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, en dus 'fair trial' in zijn algemeenheid.³ Openbaarheid is, aldus expliciet Smits, een middel tot verwezenlijking van dat doel: een eerlijke procedure.⁴ Die publieke controle maakt wellicht ook dat procespartijen iets voorzichtiger zullen opereren; men zal niet elke zaak willen doordrijven en doorvoeren als er een wakend oog is, dat van de buitenwereld. Al te lichtvaardig zal men dan waarschijnlijk niet gaan procederen (hoewel er vele andere redenen daarvoor bestaan).

Daarnaast zorgt de openbaarheid van rechtspraak – meestal indirect, via de media – voor de informatievoorziening voor het grote publiek, geeft het beginsel althans de kans aan dat publiek om informatie te vergaren.⁵ Het grote voordeel (en doel) daarvan is dat zodoende het vertrouwen in de rechtspraak wordt bewaakt.⁶

- [339] 1 Harris e.a. 2014, p. 433; STEIN/RUEB 2013, p. 30; E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiel procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 396. Zie ook nog nr. 342 e.v. hierna, EHRM 22 februari 1984, Series A, Vol. 74 (Sutter t. Zwitserland), § 26, en EHRM 18 mei 2010, nr. 38532/02 (Udorovic t. Italië), § 43. Deze en de hierna genoemde redenen werden ook al door R. VAN BONEVAL FAURE, *Het Nederlands burgerlijk procesrecht I*, 3^e druk, in 1893 aangevoerd (op p. 107), zo laat DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 203 zien. Vgl. over deze ratio bijv. ook J. DE BOER, 'Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak', *NJB* 1985, p. 835; M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 20, en voor het strafproces L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 2-4.
- 2 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 39; E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiel procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 396; VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 109.
- 3 STEIN/RUEB 2013, p. 30; HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, op p. 9.
- 4 Zo SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 160. Hij noemt ook de overige hier besproken aspecten (p. 159-161).
- 5 Vgl. N. RUIGROK e.a., *Rechtspraakverslaggeving in een veranderend medialandschap*, Research Memoranda 5/2011, 2011, p. 34. Dat de animo om van civiele zaken kennis te nemen, niet erg groot is, is helder, zie reeds ZONDERLAND 1976, p. 126.
- 6 O.a. STEIN/RUEB 2013, p. 30; L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 3; E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiel procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 396; VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 109; EHRM 22 februari 1984, Series A, Vol. 74 (Sutter t. Zwitserland), § 26, constant herhaald, o.a. in EHRM 18 mei 2010, nr. 38532/02 (Udorovic t. Italië), § 43, en EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05 (Olujic t. Kroatie), § 70: de zichtbaarheid van de rechtspleging draagt bij aan het bereiken van het doel van art. 6 lid EVRM, een 'fair hearing'. Zie over deze (elementen van de) ratio ook Van Dijk e.a. 2006, p. 597.

Openbaarheid is ten derde nodig voor het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsvorming.⁷ Daartoe is vooral en in de eerste plaats natuurlijk nodig dat de rechter zijn uitspraak gedegen motiveert, maar een gemotiveerde uitspraak die vervolgens niet openbaar wordt, daar heeft het publiek niets aan. Rechtseenheid en rechtsontwikkeling zijn pas werkelijk mogelijk als de uitkomsten van procedures,⁸ alsmede hun motivering, bekend (kunnen) zijn en dus openbaar worden.

Uit een en ander volgt duidelijk dat het beginsel van openbaarheid van rechtspraak uiteindelijk een wezenlijk publiek belang dient, een belang dat veelvuldig in de beroemde uitspraak wordt gevat dat “justice must not only be done, it must also be seen to be done”.⁹

[340] *Beginsel met nadelen?* Openbaarheid van rechtspraak heeft echter ook een schaduwkant. Ik noem in dit verband twee nadelen. Openbaarheid tast de privacy van mensen aan en, daaraan gerelateerd, het maakt dat bepaalde zaken niet vertrouwelijk afgewikkeld kunnen worden. Dat zijn stevige belangen die (ook) zwaar wegen en dus pleiten tegen te ver doorgevoerde vormen van openbaarheid. Daarmee moet dus serieus rekening worden gehouden. Het is op zichzelf overigens opmerkelijk – dit vormt een verschil ten opzichte van de andere beginselen in dit boek – dat er hier zo evident een keerzijde zit aan het bestaan van het beginsel. Immers, de motiveringsplicht helpt beide partijen om voor beide de uitspraak controleerbaar en aanvaardbaar te maken; de berechting binnen een redelijke termijn is ook voor iedereen goed (hoewel soms om strategische redenen minder gewenst); de onafhankelijkheid en onpartijdigheid beschermt beide procespartijen en vormt voor alle betrokkenen een groot goed, want niemand wil uiteindelijk een systeem met partijdige rechters, terwijl hoor en wederhoor impliceert dat er voor beide partijen iets te winnen valt, ze worden beide gehoord, etc., en dat beide gelijk behandeld worden, hetgeen voor elke procespartij wenselijk is. Ergo, steeds profiteren beide civiele procespartijen van een beginsel van procesrecht, althans in elk geval heeft geen van beide partijen (direct) nadeel van het beginsel. Hier, bij openbaarheid ligt dat echter anders.

Het beginsel van openbaarheid van rechtspraak heeft immers wel een groot nadeel voor de direct betrokkenen, namelijk dat zij met hun hele hebben en houden in feite op straat komen te liggen, en dat is niet altijd gewenst. De privacy

[339] 7 Zie bijv. M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 20; E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiel procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 396.

8 De besluitvorming als zodanig is niet openbaar, hier geldt juist het geheim van de raadkamer, zie art. 7 RO, alsook E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiel procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 396, alsmede SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 190-192. Voor het debat inzake nut en noodzaak van ‘dissenting opinions’, zie nr. 50 en nr. 377.

9 De frase is terug te voeren op EHRM 17 januari 1970, Series A, Vol. 11 (Delcourt), § 31, aldus SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 157, noot 1, aangevend dat in dat geval de onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan de orde was. Zie over het voorgaande ook R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, ‘De openbaarheid van de civiele procedure’, *TCR* 2013, p. 82.

van procespartijen is zoek als eenieder op de publieke tribune kan plaatsnemen en toe kan horen hoe een juridische ruzie over bijvoorbeeld de hoogte van de alimentatie tussen ex-echtgenoten verloopt. Zeker voor de meer bekende Nederlander kan dit extreem lastig zijn; ook dan kan niet in vertrouwen via een overheidsrechter een zaak worden afgewikkeld, omdat iedereen mee moet mogen luisteren. Naast de privacy kunnen bovendien ook bedrijfsgeheimen in het gedrang komen.¹ Deze nadelen kunnen wellicht verklaren waarom de beoordeling van het beginsel van openbaarheid net iets anders ingestoken wordt, en waarom er hier ook meer aandacht is voor de uitzonderingen op (anders: de grenzen van) het beginsel, zoals wij nog zullen zien.

8.3 De (vereisten aan de) openbaarheid van rechtspraak op grond van art. 6 EVRM

8.3.1 Hoofdpijnen: 'public hearing' en 'public pronouncement'

[341] *De juridische basis.* In art. 6 EVRM valt expliciet te lezen dat eenieder recht heeft op een *openbare behandeling* van zijn zaak, een 'public hearing'. En iets verderop staat dan nog dat de *uitspraak in het openbaar* moet worden gewezen, dat "judgment shall be pronounced publicly". Expliciet wordt dus een recht op openbaarheid verstrekt, mits de procedure als zodanig onder de bescherming van art. 6 EVRM valt, uiteraard.¹ Het betreft een recht dat in EVRM-termen in tweeën uiteenvalt, namelijk vooreerst het recht op een 'public hearing' en daarnaast nog het recht dat de uitspraak in het openbaar zal worden uitgesproken, de 'public pronouncement'.

[342] *De zaak Sutter t. Zwitserland.* Diezelfde tweedeling zien wij ook terug in de belangrijke uitspraak van het EHRM in de zaak *Sutter t. Zwitserland*.¹ De heer Sutter moest in de jaren 1974 en 1975 op een herhalingsoefening van het Zwitserse leger; hij wordt daar enige dagen vastgehouden omdat hij niet voldeed aan de geldende normen: zijn haar is te lang (nogmaals, het betreft hier de jaren 70...). Het jaar daarna is het gewoon hetzelfde liedje; Sutter weigert de knipbeurt en wordt wegens insubordinatie opgepakt. Hij gaat uiteindelijk tien dagen de cel

[340] 1 Er zijn daarvoor uiteraard oplossingen mogelijk, bijv. doordat een rechter bij voorbaat oordeelt over de mogelijkheid in het geding zijnde privacy, bedrijfsgeheimen, etc., en dus of de beraadslaging in het openbaar kan plaatsvinden. Zie art. 27 Rv en hierna nr. 360.

[341] 1 Dat is in Nederland bijv. niet het geval als het gaat om een getuigenverhoor op grond van art. 66 Faillissementswet of om een voorlopig getuigenverhoor, zie HR 6 oktober 2006, NJ 2010/184 (ABN-AMRO/Arts q.q.), zodat het verhoor niet ter openbare terechtzitting plaatsvindt.

[342] 1 EHRM 22 februari 1984, Series A, Vol. 74 (*Sutter t. Zwitserland*). Over de vereisten van art. 6 EVRM in dit verband ook L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 55-63 en 92-95; R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 82 e.v., alsmede M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 32 e.v.

in en betaalt twee boetes. In zijn cassatieprocedure tegen dat vonnis wordt zijn zaak schriftelijk afgedaan en verworpen.

Sutter klaagt bij het EHRM op grond van schending van art. 8 EVRM. Hij beroept zich op een aantasting van zijn 'private life', omdat hij vrij zou moeten zijn om zijn haar te dragen zoals hij dat wil. Door de regels aangaande het Zwitserse leger – hij moet elk jaar op herhalingsoefening – wordt dat recht beknot. Zijn beroep op art. 8 EVRM redt het niet, en wordt zelfs niet-ontvankelijk verklaard als 'manifestly unsound', maar wel wordt er uitvoerig stilgestaan bij de kwestie dat de Zwitserse cassatieprocedure schriftelijk verliep, niet openbaar was, en dat de uitspraak niet in het openbaar uitgesproken is maar schriftelijk werd toegezonden aan partijen.

Het Europese Hof beslist² conform de al besproken ratio dat de openbaarheid de procespartijen beschermt tegen rechtspleging in het geheim, zonder 'public scrutiny'; het is een manier om het vertrouwen in de rechtspleging te bewaren. Doordat de rechtspraak openbaar, publiek, is, wordt uiteindelijk mede het doel van art. 6 EVRM, een 'fair trial', bereikt. In latere rechtspraak van het Hof (in de zaak *Moser t. Oostenrijk*) wordt dit als volgt herhaald:³

"The Court reiterates that the public character of proceedings protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, a fair hearing, the guarantee of which is one of the foundations of a democratic society (...)."

Voordien was in de *Sutter*-zaak ook al aangegeven dat alle Europese systemen een vorm van openbaarheid kennen, maar daarin verschillen (qua omvang en wijze van inkleding), en dat die systemen steeds openbaarheid kennen zowel inzake de 'public hearing', de behandeling, als inzake de uitspraak zelf. De verdere invulling van de eisen op grond van art. 6 EVRM is weer afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij gelet moet worden op de procedure als geheel (het recht op een openbare procedure geldt in elke fase van het proces) in het nationale juridische systeem.⁴ Daarna maakt het Hof in *Sutter* de al genoemde splitsing in de beoordeling van de vraag a) of er een 'public hearing' nodig is; en b) of er een 'public pronouncement' nodig is.

[343] 'Public hearing'. Speciaal met betrekking tot de 'public hearing' overweegt het Hof in de *Sutter*-zaak dan nog dat gelet moet worden op de fase in cassatie; in die fase is er indertijd alleen schriftelijk geprocedeerd. Omdat de zaak

[342] 2 EHRM 22 februari 1984, Series A, Vol. 74 (*Sutter t. Zwitserland*), § 26.

3 Zie EHRM 21 september 2006, nr. 12643/2 (*Moser t. Oostenrijk*), § 93. Vgl. ook EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (*Ryakh Biryukov t. Rusland*), § 30, en EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (*Nikolova en Vandova t. Bulgarije*), § 67. Van uit de tijd voor deze uitspraken is nog belangrijk EHRM 8 december 1983, nr. 7984/77 (*Pretto t. Italië*). Een 'klassieker' is ook EHRM 26 september 1995, nr. 18160/91 (*Diennet t. Frankrijk*).

4 Daarover EHRM 8 december 1983, Series A, Vol. 72 (*Axen t. Duitsland*), § 28.

in die fase echter enkel (nog) draaide om de uitleg van de wet, terwijl de eerdere fase van de procedure wel conform art. 6 EVRM is verlopen, zou een mondelinge behandeling gedurende een openbare zitting in deze zaak geen verdere garanties hebben geboden.¹ Daarmee was die nadere mondelinge behandeling dus overbodig, en is deze dus niet ten onrechte achterwege gebleven.

[344] *'Public pronouncement'*. Vervolgens concentreert het Hof zich op de openbaarheid van de uitspraak zelf, de *'public pronouncement'*. In casu was de uitspraak weliswaar aan Sutter betekend, en daarmee overhandigd op schrift, maar deze was niet uitgesproken in *'open court'*. Het Hof overweegt te dien aanzien dat de tekst van art. 6 EVRM – er staat: *"Judgment shall be pronounced publicly"* – de indruk kan wekken dat het steeds nodig is om een uitspraak (hardop) voor te lezen. Maar omdat veel verdragsluitende staten een langlopende traditie kennen van het gebruik van alternatieven daarvoor, kan men daaraan bij het opstellen van het verdrag niet voorbijgegaan zijn, aldus het Hof, zodat het niet nodig is om de bepaling (al te) letterlijk te lezen.¹ De verdragsstaten wordt dan ook veel ruimte gegeven om dit aspect op eigen wijze te regelen.²

Wat wél nodig is, is dat in elke zaak de gebruikte vorm van publiciteit die aan de uitspraak gegeven is, naar nationaal recht bezien zal worden, in het licht van de procedure zoals die in dat geval aan de orde is, en in het licht van het doel van art. 6 EVRM in dit verband. In de zaak *Sutter* kon iedereen die een belang daarbij had, een kopie van de uitspraak opvragen, terwijl de belangrijkste rechterlijke beslissingen gepubliceerd worden, zodat zeker is dat er enige openbaarheid is en dus enige controle mogelijk is. Ook in dit geval is de letterlijke interpretatie van art. 6 EVRM (de uitspraak moet worden voorlezen) dan te rigide en niet nodig voor het doel daarvan. Een echte *'public pronouncement'* is dus niet nodig.³

[345] *Efficiency mag vooropstaan*. Alleen al uit efficiencyoverwegingen kan – en mag ook volgens het Hof¹ – met het oog op de Nederlandse situatie, niet

[343] 1 Vgl. ook BARKHUYSEN & VAN EMMERIK, *EVRM en Nederlandse bestuursrecht* (MM SBR) 2011, p. 59.

[344] 1 Zo ook al EHRM 8 december 1983, Series A, Vol. 71 (Pretto e.a. t. Italië), § 25-26. Zie nader L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 92-95; M.F.J.M. DE WERD, 'De openbare uitspraak', *NJB* 2001, p. 68. Ook wordt later benadrukt dat een restrictieve interpretatie van art. 6 lid 1 EVRM, gezien het belang ervan, niet voor de hand ligt, zie EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakib Biryukov t. Rusland), § 37.
2 Zie ook EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakh Biryukov t. Rusland), § 31. Harris e.a. 2014, p. 438-439, beschrijven de mogelijke uitzonderingen uit de rechtspraak.
3 VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 111, stelde al dat voorlezen van het dictum volstaat als betrokkenen tevens een afschrift van het vonnis krijgen en belangwekkende uitspraken gepubliceerd worden. Zo ook EHRM 22 februari 1984, Series A, Vol. 74 (Sutter t. Zwitserland), § 34. Zie verder Van Dijk e.a. 2006, p. 599.

[345] 1 Zie EHRM 24 juni 1993, Series A, Vol. 263 (Schuler-Zraggen t. Zwitserland), § 58 (*'should have regard to the demands of efficiency and economy'*). Vgl. ook DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 206 (*'eisen van de praktijk'*).

anders dan volmondig ingestemd worden met deze aanpak en uitspraak. Immers, het daadwerkelijk (hardop) voorlezen van alle civielrechtelijke uitspraken zou veel te veel tijd kosten. Stel dat het voorlezen van een gemiddeld vonnis van een pagina of vijf een kwartier tijd kost, dan zou bijvoorbeeld in 2014 – met ruim 1,4 miljoen uitspraken in civiele zaken² – alleen al het voorlezen daarvan 8.750 werkweken van veertig uur gekost hebben, zijnde (afgerond) 194,5 fte op jaarbasis.³ Dat komt neer op bijna 9% van de capaciteit aan rechterlijke ambtenaren in dat jaar.⁴ Die capaciteit kan uiteraard beter besteed worden aan andere aspecten van een eerlijke rechtspleging (berechting binnen een redelijke termijn, hoor en wederhoor, etc.). Het is wat dat betreft gelukkig te noemen dat de vier rechters die een ‘dissenting opinion’ schreven bij de *Sutter*-uitspraak (omdat deze rechters meenden dat er wél sprake was van een schending van art. 6 EVRM), specifiek ten aanzien van het niet in het openbaar uitspreken van de uitspraak, geen meerderheid wisten te verzamelen.⁵

Een voorlopige conclusie is dus dat het Hof hier – terecht – vooral praktisch heeft geopereerd. Daarbij kan dan overigens wel de vraag gesteld worden *hoe* openbaar de openbaarheid in Nederland dan nog is in het licht van deze uitspraak. Om dat te kunnen beoordelen, moet de Nederlandse situatie in ogenschouw worden genomen.

[346] *Latere rechtspraak (1)*. Maar eerst dient nog bezien te worden of het Hof de in *Sutter* uitgezette lijn trouw is gebleven. Daartoe bespreek ik een aantal andere arresten van het Hof. Ten eerste ga ik in op de zaak *B en P t. Verenigd Koninkrijk*.¹ In een tweetal procedures over de meest geschikte woon- en verblijfplaats voor hun kind, ofwel bij de vader dan wel bij de moeder, hebben de klagers gevraagd de zaak in ‘open court’ te behandelen en de uitspraak publiekelijk te doen. De Engelse rechter weigerde dit, want zaken waarbij kinderen betrokken zijn, worden achter gesloten deuren gehouden, ter bescherming van

[345] 2 Zie voor de cijfers Tabel 2 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, 2015, p. 45. Ik laat hier dan nog in het midden dat dit alleen de einduitspraken lijken te zijn (want de productiecijfers betreffen de afgewikkelde zaken) zodat de vele duizenden tussenvonnissen niet meegeteld (lijken te) zijn.

3 Want: 1,4 miljoen uitspraken x 0,25 uur = 350.000 uur. Dat zijn 350.000 : 40 uur = 8.750 werkweken. Op jaarbasis is dat 8.750 : 45 werkweken per fte = 194,5 fte (afgerond).

4 Zie Tabel 23 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, 2015, p. 64, waaruit blijkt dat in 2014 de 2.359 rechters in totaal 2.170 fte aan werkkraft vormden. 194,5 fte is 8,9% van 2.170 fte.

5 In de ‘dissenting opinion’ van rechters Cremona, Ganshof Van der Meersch, Walsh en MacDonald leggen zij de nadruk op ‘accessability to the general public’ van de uitspraak. Dat aspect ontbrak hier, want toegang tot de uitspraak voor degenen met een belang en de eventuele latere publicatie ervan, is onvoldoende. ‘Public knowledge’ is er niet als slechts een select gezelschap die kennis heeft of kan krijgen. In de ‘concurring opinion’ van Bernhardt werd benadrukt dat openbaarheid in cassatie niet zo belangrijk is. In die fase kan het vereiste restrictief opgevat worden; dat zou ook stroken met de praktijk dat cassatieprocedures schriftelijk afgedaan worden.

[346] 1 Zie EHRM 24 april 2001, nr. 36337/97 en 35974/97 (B. en P. t. Verenigd Koninkrijk).

het kind. In hoger beroep bleef dit oordeel overeind. Bij het EHRM wordt erover geklaagd dat zodoende het recht op een ‘public hearing’ en op een uitspraak in het openbaar is geschonden.

Het Europese Hof herhaalt eerst de eerder al benoemde, zie nr. 342, overweging inzake het belang van openbaarheid (‘public scrutiny’; vertrouwen in de rechtspraak; verzekeren van ‘fair trial’), maar overweegt vervolgens dat die eis van openbaarheid, zoals ook al blijkt uit art. 6 EVRM zelf, niet zonder uitzonderingen is. Dat geldt zeker waar het gaat om zaken die kinderen betreffen; dan moet de privacy van het kind beschermd worden en dient het belang van een goede rechtsbedeling (waartoe gerekend wordt dat partijen zich vrijelijk kunnen uiten), voorop te staan. Het feit dat zaken waarbij kinderen betrokken zijn, als categorie van zaken volledig uitgesloten zijn van openbaarheid – de hoofdregel is dat deze zaken achter gesloten deuren worden behandeld – is niet inconsistent met de eisen uit art. 6 EVRM. Dat geldt eens te meer als de rechter kan besluiten, op verzoek, maar conform zijn eigen beoordeling, om alsnog tot een publieke behandeling van de zaak over te gaan. Er heeft derhalve in casu geen schending van het verdrag plaatsgevonden, en het Hof is opnieuw niet erg strikt geweest.²

Ten aanzien van het vereiste van een publiekelijke uitspraak van het vonnis wordt nog gesteld dat dit recht zonder nadere kwalificatie opgenomen is in het EVRM, zodat daaraan geen grens zit. De uitspraak als zodanig zou dus altijd openbaar moeten zijn. Het EHRM herhaalt echter ook hier dat de vorm van openbaarheid bezien moet worden in het licht van de omstandigheden van het geval.³ In casu komen die omstandigheden hierop neer dat het eerder besproken en erkende belang dat is verbonden aan het niet-openbaar houden van de zitting, grotendeels gefrustreerd zou worden als de uitspraak vervolgens wel geheel openbaar zou zijn. Een al te letterlijke lezing van art. 6 EVRM is hier dus niet alleen onnodig, maar ook contraproductief ten opzichte van de overige eisen uit dat artikel. In dit geval was het mogelijk voor iedereen die een belang bij de uitspraak had om een kopie van de uitspraak te krijgen. Verder is het zo dat uitspraken in dit soort zaken regelmatig gepubliceerd worden, en dat vormt voldoende waarborg voor het Hof, althans voor de meerderheid van de rechters. Een ‘public pronouncement’ in letterlijke zin is dus niet altijd nodig, zie ook nr. 344.⁴

[346] 2 Maar ook hier geldt weer dat het Hof niet unaniem was, met weer een ‘dissenting opinion’ (ditmaal van rechters Loucaides en Tulkens) die in de kern betoogt dat er per geval bepaald zou moeten worden of openbaarheid nodig is.

3 Vgl. ook EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakh Biryukov t. Rusland), § 32.

4 Vgl. bijv. M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 32-38. Voor een overzicht van de eisen die in de rechtspraak worden gesteld, en de uitkomsten daarvan, zie ook Harris e.a. 2014, p. 438-439; EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakh Biryukov t. Rusland), § 33-36; R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, ‘De openbaarheid van de civiele procedure’, *TCR* 2013, p. 84.

[347] *Latere rechtspraak (2)*. De volgende te bespreken zaak is *Osinger t. Oostenrijk*.¹ Die zaak betrof een achttal partijen die stredden om een nalatenschap (een boerderij). De broer van de klager is overleden en zowel de klager als zijn zus stellen dat zij de boerderij als geheel zouden moeten erven, terwijl de andere betrokkenen dat bestrijden. Er wordt driftig onderling geprocedeerd en uiteindelijk wordt klager Osinger in het ongelijk gesteld door het hoogste gerecht in Oostenrijk. De klacht is vervolgens dat er geen ‘public hearing’ is geweest in deze erfrechtzaak.

Zoals eerder al geschiedde, wordt ook hier weer de ratio van de eis van openbaarheid in herinnering geroepen, en wordt gesteld dat uitzonderingen daarop mogelijk zijn, zelfs in strafrechtelijke zaken waarin die openbaarheid nog belangrijker is, bijvoorbeeld om de uitwisseling van informatie te stimuleren. Het Hof wijst erop dat ook zonder een ‘public hearing’ aan art. 6 EVRM voldaan kan zijn indien er alleen juridische of technische kwesties aan de orde zijn, terwijl er bovendien geen beletsel is voor een procespartij om zelf afstand te doen van het recht op een ‘public hearing’. Ook is het mogelijk, zo wordt herhaald, om een hele categorie van zaken uit te sluiten van openbaarheid, zolang er maar op enige wijze controle mogelijk is door het EHRM.

Vervolgens wordt vastgesteld dat er in dit soort (erfrechtelijke) zaken naar Oostenrijks recht inderdaad niet in een ‘public hearing’ is voorzien en dat er geen reden is gegeven – het betrof hier niet een louter technische kwestie – om van het recht daarop af te wijken. Schending van art. 6 EVRM was daarmee gegeven. Ten aanzien van het element van een ‘public hearing’ lijkt het Hof dus iets strenger te zijn geworden; het verschil met *Sutter* is echter dat daar de voorfase (voor de cassatieprocedure) al conform art. 6 EVRM verlopen was, hetgeen hier niet het geval was. Dat verklaart het verschil in uitkomst. Duidelijk is daarmee dat er ergens in het totale verloop van de civiele procedure een vorm van openbaarheid gegeven moet zijn als de zaak niet louter technisch van aard is.²

[348] *Latere rechtspraak (3)*. Over de openbare behandeling ter terechtzitting – het element van de ‘public hearing’ – zijn ook na de voornoemde zaken nog diverse uitspraken geweest. Ik noem hier slechts de zaken *Brugger t. Oostenrijk* uit 2006,¹ *Moser t. Oostenrijk*² uit hetzelfde jaar, *Belashev t. Rusland* uit 2008,³ *Shagin t. Oekraïne* uit 2009⁴ en *Nikolova en Vandavo t. Bulgarije* uit 2013.⁵ Deze uitspraken bevestigen steeds de lijn die het EHRM in elk geval sinds *B. en P. t. Verenigd Koninkrijk* volgt.

[347] 1 EHRM 24 maart 2005, nr. 54645/00 (*Osinger t. Oostenrijk*).

2 Zie ook EHRM 26 januari 2006, nr. 76293/01 (*Brugger t. Oostenrijk*).

[348] 1 EHRM 26 januari 2006, nr. 76293/01 (*Brugger t. Oostenrijk*).

2 EHRM 21 september 2006, nr. 12643/2 (*Moser t. Oostenrijk*), § 94, waarover ook nog nr. 354 en nr. 359 hierna.

3 EHRM 4 december 2008, nr. 28617/03 (*Belashev t. Rusland*), § 79.

4 EHRM 10 december 2009, nr. 20437/05 (*Shagin t. Oekraïne*), § 57.

5 EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (*Nikolova en Vandavo t. Bulgarije*).

Hierbij verdient wel nog opmerking dat de eis van een 'public hearing' vrij dicht aanschuurt tegen de meer algemene notie van 'fair trial' – en specifiek tegen het daarmee ook beschermde beginsel van hoor en wederhoor – omdat het recht op een public hearing ook gaat over de 'opportunity of being heard in person', het recht op (ten minste) één mondelinge behandeling.⁶ Daarover handelt nr. 303 en nr. 319 e.v.; ik ga daar hier niet verder op in.

[349] *Afstand van recht.* Vooruitlopend op de volgende paragraaf waarin de uitzonderingen op de hoofdregel van openbaarheid centraal staan, dient over de hiervoor al genoemde optie om afstand van recht te doen, alvast het volgende gezegd te worden. Het is in het algemeen mogelijk, zie ook nr. 31, om als procespartij afstand te doen van de bescherming die (een onderdeel van) art. 6 EVRM biedt, doch dat kan slechts onder de voorwaarde dat de afstand van recht ondubbelzinnig wordt gedaan en dit niet strijdig is met een publiek belang.¹

Omdat openbaarheid als zodanig een publiek belang betreft, zou betoogd kunnen worden dat de overeenstemming tussen partijen om afstand te doen van het recht op een openbare behandeling, niet genoeg is,² maar er tevens een grond om een uitzondering te mogen maken, gegeven zou moeten zijn. Gezien de ruimte die het EHRM de nationale rechter geeft om zaken niet openbaar te behandelen, ligt een zo strenge aanpak hier echter niet direct in de rede. Zulks blijkt ook uit de rechtspraak van het Europese Hof, waarin afstand doen (en dat kan zelfs impliciet gebeuren) van het recht op een openbare zitting, erkend is.³ Los daarvan geldt dan wel nog dat het enkele feit dat een procespartij afstand van recht mag doen, niet wil zeggen dat er ook een *recht* bestaat op een zitting achter 'gesloten deuren'. De rechter beslist uiteindelijk zelfstandig daarover.⁴

[348] 6 Vgl. in dit verband Van Dijk e.a. 2006, p. 598-599, die ook aangegeven heeft dat het Hof deze kwesties soms lijkt te verwarren, alsmede SMITS, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (BPP nr. 10) 2008, p. 173-178, die de noodzaak van en het (twijfelachtige) bestaan van het recht op een mondelinge behandeling bespreekt, doch ook de band van deze kwestie met die van hoor en wederhoor laat doorschemeren (p. 175).

[349] 1 Zie KUIJER 2004, p. 66-73; Van Dijk e.a. 2006, p. 569; Harris e.a. 2014, p. 437-438. Vgl. o.a. EHRM 27 februari 1980, NJ 1980/561 (Deweert t. België). Zie ook EHRM 21 februari 1990, Series A, Vol. 171-A (Håkansson & Sturesson t. Zweden).

2 Die overeenstemming tussen partijen is echter wel ten minste nodig, zie SMITS, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (BPP nr. 10) 2008, p. 190. Zie ook KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 162-163.

3 Zie EHRM 15 maart 2005, nr. 72701/01 (Yakovlev t. Rusland), en de verwijzing naar die zaak in EHRM 7 juni 2007, nr. 66941/01 (Zagorodnikov t. Rusland), § 22. Zie verder Van Dijk e.a. 2006, p. 597; SMITS, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (BPP nr. 10) 2008, p. 189-190.

4 Vgl. VAN DIJK, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 109-110; Van Dijk e.a. 2006, p. 598; KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 162-163. Zie ook L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 59-60.

8.3.2 Uitzonderingen op de eis van openbaarheid

[350] *Uitzonderingen op eis van een public hearing.* De eis dat de behandeling ter terechtzitting openbaar moet zijn, dat er een 'public hearing' moet zijn, is niet zonder uitzonderingen. Wij zagen al dat het EHRM eigenlijk niet heel streng is als het gaat om de eis van een 'public hearing'. Er kan voor categorieën van zaken een – wat ik dan noem – generieke uitzondering worden gemaakt ('in beginsel niet openbaar, tenzij...'), zoals in voogdijzaken,¹ maar bijvoorbeeld ook voor 'disciplinaire proceedings' voor gevangenen.²

Daarnaast geldt voor die procedures die in beginsel wel een openbare behandeling moeten krijgen, dat er in concrete gevallen uitzonderingen gemaakt mogen worden. Daarvoor is dan wel nodig dat er een uitzonderingsgrond vastgesteld kan worden. Als dat het geval is, dan brengt een dergelijke uitzonderingssituatie mee dat de pers en het publiek de toegang tot de zitting ontzegd kan worden.³ Die ontzegging kan vervolgens voor een deel van de procedure of voor de gehele procedure gelden. Daarbij zal het veelal om de procedure als geheel gaan, omdat de redenen voor sluiting van de deuren meestal de gehele procedure relevant blijven. Maar ten aanzien van een getuigenverhoor waarbij de uitspraken van een specifieke getuige niet algemeen bekend mogen worden, kan het bijvoorbeeld om een gedeeltelijke ontzegging van de openbaarheid gaan.

[351] *Concrete uitzonderingsgronden.* Er bestaan, afhankelijk van de gekozen rubricering, zes uitzonderingsgronden die in art. 6 lid 1 EVRM zelf zijn opgesomd en die derhalve ingeroepen kunnen worden om een openbare behandeling ter terechtzitting te omzeilen. Deze uitzonderingen luiden als volgt:¹

(a) Het kan nodig zijn de deuren te sluiten in verband met (het belang van) de 'goede zeden'. Het gaat daarbij om fundamentele (en open) normen van ongeschreven recht betreffende de moraliteit. Als altijd bij open normen kan de precieze invulling ervan verschillen naar persoon ('uw goede zeden zijn wellicht niet altijd de mijne'), maar ook naar tijd en plaats. Zo is het huwelijk tussen partners van gelijk geslacht inmiddels door de maatschappij en de wetgever geaccepteerd waar dat vijftig jaar geleden waarschijnlijk nog als 'in strijd met de goede zeden' zou zijn beschouwd. Een voorbeeld dat zich in dit verband zou

[350] 1 EHRM 24 april 2001, nr. 36337/97 en 35974/97 (B. en P. t. Verenigd Koninkrijk), zoals besproken in nr. 346.

2 Zie EHRM 24 juni 1984, Series A, Vol. 80 (Campbell & Fell t. Verenigd Koninkrijk).

3 Zie bijv. EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (Nikolova en Vandova t. Bulgarije), § 68-73.

[351] 1 Zie naast art. 6 EVRM ook art. 27 Rv, dat dezelfde categorieën hanteert, maar deze in vier groepen heeft ingedeeld. Verder: DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 205; HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 5, p. 10; Harris e.a. 2014, p. 434-435, en uitvoerig, met het oog op het strafrecht (art. 269 Sv): L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 81-91.

kunnen voordoen, is dat er bij de behandeling ter zitting informatie op tafel komt die niet geschikt is om te openbaren omdat die informatie te schokkend is (denk aan kinderporno in een ontslagzaak).

(b) Ook het belang van de openbare orde kan de openbaarheid doorbreken. Het betreft niet het tegengaan van wanordelijkheden, zie hierna onder (f),² maar wel de fundamentele normen van ongeschreven recht betreffende de organisatie van de maatschappij, zoals het geven en aannemen van steekpenningen. Als die openbare orde in het geding is, kan de rechter eventueel de deuren sluiten, maar hierin zal ook een reden kunnen liggen om juist wel openbaarheid te betrachten (de misstand aan de kaak stellen).

(c) Dat de nationale veiligheid in een democratische samenleving een reden is, spreekt voor zich. Als er in een procedure informatie boven tafel kan komen die de nationale veiligheid in gevaar brengt, gaan de deuren dicht. Denk aan een geschil over gebreken bij de aanschaf of bouw van defensiematerieel. Uiteraard is het hierbij niet zo dat alles wat de overheid liever voor zich houdt, ook de nationale veiligheid raakt.³

(d) Het belang van een minderjarige is in de praktijk een belangrijke categorie, omdat die zich vaak kan voordoen. Het zal vaak niet in het belang van een kind zijn dat zijn hele dossier op straat komt te liggen. Om het kind te beschermen, worden de deuren dus vaak gesloten gehouden.

(e) Voor een meerderjarige kan de bescherming van het privéleven een belang vormen om – indien gewenst⁴ – tot behandeling achter gesloten deuren over te gaan. Denk aan kwesties inzake seksuele geaardheid, godsdienst, etc.

(f) Als openbaarheid de rechtspleging zou schaden, is er reden de openbaarheid tijdelijk te laten varen. Het betreft hier een algemene restcategorie die nogal vaag is. Men kan er alles onder vatten wat wellicht niet of lastig bij de andere categorieën past, al laat zich die situatie moeilijk voorstellen, omdat die andere uitzonderingen ook al ruim van opzet zijn. Van Dijk noemt het voorkomen van wanordelijkheden in de rechtszaal.⁵ Een veelheid aan opeenvolgende wrakingsverzoeken om zo de rechterlijke macht in diskrediet te brengen, is ook ge-

[351] 2 Van Dijk e.a. 2006, p. 601.

3 Van Dijk e.a. 2006, p. 602. Vgl. ook EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (Nikolova en Vandova t. Bulgarije), § 74: "However, the Court has previously held that the mere presence of classified information in the case file does not automatically imply a need to close a trial to the public, without assessing the necessity of closure by weighing the principle that court hearings should be held in public against the need to protect public order and national security."

4 VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 113.

5 VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 112, en Van Dijk e.a. 2006, p. 601.

suggereerd.⁶ Meer voor de hand liggend, is echter de situatie dat de veiligheid van bepaalde getuigen om het sluiten van de deuren vraagt.⁷

[352] *Toepassing.* In principe zal de nationale rechter uit zichzelf en expliciet moeten ingaan op de reden(en) om een uitzondering op de openbaarheid van de zitting te maken. Daarbij wordt hem een ‘margin of appreciation’ gegeven, maar het EHRM is wel bereid om zelf alsnog de redenen voor een uitzondering nader te onderzoeken. Daarbij volstaat het dan niet dat een bepaalde wijze van behandeling ‘staande praktijk’ is. Voor elke zaak moet specifiek bekeken worden of de niet-openbaarheid door de beugel kan, hoewel, als gezegd, generieke uitzonderingen mogelijk zijn;¹ er lijkt dus een ‘proportionality test’ te worden gehanteerd.²

[353] *Uitzonderingen op de eis van een public pronouncement.* Uitzonderingen op de openbaarheid voor wat betreft de behandeling ter terechtzitting zijn er dus legio, maar dat geldt niet zonder meer voor het principe van openbaarheid van de uitspraak. Als het EVRM letterlijk gelezen zou worden, zou er zelfs geen enkele uitzondering mogelijk zijn. Dat valt in de praktijk echter wel mee, zo zagen wij al bij bespreking van de zaak *Sutter t. Zwitserland*, zie nr. 342 e.v.; het vereiste van een openbare uitspraak is sterk gerelativeerd.¹ In verband daarmee speelt nog dat er auteurs zijn die menen dat de lijst van (zes) uitzonderingen zoals net besproken, evenzeer geldt ten aanzien van de openbaarheid van de uitspraak; anderen menen echter dat zulks niet het geval is.² Die discussie is wat mij betreft echter zonder veel belang. Dat zit als volgt.

Het uitgangspunt, indien art. 6 EVRM letterlijk gelezen zou worden, dat er geen uitzonderingen bestaan, betekent dat eventuele uitzonderingsgronden niet specifiek opgesomd zijn. De reactie van het Hof daarop is vervolgens niet geweest om dergelijke categorieën of typen uitzonderingen dan alsnog te ‘ontdekken’. In

[351] 6 Ontleend aan LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 78, die op p. 79 terecht aangeeft dat de deuren sluiten in zo'n geval juist argwaan kan wekken.

7 Van Dijk e.a. 2006, p. 602. L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 90, stelt dat deze uitzondering ziet op gevallen waarin de eerlijkheid van het proces als zodanig door de openbaarheid in de knel komt.

[352] 1 Zie Van Dijk e.a. 2006, p. 600; L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 62-63, en weifelend t.a.v. de ‘margin of appreciation’, Harris e.a. 2014, p. 434.

2 Zie Harris e.a. 2014, p. 434, die verwijzen naar EHRM 24 juni 1984, Series A, Vol. 80 (Campbell & Fell t. Verenigd Koninkrijk).

[353] 1 Zie bijv. EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (Nikolova en Vandova t. Bulgarije), §82: “Despite the fact that no limitations are expressly laid down by Article 6 § 1, the requirement for the judgment to be delivered in public has been interpreted with a certain degree of flexibility.” Vgl. ook M.F.J.M. DE WERD, ‘De openbare uitspraak’, *NJB* 2001, p. 68 en 69 en Harris e.a. 2014, p. 438-439, alwaar de uitzonderingen ook besproken worden.

2 Zie o.a. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 192. Harris e.a. 2014, p. 438, zien hier deels een vorm van ‘aanhaken bij’.

plaats daarvan is het Hof ertoe overgegaan de eisen aan de openbaarheid als zodanig op een lager niveau vast te stellen. Door dus eerder te aanvaarden dat aan de eis van openbaarheid is voldaan, wordt bereikt dat er minder snel (lees: nooit) een uitzonderingsgrond nodig is, laat staan dat er behoefte zou zijn aan zes gronden.

Daar komt dan nog dit bij. Zoals al besproken, blijkt uit de rechtspraak dat de openbaarmaking aan diegenen die een belang hebben bij de zaak, gekoppeld aan het publiceren van een aantal (belangrijke) uitspraken, op zichzelf kan volstaan; een niet-openbare uitspraak is dus niet werkelijk uitzonderlijk. Bovendien bleek uit *B en P t. Verenigd Koninkrijk*³ dat voor het Hof meeweegt dat het belang dat is verbonden aan het niet-openbaar behandelen van een zaak, goeddeels gefrustreerd zou worden als de uitspraak vervolgens wel geheel openbaar zou worden. Daarin schuilt dan ook een zelfstandige, en sterke reden voor het niet openbaren van uitspraken, en een reden die vaak opgaat. Dat betekent dat de publieke openbaring van uitspraken uiteindelijk slechts een beginsel is bij de gratie van de vele afwijkingsmogelijkheden die daarop zijn toegestaan.⁴ Dit alles maakt dat aan de eis van openbaarheid zo snel voldaan is dat zelfs de basisgedachte van openbaarheid als zodanig op de tocht lijkt te staan. Het uitgangspunt dat er geen uitzonderingen op de openbaarheid mogelijk zouden zijn, is daarmee dus bij voorbaat gemarginaliseerd. Overigens: daarmee valt goed te leven, vooral ook op grond van efficiencyoverwegingen, zie nr. 345.

[354] *De uitzondering op de uitzondering.* De hiervoor besproken claim dat uitzonderingen op de eis van een publieke uitspraak mogelijk zijn, is echter niet absoluut. Uit *Moser t. Oostenrijk*¹ volgt immers dat het Hof weliswaar flexibel is in de toepassing van het vereiste van een publiekelijk uitgesproken vonnis, maar ook dat de in het verleden toegestane, hiervoor besproken ruimte om op andere wijze dan door voorlezing te voldoen aan de eis van openbaarheid, in die eerdere uitspraken verband hield met het feit dat in die gevallen ofwel een ‘public hearing’ gehouden was, dan wel met recht en na ampele afweging gekozen was voor een behandeling achter gesloten deuren. Daarvan was in de zaak *Moser* echter geen sprake – de schending van art. 6 EVRM inzake de eis van een ‘public hearing’ was reeds vastgesteld – en dus vormde het feit dat kopieën van het

[353] 3 EHRM 24 april 2001, nr. 36337/97 en 35974/97 (B. en P. t. Verenigd Koninkrijk).

4 Zie in dit verband ook EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakh Biryukov t. Rusland), waaruit blijkt dat niet zozeer het niet-voorlezen van de uitspraak, maar het pas later (hoewel slechts vier dagen) openbaren van de motivering problematisch is. Dit arrest betreft dus (ook) het motiveringsvraagstuk, waarover meer in hoofdstuk 10.

[354] 1 EHRM 21 september 2006, nr. 12643/2 (*Moser t. Oostenrijk*), § 99-104, met name § 101.

vonnissen verkregen konden worden door degenen die daarbij belang hadden en dat uitspraken van speciaal belang elektronisch gepubliceerd werden, een onvoldoende garantie van de openbaarheid:²

“The Court finds that in the present case, in which dispensing with a public hearing was not justified in the circumstances, the above means of rendering the decisions public, namely giving persons who establish a legal interest in the case access to the file and publishing decisions of special interest, mostly of the appellate courts or the Supreme Court, did not suffice to comply with the requirements of Article 6 § 1.”

De mogelijkheid om een uitzondering op de eis van openbare voorlezing te kunnen accepteren, hangt dus mede af van de vraag of aan de eis van een openbare behandeling is voldaan.³ Zeker één van die twee onderdelen van openbaarheid moet gediend zijn. Dat is in Nederland over het algemeen het geval, zoals wij hierna zullen zien.⁴

8.4 Openbaarheid in Nederland

8.4.1 Inleiding

[355] *Bronnen.* Verleggen wij de aandacht naar het Nederlandse recht, dan valt te constateren dat er op een aantal plekken gewag wordt gemaakt van het beginsel dat rechtspraak openbaar is. Ik noem hier art. 121 Gw, art. 4 RO, art. 5 RO,¹ alsmede art. 27 Rv en art. 28 Rv (straks: art. 29 KeI-Rv), en de uitwerking van art. 27 Rv in art. 29 Rv (straks art. 28 KeI-Rv²).³

[354] 2 EHRM 21 september 2006, nr. 12643/2 (Moser t. Oostenrijk), §103.

3 Die ‘combinatie’ komt bijv. ook terug in EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04 (Nikolova en Vandova t. Bulgarije), met name in § 85.

4 Anders, en m.i. onjuist, L. MOMMERS e.a., ‘Het best bewaarde geheim van de raadkamer’, *NJB* 2010/1692, p. 2075, nu zij op basis van de besproken Moser-zaak menen dat het Nederlandse recht niet voldoet qua openbaarheid van de uitspraak, terwijl ze vergeten dat het in die EHRM-zaak ging om een dubbel falen, zowel qua ‘hearing’ als qua ‘pronouncement’.

[355] 1 Over de achtergrond en historie van die bepalingen, zie L. VAN LENT, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. UU), 2008, p. 48-51 en 95-104. Vgl. ook M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 39-41.

2 De huidige art. 28-29 Rv wisselen straks van plek, voor het overige bevat de KeI-wetgeving op dit punt slechts terminologische aanpassingen, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 59.

3 In art. 803 Rv is een uitzondering opgenomen: de rechtspleging in zaken betreffende het personen- en familierecht geschiedt met gesloten deuren, zie nader nr. 359. Als het om bronnen gaat, kan ook nog op art. 14i Sr, art. 14j Sr en art. 269 Sv worden gewezen, en op art. 495b Sv (gesloten deuren als het om jeugdige personen gaat). Uit het bestuursrecht noem ik nog art. 8:62 Awb inzake de openbare zitting, alsmede art. 8:78 Awb en art. 8:79 Awb inzake de openbaarheid van de uitspraak.

Wij beginnen bij de Grondwet. Uit art. 121 Gw volgt meteen dat er ook voor het Nederlandse recht een onderscheid wordt gemaakt tussen de openbaarheid van de zittingen (die vinden in het openbaar plaats, tenzij bij wet anders is bepaald) en de openbaarheid van de uitspraak. 'De uitspraak geschiedt in het openbaar', dus zonder dat er daarbij nog enige nadere clausulering is opgenomen. De tweedeling die het EVRM maakt, kennen wij dus ook.⁴ Ook in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering komt die tweedeling terug, omdat art. 27 Rv handelt over de openbare terechtzitting, terwijl art. 28 Rv gaat over de openbaarheid van de uitspraak. Beide artikelen staan in afdeling 1.3 Rv, onder de algemene voorschriften, zodat beide artikelen in alle soorten civiele procedures gelding hebben.⁵

8.4.2 De openbare terechtzitting

[356] Art. 27 Rv en art. 4 RO. Het uitgangspunt, de hoofdregel zoals verwoord in art. 27 Rv, is dat de terechtzitting openbaar is. In concreto betekent dit bijvoorbeeld dat een comparitie in principe openbaar is, net als een getuigenverhoor, een verhoor van deskundigen, en een descente; zelfs de conclusiewisseling via de rol is fysiek toegankelijk.¹ Hetzelfde geldt voor een wrakingszitting.² Dat heeft ook hiermee te maken dat in beginsel de gehele procedure openbaar is, van start tot finish, en de procedure start, in dit verband althans, vanaf het moment dat de zaak dient.³ Uitgezonderd zijn echter het getuigenverhoor op grond van art. 66 Fw en het (niet onder art. 6 EVRM vallende) voorlopig getuigenverhoor, aldus de Hoge Raad.⁴

Op de genoemde hoofdregel – die in de meerderheid van de gevallen in de praktijk zonder blikken of blozen toegepast wordt – zijn ook in Nederland uitzonderingen mogelijk, zodat alsnog de deuren gesloten (moeten) worden. Ook art. 4 RO bepaalt overigens al dat zittingen openbaar zijn, maar dat, aldus

[355] 4 Vanwege het bestaan van art. 121 Gw is de openbaarheid van rechtspraak niet (ook weer) opgenomen in het voorstel voor een nieuw art. 17 Gw, zie de MvT, p. 18, van het consultatievoorstel, via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

5 In het verleden gold voor verzoekschriftprocedures overigens als stelregel dat de behandeling niet openbaar was (art. 429n Rv (oud)).

[356] 1 STEIN/RUEB 2013, p. 30; E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 396. Vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 172.

2 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 191. Uitgezonderd zijn echter het getuigenverhoor op grond van art. 66 Fw en het voorlopig getuigenverhoor, zie HR 6 oktober 2006, *NJ* 2010/184 (ABN-AMRO/Arts q.q.), r.o. 3.3.

3 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 165-167. Het normale startmoment, dat van de betekening van de dagvaarding, past hier niet omdat daarmee nog niet gezegd is dat er werkelijk een rechter in beeld zal komen.

4 Zie HR 6 oktober 2006, *NJ* 2010/184 (ABN-AMRO/Arts q.q.), r.o. 3.3, waarover kritisch SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 172-173, die ik op zichzelf steun, maar die daarbij een m.i. niet te hanteren onderscheid maakt tussen een voorlopig getuigenverhoor dat ter inschatting van proceskansen dient en een verhoor dat dient om bewijs te behouden voor in een latere procedure.

art. 4 lid 2 RO, om gewichtige redenen de zitting achter gesloten deuren kan plaatsvinden.

[357] *Op welke wijze openbaar?* Hoe deze 'in beginsel'-openbaarheid vervolgens specifiek tot stand komt, staat niet in de wet; er is geen speciale wijze of een speciaal middel voorgeschreven. Er wordt ook geen middel bij voorbaat uitgesloten van toepassing. Het toelaten van de pers en het gewone publiek zijn hier uiteraard bekende vormen, maar men zou ook kunnen denken aan (actieve) openbaarmaking via het internet, bijvoorbeeld door middel van rechtstreekse uitzendingen vanuit de rechtbanken via een eigen themakanaal, uit te zenden via www.rechtinhuis.nl, zie hierna nr. 384. Onder het regime van het (onderdeel 'digitalisering' van het) *Kel*-project wordt het straks weliswaar mogelijk dat eenieder zijn eigen zaak permanent via het internet kan volgen,¹ maar dat is nog geen openbaarheid in de beoogde zin.

Over de vorm waarin de (niet-)openbaarheid gegoten wordt, kan wel nog dit gezegd worden. In Europa kennen wij op grond van het EVRM twee varianten inzake niet-openbare zittingen, namelijk de geheel besloten of de gedeeltelijk besloten zitting. Naar intern Nederlands recht zijn er echter drie varianten mogelijk, namelijk de geheel besloten zitting, de zitting die gedeeltelijk achter gesloten deuren plaatsvindt, dan wel de (derde) variant dat slechts bepaalde personen tijdens de zitting aanwezig mogen zijn. Voor anderen dan die 'uitverkoren' is er dan geen plaats. Zo kan bijvoorbeeld de pers worden toegelaten en het overige publiek niet.²

Ook kan hier nog opgemerkt worden dat de behandeling geacht wordt openbaar te zijn geweest als uit de gedingstukken niet anders blijkt; de beslissing de deuren te sluiten wordt in het proces-verbaal der terechtzitting speciaal vermeld.³

Sprekend over processtukken nog het volgende. De toepassing van de hoofdregel van openbaarheid, in combinatie met art. 838 Rv, leidt Smits ertoe om te aanvaarden dat er ook een recht bestaat op inzage in de stukken van partijen, maar dan wel met die restrictie dat de aanvrager een redelijk belang daarbij moet hebben.⁴ Stein en Rueb zien dit anders: zij leiden uit art. 28 lid 3 Rv (straks: art. 29 lid 3 *Kel*-Rv) af dat processtukken niet openbaar gemaakt hoeven te

[357] 1 Daarmee is echter nog niet het probleem opgelost (zie R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 87-88) dat het publiek nauwelijks kan achterhalen welke zaak waar dient omdat de rolinformatie niet toegankelijk is. Dat zou weleens strijdig kunnen zijn met art. 6 EVRM, vgl. Harris e.a. 2014, p. 435, n.a.v. EHRM 14 november 2000, nr. 35115/97 (Riepan t. Oostenrijk), maar dat betrof een strafzaak.

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 186.

3 WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Rv, aant. 1.

4 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 167-169. Hij zocht aansluiting bij J. DE BOER, 'Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak', *NJB* 1985.

worden.⁵ Verkerk en Woutering⁶ nemen een middenpositie in: naar geldend recht zijn overige processtukken niet openbaar, maar zij zouden een verruiming van de mogelijkheden daartoe toejuichen. Ik ben geneigd aansluiting te zoeken bij Stein en Rueb, omdat het ontbreken van enigerlei nadere regeling, zoals art. 28 lid 2-7 Rv, ten aanzien van het al dan niet verstrekken van processtukken tenminste aanleiding geeft te denken dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om processtukken openbaar te laten zijn. Ware dat anders geweest, dan had een regeling waarin het redelijke belang dat ook Smits vereist, tot uitdrukking zou zijn gekomen, voor de hand gelegen.⁷

[358] *Generieke uitzonderingen.* Een uitzondering op de eis van een openbare terechtzitting is ten eerste mogelijk, ook in Nederland, zie nr. 349, als er afstand van dat recht wordt gedaan.¹

Ten tweede kan er ook naar Nederlands recht een generieke uitzondering worden gemaakt, een uitzondering op de eis van openbaarheid voor alle procedures van een bepaalde soort.² Zie in dit verband art. 4 Fw inzake het verzoek tot faillietverklaring, en in het bijzonder art. 803 Rv: in zaken betreffende het personen- en familierecht vindt behandeling in beginsel achter gesloten deuren plaats. Dat heeft uiteraard alles te maken met het veelal gevoelige karakter van de informatie die daarbij boven tafel komt of kan komen (vreemdgaan, verkwistende echtgenoot, extreme seksuele voorkeuren, vermoedens van misbruik, etc.). Het EVRM staat een dergelijke generieke uitzondering op zichzelf toe, zie nr. 350, hoewel dat systeem ook kritiek krijgt via de 'dissenting opinion' van enkele rechters. De Boer pleitte er in dit verband voor, omdat toetsing in concreto zijn voorkeur heeft, dat de deuren wel direct open zouden moeten gaan als betrok-

[357] 5 STEIN/RUEB 2013, p. 30.

6 R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, 'De openbaarheid van de civiele procedure', TCR 2013, p. 88-90. Als bijv. van een openbare zitting een proces-verbaal is gemaakt, zou dat stuk ook (anoniem) openbaar moeten kunnen worden.

7 Wellicht wordt het praktisch belang van deze kwestie groter als de gedachte ingang zou vinden dat processtukken via 'courtroom technology' gedurende de zitting geprojecteerd zouden worden om het publiek meer inzicht te geven, zie R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 75-77. Waar ik meen dat de openbaarheid zich niet tot alle processtukken uitstrekt, accepteer ik ook deze ICT-variant daarvan niet.

[358] 1 Zie HR 18 april 1986, NJ 1987/314, m.nt. E.A. Alkema (Notaris X.), r.o. 3.3: "Art. 6 EVRM staat er immers niet aan in de weg dat in een tuchtrechtprocedure degene wiens gedrag wordt beoordeeld vrijwillig afstand doet van zijn recht op openbare behandeling, in welk geval een niet-openbare behandeling geen schending van het Verdrag oplevert (...)."

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 182, spreekt dan van een 'bijzondere uitsluitingsgrond'.

kenen de generieke niet-openbaarheid niet wensen; Smits noemt dit aansprekend.³ Ik kan mij in deze pragmatische oplossing als hoofdregel goed vinden, met dien verstande dat de rechter wel nog altijd een eigen afweging zal moeten maken, zie nog nr. 359 hierna, omdat er ook publieke belangen meespelen bij de vraag naar wel of niet-openbaarheid.

[359] *Art. 803 Rv.* Het hiervoor al genoemde art. 803 Rv is enige jaren geleden nog aangepast.¹ In art. 803 lid 1 Rv wordt sinds 2012 gespecificeerd dat het bij de behandeling van zaken achter gesloten deuren gaat om het belang van de minderjarige of om de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, terwijl in art. 803 lid 2 Rv is opgenomen dat de behandeling op verzoek van een belanghebbende alsnog in het openbaar kan plaatsvinden als een zwaarwegend belang van openbaarheid aanleiding daartoe geeft en de eerdergenoemde belangen zich niet daartegen verzetten. Deze regel geldt ook in kortgedingprocedures over familie zaken (art. 254 lid 5 Rv), en is sindsdien ook opgenomen in art. 4 lid 3 RO. Het hiervoor al vermelde uitgangspunt dat in familie zaken de deuren gesloten zijn, verandert onder de nieuwe regel overigens niet.²

De achtergrond van deze daarmee wellicht overbodig lijkende wetswijziging is, opnieuw, art. 6 EVRM. Op grond van dat artikel, en de al besproken uitspraak *B. en P t. Verenigd Koninkrijk*³ dient de rechter in elke individuele zaak, ook als die onder een op zichzelf toelaatbare generieke uitzondering valt, te kunnen beoordelen of behandeling achter gesloten deuren (toch) noodzakelijk is. Onder het oude art. 803 Rv was die ruimte er niet. De wetgever beroept zich daarbij overigens ook nog op de zaak *Moser t. Oostenrijk*,⁴ waaruit blijkt dat naar Oostenrijks recht (op dat moment) de mogelijkheid om elk individueel geval te kunnen toetsen, niet aanwezig was en (mede) daarom tot een schending van art. 6 EVRM besloten werd. Gegeven deze achtergrond is overigens niet goed te verklaren waarom niet ook meteen art. 4 Fw op vergelijkbare wijze is aangepast; daar speelt immers hetzelfde probleem dat de rechter op grond van het verdrag moet kunnen oordelen dat alsnog een openbare behandeling toegestaan is.⁵ De wetgever of de rechter zal dit alsnog moeten faciliteren, al zal zich niet snel voordoen dat het daadwerkelijk wenselijk of nodig is om de faillissementsaanvraag wel publiekelijk te behandelen.

[358] 3 Zie J. DE BOER, 'Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak', *NJB* 1985, p. 835-836 (hij beroept zich daarbij (terecht) op HR 26 juni 1981, *NJ* 1982/450 (Van Aken/Savelbergh)) en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 184.

[359] 1 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 856 en *Stb.* 2012, 200.

2 Zie nog *Kamerstukken II* 2010/11, 32 856, nr. 3, p. 3.

3 EHRM 5 september 2001, nr. 36337/97 en 35974/97 (B. en P t. Verenigd Koninkrijk).

4 EHRM 21 september 2006, nr. 12643/2 (Moser t. Oostenrijk).

5 Zie R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 87.

[360] *Specifieke uitzonderingen.* Daarnaast zijn er enige specifieke uitzonderingsgronden opgenomen in de wet in art. 27 Rv. Deze 'gevalsuitzonderingen'¹ zijn van belang in al die procedures waarin geen generieke uitzondering aanwezig is. De opsomming van gronden is door de wetgever limitatief bedoeld.² Of de rechter in een specifiek geval een uitzonderingsgrond accepteert, is facultatief; hij bepaalt dat na weging van de argumenten die daarvoor en daartegen zijn aan te voeren in de specifieke zaak die voorligt. Hij kan dat ambtshalve doen of op verzoek van een partij;³ in beide gevallen is het uiteraard wel wenselijk om vooraf de visie van partijen te vernemen.⁴ Beslist hij dat de behandeling achter gesloten deuren plaatsvinden zal, dan moet dat vervolgens aangetekend worden in het vonnis. Gaat de rechter niet akkoord met een zitting achter gesloten deuren, dan hoeft hij daar verder geen aantekening van te maken; als er niets vermeld is in het vonnis, dan is de zitting openbaar behandeld.

[361] *De lijst van uitzonderingen.* Als gezegd, art. 27 Rv kent een limitatieve lijst met de gronden voor uitzonderingen op het beginsel dat de zitting openbaar is. De opgenomen gronden zijn vrijwel dezelfde en inhoudelijk gelijk als die welke hiervoor (nr. 351) aan de orde waren onder de werking van art. 6 EVRM, al is de formulering en rangschikking soms net even anders.¹ De wettelijke gronden, genoemd in art. 27 Rv, en aansluitend bij art. 6 EVRM, zijn:²

(a) De openbare orde en de goede zeden: denk aan smaad- en lasterzaken waarbij niet gewenst is dat de geuite smadelijke teksten op straat komt te liggen.

(b) De veiligheid van de Staat: ik noemde hiervoor al het voorbeeld van de aankoop van defensiematerieel en eventuele procedures daarover. Denk ook aan ontslagzaken als het om medewerkers van een veiligheidsdienst gaat.

(c1) De belangen van minderjarigen: verschijnen voor een rechter is belastend en al helemaal als dat in de openbaarheid moet.

(c2) De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (privéleven): hieronder valt bijvoorbeeld ook dat bedrijfs- of financiële gegevens niet zonder meer openbaar mogen worden. Ook kiezen mensen regelmatig ervoor hun seksuele geaardheid

[360] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 180-181, spreekt hier over 'algemene uitzonderingsgronden'.

2 Maar mogen wel ook door rechtspersonen worden ingeroepen, zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 163; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 182.

3 Aldus Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 166 en 167. Vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 187.

4 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 187.

[361] 1 Sterker nog, dezelfde gronden gelden ook volgens art. 8:62 Awb en art. 269 Sv. Wij hebben hier van doen, net als bij de wrakingsregeling, met een voorbeeld van geharmoniseerd procesrecht, op basis van de EVRM-achtergrond van de regeling.

2 Vgl. hierover, ook voor voorbeelden, Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 165.

voor zichzelf te houden, etc.³ Deze categorie is alleen al hierom van belang dat als deze uitzondering niet zou bestaan, het procederen over de vraag of bepaalde informatie (bijvoorbeeld informatie over iemands privéleven) openbaar gemaakt mag worden of niet, een wassen neus zou zijn omdat dan met die procedure ook de ter discussie staande informatie al openbaar zou zijn.⁴

(d) Openbaarheid leidt tot ernstige schade aan de rechtspleging: zoals hiervoor al gezegd, betreft het hier een open categorie die lastig verder in te vullen is. Dat vond de wetgever overigens ook, maar hij wilde deze categorie niet weglaten in verband met het mogelijke risico om vervolgens in strijd met art. 6 EVRM te handelen. In de parlementaire geschiedenis en literatuur⁵ wordt in dit verband het voorbeeld gegeven van beschuldigingen aan het adres van een lid van de rechterlijke macht in een wrakingsprocedure. Dat soort informatie wordt wellicht liever nog even 'onder de pet' gehouden, in elk geval totdat er in de zaak in kwestie uitspraak is gedaan.

[362] *Art. 29 Rv.* Hiermee samenhangend is ook art. 29 Rv (straks: art. 28 Kel-Rv) van belang.¹ Openbaarheid is de norm, en het is in beginsel uitzonderlijk als de deuren gesloten zijn ter terechtzitting. Maar als dat gebeurt, dan moet de zaak ook werkelijk geheim blijven. Vandaar dat in art. 29 Rv bepaald is dat het aan partijen, die zelf natuurlijk wel bij de zitting zijn, verboden is om mededelingen te doen aan derden over wat er gezegd is ter zitting. Houdt men zich daar niet aan, dan komt strafbaarstelling op grond van art. 272 lid 1 Sr in beeld. De rechter kan dat verbod eventueel op grond van art. 29 lid 2 Rv opheffen, maar aangezien hij ook degene is die beslist heeft dat gesloten deuren nodig waren, zal dat niet snel geschieden.

8.4.3 De openbare uitspraak

[363] *Art. 28 Rv en art. 5 RO.* De openbaarheid van de uitspraak (zowel vonnissen, arresten en beschikkingen¹) van de rechter is geregeld in, als gezegd, art. 121 Gw, maar ook in art. 5 RO en art. 28 Rv (straks art. 29 Kel-Rv). De hoofdregel wordt helder gepositioneerd door art. 28 lid 1 Rv: de uitspraak geschiedt in het openbaar. Er zijn verder geen uitzonderingen hierop opgenomen,

[361] 3 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 163.

4 Zie H.J.M. BOUKEMA & H.C. GROOTVELD, 'Gesloten deuren voor onrechtmatige perspublicaties', *NJB* 2002, p. 850 e.v.

5 WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27, aant. 6, verwijzend naar Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 165.

[362] 1 Zie bijv. MEIJKNECHT 2013, p. 85; WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 29, aant. 1-5.

[363] 1 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 193-194, en HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205, m.nt. P.A. Stein (Boukacem/Martinair).

zodat deze regel schijnbaar altijd geldt, en dus absoluut is.² Maar ook hier wordt die 'absolute' aanspraak ondergraven doordat het voldoen aan die plicht zo eenvoudig is geworden dat een uitzonderingsmogelijkheid feitelijk niet meer nodig is. Anders gezegd: een 'zekere mate van' beschikbaarheid van de uitspraak blijkt te volstaan.

De genoemde hoofdregel wil immers niet zeggen, zo bleek al eerder, dat daadwerkelijke voorlezing ter plekke, in een rechtszaal ten overstaan van partijen, een echte mondelinge uitspraak dus, nodig is; dat is praktisch niet te realiseren, zoals wij al zagen in nr. 353.³ Voldoende is dat de uitspraak ter griffie aanwezig is en dat partijen en andere belanghebbenden inzage daarin en een afschrift ervan (kunnen) krijgen (hetgeen in de huidige tijd van digitale beschikbaarheid uiteraard betrekkelijk eenvoudig moet zijn). In de woorden van de Hoge Raad:

"Blijkens de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens (Sutter, 22 febr. 1984, Serie A, nr. 74, par. 33-34; Pretto, 8 dec. 1983, Serie A, nr. 71, par. 26-27; en Axen, 8 dec. 1983, Serie A, nr. 72, par. 31-32) is daartoe immers niet vereist dat de uitspraak op een openbare terechtzitting wordt voorgelezen, doch is voldoende bijv. dat zij in dier voege openbaar is dat zij vanaf een bepaalde, aan de verschenen pp. tevoren bekendgemaakte dag ter griffie in geschreven vorm aanwezig is en dat zowel de pp. als elke andere belanghebbende inzage en afschrift van die beschikking kunnen verkrijgen."⁴

Dit zegt veel, zo niet alles, over de weinig belastende wijze waarop de openbaarheid van de uitspraak in Nederland gestalte krijgt, zie daarover nader art. 28 lid 2 Rv en nr. 365 hierna. Overigens gaat het hier officieel wel om een afschrift (en geen inzage) van de gehele uitspraak, en niet alleen om het dictum.⁵

[363] 2 M.F.J.M. DE WERD, 'De openbare uitspraak', *NJB* 2001, p. 69 e.v., meent dat het EVRM hier minimeisen stelt en dat het Nederlandse recht (de Grondwet voorop) verdergaat, en meer eist. Of dat zo is, kan en moet m.i. om pragmatische redenen in het midden blijven omdat hogere eisen stellen, weinig zinvol is. Daadwerkelijke rechterlijke toetsing aan de Grondwet mag immers niet, en de huidige regeling volstaat om het beoogde doel te bereiken zonder dat de rechtspleging daardoor lam wordt gelegd; laten we daarmee tevreden zijn. Dat de 'bedrijfsvoering' op dit punt de overhand zou kunnen krijgen (M.F.J.M. DE WERD, 'De openbare uitspraak', *NJB* 2001, p. 74), zie ik niet; art. 6 EVRM blijft het minimum aan bescherming bieden.

3 Zie ook H. DRION, 'De openbare uitspraak van vonnissen', *RMThemis* 1979, p. 541.

4 Zie HR 1 november 1985, *NJ* 1986/277 (Veenemans/Van der Baan). Vgl. ook HR 6 september 1996, *NJ* 1996/699 (Dreesmann/Vede); HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205, m.nt. P.A. Stein (Boukacem/Martinair); SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 196 en SNIJDERS e.a. 2011, nr. 39. J.G.C. Schokkenbroek meende nog dat de hier genoemde regel vooral zag op cassatieprocedures en dat het Europese Hof daarmee niets heeft gezegd over uitspraken in feitelijke instantie(s), zie diens noot onder Rb. Middelburg 22 februari 1989, *NJCM-bull.* 1989/7, p. 814 e.v., op p. 818. Daarvan is nadien echter niets gebleken, aldus ook M.F.J.M. DE WERD, 'De openbare uitspraak', *NJB* 2001, p. 69 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 196.

5 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 169-170. Over het voorgaande ook M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 43-45.

Art. 5 lid 1 RO bepaalt in grote lijnen hetzelfde als art. 28 Rv, namelijk dat de uitspraak in de openbaarheid dient te geschieden. De uitspraak zelf moet dus openbaar zijn. Dat zou al te bereiken zijn als deze uitgesproken zou worden tijdens een verder openbare zitting (ex art. 4 RO), maar omdat uitspraken niet voorgelezen worden, werkt die route niet. Dat geeft echter niet, want zoals we al zagen wordt er aan deze gestelde eisen voldaan door verstrekking van een afschrift, eventueel geanonimiseerd in de zin van art. 28 lid 2 Rv.

[364] *Terhandstelling volstaat.* Ook in Nederland wordt hierbij, net als in de Europese context, zie nr. 346, met nadruk gesteld dat de (mogelijkheid van) behandeling achter gesloten deuren gefrustreerd zou worden als de uitspraak zelf nadien geheel openbaar zou zijn. Deze lijn zien wij ook terug in het arrest inzake *Dreesmann/Vede BV*.¹ Het ging in die zaak, kort gezegd, om de verkoop van aandelen door Dreesmann aan Vede, een verkoop die misliep en tot ruzie leidde. Er wordt geprocedeerd en op enig moment meldt de rechtbank dat er op een later moment (in september 1987) vonnis zal worden gewezen. Uiteindelijk wordt dat vonnis echter alsnog eerder gewezen (en reeds uitgesproken ter openbare terechtzitting van 5 augustus 1987). Dreesmann vraagt vervolgens, een jaar later, om pleidooi, stellend dat het vonnis niet in het openbaar is gewezen zodat er nog geen vonnis is. De rolrechter weigert dat, uiteraard, want er is volgens de rechtbank al vonnis gewezen in de zaak.

De Hoge Raad overweegt ten eerste dat de rolwaarnemer van de procureur van Dreesmann aanwezig was bij de rolzitting van augustus 1987 en dat hem daar een afschrift van het vonnis is verstrekt, en vervolgens (in r.o. 3.3):

“Niet is uitgesloten dat aan het voorschrift dat vonnissen in het openbaar worden uitgesproken op een andere wijze wordt voldaan dan door gedeeltelijke of gehele voorlezing ter openbare terechtzitting. Hier was dat niet vereist nu de rolwaarnemer van de procureur aanwezig was en hem een afschrift van de rol waarop de uitspraak was vermeld, is overhandigd.”

Terhandstelling van het vonnis aan de rolwaarnemer van de advocaat (toen nog: procureur) tijdens de rolzitting is derhalve voldoende om aan de eis van openbaarheid te voldoen.² Dat past bij de dagelijkse gang van zaken in de praktijk. In die praktijk kiest men immers voor de mededeling onderaan de beschikking, het

[364] 1 HR 6 september 1996, *NJ* 1996/699 (*Dreesmann/Vede*). Zie overigens ook al HR 1 november 1985, *NJ* 1986/277 (*Veenemans/Van der Baan*).

2 Zie ook al HR 1 november 1985, *NJ* 1986/277 (*Veenemans/Van der Baan*) en HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205, m.nt. P.A. Stein (*Boukacem/Martinair*), waarin is geoordeeld dat de openbaarheid voldoende wordt gediend door de uitspraak in het openbaar uit te spreken of door deze vanaf een bepaalde, aan partijen tevoren bekendgemaakte dag ter griffie in geschreven vorm aanwezig te hebben, terwijl zowel partijen als elke andere belanghebbende inzage en afschrift ervan kunnen verkrijgen. Vgl. ook *SNIJERS* e.a. 2011, nr. 39. De openbaarmaking betreft dus het verstrekken van een kopie van een schema van lopende zaken en wat er daarmee te gebeuren staat aan (de waarnemer van) de advocaat van de procespartij.

vonnis of het arrest dat de uitspraak in het openbaar is uitgesproken en het voorlezen van een deel van het dictum, hetgeen in lijn is met de Nederlandse rechtspraak³ en ook volstaat, gegeven de mogelijkheid voor belanghebbenden om een uitspraak te bemachtigen.⁴ Sterker nog, gedeeltelijk voorlezen volstaat ook, en als partijen ermee instemmen, kan voorlezing geheel achterwege blijven.⁵ Gevolg van een en ander is dat alleen gekozen wordt voor het daadwerkelijk voorlezen van de motivering van een uitspraak als het gaat om een zaak die de nodige media-aandacht heeft getrokken.⁶

Dit alles betekent uiteraard dat de openbaarheid van de uitspraak in Nederland in wezen weinig tot niets meer voorstelt; openbaarheid van de uitspraak in de oorspronkelijke zin (te weten: als mondelinge uitspraak) is een wassen neus geworden.⁷ Tegelijkertijd zijn echter de mogelijkheden van openbaarheid enorm verbeterd, omdat nu veel van wat er beslist wordt, en vrijwel alles wat er enigszins toe doet, op het internet komt via 'rechtspraak.nl'. Dat maakt de rechtspraak alsnog – en terecht – openbaar en toegankelijk, zie hierna nr. 380 e.v.

[365] *Wijze van openbaarmaking aan derden.* Art. 28 lid 2 Rv¹ ziet op de wijze van openbaarmaking van een uitspraak, en daarmee op de noodzakelijke beschikbaarheid van een uitspraak voor derden, niet-procespartijen.² In beginsel krijgt

[364] 3 Bij de algemene lijn om niet streng te zijn, past m.i. niet de uitspraak in HR 9 juli 2010, NJ 2012/226, m.nt. H.J. Snijders (Eurofactor/A.), waarin beslist werd dat de aankondiging dat de uitspraak op datum X zal plaatsvinden, dat dan het vonnis ook toegezonden zal worden, en dat nu reeds, op moment Y, voorafgaand aan datum X, verteld wordt hoe de uitspraak luidt, niet telt als openbaarmaking op moment Y, omdat dan de uitspraak ex (toen) art. 229 Rv pas op moment X wordt gedaan. Dat past niet, omdat hier opeens meer dan voorlezing van het dictum ('de uitslag') vereist lijkt om te kunnen spreken van openbaarmaking, hetgeen een strengere eis is dan die welke onder art. 6 EVRM gesteld wordt.

4 Zie ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', WPNR 5742 (1985), p. 397, die wel nog ervoor pleitte dat betrokkenen vaker een afschrift zouden kunnen krijgen.

5 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 197, met verwijzingen.

6 Zo reeds J. DE BOER, 'Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak', NJB 1985, p. 839.

7 Vgl. ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 197 (openbaarheid niet wezenlijk gediend met mondelinge uitspraak); J. DE BOER, 'Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak', NJB 1985, p. 838, meende dat deze in feite is afgeschaft.

[365] 1 Alle hierna genoemde artikelleden zullen na de Kel-operatie in art. 29 Kel-Rv terugkeren.

2 Voor de procespartijen geldt het navolgende: art. 231 lid 1 Rv regelt dat de partijen zelf in elk geval een afschrift van de uitspraak krijgen, en wel op de dag van de uitspraak. Art. 290 Rv regelt dezelfde materie voor de verzoekschriftprocedure. Daarin is in lid 1 bepaald dat de verzoeker en belanghebbende een kopie van het verzoek en het verweer en andere stukken te zien krijgen. Van de beschikking wordt ook een afschrift afgegeven, zie art. 290 lid 3 Rv.

eenieder die dat wil na een verzoek om een afschrift aan de griffier (art. 28 lid 5 Rv), een afschrift, een kopie van het vonnis, tenzij een zwaarwegend belang daartegen pleit. In dat laatste geval wordt een geanonimiseerd vonnis of alleen het dictum verstrekt. Het gaat immers om het privacybelang van (één van) de partijen dat tegen openbaarmaking pleit, en dat belang is evenzeer te dienen door de uitspraak te anonimiseren. Op deze wijze zijn beide belangen te verzoenen. Geanonimiseerde verstrekking is overigens de hoofdregel als de zaak zelf achter gesloten deuren werd gehouden, aldus art. 28 lid 4 Rv.³

Tegen een eventuele weigering door de griffier om een afschrift te verstrekken, staat verzet bij de voorzieningenrechter open (art. 28 lid 6 Rv) binnen een termijn van twee weken; tegen diens uitspraak kan vervolgens niet meer opgekomen worden (art. 28 lid 7 Rv). Zoals blijkt uit een uitspraak van de voorzieningenrechter Den Haag, zal de ingeschakelde rechter toetsen of de griffier in redelijkheid tot zijn beslissing kon komen. De motivering van het afwijzende oordeel van de griffier, net als het oordeel van de voorzieningenrechter, zal noodzakelijkerwijs beperkt moeten zijn omdat met een uitvoeriger motivering alsnog afbreuk zou (kunnen) worden gedaan aan het zwaarwegend belang dat nu juist beschermd moet worden door de weigering een afschrift van het vonnis te verstrekken. Wel kan in dat verband gewezen worden, zoals in casu ook gebeurde, op de omstandigheid dat de oorspronkelijke rechter de zaak achter gesloten deuren behandeld heeft en dat beide oorspronkelijke procespartijen zich verzetten tegen verstrekking van een afschrift. Anonimiseren van het afschrift was in dit geval overigens nutteloos, omdat de verzoekende partij al wist wie de procespartijen waren.⁴

[366] *Problemen bij verstrekking aan derden.* In de praktijk bleek overigens tot voor enige jaren dat het verkrijgen van een vonnis als niet-procespartij nog niet zo eenvoudig was, want dat leverde veel extra werk op voor de griffie. Uiteraard gaat het dan om het kopiëren ervan, maar vooral ook om het eventueel moeten anonimiseren van de uitspraak. Vandaar ook dat de griffier, die de verstrekking afwikkelt, een vergoeding in rekening brengt (art. 28 lid 5 Rv).¹ Inmiddels is dat euvel deels verholpen, want via het internet komen toch al veel vonnissen beschikbaar en die uitspraken zijn dan al geanonimiseerd als het over natuurlijke personen gaat.² Via de 'zoek- en vervang'-functie op de computer is anonimiseren intussen overigens ook eenvoudig te regelen.

[365] 3 Kritisch te dien aanzien: R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 85.

4 Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 20 mei 2010, *NJF* 2010/275 (Media Groep Limburg/Griffier Rb. Den Haag).

[366] 1 Aan partijen, verzoekers en belanghebbenden worden geen kosten doorberekend, vgl. de regeling in art. 230 lid 1 Rv en art. 90 lid 3 Rv.

2 Zie nader over anonimiseren R.R. VERKERK & R.A. WOUTERING, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 85-86.

Betreffende de wijze van openbaarmaking is verder nog van belang dat een vonnis of arrest alles omvat wat eraan gehecht is. Zo heeft bijvoorbeeld een arrest van de Hoge Raad altijd de in cassatie bestreden uitspraak aangehecht. Andere stukken uit het dossier zijn echter niet voor openbaarmaking bedoeld of bestemd, dus dat gebeurt niet. De producties en ingebrachte bewijsmiddelen, de dagvaarding en conclusies, etc., krijgt niemand dus te zien, conform art. 28 lid 3 Rv.³

[367] *Veelheid aan uitspraken.* Voor zover een belangstellende een hele reeks aan rechterlijke uitspraken zou willen ontvangen, bijvoorbeeld alle uitspraken van een rechterlijk college sinds een bepaalde datum ten behoeve van een juridisch-empirisch onderzoek, kan dat volgens de Hoge Raad:

“Mede gelet op de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de openbaarheid van rechterlijke uitspraken en de beschikbaarheid daarvan voor het publiek, (...) moet worden aangenomen dat – op voorwaarde dat met het oog op de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer de anonimiteit van de bij de procedure betrokken personen gewaarborgd is – in beginsel geen bezwaar bestaat tegen het op verzoek verstrekken van afschriften van die uitspraken.”¹

Dat geldt ook als het om tuchtrechtspraak gaat, want dat is bij wet geregeld.

“Indien afdoende maatregelen zijn getroffen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, valt niet in te zien welke bezwaren van principiële aard zich verzetten tegen de verstrekking van afschriften van de uitspraken die in een bepaalde periode zijn gedaan.”

Aldus sprak de Hoge Raad. Uiteraard zijn er (stevige) kosten, vooral mensuren, verbonden aan een dergelijke exercitie. In dat verband zal de rechterlijke macht opgelucht hebben vernomen dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest ook nog overweegt dat dit recht niet betekent dat de kosten daarvan, waaronder de kosten van anonimisering, gedragen zouden moeten worden door het gerecht dat gevraagd wordt de afschriften van die uitspraken te verstrekken.

8.5 Sanctionering bij schending van het beginsel van openbaarheid

[368] *Diffuse sanctie: nietigheid?* Bij de analyse van het beginsel van openbaarheid van de zitting en de uitspraak, valt al snel op dat de mogelijke sancties op een schending van dit beginsel op zijn best ‘diffuus’ te noemen zijn. Het is niet aanstonds duidelijk hoe achteraf op enigszins coherente, werkbare en zinvolle wijze gesanctioneerd kan worden dat een zitting ten onrechte niet of ten onrechte wel openbaar is geweest of dat een uitspraak niet in het openbaar is voorge-

[366] 3 Zie nr. 357, en vgl. VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 28 Rv, aant. 3 (2010). Anders nog J. DE BOER, ‘Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak’, *NJB* 1985, p. 837-838. Dat kan voor juridisch-wetenschappelijk onderzoek lastig zijn, maar dat belang is niet zwaarwegend genoeg.

[367] 1 Zie HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/613, m.nt. W.D.H. Asser (Staat/WORM).

lezen.¹ Dat diffuse karakter blijkt ook lastig te omzeilen als geprobeerd wordt te schetsen wat de stand van zaken op dit vlak is.

De wet, in art. 4 RO en art. 5 lid 1 RO, lijkt op het eerste gezicht helder te zijn. Deze bepalingen werpen de 'nietigheid' op als sanctie als de zitting niet openbaar was waar dat wel had moeten en als de uitspraak niet in het openbaar werd gedaan. Maar dan beginnen meteen ook de problemen, want wat zegt dat precies? Betekent dat bijvoorbeeld ook dat dezelfde nietigheid dreigt als de deuren ten onrechte niet werden gesloten? En, ook als we daarvan zouden uitgaan, wat betekent 'nietig' in dit verband precies?²

Duidelijk is dat de verrichte processuele handeling, dat wil hier zeggen: de uitspraak, 'nietig' is, en dus, mag men aannemen, non-existent is.³ Daarmee zijn we er echter nog niet: tot welke verdere gevolgen leidt dat oordeel? Is er dan helemaal geen uitspraak gedaan? Daar lijkt het dan wel op, met als gevolg dat bijvoorbeeld niets te executeren valt, een eventueel conservatoir beslag niet executoriaal wordt, en indien dat al uitgewonnen is, er onrechtmatig gehandeld is. Maar, zo rijst meteen de vervolgvraag, treffen dat soort gevolgen dan steeds beide civiele partijen, ook als de wederpartij geen debet heeft aan die ongeldigheid omdat de overheidsrechter de fout is ingegaan? En zo ja, is dat dan wel de bedoeling?

Ook rijst nog de vraag of die mogelijke gevolgen dan direct, van rechtswege intreden, omdat er nooit een geldige proceshandeling is geweest, of dat het hier eigenlijk om een vorm van 'vernietigbaarheid' gaat, althans zou moeten gaan, te bewerkstelligen door het instellen van een (geslaagd) rechtsmiddel. Dat laatste ligt in de rede, en is in elk geval verkieslijk(er), gegeven de rechtsgevolgen die daaraan kleven. De rechter in tweede instantie constateert in dat geval namelijk de eerder gemaakte fout, honoreert het beroep daarop, en vervangt meteen de daarmee inderdaad nietige (maar tot dan toe wel geldige) rechterlijke uitspraak door een nieuwe (geldige) uitspraak. Dat voorkomt dat er enige tijd geen geldige proceshandeling is geweest waar de procespartijen dachten dat er een uitspraak lag.⁴ Maar zelfs als we de sanctie van 'nietigheid' zo uitleggen, zijn we er nog niet want ook aan het moeten aanwenden van een rechtsmiddel kleven de nodige bezwaren, zo blijkt hierna.

- [368]
- 1 In de parlementaire geschiedenis is niets te vinden over mogelijke vormen van sanctionering. Geruststellend is hier wel nog dat het niet snel zal voorkomen dat de openbaarheid geschonden is, zeker de niet-openbare uitspraak zal zich niet snel aandienen.
 - 2 Volgens SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 188, zou die sanctie niet automatisch moeten volgen, maar moeten afhangen van de ernst van het gebrek en of een redelijk belang is geschaad.
 - 3 Zie VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Rv, aant. 5 (2010).
 - 4 Dit strookt met de uitspraak in HR 13 september 1991, NJ 1991/767 (Dreesmann/Vede). De Hoge Raad oordeelt daar dat een stuk dat zich naar zijn uiterlijk voordoet als een partijen bindende, voor ten uitvoerlegging vatbare uitspraak, die beantwoordt aan de vereisten van art. 4 en 5 RO, geldt als vonnis, zolang het niet door aanwending van een rechtsmiddel is vernietigd.

[369] *Herstel of onrechtmatige daad?* Wat van die mogelijke (ver)nietig(baar)heid verder ook zij, als het gaat om de *openbare behandeling*, lijkt feitelijk herstel van hetgeen mis is gegaan, niet steeds mogelijk en zijn de sanctiemogelijkheden dus beperkt. Of kan een (gewezen) procespartij op basis van de voornoemde nietigheid – eventueel versterkt door een kort geding tegen de Staat – soms afdwingen dat de zitting alsnog in het openbaar wordt overgedaan? Aan de rechtspraak van de Hoge Raad kan wel een argument daarvoor ontleend worden. Immers, als een rechter na pleidooi maar voor de uitspraak vervangen wordt, dan dient in beginsel een nadere mondelinge behandeling plaats te vinden, aldus de Hoge Raad, om te waarborgen, dat het verhandelde bij pleidooi daadwerkelijk wordt meegewogen. De Hoge Raad schrikt er daarbij dus niet voor terug, en dat is hier belangrijk, om een deel van een zaak over te laten doen.¹

Maar als dat – een hernieuwde behandeling – al denkbaar zou zijn, hoe verhoudt zich die dan tot de positie van de (gewezen) wederpartij? Mag en kan je van die wederpartij die waarschijnlijk niets meer met die zaak van doen wil hebben, verlangen dat die nogmaals de (hele) procedure moet doorlopen, inclusief de daarmee gemoeide tijd en kosten? En als een dergelijke ‘herbehandeling’ er gegeven de positie van de wederpartij niet in zit – wat mijns inziens voor de hand ligt – zodat feitelijk herstel niet meer mogelijk is, kan een procespartij dan wel de (vermeende) schade geleden door het juist niet of juist wel openbare karakter van een zitting, verhalen op de Staat? Denkbaar is immers dat door de openbare behandeling gevoelige of geheime informatie is gelekt, en andere opties lijken zich niet aan te dienen.

Waar het echter gaat om een geval waarbij de *uitspraak* niet in het openbaar is uitgesproken, is de oplossing in zoverre eenvoudig dat herstel daarvan in hoger beroep of cassatie² nog gewoon mogelijk is:

“De Hoge Raad zal daarom de beschikking van de Rechtbank vernietigen en overeenkomstig art. 420 [oud, IG] Rv. doen wat de Rechtbank had behoren te doen, door zelf de verwerping van het hoger beroep van Boukacem tegen de beschikking van de Kantonrechter ter openbare terechtzitting uit te spreken.”³

Het lijkt daarmee wel nauwelijks zinvol om als procespartij in hoger beroep of cassatie te gaan als de rechter zijn uitspraak niet in het openbaar heeft gedaan. Die procespartij zal allicht van het hof of de Hoge Raad gelijk (kunnen) krijgen,

[369] 1 HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (Van Dun/Staat), r.o. 3.4.2, waarover ook nr. 321.
2 Daarbij zal dan ook de noodzakelijke, en complete (ook feitelijke) ‘re-hearing’ (moeten) plaatsvinden, vgl. Harris e.a. 2014, p. 433.
3 HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205, m.nt. P.A. Stein (Boukacem/Martinair), r.o. 3.9. Zie ook EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakh Biryukov t. Rusland), § 35: “The Court found no violation where a first-instance court held a public hearing but did not deliver its judgment publicly and the appellate court delivered its decision, which contained a summary of the first-instance court’s judgment and made that judgment final, in public.”

maar zal daar verder niets mee winnen. Hof of Hoge Raad zal dat euvel immers oplossen door zelf wel de (eigen) uitspraak in het openbaar uit te spreken.⁴ Vernietiging van de oorspronkelijke uitspraak en terugverwijzing zal echter niet volgen, dat is niet mogelijk (gegeven de devolutieve werking van het appel) en niet efficiënt. Daarmee is dus wel het onrecht (deels) hersteld, maar louter tegen additionele kosten voor de extra procesgang, en zonder vergoeding voor eventueel andere schade. Het geboden herstel is dus ook hier slechts betrekkelijk.

[370] *De onrechtmatige daad als rechtsmiddel?* Waar het geboden herstel onvolledig is en/of inderdaad additionele kosten zijn gemaakt, zouden die schadeposten in principe – er is immers sprake van een schending van art. 6 EVRM en/of art. 27-28 Rv – via een onrechtmatige daadsactie op de Nederlandse Staat te verhalen moeten zijn.¹ Dat geldt temeer als de iets ruimhartiger benadering die de Hoge Raad tegenwoordig lijkt voor te staan bij het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak, inderdaad juist is.² Aan de andere kant: het is niet goed voorstelbaar dat een rechter opzettelijk of bewust roekeloos handelend, dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, zijn zittingszaal zal sluiten/openhouden of zijn uitspraak niet openbaar zal verrichten.³ En ook de causaliteit kan hier nog een stevige sta-in-de-weg zijn, zie nog nr. 372.

Wat van de slagingskansen van een actie op grond van onrechtmatige daad verder ook zij, deze route vergt in elk geval weer een nieuwe civiele procedure, nu tegen de Staat der Nederlanden, met alle hindernissen van dien, zie nr. 141. Daar komt dan hier nog specifiek bij dat de schade – behalve de schade gerelateerd aan het extra (moeten) procederen – niet eenvoudig zal zijn vast te stellen. Als het om een ten onrechte in het openbaar gehouden zitting gaat, is de (reputatie)schade wellicht nog redelijkerwijs te becijferen, maar ook daarmee is het ‘verhaalsleed’ nog niet geleden. Immers, een onrechtmatige daadsactie doorbreekt hier, in elk geval bij schending van de openbaarheid van de zitting, het systeem van rechtsmiddelen, althans zo lijkt het, en dat is vaak reden voor de rechter om de actie uit onrechtmatige daad niet of slechts zeer terughoudend te aanvaarden. In feite wordt dan namelijk, zo luidt de redenering, gevraagd om een herbeoordeling van

[369] 4 Zie ook SNIJDERS e.a. 2011, nr. 39. Vgl. DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 205; Van Dijk e.a. 2006, p. 600.

[370] 1 Na een mogelijke veroordeling door het EHRM zou op grond van art. 41 EVRM eventueel een billijke vergoeding kunnen volgen, maar omdat de nationale rechtsmiddelen uitgeput moeten worden alvorens die route te bewandelen valt, en, zie de hoofdtekst, uiteindelijk de Hoge Raad een openbare uitspraak zal doen en het euvel dus zal herstellen, is dat bij voorbaat een doodlopende weg.

2 HR 4 december 2009, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/NAI). Daarbij kan de hiervoor al besproken, in eerste instantie overbodig geachte vernietiging in appel of cassatie van de uitspraak in lagere instantie wellicht een extra voor de eiser positief signaal betekenen.

3 Ik verwijs verder naar nr. 129 voor een nadere beschouwing over deze vraag.

de oorspronkelijke beslissing om de zitting (juist wel of juist niet) in het openbaar te houden, hetgeen niet strookt met het stelsel van rechtsmiddelen.

Als het om zo'n ten onrechte (niet-)openbare behandeling gaat, is het echter nog maar de vraag of hoger beroep wel mogelijk is, of er dus wel een rechtsmiddel openstaat, en als dat niet zo zou zijn, zoals Smits naar mijn mening terecht stelt,⁴ is dat wellicht een (extra) reden om de onrechtmatige daadsactie wél principieel mogelijk te achten. Wat is er hier aan de hand?

De (afzonderlijke) beslissing van de rechter om al dan niet op verzoek de deuren juist wel of juist niet te sluiten, kwalificeert als een rechterlijke uitspraak die in de praktijk waarschijnlijk niet tot een apart vonnis leidt (d.w.z.: de schriftelijke weerslag van die uitspraak⁵) en die ook overigens niet als tussenvonnis (d.w.z.: een uitspraak ter voorbereiding van het eindvonnis⁶) en al helemaal niet als eindvonnis zal kunnen gelden, en waartegen dan dus ook niet samen met het eindvonnis, of zelfs al tussentijds, hoger beroep mogelijk zou zijn (op grond van art. 337 lid 2 Rv). Het gaat hier mijns inziens ook niet om een (overigens ook niet-appellabele) rolbeschikking, zoals Smits zonder onderbouwing stelt,⁷ want het betreft hier immers geen administratieve maatregel van ondergeschikt belang,⁸ hoewel daarover ongetwijfeld valt te twisten.⁹ Zodoende resteert er mijns inziens niets anders dan hier te spreken van een 'ordemaatregel' (net als bij de beslissing om iemand uit de zittingszaal te verwijderen). Over dat

- [370]
- 4 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 188. De hier(na) beschreven redenering is m.i. ook van toepassing als er sprake is van een niet-openbare uitspraak (zo zich dat al zal voordoen in Nederland).
 - 5 Zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/102. De hiernavolgende tekst is schatplichtig aan een discussie die ik met Bert van Schaick hierover voerde.
 - 6 ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/104.
 - 7 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 188. De kneep lijkt hem hierin te zitten dat Smits dit als een rechterlijk bevel ziet, maar die benadering pleit eerder voor mijn opvatting (zie ook de navolgende noten) dat het niet gaat om een louter administratieve handeling zonder belang, want dat kan van een rechterlijk bevel toch niet worden gezegd.
 - 8 Aldus de norm die ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/104, aanlegt. Zie ook HR 16 december 2011, *NJ* 2012/316, m.nt. C.J.M. Klaassen (Cyrte Investments), r.o. 3.3.
 - 9 Zie in dit verband de conclusie van Asser voor HR 10 september 1993, *NJ* 1994/507, m.nt. H.J. Snijders (Fonville-Verkerk/Woningbouwvereniging Prinses Juliana), waarin hij eerst stelt: "Een rolbeschikking behelst een maatregel ter rolle, enkel genomen ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van de geregelde loop van de zaak (...) [verwijzingen weggelaten, IG]." Dat duidt erop dat het besluit de deuren (niet) te sluiten als een rolbeschikking kan gelden. Maar vervolgens stelt Asser: "Men pleegt daartoe te rekenen het bepalen van termijnen voor het nemen van conclusies (...), het bepalen van de dag voor pleidooi, comparitie, getuigenverhoor enz. Het gaat hier om beslissingen van 'zo efemeer belang en zo gering oordeelsgehalte' (...) [verwijzingen weggelaten, IG] dat elk rechtsmiddel daartegen is uitgesloten (...)." Die duiding zou er eerder toe nopen om de beslissing van de rechter om de deuren wel of niet te sluiten, juist niet als 'slechts' een rolbeschikking te zien, want dat besluit is vele malen belangrijker dan het vaststellen van bijv. een datum.

soort beslissingen kan uiteraard in de verdere procedure alsnog geklaagd worden,¹⁰ maar een separaat rechtsmiddel staat daartegen niet open. En een aparte grief daartegen richten in het hoger beroep volgend op de einduitspraak, heeft weinig zin, want zelfs het slagen van die grief zal niet tot vernietiging en terugverwijzing kunnen leiden, vanwege het karakter als ordemaatregel.¹¹ Er staat hier dus geen rechtsmiddel open dat doorkruist wordt door een eventuele onrechtmatige daadsactie, en daarmee dient die actie zich nogmaals nadrukkelijk aan.

[371] *Hulpeloze procedurele rechten?* Alvorens daarmee verder aan de slag te gaan, is het van belang eerst nog vast te stellen dat de moeilijkheid om tot een enigszins hanteerbare vorm van sanctionering te geraken, ook blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad. Deze stelde in 1986 inzake een tuchtzaak tegen een notaris die ten onrechte in het openbaar was behandeld en waarna de notaris uit het ambt was gezet, als volgt:¹

“Weliswaar is juist (...) dat de Kamer van Toezicht de zaak niet in het openbaar had mogen behandelen nu daartegen door de notaris bezwaar was gemaakt, maar op overeenkomstige gronden als vervat in HR 4 febr. 1983, *NJ* 1984, 103, moet worden aangenomen dat zulk een vormverzuim bij de totstandkoming van de voordracht tot afzetting niet ertoe behoef te leiden dat die voordracht voor het hof geen deugdelijke grondslag biedt voor zijn onderzoek en beslissing. Het hof behoefde derhalve niet op die grond de voordracht niet-ontvankelijk te verklaren (...).”

De maatregel die de notaris opgelegd krijgt, kan dus in stand blijven. De sanctie op het niet in acht nemen van art. 6 EVRM door de rechter wordt hier ‘weggemoffeld’ onder de noemer dat deze schending niet doorwerkt op de materiële, achterliggende beslissing voor de betrokkene(n), meestal beide civiele partijen. Dat moge inderdaad zo zijn, maar als wij dat aanvaarden, dan blijft art. 6 EVRM vooralsnog als een tandeloze tijger en dus betrekkelijk hulpeloos achter.

[372] *Onrechtmatige daad en verklaring voor recht?* Terecht komt dan ook steeds weer de vraag op of er geen hulp kan worden geboden via een vordering jegens de Staat op grond van onrechtmatige rechtspraak. Voor de geleden vermogensschade biedt die route waarschijnlijk echter weinig soelaas. Er is immers – naast de problemen die al in het voorgaande, zie nr. 117 e.v. en nr. 370, zijn geschetst – een probleem met de causaliteitseis. Aan de ‘*condicio sine qua non*’-eis is, zeker in het hiervoor genoemde geval, niet voldaan, omdat de

[370] 10 Vgl. de oplossing van de Hoge Raad in zaken waarin zonder succes een wrakingsverzoek is gedaan. Over de vermeende partijdigheid van de rechter mag in het verdere verloop van de oorspronkelijke zaak gewoon worden doorgeprocedeerd. Zie HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562, m.nt. H.J. Snijders (Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting), r.o. 3.2, waarover nr. 280.

11 Vgl. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/75, ten aanzien van een afgewezen verzoek om te pleiten.

[371] 1 HR 18 april 1986, *NJ* 1987/314, m.nt. E.A. Alkema (Notaris X.), r.o. 3.4.

beslissing – ook volgens de Hoge Raad – niet anders zou hebben geluid als de norm niet geschonden zou zijn. Ook die weg loopt dus dood.

Het voorgaande laat echter onverlet dat de route via een verklaring voor recht, op grond van ‘de enkele inbreuk’ op het beginsel van (in dit geval) openbaarheid, wellicht wel nog tot de tegenwoordige mogelijkheden behoort, gegeven het eerder besproken *Chipshol*-arrest, zie nr. 110 en nr. 112¹ Maar een evident haalbare kaart vormt die route zeker nog niet, al was het maar omdat die uitspraak, en de reikwijdte ervan, nog met de nodige onzekerheid omgeven is.

[373] *‘Integriteitsschade’ als oplossing?* Eveneens omgeven door onzekerheid, maar wel in ontwikkeling en de moeite van het proberen waard, is de stelling dat er hier zogenaamde ‘integriteitsschade’ is geleden. Daarmee doel ik dan op de schade die gerelateerd is aan de inbreuk ‘als zodanig’ op het (door art. 6 EVRM beschermd) procedurele grondrecht van de eiser, hier het grondrecht op openbaarheid. Het enkele feit dat iemands procedurele rechten geschonden zijn, vormt als inbreuk op iemands ‘processuele integriteit’ een zelfstandige grond voor een (genormeerde en beperkte) schadevergoeding (via de band van immaterieel nadeel, art. 6:106 BW). Het heeft er alle schijn van dat de benadeelde, en dus de handhaving van art. 6 EVRM, het daarvan zal moeten hebben als het om de openbaarheid gaat; deze nieuwe schadevorm lijkt voorlopig zo ongeveer het enige inzetbare handhavingsmechanisme te zijn, zoals uit de voorgaande bespreking van mogelijke sanctiemechanismen volgt.¹

[374] *Tussentijds verzet als oplossing?* Als het gebruik van de verklaring voor recht en het concept van ‘integriteitsschade’ hier (nog) niet mogelijk zou blijken, is het gevolg dat de schending van art. 6 lid 1 EVRM en art. 27 Rv en/of art. 28 Rv (art. 29 Kef-Rv) de facto zonder sanctie zal blijven. Dat moet anders, alleen al om de reden dat tadeloze rechten geen recht zijn, en dus zou het verstandig zijn als in de wet een regeling zou worden opgenomen die het mogelijk maakt om op korte termijn een tweede rechter over het besluit om een zaak wel of niet openbaar te behandelen, te laten oordelen. Een soort wrakingsprocedure dus, maar dan om het beginsel van openbaarheid te bewaken.

Wellicht dat art. 28 Rv hierbij enige inspiratie kan bieden. Waar het een niet-openbare uitspraak betreft waarvan door de griffier geen afschrift wordt verstrekt, staat voor de verzoeker verzet open bij de voorzieningenrechter. Tegen dat oordeel is verder geen hoger beroep meer mogelijk (art. 28 lid 7 Rv). Iets soortgelijks is denkbaar ten opzichte van het rechterlijke besluit de deuren te sluiten of open te houden, in elk geval als om sluiting of openstelling verzocht is.

[372] 1 HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (*Chipshol*/Staat).

[373] 1 Zie nader nr. 144 e.v. Zie aldaar ook voor verdere verwijzingen, alsmede I. GIESEN, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: “integriteitsschade”’, in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, 2014, p. 43-76, waarin deze gedachte breder wordt toegepast en verder uitgewerkt, ook qua begrenzing.

Als hiervoor gekozen zou worden, zal er ongetwijfeld opnieuw discussie ontstaan over de dan eventueel additionele rol voor de onrechtmatige daad, want een onrechtmatige daadsactie doorkruist dan weer de (voor nu: nog te maken) bewuste keuze van de wetgever om geen verder rechtsmiddel open te stellen. Aan de andere kant dient vermeld te worden dat juist het argument van het systeem van gesloten rechtsmiddelen is gewogen en te licht bevonden in de meer recente jurisprudentie in Europa (*Köbler*) en Nederland (*Greenworld/NAI*) als het om het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak gaat,¹ zodat daaraan niet langer al te veel waarde lijkt te mogen worden gehecht. De slotsom is daarmee echter ook hier weer dat de sanctionering van een schending op zijn minst ingewikkeld en op zijn slechts onhaalbaar zal blijken, en dat er dringend iets nieuws moet komen om in een effectief nationaal rechtsmiddel (op grond van art. 13 EVRM) te voorzien.²

8.6 Ontwikkelingen op het gebied van openbaarheid

8.6.1 ADR en openbaarheid

[375] *Openbare mediation?* Tot dusver hebben wij gezien dat openbaarheid binnen de rechtspraak een belangrijk goed is, met name in verband met de mogelijkheid van publieke controle op de rechter en het daarmee gepaard gaande vertrouwen in de rechtspraak. Er bestaan echter ook vele alternatieven voor overheidsrechtspraak, alternatieven die steeds populairder lijken te worden. Arbitrage en bindend advies zijn al lang geleden geïntroduceerd; het zijn inmiddels behoorlijk geformaliseerde vormen van geschilbeslechting. Maar sinds enige jaren zijn hier allerlei nieuwe vormen van geschilbeslechting bij gekomen, mediation voorop.

Daarmee rijst de vraag in hoeverre bij mediation en andere vormen van ADR (een recht op) openbaarheid bestaat, en zo nee, of dat dan niet alsnog nodig of gewenst is. Bij het antwoord op die vraag staat voorop dat mediation 'leeft' van en bij vertrouwelijkheid, vertrouwelijkheid tussen de betrokkenen onderling en tussen die betrokkenen en de mediator.¹ Men spreekt tevoren af dat al wat wordt besproken, in vertrouwen besproken wordt. Dat betekent ook dat iemand die halverwege ontevreden uit het mediationproces stapt, in principe niet kan

[374] 1 Zie HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, *NJ* 2004/160, m.nt. M.R. Mok (*Köbler/Oostenrijk*) en HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*).

2 Overigens is op grond van art. 41 EVRM eventueel een billijke genoegdoening mogelijk, zie nr. 102, maar dan moet de zaak wel eerst bij het EHRM geraken. In gevallen van schending van de eis van openbaarheid, wordt die optie bovendien vaak afgewezen, aldus VAN EMMERIK 1997, p. 218-219.

[375] 1 Zie o.a. STEIN/RUEB 2013, p. 338, en H.F.M. HOFHUIS, 'De openbaarheid van vonnissen', *Trema* 2010, p. 371. Voor het strafrecht is wel anders verdedigd, zie R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, 2009.

stellen in een daaropvolgende civiele procedure dat de wederpartij bepaalde standpunten heeft ingenomen gedurende de mediationfase. Daarmee schendt die partij de mediationovereenkomst en de daarin opgenomen vertrouwelijkheidsclausule. Als de mediation wel wordt volbracht, kan de uitkomst daarvan, de uiteindelijke vaststellingsovereenkomst, evenzeer vertrouwelijk zijn. Men wil niet altijd naar buiten brengen wat men afgesproken heeft, zeker niet als dat betekent dat duidelijk wordt waar en hoe men wellicht ergens water bij de wijn gedaan heeft.²

Voor de mediator, voor zover deze is aangesloten bij de Mediators federatie Nederland (de MfN; voorheen het NMI), geldt de gedragsregel (art. 6 MfN Gedragsregels) om geheimhouding te bewaren. Geheimhouding is bovendien onderdeel van de mediationovereenkomst, aldus art. 4 van de Model mediationovereenkomst, en derden die bij een mediation betrokken worden, tekenen een geheimhoudingsverklaring (zie de Model geheimhoudingsclausule voor de MfN-registermediator).³ Waar de mediator wél onafhankelijk moet zijn (art. 4 MfN Gedragsregels), hoeft deze niet aan openbaarheid bij te dragen, mag hij dat zelfs niet. Wat mediation betreft, is 'geslotenheid' dus het vertrekpunt en dat betekent dat de uitkomst van een mediation geheim (besloten) blijft. De buitenwereld weet dus niet hoe het geschil uiteindelijk opgelost is en kan dat ook niet controleren en/of van commentaar voorzien.

Dat vormt uiteraard in zoverre een nadeel dat mediators (mede hierdoor) regelmatig opnieuw het wiel moeten uitvinden. Een volgende mediator kan immers niet profiteren van wat door een collega in een eerdere mediation als oplossing voor een bepaald type conflict bedacht en toegepast is. Er is dus geen 'rechtsvorming' of ontwikkeling en geen eenheid bij en na mediation; er is geen collectief leerproces. Daarmee gaat veel energie verloren, en bovendien kennen partijen daardoor de eventuele alternatieven niet waar zijzelf even niet aan gedacht hadden maar die zij wel hadden willen weten.

[376] *Openbare arbitrage?* Bij arbitrageprocedures – en bindend advies – is de openbaarheid die overheidsrechtspraak kenmerkt, ook grotendeels afwezig. Partijen bepalen zelf de wijze waarop het arbitraal geding gevoerd wordt, zie art. 1036 Rv, en dat behelst praktisch meestal dat de deuren gesloten zijn; dat is een groot voordeel van arbitrage voor veel partijen en dus een reden om voor arbitrage te kiezen.¹ Maar de situatie ligt hier toch anders dan bij mediation.

[375] 2 Dit is overigens niet bij voorbaat vastgelegd, en zal dus van de afspraken tussen de partijen afhangen.

3 Genoemde documenten zijn te vinden via de site van de Mediators federatie Nederland (MfN), voorheen het Nederlands Mediation Instituut (NMI), zie mfregister.nl/login-registermediator/condities/.

[376] 1 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 163, die nog stelt dat teveel openbaarheid tot een vlucht in de particuliere rechtspraak kan leiden (op p. 164). Zo ook H.F.M. HOFHUIS, 'De openbaarheid van vonnissen', *Trema* 2010, p. 371. Zie verder in algemene zin over de niet-openbaarheid van arbitrage SNIJERS e.a. 2011, nr. 384; STEIN/RUEB 2013, p. 312.

Ten eerste wordt bij arbitrage verlangd, zie art. 1057 lid 2 en 4 Rv, dat het arbitraal vonnis op schrift wordt gesteld en gemotiveerd wordt, dat een afschrift van dat arbitraal vonnis aan de partijen wordt gestuurd (zie art. 1058 Rv, in lijn met art. 231 Rv) en dat dit vonnis ter griffie van een rechtbank wordt gedeponereerd. Vooral dat laatste lijkt tot enigerlei mate van openbaarheid te leiden, maar dat is niet de achtergrond van die bepaling. De reden voor die deponering is immers dat daarmee de termijn van drie maanden voor het instellen van een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis door de overheidsrechter, gaat lopen, en dat zodoende ook duidelijk is bij welke rechtbank dat beroep moet worden gedaan, zie art. 1064 Rv. Bovendien is tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis alleen mogelijk als er op verzoek een verlof daartoe is afgegeven door de rechter bij wie het vonnis ter griffie is gedeponereerd (het gaat dan om het verkrijgen van een *exequatur*, art. 1062 Rv). Dat alles heeft dus weinig tot niets met openbaarheid te maken.

Ten tweede, en belangrijker gezien het voorgaande, wordt ten aanzien van met name arbitrale vonnissen regelmatig tot publicatie in vrij toegankelijke tijdschriften overgegaan. Het alternatieve geschilbeslechtingeninstituut dat arbitrage is, voldoet wat dat betreft in grote lijnen aan de eisen van openbaarheid die normaal aan overheidsrechtspraak worden gesteld. Die publicatie vindt wel op particuliere basis plaats, maar dat was tot voor kort in de kern niet anders bij overheidsrechtspraak, waarbij de *NJ* of de *RvdW* de te raadplegen bron voor overheidsrechtspraak was. Het betreft daarbij immers ook particuliere uitgaven, en niet een uitgave van overheidswege. Pas met de komst van www.rechtspraak.nl is dit anders geworden. Het Nederlands Arbitrage Instituut of welke andere arbitrage-instantie dan ook, heeft overigens geen plicht om tot publicatie over te gaan; men publiceert wat interessant gevonden wordt, hetgeen dan in elk geval tot kennisvermeerdering en (de mogelijkheid van) een collectief leerproces leidt. Dat nadeel van mediation bestaat hier dus niet, althans in mindere mate. Bij bindend advies komt dat nadeel overigens weer pregnanter in beeld, want deze adviezen worden slechts sporadisch gepubliceerd.

8.6.2 'Dissenting' en 'concurring opinions'

[377] *Een oud debat over rechtsvinding.* Gelieerd aan het debat over openbaarheid¹ is het al jaren een terugkerend discussiepunt, althans in de rechtsvindingsdoctrine, of de Nederlandse rechter moet gaan werken met zogenaamde 'dissenting' en 'concurring opinions', of dat het bestaande geheim van de raadkamer (en dus de niet-openbaarheid van de rechterlijke beraadslagingen²) gehandhaafd moet worden zodat eventuele onenigheid in de raadkamer op geen

[377] 1 Dit debat had overigens ook in hoofdstuk 10, over de motiveringsplicht, besproken kunnen worden.

2 Nader SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 190-192.

enkele wijze naar buiten komt. Niet al te lang geleden was het Thomassen die de knuppel weer eens in het spreekwoordelijke hoenderhok gooide.³

Omdat deze discussie buiten de grenzen van dit boek reikt, zal ik er ook in het kader van de openbaarheid niet al te specifiek op ingaan. Volstaan kan worden met de opmerking dat of er nu wel of niet gescheiden 'opinions' van verschillende rechters zijn, de uitspraak, eventueel inclusief die zelfstandige overwegingen, openbaar moet worden conform de hiervoor besproken regels. Separate rechterlijke meningen leiden wellicht tot meer geopenbaarde overwegingen, en tot een inhoudelijke verdieping van het debat – zodat ik een voorstander ben van dit type afzonderlijke motiveringen – maar niet tot andere en/of verbeterde vormen van openbaarheid.

8.6.3 *Moderne tijden: van openbaarheid naar transparantie (!?)*

[378] *Transparantie*. Waar in vroeger tijden gesproken werd over 'openbaarheid', heet dat tegenwoordig vaak (ook) 'transparantie' (of ook wel 'accountability'). Die notie duidt erop dat iets (een organisatie, zoals de rechterlijke macht) of iemand (de civiele rechter) het begin van zijn of haar verantwoordingsproces markeert door te laten zien hoe er gewerkt is en wat er geproduceerd is, door werkprocessen en uitkomsten aan de openbaarheid toe te vertrouwen. Transparantie is in zoverre ook niets nieuws onder de zon, en past naadloos bij het klassieke denken in termen van openbaarheid, omdat openbaarheid niet aan een bepaalde vorm of aan een bepaald medium is voorbehouden.¹ Niettemin markeert de overgang naar transparantie als begrip misschien ook wel een nieuwe kijk op openbaarheid als beginsel van burgerlijk procesrecht, bijvoorbeeld omdat het begrip 'transparantie' breder, omvattender is dan de klassieke notie van 'openbaarheid'.

De huidige tijd, en vooral de huidige technologische mogelijkheden, stellen immers de vraag aan de orde of er niet een ander soort invulling dan de puur klassieke vorm van openbaarheid van rechtspraak nodig is. Nodig ook omdat de rechterlijke macht misschien wel een inspanningsverplichting heeft – een 'positieve verplichting' wellicht, in EVRM-termen (?) – om het publiek actief te informeren over de gang van 'het' civiele proces.² Concreet uit zich dit een en ander vooralsnog langs twee hierna te bespreken algemene lijnen, te weten: (1) internet en de openbaarmaking van rechterlijke uitspraken; en (2) de moderne verhouding tussen maatschappij, media en rechtspleging.

[377] 3 Zie van de literatuur uit de laatste jaren vooral W.M.E. THOMASSEN, 'Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion', *NJB* 2006/498, p. 686 e.v.; H. DE DOELDER, 'Dissenting opinions en het geheim van de raadkamer', *Trema* 2010, p. 372 e.v., alsmede W. LIMBORGH, 'De Hoge Raad en minderheidsopvattingen (dissenting/concurring opinions)', *NJB* 2013/1544.

[378] 1 WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Rv, aant. 1.

2 Zo SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 162, met verwijzingen, en p. 173. Zie ook hierna.

[379] *Ad (1): internet.* Openbaarheid van rechterlijke uitspraken dient ter controle. Die controle wordt effectiever als er meer uitspraken openbaar en toegankelijk zijn voor een groot publiek.¹ De vraag wordt dan ook al snel: wordt het niet tijd dat alle rechterlijke uitspraken spoedig, bijvoorbeeld, op de dag na de uitspraak, op internet te vinden zijn, via de succesvolle website www.rechtspraak.nl die sinds 1999 in de lucht is?²

Voorstander is Van den Hoogen die er in zijn Utrechtse dissertatie op wijst dat het rond de millenniumwisseling bij de lancering van die website de bedoeling was om alle uitspraken ter beschikking te stellen, doch dat voorlopig slechts een klein percentage uitspraken gepubliceerd wordt, vooral omdat de rechters selectiecriteria hanteren en ook omdat anonimisering te duur is en omdat de uitspraken zonder onderliggende stukken niet steeds te begrijpen zouden zijn. Vanuit wetenschappelijk oogpunt zou echter publicatie van alle uitspraken van belang zijn (zodat alle uitspraken in data-analyses mee te nemen zijn), terwijl bezoekers de gehanteerde selectiecriteria bevragen en rechters verschillend omgaan met de hoeveelheid te publiceren uitspraken.³ Van den Hoogen wil ook dat de openbaarmaking op redelijke termijn geschiedt, doch hij concretiseert die termijn niet.⁴

De commissie-De Meij die de toegang tot rechterlijke uitspraken onderzocht, pleit ook voor toegankelijkheid van alle uitspraken via internet, ook al betekent dit dat er dan (op dit moment) meer dan anderhalf miljoen civiele zaken op jaarbasis te openbaren zijn. Zij doet dat op grond van een 'actievere openbaarmakingsplicht' die volgens haar uit het beginsel van openbaarheid lijkt te volgen.⁵ Mommers, Zwenne en Schermer bieden een aantal varianten en kiezen uiteindelijk ook voor de lijn 'wel (alles) publiceren, tenzij',⁶ terwijl vanuit de rechterlijke macht juist gepleit wordt voor handhaving van de status quo (publicatie van zo'n 15.000 uitspraken, na selectie).⁷ Van Opijnen, tot slot, verdedigt dat er een

[379] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 200.

2 Uitvoerig hierover de VMC-Studiecommissie Openbaarheid van rechtspraak, 'Toegang tot rechterlijke uitspraken', *MediaForum* 2006/4, p. 1-20, onder leiding van De Meij (verder ook te noemen: commissie-De Meij), en M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014.

3 R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 77-79. De huidige selectiecriteria zijn te vinden via www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Selectiecriteria/.

4 R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 80. Verder dient de gepubliceerde rechtspraak vindbaar te zijn en daar gedurende langere tijd te raadplegen te zijn, zie R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 84-85.

5 VMC-Studiecommissie Openbaarheid van rechtspraak, 'Toegang tot rechterlijke uitspraken', *MediaForum* 2006/4, p. 17-18 en 20.

6 L. MOMMERS e.a., 'Het best bewaarde geheim van de raadkamer', *NJB* 2010/1692.

7 Zie R. PHILIPPART, 'Toegankelijkheid van rechtspraak', *NJB* 2010/1879, p. 2356, en F. VAN DER HOEK, 'Huidige opzet van [rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) zo slecht nog niet', *NJB* 2010/1880, p. 2357.

positiefrechtelijke verplichting is om (een selectie van) uitspraken te publiceren, maar waarschuwt tegen massale publicatie van (triviale) uitspraken.⁸

[380] *Eigen opvatting: alle rechtspraak openbaar?* Zelf denk ik dat er principieel niets tegen publicatie van alle rechtspraak is, hoewel ik mij ook kan voorstellen dat het overzicht over wat er in de rechtspraak aan de hand is, daarmee niet verbeteren zal (men kan immers ook verdrinken in informatie¹), zodat deze ‘volledige openbaarheid’ vooral het (op juridisch vlak nog weinig voorkomend) kwantitatieve onderzoek ten goede zal komen. Maar daarmee zijn wij er nog niet.

Immers, het grote praktische probleem is, naast dat van de bekritiseerde, interne selectie van te publiceren uitspraken,² zoals gezegd, het anonimiseren van die uitspraken. Dat vergt (te) veel tijd en geld. Daarom moet er, als openbaarmaking via internet serieus genomen wordt, stevig worden nagedacht over alternatieven zoals ‘in beginsel niet anoniem, tenzij partijen anders verzoeken’. Daarvoor pleitte de commissie-De Meij, en in navolging daarvan ook Van den Hoogen en Smits.³ Of dat past binnen de regels van de Wet bescherming persoonsgegevens, wordt dan gezien als een andere, oplosbare kwestie, maar als niet-anonimisering nu eens niet zou passen binnen dat wettelijke kader,⁴ zal dat wijziging van (Europese) wetgeving vergen, met alle ongemakken van dien. Dat het EVRM zelf de eigen uitspraken niet anonimiseert,⁵ doet daar niet aan af.⁶

Ook Mommers, Zwenne en Schermer nemen dit privacybezwaar serieus, maar denken dat de wijze van anonimisering sterk vereenvoudigd kan worden zodat het bezwaar aan kracht inboeten zal.⁷ Die mening wordt echter nog niet door

[379] 8 M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 461-462.

[380] 1 Vgl. M. VAN OPIJNEN, ‘Selectie en publicatie van rechterlijke uitspraken in rechtsvergelijkend perspectief’, *Trema* 2011, p. 183.

2 Daarover uitvoerig M. VAN OPIJNEN, ‘Selectie en publicatie van rechterlijke uitspraken in rechtsvergelijkend perspectief’, *Trema* 2011, p. 176 e.v., die aangeeft dat Nederland voldoet aan de aanbeveling van de Raad van Europa op dit vlak.

3 Zie VMC-Studiecommissie Openbaarheid van rechtspraak, ‘Toegang tot rechterlijke uitspraken’, *MediaForum* 2006/4, p. 8, 18 en 20; R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 80-84 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 201.

4 Zie nader VMC-Studiecommissie Openbaarheid van rechtspraak, ‘Toegang tot rechterlijke uitspraken’, *MediaForum* 2006/4, p. 12-13, en kritisch over dit deel van het rapport L. MOMMERS e.a., ‘Het best bewaarde geheim van de raadkamer’, *NJB* 2010/1692, p. 2076, al geven ook zij geen voorrang aan de privacy.

5 VMC-Studiecommissie Openbaarheid van rechtspraak, ‘Toegang tot rechterlijke uitspraken’, *MediaForum* 2006/4, p. 8 en 17; R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 83.

6 Temeer niet nu de tendens gaat richting meer anonimiseren, aldus M. VAN OPIJNEN, ‘Selectie en publicatie van rechterlijke uitspraken in rechtsvergelijkend perspectief’, *Trema* 2011, p. 180.

7 L. MOMMERS e.a., ‘Het best bewaarde geheim van de raadkamer’, *NJB* 2010/1692, p. 2077. H.F.M. HOFHUIS, ‘De openbaarheid van vonnissen’, *Trema* 2010, p. 371, sluit zich aan bij dit pleidooi.

iedereen gedeeld.⁸ De gedachte om over te gaan tot het benoemen van categorieën zaken die wel (straf en familie) en die niet (handelszaken) anoniem hoeven te worden gepubliceerd, zal het probleem niet voldoende indammen en dus niet oplossen. Daarom kies ik er, om puur praktische redenen, voor om het huidige systeem in stand te houden. Die gedachte is overigens mede ingegeven door het idee dat de openbaarheid van rechtspraak in Nederland op dit moment niet daadwerkelijk in het geding is, gegeven het huidige publicatiebeleid en de overige mogelijkheden die beschreven zijn.⁹

[381] *Ad (2): moderne omgang met maatschappij en (nieuwe) media.* De tweede lijn waarlangs moderne vormen van transparantie aan de deur kloppen, is gerelateerd aan de moderne, steeds indringender werkwijze van oude (vooral televisie) en nieuwe (internet) media en de rol die de rechterlijke macht daarbij vervult. De beeldvorming waartoe die media-aandacht leidt, vertaalt zich in minder maatschappelijk gezag en vertrouwen, zo lijkt het, althans zo wordt gevreesd.¹ Die vrees (ver)vormt vervolgens mede de – vaak toch al verkrampde – omgang met die media, vooral in enkele spectaculaire, aandacht genererende zaken, een omgang die vanaf de start belemmerd wordt – vanuit de rechterlijke macht gezien – door de noodzaak ook rekening te houden met niet onbelangrijke noties als onpartijdigheid, onafhankelijkheid, het ‘geheim van de raadkamer’,² spreken ‘met één mond’, privacy en andere waarborgen.³ Het is evident dat geen

[380] 8 Zie M. VAN OPIJNEN, *Op en in het web*, 2014, p. 462; R. PHILIPPART, ‘Toegankelijkheid van rechtspraak’, *NJB* 2010/1879, p. 2356, en R.H.C. JONGENEEL, ‘U weet niet wat u niet weet – ik wel’, *NJB* 2010/1933, p. 2415. Jongeneel stelt in noot 3 dat het anonimiseren twintig minuten per uitspraak kost. Dat betekent dat op jaarbasis volledige openbaarheid van alle rechterlijke uitspraken (zie Tabel 2 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, 2015, p. 45) in geanonimiseerde vorm 1.750.000 x 1/3 uur = 583.333 manuren op jaarbasis. Dat kost bij 45 werkweken per jaar van 40 uur per week in totaal ongeveer 325 fte (!). Voor H.F.M. HOFHUIS, ‘De openbaarheid van vonnissen’, *Trema* 2010, p. 371, mag dit kostenaspect niet veel gewicht in de schaal leggen, omdat het om een verdragsverplichting gaat, maar in de huidige tijd is dat nogal naïef omdat de totale rijksbijdrage voor de rechterlijke macht ongetwijfeld niet zal toenemen als ertoe besloten zou worden om te gaan anonimiseren.

9 Dat wellicht het wetenschappelijk onderzoek naar de rechtspraak enigszins belemmerd wordt, is een consequentie die ik daarmee aanvaarden moet. Dat is jammer, maar onvermijdelijk.

[381] 1 Zie nader R. ROBROEK, ‘Beeldvorming een slechte raadgever en partijdigheid zo gek nog niet?’, *NJB* 2011/1537, p. 1957 e.v. De cijfers zijn overigens niet al te slecht, eerder goed te noemen, als het om het vertrouwen in de rechterlijke macht gaat, zie nr. 219.

2 En verwant daaraan, dat de rechter alleen via zijn vonnis spreekt, zie HR 6 maart 2013, *NJ* 2013/528-530 (Klachtprocedures), waarover H. DEN TONKELAAR, ‘De rechter spreekt door zijn vonnis – daar moeten we het mee doen’, *Trema* 2013, p. 259 e.v.; R. VERSCHOOF, ‘Transparantie en rechterlijke autonomie’, *AA* 2013, p. 821 e.v.

3 Vgl. over dit probleem ook N. RUIGROK e.a., *Rechtspraakverslaggeving in een veranderend medialandschap*, Research Memoranda 5/2011, 2011, p. 148-149.

enkel debat met een tegenstander die deze waarborgen niet (en zeker niet allemaal) in acht hoeft te nemen, niet te winnen valt. Echter, een 'algehele terugtrekking' lijkt de rechterlijke macht zich ook niet te kunnen veroorloven. En dus is het mijn inziens nodig om in elk geval steeds weer opnieuw uit te leggen – desnoods ook aan de politiek⁴ – dat deze waarborgen er zijn, dat de rechterlijke macht die hoog houdt en dat zulks uiteindelijk voor elke burger (mocht hij/zij ooit zelf bij de rechter eindigen) op de lange termijn beter is.⁵

[382] *Transparantie en 'bekritiseerbaarheid'*. Het debat over hoe de rechterlijke macht in de huidige tijd met de (moderne) media en meer in het algemeen met de (moderne) maatschappij (lees: de roep om transparantie) zou moeten omgaan, was ook voorwerp van studie door de WRR.¹ In die studie uit 2013 wordt, in mijn woorden, de vraag gesteld in welke mate die roep gerechtvaardigd is en waar de inmenging van buiten onwenselijk begint te worden, gegeven de rechtsstatelijke positie van de rechter. Op zoek naar een antwoord worden diverse perspectieven op de vraag naar de behoefte aan en de noodzaak van transparantie binnen de rechtspleging onderzocht (onder andere grondrechten, politiek, empirisch, organisatorisch, rechtstheoretisch, strafrechtspraktijk, motivering, media).

Het is niet doenlijk dit uitvoerige rapport hier helemaal recht te doen, maar wel kan gewezen worden op de (hoofd)conclusie, wat mij betreft, van deze Verkenning:

“Vanuit het verbinden van de empirische en theoretische inzichten (...), resulteert de analyse in het eerste deel in het uitwerken en benoemen van de ruimte voor het doorvoeren van transparantie in de zin van 'bekritiseerbaarheid'. Op dit vlak, het veel meer openstellen en publiekelijk bediscussieerbaar maken van bepaalde delen van het denken en handelen van de rechtspraak, valt naar de mening van de auteurs winst te behalen. (...) De centrale boodschap is uiteindelijk dat de rechtspraak er niet aan zal kunnen ontkomen het debat over 'bekritiseerbaarheid' als element van transparantie aan te gaan. Tegelijkertijd ligt bij de rechterlijke macht de opdracht om in dit debat telkens weer de balans te vinden tussen gehoor geven aan bekritiseerbaarheid en garanderen van de wezenlijke rol en functie van de rechtspraak in onze rechtsstaat.”²

Het centrale begrip hier is 'bekritiseerbaarheid', hetgeen staat voor 'het openbreken van het rechterlijk werk' door meer inzicht te verlenen in de afwegingen

[381] 4 Over de moeizame relatie tussen politiek en rechtspraak, met de media daar vaak tussen, M. HERTOOGH, *Scheidende machten*, 2012.

5 Vgl. M. CHAVANNES, 'Rechtspraak en publiek debat: van speelbal tot gids en baken, Rechtspraaklezing 2011', *Rechtstreeks*, 2011.

[382] 1 D. BROEDERS, C. PRINS e.a., *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (WRR Verkenning nr. 26), 2013. In verkorte vorm: C. PRINS, 'Rechtspraak en transparantie: inbreng voor en noodzakelijke debat', *Rechtstreeks* 2013/1, p. 16 e.v., alsmede H. GRIFFIOEN & C. PRINS, 'Rechtspraak en bekritiseerbaarheid', *NJB* 2013/196, p. 222 e.v.

2 Zie het 'Woord vooraf', in: D. BROEDERS, C. PRINS e.a., *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (WRR Verkenning nr. 26), 2013, p. 17.

en overwegingen die achter 'het stellige oordeel van de rechter schuilgaan'.³ Het gaat dus om een opener houding en 'het gesprek aangaan' met de maatschappij. De 'speelruimte' om dat te bewerkstelligen, ligt, aldus het rapport, op vier vlakken: meer openheid van de rechtspraak voor de onderzoekende blik van anderen, meer ruimte voor een communicatieve rechter, het opnieuw bezien van de finaliteit van rechterlijke oordelen (dan gaat het om fouten opsporen en erkennen), en het vergroten van de discursiviteit van vonnissen (incl. dissenting opinions).⁴

[382] *Transparantie en het civiele recht*. Omdat het transparantiedebat, vooralsnog, vooral een belangrijke rol speelt in het strafrechtelijke deel van de rechtspleging – rechterlijke dwalingen en strafprocessen tegen politici voorop – blijft het civiele recht en het civiele proces over het algemeen redelijk buiten schot, en dus zal ik er hier niet veel verder over uitweiden.¹ Wel denk ik dat de aanbevelingen van de WRR op hoofdlijnen navolging verdienen, en ik wil mij hier ook nogmaals uitspreken voor (een experiment met) 'dissenting opinions'.²

Overigens, dat 'buiten schot blijven' betekent natuurlijk niet dat het civielrechtelijke deel van de rechterlijke macht niet ook moet nadenken over hoe de media en het publiek nader bediend kunnen en moeten worden. Transparantie vergt inmiddels meer – of we dat nu waarderen kunnen of niet – dan de oude, klassieke openbaarheid van een publiek toegankelijke zitting en een openbaar beschikbaar vonnis, zoals wij hiervoor zagen. De vraag is: moet er, en zo ja, hoe, meer of anders uitleg gegeven worden in de media als het om de civiele rechtspleging gaat, en moeten de media meer of anders (proactief) gevoed worden?

Het antwoord is mijns inziens 'ja', als de rechterlijke macht tenminste wil laten zien wat ze doet en hoe ze dat doet. En dat zou die rechterlijke macht moeten

[382] 3 Ontleend aan C. PRINS, 'Rechtspraak en transparantie: inbreng voor en noodzakelijke debat', *Rechtstreeks* 2013/1, p. 31.

4 Zie nader C. PRINS, 'Rechtspraak en transparantie: inbreng voor en noodzakelijke debat', *Rechtstreeks* 2013/1, p. 33-35, alsmede H. GRIFFIOEN & C. PRINS, 'Rechtspraak en bekritiseerbaarheid', *NJB* 2013/196, p. 226-229. In lijn hiermee inmiddels DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1, p. 93-95 (bekritiseerbaarheid is dé uitdaging voor de rechterlijke organisatie). Overigens, transparantie leidt niet zonder meer tot meer vertrouwen in de rechter, zie P. JONKER, 'Transparantie leidt niet vanzelfsprekend tot vertrouwen in de rechtspraak', *RvdW* 2013/2, p. 21 e.v.

[383] 1 Zie over het gebruik van (digitale) camera's in de rechtszaal en de daarbij gehanteerde Persrichtlijn ook R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 72 e.v.; H. ARLMAN, 'Het is de bedoeling dat u in dit mediacircus blijft achterlopen', *NJB* 2011/1817, p. 2431, en commissie-Van Rooy, *Rechtspraak in beeld*, 2011, via <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/Amsterdam/Nieuws/Pages/Commissie-Van-Rooy-onderzoekt-tweede-gedeelte-van-het-proces-Wilders.aspx>.

2 Zo ook K. STERK, 'Naar een meer open karakter van de rechtspraak', *Rechtstreeks* 2013/1, p. 12-15. Kritisch Y. BURUMA, 'Het waarom en hoe van transparante rechtspraak', *NJB* 2013/137, p. 149; H. ARLMAN, 'Ben ik wel transparant genoeg?', *NJB* 2013/553, p. 679 e.v.; T. HUYDECOOPER, 'Nog meer openheid', *Trema* 2013, p. 87.

willen. Niet zozeer voor de procespartijen, die krijgen hun openbaarheid wel, maar vooral voor de (nog) niet in procedures betrokken burgers zodat die burgers zien dat er een behoorlijk werkende, onafhankelijke rechterlijke macht is die daadwerkelijk ervoor zorgt dat er recht gedaan wordt als dat gevraagd wordt. Dat biedt de mogelijkheid, net als de klassieke openbaarheid, van controle door die burger en daarmee voor het kweken van (meer) vertrouwen, in dit geval eerder vooraf dan achteraf. Dat is prima, want voorkomen was altijd al beter dan genezen. En dat biedt ook gewoon meer inzicht in hoe de rechtspraak in Nederland werkt.

[384] *Focus op gewone civiele zaken.* Hoe krijgt dat alles dan zijn beslag? Wat mij betreft door niet alleen beleid te maken voor 'geruchtmakende zaken', maar door in het bijzonder ook te focussen op gewone (civiele) zaken, want dat kan wellicht een beter, eerlijker beeld bieden over hoe de rechterlijke macht functioneert. Dat kan geschieden door de bestaande 'open dagen' van de rechtbanken, waar mogelijk aan te vullen met niet-gedramatiseerde uitzendingen op televisie, zoals in 2011 verzorgd door de Rechtbank Utrecht (met echte rechters!),¹ van echte zaken en hun verloop op zitting, alsmede door meer permanente voorlichting, onder andere door middel van instructieve filmpjes op rechtspraak.nl, Facebook, YouTube en vergelijkbare sites, en misschien ook wel door regelmatig 'echte' rechtszaken uit te zenden via (internet via) bijvoorbeeld een themakanaal (vergelijkbaar aan kanalen als Journaal24, Politiek24 en Geschiedenis24; er kan gedacht worden aan 'Juridisch24' of 'Rechtspraak24'²).³ Er is ongetwijfeld elke dag wel ergens in het land een belangwekkende, spannende of instructieve civiele zaak die zich leent voor een integrale uitzending. Daarbij kan (in elk geval voor civiele zaken) dan in zoverre een 'tussenvorm' bestaan dat deze verspreiding buiten de eigenlijke zittingszaal wel vereist dat de aanwezige procespartijen daar

[384] 1 Positief daarover ook P.F. VAN DER HEIJDEN, 'Geen feit tussen te krijgen', *NJB* 2011/916, p. 1189; W. WITTEVEEN, 'Transparante rechters', *NJB* 2012/1817, p. 2193-2194, alsmede de commissie-Van Rooy, *Rechtspraak in beeld*, 2011, nr. 3. 8 en 3.10.1.

2 De commissie-Van Rooy, *Rechtspraak in beeld*, 2011, nr. 3.8, spreekt over 'Court TV'. Kritisch te dien aanzien is C. PRINS, 'Camera's en het product van de rechtspraak', *NJB* 2011/2048, p. 2711.

3 Indachtig M. HERTOOGH, 'Camera Obscura in de rechtszaal', *Rechtstreeks* 2012/1, p. 9-10, vermeld ik dit en het navolgende onder het voorbehoud dat ik geen empirisch onderzoek heb gedaan naar de mogelijke (positieve en negatieve) effecten hiervan. J.L.R.A. HUYDECOPER, 'Helder en duidelijk', *Trema* 2012, p. 226-227, verwacht weinig van transparantie. De genoemde televisieserie is echter geëvalueerd, zie A. KLIJN & M. CROES, 'Het effect van de televisieserie "De Rechtbank": beklift het?', *Trema* 2012, p. 316 e.v., met als resultaat een positief effect (meer vertrouwen) op korte termijn, en een afvlakking van dat effect op de langere termijn. De auteurs bevelen overigens aan om zittingen in beeld te brengen (p. 320).

geen bezwaar tegen hebben.⁴ Als dat wel zo is, kan de notie van ‘bescherming van het privéleven’ worden benut om de media in dat geval (gedeeltelijk) ‘af te sluiten’.⁵ Ook transparantie heeft immers, net als openbaarheid, zijn grenzen. Dat geldt overigens ook als het gaat om (de ruimte voor) rechterlijke optredens in de media.⁶

8.7 Slot

[385] *Meer belang dan wij beseffen.* Wij hebben gezien dat openbaarheid binnen de rechtspraak, en ook daarbuiten, een belangrijk goed is, met name in verband met de mogelijkheid van controle op de rechterlijke macht en het daarmee gepaard gaande vertrouwen in de rechtspraak.¹ Denkend aan de situatie elders, waarbij rechterlijke uitspraken soms gewoonweg niet beschikbaar zijn voor studenten en onderzoekers, laat staan het gewone volk, dringt als vanzelf het besef door dat die openbaarheid, hoewel in Nederland wellicht wat stiefmoederlijk bedeed, zeker in relatie tot de andere beginselen van procesrecht, in feite tot de harde kern van onze rechtsstaat behoort. Als er geen vonnissen beschikbaar zijn, valt er niets te controleren, en kan dus ook niemand ‘ontdekken’ of zelfs maar uitzoeken of aan de andere basiseisen voor een behoorlijke procedure is voldaan.

Daarmee is de openbaarheid van rechtspraak wezenlijker dan wij soms geneigd zijn te denken, en vrijwel net zo wezenlijk als de toegang tot de rechter, die als basis voor het alleen al kunnen uitoefenen van die andere procedurele rechten, inclusief een openbare behandeling, te boek staat (zie nr. 150). Eenzelfde

[384] 4 In die zin SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 186, die erg terughoudend is omdat hij ‘voyeurisme’ vreest en omdat in civiele zaken het niet om de personen gaat maar om de argumenten. Dezelfde argumenten kunnen echter ook voor strafrechtelijke procedures worden opgevoerd. H. ARLMAN, ‘Het is de bedoeling dat u in dit mediacircus blijft achterlopen’, *NJB* 2011/1817, p. 2435, is uiteindelijk, na een uitvoerig exposé over de argumenten voor en tegen, tegen nieuwe vormen van openbaarheid via bewegende beelden. Wij leven m.i. echter te zeer in een beeldcultuur om dat vol te kunnen houden.

5 Zo ook R. VAN DEN HOOGEN, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, 2007, p. 74-75, en in grote lijnen ook de commissie-Van Rooy, *Rechtspraak in beeld*, 2011, nr. 3.10. In de Persrichtlijn zou e.e.a. kunnen worden opgenomen (de huidige richtlijn stamt uit 2013, www.rechtspraak.nl/ACTUALITEITEN/PERSINFORMATIE/Pages/default.asp). Zeer kritisch over camera’s in de rechtszaal i.v.m. dit privacy-aspect is W.F. KORTHALS ALTES, ‘Schoenmaker blijf bij je leest’, *NJB* 2011/2199, p. 2925 e.v.

6 Zie S. DIJKSTRA, ‘De ruimte van de rechter in de relatie rechter-media onder het EVRM’, *NJB* 2013/198, p. 237 e.v., die art. 6 EVRM (onpartijdigheid) en art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) bespreekt, en nogmaals wijst op het belang van vertrouwen van het publiek in de rechtspraak.

[385] 1 Uitvoeriger SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 159-164.

soort redenering geldt dus hier. Ter relativering dient daar dan wel aan toegevoegd te worden dat, anders dan bij de toegang, de situatie in Nederland weinig zorgen baart als het om openbaarheid gaat. Dat is overigens maar goed ook, gezien de schijnbaar onoplosbare problemen die wij bij de handhaving en sanctionering van de openbaarheid tegen het lijf zijn gelopen.

HOOFDSTUK 9

Berechting binnen een redelijke termijn

9.1 Inleidende opmerkingen

[386] *Inleiding.* Dit hoofdstuk handelt over het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn, en dus om de vraag hoelang een civiele procedure zou mogen duren. Dat het met die duur de spugaten uit kan lopen, bewijst Italië keer op keer weer. Daar heeft men al zolang tevergeefs geprobeerd om procedures binnen bekwame tijd af te wikkelen en zijn er zoveel klachten over het falen daarvan gerezen, dat het Europese Hof op enig moment besloten heeft dat het hier om een 'systematische schending' van het EVRM gaat.¹ In navolging daarvan werd besloten dat een Italiaanse klacht niet eerst naar de Italiaanse cassatierechter hoeft in verband met de in normale gevallen wel gehanteerde eis dat de nationale rechtsmiddelen uitgeput moeten worden.²

Ook in Nederland is het vereiste van een berechting binnen een redelijke termijn – hoewel de duur van procedures hier minder problematisch³ is dan in

-
- [386] 1 Daarover LAWSON/TEUBEN 2004, p. 155; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 211-212. In Italiaanse zaken is dan ook geregeld tot schending geconcludeerd zonder de gebruikelijke afweging van alle omstandigheden van het geval te doorlopen, zie Van Dijk e.a. 2006, p. 610, en EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino t. Italië), § 69: een cascade aan schendingen is een 'practice incompatible' met het verdrag en een 'aggravating circumstance'. Zie nader voor rechtsvergelijkende gegevens o.a. C.H. van Rhee (ed.), *The Law's Delay*, 2004, en M. KUIJER, 'The right to a fair trial and the Council of Europe's efforts to ensure effective remedies on a domestic level for excessively lengthy proceedings', *Human Rights Law Review* 13:4 (2013), p. 778-780 en 790-792. Andere landen doen het overigens ook beroerd, zoals Polen, zie daarover EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (Rutkowski e.a. t. Polen).
- 2 Zie de 'Grand Chamber'-beslissing in EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino t. Italië), § 136 e.v., waarbij overigens geldt dat dit een tijdelijke maatregel is omdat de rechtspraak in Italië inmiddels gewijzigd is. Dit thema speelt vaker in zaken die verband houden met de redelijke termijn, zie o.a. EHRM 20 februari 1991, nr. 11889/85 (Vernillo t. Frankrijk). De claim dat bepaalde nationale instrumenten gebruikt en procedures nog doorlopen hadden moeten worden, wordt wel gepareerd door deze als 'niet-effectief' te benoemen, zie bijv. EHRM 3 mei 2007, nr. 26867/02 (Grzinčič t. Slovenië), § 57-69 en Van Dijk e.a. 2006, p. 125 e.v., en p. 135 e.v.
- 3 Zie BAUW 2010, p. 8-9: de efficiency van de Nederlandse rechtspraak wordt wereldwijd op de negende plaats gerangschikt. Niettemin is klagen over de duur van procedures van alle tijden, zie bijv. ZONDERLAND 1976, p. 248 e.v.

bijvoorbeeld Italië – van groot belang,⁴ ook los van art. 6 EVRM en art. 47 Handvest Grondrechten EU, omdat het vereiste een essentieel element vormt voor de realisering van een effectieve toegang tot de rechter,⁵ en daarmee voor het publieke vertrouwen in de rechtspleging.⁶ Dit belang blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat er in ons wetboek een aparte bepaling aan is gewijd (art. 20 Rv) en uit het feit dat de Grondwet in een nieuw eerste lid van art. 17 Gw straks gaat bepalen dat eenieder recht heeft op een eerlijk proces ‘binnen een redelijke termijn’, zie nader nr. 166. Het belang ervan volgt tevens uit zaken als *Voorhuis t. Nederland* en *Mol t. Nederland*,⁷ alsmede uit de nadruk die het (beoogde) vlotte(re) verloop van de civiele procedure krijgt in het kader van de Kel-operatie waarmee de herziening van Rv in gang is gezet.⁸ Dat ‘the powers that be’ in de rechtspleging daarbij ingezet hebben op een reductie van de gemiddelde

- [386] 4 Dat belang is er omdat niet snel genoeg beslissen meer en meer op een vorm van rechtsweigerings zal gaan lijken, vgl. MEIJKNECHT 2013, p. 79 (‘in het verlengde van’); E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘Minimumvereisten voor een civiele procedure’, *WPNR* 5742 (1985), p. 398, en ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/5 (‘justice delayed is justice denied’). Zie ook indringend DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1, p. 96 e.v. Kritisch VAN BOGAERT 2005, p. 121-122. In HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, p. 12, wordt het redelijke termijnvereiste overigens niet apart, doch slechts als een onderdeel van de partijautonomie genoemd.
- 5 Zie A.F.M. BRENNINKMEIJER, ‘De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces’, *NJCM-bull.* 1991, p. 633.
- 6 Daarover bijv. EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (Rutkowski e.a. t. Polen), § 126.
- 7 EHRM 3 maart 2009, *NJ* 2010/223, m.nt. E.A. Alkema (Voorhuis t. Nederland), resp. EHRM 16 juni 2009, nr. 10470/07 (Mol t. Nederland). In deze zaken werd een veroordeling door het EHRM voorkomen doordat een vergoeding werd betaald en nadere wetgeving werd toegezegd (welke overigens nooit van de grond is gekomen, zie de aankondiging dat eerdere plannen vervallen zijn, *Stb.* 2013, 162, p. 4). Zie na diens nog EHRM 17 september 2013, nr. 13143/08 (Van Galen e.a. t. Nederland): de regering erkent de schending en biedt een vergoeding van € 26.000,- aan smartengeld aan, waarna het EHRM de zaak van de rol schrapte.
- 8 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 1-3 (met negen verwijzingen naar ‘vlot’ en ‘tijdig’, etc.), p. 5 (de kern van het voorstel is versnelling) en p. 6-7, p. 24-26, p. 76-77 (over de regeling van termijnen voor partijen en rechter), en bijv. C. KLAASSEN, ‘Kroniek van de civiele rechtspleging’, *NJB* 2015/738, p. 1033; A.I.M. VAN MIERLO & P.J.J. VONK, ‘Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht; procederen in nieuwe jas na KEI’, *WPNR* 7065 (2015), p. 511. Zie ook art. 30q Kel-Rv: de rechter doet binnen zes weken uitspraak. In hoger beroep gaan dezelfde uitgangspunten gelden, en is snelheid dus ook belangrijk, vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 138, nr. 3, p. 1-2. Ook hier is zes weken de norm voor een uitspraak, zie art. 361a Kel-Rv. Vgl. tevens Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen (De Bilt) en W.D.H. Asser, sub nr. 2.

doorlooptijd van 40%, is vanuit het oogpunt van de mogelijke opbrengsten begrijpelijk,⁹ maar verder weinig geloofwaardig.¹⁰

De eis van een berechting binnen een redelijke termijn vloeit uiteraard in het bijzonder voort uit art. 6 EVRM,¹¹ alsmede uit art. 47 Handvest Grondrechten EU,¹² hoewel ook de 'Principles of Transnational Civil Procedure' (PTCP) dit beginsel verwoorden, in Principle 7 PTCP onder de noemer 'Prompt Rendition of Justice', waaraan dan een 'duty to cooperate' en de mogelijkheid van sanctionering is toegevoegd. Achtergrond van de universele erkenning van het belang van procedures binnen een 'reasonable time' is de gedachte dat '*justice delayed is justice denied*', hoewel ook dit beginsel niet absoluut is.¹³

Ik zal hierna art. 6 EVRM als een eerste en belangrijkste grondslag voor dit beginsel bespreken (§ 9.4), daarbij aandacht schenken aan de sanctionering indien zich een schending voordoet (§ 9.5), om vervolgens de nodige aandacht te besteden aan art. 20 Rv, als een tweede bron waarin het beginsel van de redelijke termijn kan worden gevonden (§ 9.6). Vervolgens zal ik ingaan op de vraag hoe dit artikel dan 'doorwerkt' in het Nederlandse civiele procesrecht (§ 9.7). Maar ik zal beginnen met de ratio van dit beginsel en enkele feitelijke vaststellingen ter zake (§ 9.2 en 9.3).

- [386]
- 9 Snelle(re) rechtspraak schijnt (naar schatting) honderden miljoenen per jaar op te leveren, zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 6, p. 7. Vgl. ook F. FELSÖ e.a., *De tijd loopt door*, 2007.
 - 10 Zie over dit percentage doelstelling 1 in de *Agenda van de rechtspraak 2015-2018*, 2014, en over het debat daarna C. KLAASSEN, 'Kroniek van de civiele rechtspleging', *NJB 2015/738*, p. 1033-1034, alsmede M. AHSMANN & H. HOFHUIS, 'Versnelling van de doorlooptijden van rechtszaken met 40%. Realistisch of Haagse bluf?', *NJB 2014/1273*, en H.TH. VAN DER MEER & R.P. VAN DER LAAN, 'Reactie', *NJB 2014/1275*. Vgl. ook DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 102 ('een slag in de lucht').
 - 11 Zie echter ook Recommendation No. R (84) 5 of the committee of ministers to member states on the Principles of Civil Procedure designed to improve the functioning of justice (Adopted by the Committee of Ministers on 28 February 1984 at the 367th meeting of the Ministers' Deputies) waarin 'more rapid forms of proceedings' worden benoemd als nastrevenswaardig en in Principle 9 gesproken wordt over 'speeding up the administration of justice'.
 - 12 En de toepassing daarvan, specifiek ten aanzien van de redelijke termijn, in HvJ EU 26 november 2013, C-58/12P, *NJ 2014/113* (Groupe Gascogne/Commissie), nr. 82-83, waarin beslist is dat er bij een schending op Unieniveau een schadevergoedingsvordering (en niet langer een boetereductie) tegen de Unie mogelijk is. Vgl. ook al HvJ EG 16 juli 2009, C-385/07 P (Der Grüne Punkt), alsmede A.E. BEUMER, 'Een voorstel voor een effectief rechtsmiddel voor overschrijdingen van het redelijketermijnvereiste', *NTER 2014*, p. 109 e.v.
 - 13 Vgl. DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-1*, p. 191 ('recht dat te lang uitblijft wordt als onrecht ervaren'), na een historische verhandeling over diverse mislukte pogingen de civiele procedure sneller te maken; JANSSEN 2000, p. 1, en vgl. EHRM 19 januari 2010, *NJB 2010/654* (Bock t. Duitsland): niet-ontvankelijkheid wegens misbruik van klacht-recht bij klacht over redelijke termijn in een procedure die om een belang van € 7,99 (!) gaat.

9.2 Ratio van het redelijke termijn-beginsel

[387] *Ratio*. Art. 6 EVRM eist dat nationale overheden hun rechtspleging zodanig inrichten dat de vaststelling van de rechten en plichten van hun onderdanen binnen redelijk termijn kan geschieden.¹ De ratio van het beginsel van en de regeling inzake de redelijke termijn is dat een civiele procedure niet eindeloos mag en kan duren. De onzekerheid die aan een civiele procedure kleeft, moet op enig moment, en binnen een redelijke tijd, tot een einde komen:² *lites finiri oportet*. Omdat procedures nu eenmaal kostbaar zijn en blijven, is dat voor alle partijen, inclusief de overheid en de maatschappij als geheel,³ beter en dus wenselijk. Dat is de eerste ratio achter de eis dat procedures niet te lang mogen duren.

Er is echter nog een ratio te ontdekken als het om berechting binnen redelijke termijn gaat, en wel een meer publiek belang bij snelle procedures. Als procedures te lang duren, komt uiteindelijk de geloofwaardigheid van de rechtspraak en de effectiviteit daarvan – en daarmee uiteindelijk de rechtsstaat als geheel⁴ – in het geding. Burgers moeten immers vertrouwen kunnen koesteren in de rechter, vertrouwen dat er ook is, nog steeds,⁵ maar dat moet wel ook op de langere

- [387]
- 1 Zie ook STEIN/RUEB 2013, p. 31. De Staat moet er daarom (o.a.) voor zorgen dat de wetgeving adequaat is, dat er voldoende rechters zijn die voldoende ondersteuning genieten, etc., zie EHRM 6 mei 1981, NJ 1987/827, m.nt. P. van Dijk (Buchholz t. Duitsland). Daar ga ik hier echter aan voorbij. Art. 13 EVRM vergt dan vervolgens nog dat er ook een effectief rechtsmiddel ter beschikking staat, zie nader nr. 103.
 - 2 VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 114; KNIGGE 1998, p. 19; JANSEN 2000, p. 13; Van Dijk e.a. 2006, p. 602-603; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 208. DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1, p. 96, koppelt hieraan terecht dat het uitblijven van een uitspraak de positie versterkt van de partij die belang heeft bij de status quo.
 - 3 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 233.
 - 4 Vgl. A. BRENNINKMEIJER, 'Stresstest rechtsstaat Nederland', *NJB* 2015/740, m.n. p. 1053.
 - 5 Wij zijn nog steeds een 'high trust'-samenleving, zie R. KLOOSTERMAN & H. SCHMEETS, 'Vertrouwen in medemens en instituties toegenomen aan het begin van de 21^e eeuw', *Bevolkingstrends* 2010-2, p. 43-49. Zie ook J. GRIFFITHS, 'Vertrouwen in de rechtspraak?', *NJB* 2011/794, p. 1028-1031. Ik merk hierbij wel nog op dat er studies zijn die laten zien dat tussen 1981 en 1999 het vertrouwen sterk gedaald is, waarna het vertrouwen weer gestegen is, zie T.W.G. VAN DER MEER, 'Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen', *Rechtstreeks* 2004-1, par. 8. De meest recente cijfers geven echter aan dat het vertrouwen in de rechterlijke macht in Nederland (weer) vrij groot is, zeker in relatie tot andere instituties; het ligt (schommelend per kwartaal) tegen de 70%, zie www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/vrije-tijd-cultuur/publicaties/artikelen/archief/2015/4247-ruime-meerderheid-heeft-vertrouwen-in-gezaghebbende-instituties.htm, en *Flash Eurobarometer* 385, *Justice in the EU*, 2013, p. 14.

termijn zo blijven, en dat vertrouwen wordt mogelijk geschaad als de termijn die een procedure in beslag neemt, te lang wordt.⁶

Bij dit alles, en bij de daaruit voortvloeiende nadruk op snelheid, mag echter niet uit het oog verloren worden dat snelheid ten koste kan gaan van de kwaliteit,⁷ bijvoorbeeld als het gaat om het kunnen becommentariëren van hetgeen de wederpartij heeft ingebracht (hoor en wederhoor); de rechter moet ook weer niet té snel willen zijn, want dan levert hij eerder een slecht product af. Een toename van de snelheid kan en zal overigens tevens ten koste gaan van de partijautonomie, want om procedures enigszins te kunnen bespoedigen is een, naar het zich laat aanzien, actieve rechter⁸ nodig, en daarmee is er dus minder plaats voor de klassieke partijautonomie.

9.3 Enkele feitelijke gegevens inzake de duur van procedures¹

[388] *Feitelijke duur bij de rechtbanken.* De tijd die een procedure gemiddeld duurt, verschilt uiteraard al naargelang het onderwerp van geschil, maar als wij uitgaan van bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding na een verkeersongeval of van een geschil over een zakelijke transactie tussen twee bedrijven in eerste aanleg, dan hebben wij het over een zogenaamde handelszaak met verweer bij de rechtbank.

De doorlooptijden voor een dergelijke civiele procedure waren de afgelopen jaren als volgt (zie de door mij geursiveerde regel, in de tabel hierna²):

[387] 6 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 208; M. KUIJER, 'The right to a fair trial and the Council of Europe's efforts to ensure effective remedies on a domestic level for excessively lengthy proceedings', *Human Rights Law Review* 13:4 (2013), p. 777. Dat belang verklaart ook de diverse Recommendations van de Raad van Europa op dit terrein, zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 228. Op EVRM-niveau gaat het hier vooral om de 'effectiveness and credibility', vgl. Harris e.a. 2014, p. 439-440.

7 Zo bijv. T. HUYDECOPER, 'Veranderingen in het procesrecht', *NJB* 2014/1274, en DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1, p. 100.

8 Expliciet LAWSON/TEUBEN 2004, p. 175. Zie nader nr. 518 e.v.

[388] 1 Zie voor al oudere, maar veel meer, en beter verantwoorde cijfers (per zaakstype, financieel belang, etc.) en sociaalwetenschappelijk onderzoek inzake civiele procedures en de doorlooptijden daarvan: R.J.J. ESHUIS, *Het recht in betere tijden* (diss. EUR), 2007. Voor het hiernavolgende zijn in de loop der jaren uit diverse bronnen cijfers verzameld, en bijeengevoegd. Deze paragraaf werd afgerond in april 2015, en kon dus nog net de cijfers over 2014 meenemen.

2 Zie voor deze tabel: Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak* 2013, 2014, jaarverslagrechtspraak.nl/verslag/doorlooptijden.

Tabel 19: gemiddelde doorlooptijden van procedures bij rechtbanken en hoven in weken, 2011 t/m 2013

	2011	2012	2013	groei 2013	groei 2012
Rechtbanken, sector kanton					
Handelszaak verweer met enquête, descente of pleidooi	49	45	45	1%	-7%
Handelszaak verweer zonder enq., desc. of pleidooi	17	16	17	7%	-6%
Handelszaak zonder verweer (verstek)	2	2	2	2%	11%
Ontbindingsprocedure arbeidsovereen- komst met verweer	8	7	7	2%	-8%
Overige beschikkingen (handel en huur)	15	14	13	-5%	-6%
Familiezaak	6	7	11	63%	16%
Kort geding	5	5	5	0%	-3%
Rechtbanken, sector civiel					
Handelszaak met verweer	61	67	72	8%	10%
Handelszaak zonder verweer (verstek)	6	9	8	-4%	43%
Verzoekschriftprocedure handel (vooral insolventie)	9	8	8	4%	-7%
Scheidingszaak	15	15	15	3%	-5%
Beschikking verzoekschriftprocedure kinderrechter	7	8	8	6%	1%
Overige familiezaak (bijv. adoptie)	24	26	16	-37%	8%
Kort geding	6	6	6	6%	-6%

Zoals te zien valt, is de termijn voor afdoening gestegen in 2012 en 2013, contrair aan wat de (beleids)bedoeling is. Met een gemiddelde doorlooptijd van 72 weken in 2013 gaan wij (terug) richting de cijfers die tien jaar geleden genoteerd werden. De nadruk die sindsdien binnen het Kel-programma op versnelling wordt gelegd,³ wordt daarmee navolgbaar(der).

Ter vergelijking: de rechtbankprocedure in eerste aanleg in handelszaken duurde in 2004 nog gemiddeld 587 kalenderdagen (afgerond: 84 weken), in 2005 was dat gemiddeld 577 kalenderdagen (82 weken), en dat was al weer ruim vijftig dagen langer dan in 2006 toen het nog maar 524 dagen (75 weken) was. De termijn werd in die periode dus korter, hoewel wellicht niet erg spectaculair. In 2007 vond echter wel een vrij stevige daling plaats naar zestig weken (een daling

[388] 3 Zie Kamerstukken II 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 1, en nr. 386.

van vijftien weken, rond de honderd dagen).⁴ In 2008 bleef de doorlooptijd nagenoeg gelijk (61 weken),⁵ net als in 2009.⁶ In 2010 viel er voor de sector civiel een verdere lichte daling (van 61 naar 59 weken) te noteren.⁷

Sindsdien is de trend dus echter weer omgekeerd: 61 weken in 2011 werd 67 weken in 2012 en, als gezegd, 72 weken in 2013. De Raad voor de rechtspraak verklaarde deze uiteraard onwielgevallige⁸ trend als volgt:⁹

“Hier speelt de competentiewijziging die medio 2011 plaatsvond een rol. Toen ‘verhuisden’ uit de groep zaken die de civiele rechter behandelt de gemiddeld wat eenvoudiger zaken naar de kantonrechter.”

Die verklaring maakt uiteraard nieuwsgierig naar hoe het die kantonrechter vergaan is, waarover zo meteen meer. Intussen kan echter geconstateerd worden dat de doorlooptijd in 2014 weer sterk is afgenomen, met 13%, naar 63 weken,¹⁰ hetgeen een prettige ontwikkeling is. De beoogde 40% reductie¹¹ is daarmee echter nog niet in beeld (uitgaande van de 72 weken in 2013, moet de rechtspraak dan immers terug naar ongeveer 41 weken).

[389] *De kantonrechter*. Heeft de kantonrechter de (vanuit zijn perspectief) gemiddeld wat minder eenvoudige zaken binnen redelijke termijn kunnen verwerken? Als wij nogmaals kijken naar de hiervoor opgenomen tabel, dan volgt uit de eerste, onderstreepte regel dat de doorlooptijd bij de kantonrechter juist is gedaald, van 49 naar 45 weken tussen 2011 en 2012, en op dat peil is gebleven in 2013. De kantonrechter heeft dus blijkbaar weinig last gehad van de nieuwe

[388] 4 Zie nader I. GIESEN & L.M. COENRAAD, ‘Toegang tot de rechtspleging in Nederland anno 2008’, *NJB* 2009/876, p. 898.

5 B.J. Diephuis, R.J.J. Eshuis & N.E. de Heer-de Lange (red.), *Rechtspleging civiel en bestuur 2008; ontwikkelingen en samenhangen*, 2010, p. 135.

6 Dit cijfer is ontleend aan de jaarverslagen van de Raad voor de rechtspraak, verzameld door het CBS. Zie www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/publicaties/archief/2010/2009-civiel-bestuur-pub.htm, en dan de tabellen behorend bij hoofdstuk 5, via www.cbs.nl/NR/rdonlyres/A78C3305-D1D6-4BDF-BDBA-282397AD318A/0/2009-civielbestuurtabellenh5.xls, onder tabblad ‘t5.10’.

7 Zie hiervoor de cijfers in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, 2011, p. 58.

8 “Onder de rechtzoekenden scoort het thema doorlooptijd ongunstig. Slechts een kleine meerderheid (54%) is hier tevreden over, terwijl ruim een kwart (26%) van de rechtzoekenden ontevreden over de doorlooptijden is.” Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Kwaliteit-van-de-Rechtspraak/Pages/KWO-2014.aspx, p. II.

9 Zie Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2013*, 2014, jaarverslagrechtspraak.nl/verslag/doorlooptijden-handelszaken-en-familiezaken.

10 Zie Tabel 19 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, 2015, p. 61.

11 Zie het Jaarplan van de Rechtspraak 2015, www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2015/03/26/tk-bijlage-jaarplan-van-de-rechtspraak-2015.html, op p. 4 en 7.

competentiegrenzen.¹ In 2014 liep de termijn zelfs terug naar 43 weken.² Wel was er voordien, in 2010, voor de kantonrechters een lichte stijging waarneembaar (van 41 weken in 2009 naar 43 weken³), welke dus in 2011 nog eens versterkt werd tot een doorlooptermijn van 49 weken. De kantonrechters hadden blijkbaar hun 'dip' of terugval iets eerder dan de civiele kamers van de rechtbanken in handelszaken.

Met deze wisselende gegevens in het achterhoofd moeten wij uit de cijfers wellicht ook niet meer (willen) halen dan dat de doorlooptijden over de jaren fluctueren rond een zeker gemiddelde (pakweg 45 weken in kantonzaken en pakweg 65 weken in handelszaken). Wel verdient nog vermelding dat binnen de sector kanton alle soorten zaken gemiddeld genomen (ruim) binnen een jaar worden afgedaan. Dat is zeker bij de rechtbanken, doch overigens ook bij de gerechtshoven, wel anders.

[390] *Rechtsmiddelen.* Als er in een handelszaak met verweer een rechtsmiddel wordt aangewend, dan neemt de totale doorlooptijd uiteraard toe. Zo duurde een regulier hoger beroep nog eens zeventig weken in 2006 en 2007, en 72 weken in 2008 en 2009.¹ Daarbij komen dan natuurlijk ook nog de drie maanden die een procespartij tot zijn beschikking heeft alvorens in hoger beroep te moeten zijn gegaan (zie art. 339 Rv), maar dat terzijde. Sindsdien is er een behoorlijke daling te zien geweest naar 65 weken in 2010.² En inmiddels geven de (gecursiveerde) cijfers het navolgende, nog fraaiere beeld:³

Tabel 19: gemiddelde doorlooptijden van procedures bij rechtbanken en hoven in weken, 2011 t/m 2013 (Vervolg)

	2011	2012	2013	groei 2013	groei 2012
Gerechtshoven					
<i>Handelszaak</i>	61	55	57	2%	-9%
Familiezaak	36	32	33	1%	-9%
Belastingzaak	74	71	62	-13%	-3%
Strafzaak (MK en EK)	44	43	42	-3%	-3%
Uitwerken arrest t.b.v. cassatie	22	23	21	-8%	4%

[389] 1 Wel zijn de (genormeerde) percentages van het aantal zaken dat binnen een bepaalde periode is afgedaan, licht verslechterd, aldus Tabel 13, te vinden via jaarverslagrechtspraak.nl/verslag/doorlooptijden-kantonzaken. De verklaring daar luidt, inderdaad: "De langere duur heeft voor een deel te maken met de competentiewijziging die medio 2011 plaatsvond. Daardoor kwamen bij de kantonrechter gemiddeld wat zwaardere zaken dan de kantonrechter daarvoor behandelde."

2 Zie Tabel 19 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, 2015, p. 61.

3 Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, 2011, p. 58.

[390] 1 Zie Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2009*, 2010, p. 63.

2 Zie Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010*, 2011, p. 59.

3 Zie voor de tabel: Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2013*, 2014.

Ook hier is dus te zien dat de doorlooptijd van jaar tot jaar fluctueert, maar sinds enige jaren wel met een (schijnbaar) dalende trend. Dat blijkt ook uit de cijfers over 2014, want in dat jaar was de doorlooptijd nog slechts 53 weken.⁴ Wat vooral opmerkelijk, althans contra-intuïtief is aan deze cijfers, is dat een procedure in hoger beroep (het gaat hier, zo zou men verwachten, niet om de meest eenvoudige zaken) gemiddeld genomen korter duurt dan de procedure in eerste aanleg (in 2013 gaat het om 57 versus 72 weken, in 2014 om 53 versus 63 weken). De verklaring daarvoor zou kunnen schuilen in het gegeven dat de meeste (tijdrovende) bewijsverrichtingen al in eerste aanleg plaatsvinden. Aan de andere kant: het is een veelgehoorde klacht (die ik overigens niet kan onderbouwen met cijfers) dat juist in eerste aanleg te gemakkelijk geen bewijs verzameld wordt,⁵ zodat dat alsnog in hoger beroep moet geschieden.

Een eventuele cassatieprocedure is niet opgenomen in de tabellen van de Raad voor de rechtspraak (de Hoge Raad valt daar immers niet onder), maar die cassatieprocedure duurt tegenwoordig nog iets korter, gemiddeld, dan een procedure in hoger beroep. De cijfers laten immers zien dat een zaak in cassatie gemiddeld genomen nog geen jaar duurt (355 dagen in 2012, 328 dagen in 2013, 292 dagen in 2014), uiteraard ook weer na een (niet meegerekende) cassatietermijn van drie maanden (art. 402 Rv).⁶

[391] *Afrondend.* Telt men al deze termijnen bij elkaar, dan duurt een gemiddelde procedure al snel bijna vier jaar, en dan zijn eventuele complicaties (denk aan een terugverwijzing naar een gerechtshof na cassatie door de Hoge Raad, eventueel gevolgd door nog een cassatieberoep), buiten beschouwing gelaten. Ook valt op dat het na 2006 met de doorlooptijden, als gezegd, aanvankelijk beter is gegaan, maar dat ruimte voor een verdere versnelling absoluut aanwezig is. Dat geldt zeker de laatste jaren, waarin wij weer een verslechtering zagen optreden (bij de rechtbanken althans).

Ter relativering moet gezegd worden dat als de civiele rechter zou uitgaan, zoals dat in het bestuurs- en strafrecht is gebeurd, van termijnen van twee jaar per instantie, zie nr. 134-135, deze termijnen gemiddeld genomen gehaald worden. Maar die bestuurs- en strafrechtelijke termijnen van twee jaar zijn dan wel weer maximale termijnen, en geen gemiddelden. Daarbij aansluitend: bij het voorgaande dient steeds in het oog te worden gehouden dat het hier om gemiddelden gaat. Omdat veel zaken snel worden afgewikkeld, zullen er dus geregeld ook zaken tussen zitten die ernstig veel langer duren en niet direct

[390] 4 Zie Tabel 19 in Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2014*, 2015, p. 61.

5 Zie M.J.A.M. Ahsmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"?', in: M.J.A.M. Ahsmann e.a., *Bewijsrecht*, 2011.

6 Zie de jaarverslagen van de Hoge Raad over 2013 en 2014, via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Nieuws/Pages/Jaarverslag-Hoge-Raad-2013.aspx en via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/default.aspx.

'EVRM-proof' lijken te zijn, hoewel Nederlandse rechtspraak ter zake vrijwel geheel ontbreekt.¹

[392] *Onderling compenseren tussen rechtsgebieden?* Bij een oordeel over de door de rechters gehanteerde termijnen lijkt het overigens goed om mee te wegen dat de rechterlijke macht niet alleen civiele zaken, maar ook nog straf- en bestuurszaken zal moeten afwikkelen.¹ Als dat hele pakket samen wordt genomen, kan de vraag gesteld worden wat dan als eerste zou moeten worden afgewikkeld en wat wellicht iets langer mag blijven liggen.² Het onder dreiging van een straf moeten leven, is uiteraard serieuzer dan vrijwel alle civielrechtelijke zaken, en gaat dus voor. Ook zou mee kunnen spelen dat in het civiele recht de vrijheid van procespartijen veel groter is (men heeft partijautonomie) en daarmee ook ieders eigen invloed op (de duur van) het proces. Niettemin kan hieraan weinig gewicht worden toegekend, omdat het EHRM niet accepteert dat het nationale juridische systeem als geheel structureel onderpresteert, zoals wij hierna zullen zien, zodat dit type onderlinge 'compensatie' – civielrechtelijke schendingen accepteren omdat het strafrecht (mede daardoor) wel tijdig genoeg opereert – niet mogelijk is.

9.4 Art. 6 EVRM: 'within a reasonable time'

9.4.1 Inleiding

[393] *Vertrekpunt.* Op dit moment zijn er twee vertrekpunten, een Europees (art. 6 EVRM) en een Nederlands (art. 20 Rv), voor een beroep op het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn, maar ook hier is art. 6 EVRM uiteindelijk weer de belangrijkste bron. Daaruit volgt dan onder andere dat in een individuele procedure het aan de rechter als staatsorgaan is om op de redelijke termijn te letten. Dat geldt eens te meer in het licht van het feit dat art. 6 EVRM door het Hof zo uitgelegd wordt dat de rechten die daarin besloten liggen, waaronder uiteraard ook het recht om binnen redelijke termijn een uitspraak te krijgen, ook 'practical and effective' moeten zijn en niet louter theoretisch moeten bestaan.¹ De versterkte nadruk die de laatste tien jaar gelegd wordt op art. 13 EVRM, zeker als het gaat om redelijke termijn-zaken, getuigt daarvan, vooral sinds de uitspraak *Kudla t. Polen*.²

Alvorens wij echter toekomen aan de vraag of dit recht wel 'practical and effective' is, een vraag die nauw samenhangt met de sanctionering van een schending (zie § 9.5), dient eerst te worden gezien of de redelijke termijn wel

[391] 1 De tien jaar die de boedelscheiding duurde in de zaak welke leidde tot EHRM 3 maart 2009, NJ 2010/223, m.nt. E.A. Alkema (Voorhuis t. Nederland), is echter een voorbeeld. Het gebrek aan een 'goede' sanctie is hier mede debet aan, aldus JANSEN 2000, p. 174.

[392] 1 Het EHRM weegt niet af op het niveau van rechtsgebieden, maar laat wel blijken dat belangrijker zaken eerder afgerond moeten worden, zie hierna nr. 401.

2 Vgl. LAWSON/TEUBEN 2004, p. 159.

[393] 1 Dat is vaste rechtspraak, zie o.a. KNIGGE 1998, p. 13.

2 EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (Kudla t. Polen).

in het geding is. Daartoe moeten wij het begin en het einde van de procedure, en de duur van de tijd daartussenin, bepalen want het EHRM neemt de gehele rechtsgang in aanmerking.³ In dat kader wordt ook nog gezien, in nr. 404, of het niet mogelijk is een vaste termijn te bepalen waarbinnen een civiele procedure afgerond zou moeten zijn.

9.4.2 Termijn: begin en eind

[394] *Totale lengte.* Wat een redelijke termijn voor een civiele procedure is, staat uiteraard niet tot op twee cijfers achter de komma in het EVRM – sterker: aan concrete termijnen waagt de Europese rechter zich niet – maar uit de rechtspraak van het EHRM kan daarover wel het nodige afgeleid worden, en dat geldt in het bijzonder als het gaat over de uitgangspunten bij het bepalen van de duur van de termijn in kwestie, hetgeen nodig is om te kunnen bepalen of deze duur nog redelijk is. Om te bepalen of een zaak wel of niet te lang geduurd heeft, zal in elk geval de totale lengte en dus het begin en het einde van de zaak moeten worden bepaald; vastgesteld moet worden waar het begin en het einde ligt van de periode van de termijn, want anders is vervolgens niet te bepalen hoelang die periode duurde, en of dat dan een redelijke periode is geweest.¹

[395] *Begin.* Het begin van de in aanmerking te nemen termijn, is logischerwijs gelegen in het moment van aanhangig maken van de zaak bij de rechter, te weten de dag waartegen de dagvaarding geschiedt (art. 125 lid 1 Rv) of waarop het verzoekschrift is ingediend (art. 278 lid 2 Rv).¹ Straks, na afronding van *Kel*, betreft het de dag waarop de procesinleiding is ingediend, zie art. 125 *Kel-Rv*. Dat begin van de termijn kan echter eerder liggen, bijvoorbeeld als er tussen dezelfde partijen voordien al een kortgedingprocedure is gevoerd, voorafgaand aan het betreffende bodemgeschil, of als een andere actie nodig is alvorens het tot een proces kan komen.² Dat kan het geval zijn als het om een vordering tot schadevergoeding na een onrechtmatig besluit van het bestuur gaat; de bestuursrechtelijke fase voorafgaand aan de civiele procedure telt dan volgens Jansen mee.³ Ik ben het daarmee eens. De fase van onderhandelingen tussen partijen, en voordien het neerleggen van een claim bij de wederpartij, telt echter niet mee zolang er nog geen

[393] 3 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 212-213. Zie ook Asser, noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 5(b).

[394] 1 Zie over begin, einde en duur van de redelijke termijn: JANSEN 2000; A.M.L. JANSEN & D.W.M. WENDERS, 'Een kroniek van de redelijke termijn', *NJCM-bull.*2006, p. 1091 e.v., en M. KUIJER, 'The right to a fair trial and the Council of Europe's efforts to ensure effective remedies on a domestic level for excessively lengthy proceedings', *Human Rights Law Review* 13:4 (2013), p. 780-783.

[395] 1 Zie bijv. EHRM 20 februari 1991, nr. 11889/85 (*Vernillo t. Frankrijk*), § 29; JANSEN 2000, p. 62; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 215-216.

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 216-217.

3 JANSEN 2000, p. 66-67.

procedure is gestart.⁴ Dat geldt ook als overleg tussen partijen als een ingangseis verplicht is alvorens een civiele procedure gestart kan worden (zie art. 6:240 BW).⁵

[396] *Einde.* Het eindpunt, het moment waarop de berekening van de duur stopt, is dan gelegen in het moment waarop er zekerheid wordt verkregen, dus het moment waarop de uitspraak waartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, is geweest. In Nederland is dat dus eventueel het moment waarop ook de cassatiefase (incl. verwijzing) is afgerond.¹ Op dat moment is immers pas de onzekerheid over iemands rechtspositie ten einde gekomen.² De rechtsmiddelen tellen dus mee voor het bepalen van de duur van de termijn en de redelijkheid ervan. Datzelfde geldt overigens ook voor een eventuele schadestaatprocedure en voor de executiefase na het verkrijgen van een uitspraak, hetgeen betekent dat executiegeschillen, als die zich voordoen, de termijn verlengen.³ Daarbij verdient wel nog aantekening dat een tot schadevergoeding veroordeelde civiele partij *jegens zijn wederpartij* (en dus niet jegens de overheidsrechter) aanspraak maakt op het snel in gang zetten van de schadestaatprocedure door die wederpartij.⁴ Dat oordeel past goed onder de norm van art. 20 lid 2 Rv, welk artikel het gebrek aan horizontale werking van art. 6 EVRM omzeilt, zie nr. 428.⁵

9.4.3 Termijn: duur

[397] *Maximale duur: afweging.* De maximaal 'toegestane' duur van een procedure om nog van een *redelijke* termijn te kunnen spreken, dient vervolgens bepaald te worden aan de hand van de weging van enkele in de rechtspraak van het EHRM, bijvoorbeeld in de beroemde zaak *Capuano t. Italië* uit 1987, onderscheiden factoren.¹ De bepaling van de redelijkheid van de termijn tussen het hiervoor al onderscheiden begin- en eindpunt is dus volgens het EHRM afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, de afweging van de

[395] 4 Van Dijk e.a. 2006, p. 603; JANSEN 2000, p. 32 en 68-69; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 217-219 (ook inzake de voorfase waarin er nog slechts een claim bij de wederpartij ligt); A-G Asser voor HR 29 juni 1990, NJ 1991/337, m.nt. E.A. Alkema (Trakzel/Amsterdam).

5 JANSEN 2000, p. 70-71.

[396] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 220. Zie ook EHRM 20 februari 1991, nr. 11889/85 (Vernillo t. Frankrijk), § 29.

2 VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 118; Van Dijk e.a. 2006, p. 605.

3 JANSEN 2000, p. 48-55 en 72-75; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 166; Van Dijk e.a. 2006, p. 605; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 214. De executiefase valt onder de noemer 'trial' uit art. 6 EVRM, zie bijv. EHRM 11 oktober 2005, nr. 4773/02 (Sychev t. Oekraïne), § 50, en nr. 160 met nadere verwijzingen.

4 Aldus Rb. Maastricht 14 december 1972, NJ 1973/145, waarover kritisch SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 215.

5 Anders SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 215.

[397] 1 EHRM 25 juni 1987, NJ 1990/231, m.nt. E.A. Alkema (Capuano t. Italië). Zie ook o.a. DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 192-194, over EHRM 6 mei 1981, NJ 1987/827, m.nt. P. van Dijk (Buchholz t. Duitsland), welke zaak voordien leidend was.

betrokken belangen (snelheid en zorgvuldigheid), en dan in eerste instantie van drie (doch overigens nooit als limitatief gepresenteerde) criteria.² Het gaat dan om de complexiteit van de zaak, het gedrag van degene die klaagt over de lange duur, en het gedrag van de autoriteiten.

[398] (1) *De complexiteit van de zaak.* Daarmee bedoelt men dan dat bezien moet worden of het een lastige, ingewikkelde zaak betrof of niet; daarbij kan het om een juridisch of om een feitelijk (bewijslevering) ingewikkelde zaak gaan, waarbij tevens het aantal betrokkenen en de omvang van het dossier een rol spelen.¹

[399] (2) *Het gedrag van degene die klaagt over de lange duur.* Als een procespartij zelf vertraging veroorzaakt door niet op tijd bescheiden aan te leveren, uitstel voor conclusies te vragen, niet ter zitting te verschijnen, allerlei incidenten op te roepen, etc., dan kan die partij zich vervolgens niet zonder meer over de onredelijke duur van de procedure beklagen.

Betekent dit dan dat een procespartij niet alle ter beschikking staande processuele middelen zou mogen benutten? Dat is niet het geval.¹ De redelijke termijn-eis is er niet om iemand zijn rechten af te pakken, en het staat een procespartij dan ook vrij om bijvoorbeeld een voorlopige voorziening te vragen of in hoger beroep te gaan,² tenzij er sprake zou zijn van misbruik van recht. Wel volgt hieruit dat een partij zijn rechten wel binnen redelijke tijd zal moeten aanwenden en doorvoeren; treuzelen past niet. Op partijen rust derhalve een plicht de procedure zo vlot mogelijk te laten verlopen, zie ook art. 20 lid 2 Rv, waarover nr. 428.

Of dat tevens betekent dat er ook een 'plicht' bestaat voor civiele procespartijen om de afhandeling van de procedure te *versnellen*, wordt bestreden. Jansen meent dat zulks niet het geval is;³ Smits meent van wel.⁴ Diens argument dat er naast de versnellingsplicht van procespartijen in deze uiteraard ook nog (maar wel cumulatief) een taak voor de rechter bestaat, is wat mij betreft juridisch redenerend juist, maar past minder goed bij de door Jansen besproken gevallen

[397] 2 Zie ook Harris e.a. 2014, p. 440-442; Van Dijk e.a. 2006, p. 606; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 161 e.v.; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 220 e.v. Over dit alles en het navolgende ook uitvoerig JANSEN 2000, p. 130-172 en 175-199, alsmede de conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), sub 3.3-3.5, voorafgaand aan ABRvS 29 januari 2014, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

[398] 1 Zie bijv. Van Dijk e.a. 2006, p. 607.

[399] 1 Bijv. EHRM 5 december 2006, nr. 14580/02 (Wiercigroch t. Polen), § 58. Het Hof lijkt iets coulanter ten opzichte van partijen dan ten opzichte van de autoriteiten, aldus I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 128.

2 Zie EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06 (Rumpf t. Duitsland); Van Dijk e.a. 2006, p. 607.

3 JANSEN 2000, p. 144-146. Zo ook LAWSON/TEUBEN 2004, p. 163.

4 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 223-224. Ook in die richting Van Dijk e.a. 2006, p. 607.

waarin het niet aanwenden van processuele versnellende middelen niet aan de klager toegerekend werd. Het nalaten van een procespartij om een mogelijkheid te benutten om de procedure te versnellen, doet volgens het EHRM niet af aan de plicht van de overheid om de berechting binnen redelijke termijn te garanderen.⁵ De conclusie zal dan moeten luiden dat het ook weer van de omstandigheden van het geval afhangt of er wel of niet een plicht bestond voor een procespartij de versnelling te zoeken en gebruiken, en dat er dus geen vooraf gegeven algemene plicht daartoe bestaat.

[400] (3) *Het gedrag van de autoriteiten.* Daaronder kunnen diverse kwesties schuilgaan die allen hierop neerkomen dat de rechter een actieve procesbewaker moet zijn, en soms zelfs een procesmanager.¹ Ook zal de kwaliteit van de ingeschakelde rechters voldoende moeten zijn om voldoende vlot te kunnen werken. Die rechter mag de zaak niet ophouden en zal zelfs moeten 'doorduwen' als partijen de boel traineren. De rechter is verder verantwoordelijk voor, bijvoorbeeld, de tijd die de ingeschakelde deskundigen in beslag nemen; hij moet dus de deskundige aansporen tot spoed als dat deel van het proces niet vlot. Ook getuigen moet hij op korte termijn horen.² Daarnaast is de Staat verantwoordelijk als een zaak (te) lang duurt in verband met het regelmatig terugverwijzen van de zaak naar een lagere rechter.³

De rechter is en blijft dus verantwoordelijk voor de voortgang, ook in een civiele procedure met een misschien (tenminste voorheen) wel lijdelijke rechter, althans een procedure waarin procespartijen het initiatief moeten nemen, aldus de *Capuano*-zaak.⁴ Als dossiers zoekraken, valt dat bijvoorbeeld onder verantwoordelijkheid van de Staat, en een opgelopen vertraging door een wisseling van rechters hangende een procedure is daarom in beginsel niet in de haak.⁵ Dat ligt uiteraard weer anders als die wisseling wordt veroorzaakt door wraking van de rechter, vgl. nr. 274 e.v.; het waarborgen van de onpartijdigheid maakt dat enige extra ruimte qua termijnen verschaft moet worden, maar ook dat zal slechts binnen zekere grenzen tot vertraging kunnen leiden. Een prejudiciële procedure

[399] 5 Zie ook EHRM 21 december 2010, nr. 50973/08 (Vassilios Athanasiou e.a. t. Griekenland), § 28.

[400] 1 Zie I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 129. Ook zo LAWSON/TEUBEN 2004, p. 175.

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 225-227; I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 130. Zie ook nog EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (Rutkowski e.a. t. Polen), § 128.

3 Zie bijv. EHRM 30 juni 2009, *NJB* 2009/1608 (Svetlana Orlova t. Rusland).

4 Zie EHRM 25 juni 1987, *NJ* 1990/231, m.nt. E.A. Alkema (Capuano t. Italië). Zie ook A.F.M. BRENNINKMEIJER, 'De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces', *NJCM-bull.* 1991, p. 636-637 en 639; JANSEN 2000, p. 189 e.v.; Van Dijk e.a. 2006, p. 607-608; EHRM 20 februari 1991, nr. 11889/85 (Vernillo t. Frankrijk), § 30.

5 EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06 (Rumpf t. Duitsland), § 44; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 226.

bij het Europese Hof van Justitie telt echter niet mee;⁶ een herroepingsprocedure naar Nederlands recht (art. 382 Rv) ook niet, aldus Asser en anderen.⁷

Wel meetellend bij de bepaling van de totale termijn van de procedure, is de tijd die de rechterlijke instantie nodig heeft om de uitspraak te schrijven en te openbaren. Een veelgehoorde klacht is dat aan de rechter zelf geen 'fatale' termijnen zijn gesteld. Het concipiëren van een vonnis binnen zes weken is in Nederland de norm, maar het duurt vaak langer dan dat, en dat terwijl de rechter zelf ook gebonden is aan art. 6 EVRM.⁸ De vraag of dat zomaar kan, laat zich ten dele beantwoorden doordat de rechter ook op de kwaliteit van zijn uitspraak zal moeten letten (snelheid heeft een prijs), doch dat argument zou een advocaat evenzeer kunnen (en willen) aanvoeren. Bovendien: onze kijk op wat kwaliteit is, wordt ook mede bepaald door de snelheid waarmee het product geleverd wordt. Een extreem voorbeeld: als een internetverbinding langzaam is, wordt dat als een slechte internetverbinding gezien. Voor rechterlijke uitspraken is snelheid weliswaar niet zo kenmerkend als dat voor dit soort verbindingen het geval is, maar snelheid bepaalt wel mede de kwaliteit van het geleverde. Een vonnis of arrest dat te lang op zich laat wachten, geeft aanleiding om langzaam aan rechtsweigering (art. 26 Rv) te denken.⁹ Daarbij lijkt een termijn van een jaar niet door de beugel te kunnen, zo lijkt te volgen uit Straatsburgse rechtspraak, hoewel de enkele tijdsoverschrijding op zichzelf niet fataal is.¹⁰ Dat betekent volgens Snijders e.a. dat de wachttijd in Nederland voor een uitspraak in appel problematisch is.¹¹

Bij het bepalen van de duur van een procedure en de invloed van de autoriteiten daarop, kan ook een rol spelen, zoals dat het geval was in de *Van Vlimmeren t. Nederland*-zaak,¹² dat het feitelijke onmogelijk was, gedurende lange tijd (de partijen moesten wachten op de terinzagelegging van een lijst om hun

[400] 6 JANSSEN 2000, p. 46-47; Van Dijk e.a. 2006, p. 605. Zie ook BREUER 2011, p. 519-520, en p. 655, en CRvB 14 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:YB6202, r.o. 2.4.2, met verdere verwijzingen naar nationale rechtspraak. Zie verder ABRVS 29 januari 2014, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, r.o. 4.7, alsmede de conclusie van Widdershoven, sub 4, voor die uitspraak. Als een prejudiciële vraag later wordt ingetrokken, betekent dat niet dat de termijn alsnog in het geding komt, zie CRvB 2 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV7730.

7 Asser, noot onder HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 5(b).

8 Ook Principle 23.1 PTCP vereist dat de rechter 'promptly' met zijn uitspraak komt.

9 Voorzichtig VAN EMMERIK 1997, p. 298. Over rechtsweigering uitvoerig VAN BOGAERT 2005, p. 113 e.v. Die gedachte wordt des te sterker als straks onder de werking van Kel-Rv de termijn voor een uitspraak op zes weken wordt gezet, zie art. 30q Kel-Rv.

10 EHRM 15 januari 2009, nr. 9318/05 (Holzinger t. Oostenrijk), § 50, waarin het Hof zegt dat de procedure tot een 'standstill' kwam, en Van Dijk e.a. 2006, p. 608. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 244, wijst echter op de grote variatie in termijnen.

11 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 41, op p. 49. Zie over dit punt ook LAWSON/TEUBEN 2004, p. 181-182, die de suggestie om via een kortgedingprocedure om een vonnis te vragen, niet snel succes toedichten (p. 185).

12 EHRM 26 september 2001, NJ 2001/115 (Van Vlimmeren t. Nederland). In gelijke zin al VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 117.

rechtspositie te kunnen bepalen) om de zaak voor de rechter te brengen – zodat er in feite nog geen begin van de redelijke termijn bepaald kon worden – zonder dat er een voldoende reden daarvoor bestond. Uiteraard raakt een dergelijke gang van zaken ook (en vooral) aan de toegang tot rechter, maar dat is niet onlogisch gezien de nauwe band die er tussen beide beginselen bestaat.¹³

[401] (4) *Het belang van de klagende partij.* Een vierde, in steeds meer zaken belangrijke factor is tegenwoordig¹ gelegen in het belang van de klagende partij. Als het belang van een procespartij bij de (uitkomst van de) zaak omvangrijker is, van meer gewicht is, moet er meer haast worden gemaakt. Zo zal een arbeidsrechtelijke zaak over iemands al dan niet terecht verleend ontslag sneller moeten worden afgewikkeld dan een zakelijk geschil tussen twee professionele partijen over de eventuele vertragingschade door de te late levering van een halffabriicaat. Ook familierechtelijke geschillen (zoals voogdijkwesties, etc.) zullen meer spoed vergen.² Van der Helm en Wesseling-Van Gent noemen ook nog letselschadezaken, maar dat is geen aparte categorie zaken die als groep van zodanig belang is dat extra vaart nodig is.³

[402] *Overige factoren.* Minder belangrijke, maar niettemin ook genoemde en gebruikte factoren zijn dan nog de navolgende:

(5) *Het aantal doorlopen instanties:* hoe meer instanties de zaak behandeld hebben, hoe minder snel de totale duur van de procedure te lang zal zijn. Daarbij is van belang dat het Hof zowel kijkt naar het geheel, de totale termijn die alle instanties samen hebben gevegd, als naar de termijn per instantie.¹ Een te

[400] 13 Zie bijv. A.F.M. BRENNINKMEIJER, 'De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces', *NJCM-bull.* 1991, p. 633 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 209.

[401] 1 Van Dijk e.a. 2006, p. 607; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 221 en 227-228; Harris e.a. 2014, p. 442. Zie vooral ook EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (Sürmeli t. Duitsland) en EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (Rutkowski e.a. t. Polen), § 127. Zie verder bijv. EHRM 27 juni 2000, nr. 30979/96 (Frydlender t. Frankrijk), § 43; EHRM 5 december 2006, nr. 14580/02 (Wiercigroch t. Polen); EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland), § 140. Deze factor wordt echter niet steeds genoemd, zie bijv. EHRM 15 januari 2009, nr. 9318/05 (Holzinger t. Oostenrijk), § 49.

2 Zie bijv. EHRM 28 juni 1990, *NJ* 1995/491, m.nt. E.A. Alkema (Obermeister t. Oostenrijk), § 72; EHRM 27 juni 2000, nr. 30979/96 (Frydlender t. Frankrijk); EHRM 30 juni 2009, *NJB* 2009/1608 (Svetlana Orlova t. Rusland), en Van Dijk e.a. 2006, p. 608-609, met andere voorbeelden.

3 Zie I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 127, en de nuancering in EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (Sürmeli t. Duitsland), § 133.

[402] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 221. Vgl. EHRM 5 februari 2009, *NJB* 2009/705 (Olujčić t. Kroatië), § 86-90, waarin de duur (zes jaar) van de laatste fase excessief werd bevonden hoewel alle voorgaande stappen steeds binnen bekwame tijd werden gezet.

langdurige eerste aanleg (dat scheidt een vermoeden van onredelijkheid) kan daarmee niet zonder meer via een snelle hogerberoepsinstantie worden weggepoetst.

(6) *De gevolgen van de procedure*: als de uitkomst van de procedure onherstelbare gevolgen heeft, zal meer zorgvuldigheid verlangd mogen en moeten worden en kan er minder snel met succes over de duur geklaagd worden.

(7) *Hoeveel beslag is er gelegd op capaciteit van de rechterlijke instanties?*: daarbij geldt dat indien sprake is – bijvoorbeeld omdat veel getuigen gehoord moeten worden – van een tijdelijke overbelasting, dat verschoonbaar is, althans kan zijn. Maar structurele overbelasting, ofwel: een structureel tekort aan personeel, ook al is dat te wijten aan ziekte, is dat niet. De verdragsluitende staten hebben immers de plicht hun rechterlijk systeem zo in te richten dat de rechterlijke instanties hun plichten onder art. 6 EVRM kunnen nakomen.² Smits formuleert het zo dat de Nederlandse overheid de plicht heeft om (a) het systeem van civiele rechtspleging zo in te richten dat procedures binnen een redelijke termijn kunnen worden afgewikkeld; en (b) in voldoende mate de financiële middelen te verschaffen die voor de uitvoering nodig zijn. Beide aspecten zijn niet direct in gevaar in Nederland maar het kan op sommige punten wel beter,³ zoals ook blijkt uit de inspanningen in het kader van de Kel-operatie.

[403] *Concrete voorbeelden*. Hoeveel tijd het Europese Hof de nationale rechter gunt, is in feite onduidelijk, want die tijd verschilt steeds. Dat biedt weinig houvast, maar het EHRM hanteert nu eenmaal geen absolute, vastgelegde termijnen, ook omdat daarvoor de (besproken) criteria te divers zijn. Daarom kunnen alleen enkele, nogal willekeurig gekozen voorbeelden gegeven worden, die overigens met vele andere voorbeelden zouden kunnen worden aangevuld:

Voorbeeld 1: een procedure die negen jaar, een maand en acht dagen duurt, is te lang bevonden, gezien die duur en gezien het belang van de zaak en het feit dat er op dat moment slechts twee instanties waren gepasseerd, terwijl de vertraging aan de rechterlijke instanties en niet aan partijen te wijten was.¹

Voorbeeld 2: indien er na negen jaar nog geen einde van de procedure is vast te stellen en dat feit (vooral) aan de overheid ligt, is dat te lang.²

Voorbeeld 3: een duur van vijf jaar en vijf maanden is niet te lang in een zaak over eventuele geldelijke compensatie na onteigening van grond in het

[402] 2 EHRM 14 november 2006, nr. 15464/02 (Drabicki t. Polen), § 23; EHRM 15 januari 2009, nr. 9318/05 (Holzinger t. Oostenrijk), § 50. Eerder al DOMMERING, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 195; I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 128-129; Van Dijk e.a. 2006, p. 609; Harris e.a. 2014, p. 443-444.
3 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 233 e.v. (met nadere uitwerking).

[403] 1 Zie EHRM 17 juni 2001, NJ 2002/444, m.nt. E.J. Dommering (Ekin t. Frankrijk).
2 Zie EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (Kudla t. Polen).

voormalige Oost-Duitsland, gezien de omstandigheid dat de (juridische) problemen op het gebied van de Duitse hereniging hierbij een rol speelden.³

Voorbeeld 4: een duur van zeven jaar en zes maanden is niet te lang gegeven het tijdverlies dat aan partijen is toe te schrijven in relatie tot het tijdverlies dat aan de rechter is te wijten.⁴

Voorbeeld 5: in verband met de aard van het in het geding zijnde belang, geldt dat bij geschillen inzake omgangsregelingen meer spoed nodig is, maar een duur van drie jaar en negen maanden voor de bodemprocedure in een dergelijke zaak hoeft niet te lang te zijn, bijvoorbeeld niet omdat er communicatieproblemen tussen partijen bestaan, men de kinderen niet confronteren wil met ruzie, en men de tijd wil nemen om een schikking te betrachten.⁵

Voorbeeld 6: als er eerst een civiele procedure gevoerd wordt gedurende vijf jaar, deze zaak daarna heropend wordt, en de zaak dan nog eens tweeënhalf jaar duurt, is dat te lang omdat beide onderdelen van de zaak niet te scheiden zijn.⁶

9.4.4 Termijn: een vaste termijn?

[404] *Géén vaste termijnen.* Het is duidelijk dat het EHRM, net als het Hof van Justitie¹, de kaarten tegen de borst houdt en zich niet wil vastleggen op een bepaalde vaste maximale duur. In het ruime Europese verband is dat te billijken, maar geldt dat ook op nationaal niveau, of zouden wij 'thuis' wel moeten toewerken naar een tevoren afgebakende termijn? De vraag is mede gerechtvaardigd omdat de tegenwerping dat een termijn niet zou kunnen worden bepaald, gelogenstraft is. De diverse bestuursrechters² en de strafkamer van de Hoge Raad³ kunnen dat immers ook, dus waarom zou de civiele kamer dat niet kunnen?

De strafrechter heeft de strafrechtpraktijk een aantal aanwijzingen gegeven over hoe om te gaan met de redelijke termijn, ook qua sanctionering, en daarbij ook man en paard genoemd. De strafrechtelijke procesduur is te lang geweest als het meer dan twee jaar geduurd heeft (of zestien maanden in bijzondere

[403] 3 EHRM 2 maart 2005, *NJB* 2005/411 (Van Maltzan e.a. t. Duitsland).

4 EHRM 20 februari 1991, nr. 11889/85 (Vernillo t. Frankrijk).

5 Zie EHRM 2 december 2004, *NJB* 2005/124 (Berchy t. Nederland).

6 Zie EHRM 9 maart 2004, *NJ* 2005/13 (Pitkanen t. Finland).

[404] 1 HvJ EU 26 november 2013, C-58/12P, *NJ* 2014/113 (Groupe Gascogne/Commissie); A.E. BEUMER, 'Een voorstel voor een effectief rechtsmiddel voor overschrijdingen van het redelijketermijnvereiste', *NTER* 2014, p. 111.

2 Zie ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, met voorafgaande conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), waarin de lengte van de redelijke termijn op vier jaar voor de bezwaarfase en twee rechterlijke instanties wordt vastgesteld. Zie verder T.J. POPPEMA, 'De redelijke termijn na 29 januari 2014', *Trema* 2015, p. 53 e.v. Diezelfde termijn van vier jaar voor twee instanties geldt in strafzaken, zie nr. 134 en vooral HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis.

3 Zie HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000/721, m.nt. J. de Hullu, nadien nader ingevuld in o.a. HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/307, m.nt. J. de Hullu, en vooral in HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis.

gevallen) voor er een uitspraak van de rechter in eerste aanleg ligt, of als er langer dan twee jaar (of weer zestien maanden) na het aanwenden van een rechtsmiddel nodig was. Dat is klare taal. De sanctionering vindt, kort gezegd, plaats via een korting op de strafduur of de boete; die korting is een percentage (5 of 10%) dat afhankelijk is van de duur van de overschrijding voor zover die binnen de twaalf maanden blijft. Zie nader nr. 134-135 en nr. 139.

Het ligt voor de hand, mede gezien de voornoemde gemiddelde doorlooptijden, zie nr. 388 e.v., om de civiele rechter aan dezelfde termijn gebonden te achten. Niettemin liet de Hoge Raad de kans lopen om in een civiele zaak ook een vaste termijn (van twee jaar) aan de rechtsgenoten op te leggen (die kans heeft zich in 2014 voorgedaan⁴) als een (nog) redelijke termijn.⁵ Het argument tegen het bepalen van vaste termijnen was voor de Hoge Raad te vinden in de (grotere?) diversiteit in soorten civielrechtelijke zaken (een echtscheiding is immers geen mislukte overname). Echter, ook in bestuursrechtelijke zaken en strafzaken is een behoorlijke mate van diversiteit aanwezig (een serie liquidaties in het criminele milieu is niet hetzelfde als een eenvoudige diefstal), zoals hierna nader wordt besproken, zie nr. 426.

9.5 Rechtsgevolgen (sancties) bij een schending van het beginsel

9.5.1 Inleiding: sanctie via het nationale recht

[405] *Nationaal sanctioneren.* Wat staat de rechter, de klager en de eventuele andere procespartij(en) te wachten indien vastgesteld moet worden dat de termijn voor berechting te lang is geweest? Kan die schending van het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn dan gesanctioneerd worden, en zo ja, hoe dan? En kan dat op effectieve wijze gebeuren? In antwoord op die vragen dient voorop te staan, zo wordt expliciet overwogen in bijvoorbeeld *Pizzati t. Italië*¹, dat een *nationaal rechtsmiddel* de voorkeur heeft. Op basis van art. 13 EVRM, de enorme werklast die de vele Europese redelijke termijn-schendingen voor het EHRM oplevert, en de uitspraak *Kudla t. Polen*, is dit niet meer dan logisch.²

In die laatstgenoemde uitspraak werd onder andere geoordeeld dat aan procespartijen op grond van art. 13 EVRM een effectief nationaal rechtsmiddel ter beschikking moet staan om op te kunnen komen tegen een overschrijding van de redelijke termijn. Art. 6 EVRM mag niet verworden tot een dode letter en rechtsbescherming moet dus in eerste instantie op nationaal niveau verwezenlijkt

[404] 4 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt).
5 S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 640, vindt dit begrijpelijk, VAN KESSEL 2014, p. 269 en 273, niet.

[405] 1 Zie EHRM 10 november 2004, *JB* 2006/134 (*Pizzati t. Italië*). Vgl. ook EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski e.a. t. Polen*), § 173.
2 EHRM 26 oktober 2000, *NJ* 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (*Kudla t. Polen*), waarover bijv. Harris e.a. 2014, p. 777-778. Zie ook M. KUIJER, 'The right to a fair trial and the Council of Europe's efforts to ensure effective remedies on a domestic level for excessively lengthy proceedings', *Human Rights Law Review* 13:4 (2013), p. 784 e.v.

worden; iemand moet ook op nationaal vlak de kwestie aan de orde kunnen stellen en daarmee moet de beweerde schending onderzocht kunnen worden, en moet deze eventueel via een aparte rechtsgang voorkomen ofwel hersteld (de procedure versnellen) worden. Het alternatief, bijvoorbeeld voor het Nederlandse recht nu wij de hier bedoelde rechtsgang niet kennen,³ is dat compensatie mogelijk moet zijn (achteraf). Pas als dat alles niet lukt, of niet effectief lukt, en dan in aanvulling daarop, komt het EVRM via art. 41 EVRM, zie al nr. 102, in beeld.⁴

Daarbij verdient nog opmerking dat een nationale 'oplossing' slechts 'effective' en dus voldoende is in de zin van art. 13 EVRM, als deze effectief is 'in practice as well as in law', als deze 'adequate and accessible' is en als deze op zichzelf het 'adequate redress' ook 'speedily' kan bieden.⁵ Een remedie waarvan de implementatie en afwikkeling op zichzelf weer drie jaar vergt, voldoet daarbij niet. Zie nader nr. 104. In ander verband wordt overigens ook wel gesteld dat de remedie 'reasonable prospects of success' moet bieden,⁶ maar de 'effectiveness' van een remedie is niet afhankelijk van de zekerheid van een gunstige uitkomst voor de klager.⁷

Dat zodoende stevige eisen worden gesteld aan de nationale rechtsmiddelen om tot rechtsherstel te komen, werd bevestigd door de uitspraak *Sürmeli t. Duitsland*.⁸ Daarin werden vier (!) eerder ontwikkelde alternatieven om tot een remedie te komen, en de aankondiging van de Duitse wetgever dat er nog een vijfde alternatief in ontwikkeling was, als onvoldoende beoordeeld. Uit die uitspraak valt dan ook een duidelijke voorkeur van het Hof te destilleren voor een zelfstandige, nationale en vooral ook 'preventieve' procedure. Herstel achteraf door middel van compensatie kan dus weliswaar toereikend⁹ zijn, maar is ook hoogstens 'second best'; *preventie* staat voorop.¹⁰

[405] 3 LAWSON/TEUBEN 2004, p. 183.

4 Vgl. ook EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino t. Italië). Hierover ook nog JANSEN 2000, p. 367; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 167-168; VAN BOGAERT 2005, p. 131-137.

5 EHRM 3 juli 2008, nr. 40383/04 (Vidas t. Kroatië), § 36-37, en EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino t. Italië), waarover zo meteen meer. Zie ook nog EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland), § 108, en § 123 inzake de benodigde snelheid van de remedie.

6 EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland), § 114 (met verwijzingen).

7 EHRM 26 november 2013, nr. 40756/06 (Vlad e.a. t. Roemenië), § 111.

8 Zie EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (Sürmeli t. Duitsland). Zie over het Duitse recht ook BREUER 2011, met name p. 317 e.v.

9 In HvJ EU 26 november 2013, C-58/12P, NJ 2014/113 (Groupe Gascogne/Commissie), nr. 83, kiest ook het EU-Hof voor de schadevergoedingsactie als sanctie.

10 Vgl. § 99 en § 100 in EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (Sürmeli t. Duitsland). Zo ook BREUER 2011, p. 551; W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de "redelijke termijn": moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1346 en 1347; M. KUIJER, 'The right to a fair trial and the Council of Europe's efforts to ensure effective remedies on a domestic level for excessively lengthy proceedings', *Human Rights Law Review* 13:4 (2013), p. 787; EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino t. Italië), § 183; en EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland), § 108.

[406] *Voorhuis t. Nederland*. De voorkeur voor nationale oplossingen, en de overweldigende 'case load' van het Hof, kunnen ook mede verklaren waarom het Hof bereid is om bepaalde zaken van de rol te schrappen, onder specifieke voorwaarden, zoals dat bijvoorbeeld geschiedde in *Voorhuis t. Nederland* en in *Mol t. Nederland*.¹ De Nederlandse regering erkende in die zaak in een schrijven aan het Hof dat de redelijke termijn overschreden was, dat het Nederlandse recht geen effectieve remedie geboden heeft, dat de regering werkt aan een wetsvoorstel om wel een effectieve remedie te kunnen bieden,² en dat aan Voorhuis een vergoeding van € 5.000,- is aangeboden. Gegeven dit alles, en omdat die vergoeding en de analyse van de schending stroken met de rechtspraak van het Hof, wordt dit geaccepteerd als reden om de zaak van de rol te schrappen (art. 37 EVRM).

9.5.2 EVRM-sanctionering: art. 41 EVRM¹

[407] *Art. 41 EVRM*. Hoewel een nationaal rechtsmiddel de voorkeur heeft, is een dergelijk rechtsmiddel niet altijd beschikbaar of, indien wel beschikbaar, niet altijd adequaat en afdoende in het licht van art. 13 EVRM. Zo kan de constatering van een constitutioneel hof dat de redelijke termijn geschonden is, gekoppeld aan een vergoeding van € 700,- en de opdracht aan de lagere rechter om binnen een jaar alsnog een rechterlijke beslissing te verstrekken, niet als afdoende worden gezien, met als gevolg dat de klager nog steeds kan claimen slachtoffer van een redelijke termijn-schending te zijn, waarna (opnieuw) de gehele duur van de procedure gezien wordt.²

Als de eventueel geboden nationale rechtsmiddelen en/of andere mogelijkheden³ inderdaad onvoldoende soelaas bieden en de gevolgen van de schending

[406] 1 EHRM 3 maart 2009, NJ 2010/223, m.nt. E.A. Alkema (*Voorhuis t. Nederland*) en EHRM 16 juni 2009, nr. 10470/07 (*Mol t. Nederland*).

2 Sinds de brief van de regering uit september 2008 is er een conceptvoorstel ter consultatie aangeboden, gericht op administratiefrechtelijke zaken, waarin aangegeven is dat beoogd wordt om voor civielrechtelijke zaken een soortgelijke regeling te ontwerpen. Zie W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de 'redelijke termijn': moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1346 e.v. Van beide is nadien niets meer vernomen; en het wetsvoorstel is nooit ingediend, zie nr. 115 en *Stb.* 2013, 162, p. 4.

[407] 1 Uitvoerig over (art. 50 EVRM, de voorganger van) art. 41 EVRM: VAN EMMERIK 1997, en nr. 102. Zie ook JANSEN 2000, p. 369 e.v., en over EVRM-sancties ook de conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), sub 3.6, voorafgaand aan ABRvS 29 januari 2014, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

2 EHRM 3 juli 2008, nr. 40383/04 (*Vidas t. Kroatië*), § 20-22.

3 Denk aan het klachtrecht (van de getroffen burger) van art. 13a RO e.v., als bijv. het vonnis van de rechter te lang op zich laat wachten, vgl. I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 131-132, en A.F.M. BRENNINKMEIJER, 'De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces', *NJCM-bull.* 1991, p. 646. LAWSON/TEUBEN 2004, p. 188, noemen nog de teruggave van het griffierecht als een sanctie (die echter nog geen 'effective remedy' biedt).

niet volledig (kunnen) herstellen, moet er alsnog een beroep gedaan worden op 'mensenrechtelijke sanctionering', hoewel het Hof als mild wordt bestempeld als een lidstaat maatregelen heeft genomen, teneinde deze niet te ontmoedigen.⁴ Aansluitend bij wat in nr. 102 hieromtrent al voor het voetlicht is gebracht, geldt dan uiteraard ten eerste de algemene regel dat er altijd een vorm van genoegdoening mogelijk is, want het EHRM kan steeds een billijke vergoeding toekennen op grond van art. 41 EVRM. Deze genoegdoening – zowel materiële als immateriële schade kan worden vergoed⁵ – is overigens niet bedoeld en ook onvoldoende om de volledige schade van de getroffen burger te dekken; het betreft hier slechts een billijke vergoeding.⁶ Daar komt nog bij dat ook de zaak waarover het ging, het achterliggende materiële geschil, er niet mee wordt opgelost, maar dat is in deze fase toch al een gepasseerd station.

[408] *De zaak Pizzati t. Italië*. In redelijk termijnzaken is daarmee de sanctie van art. 41 EVRM wel degelijk en nog steeds erg belangrijk, wegens het vaak (toch nog) ontbreken van andere, voldoende adequate (nationale) sanctiemogelijkheden, en mede omdat die sanctionering meestal vergt dat er opnieuw geprocedeerd wordt (nu tegen de staat¹). Dat belang is mede ingegeven doordat het sanctiesysteem een nieuwe wending gekregen heeft via de EHRM-rechtspraak, waarbij de zaak *Pizzati t. Italië*² nogmaals genoemd moet worden.

Gina Pizzati heeft een zaak aangespannen tegen de staat Italië op grond van het feit dat in een eerder door haar aangebrachte civiele zaak (een vordering tot schadevergoeding tegen een derde, als M.P. aangeduid), de procesgang niet erg opschoot. Zij verwijt de Italiaanse staat dat het allemaal wel heel erg lang geduurd heeft, hetgeen niet onbegrijpelijk genoemd kan worden, als kennis wordt genomen van (een deel van) de procedurele geschiedenis in deze zaak:

"6) Preparation of the case for trial began on 11 May 1974. Of the sixty-six hearings scheduled between 11 November 1974 and 15 June 1995 nineteen were adjourned at the request of the parties, three at the request of the applicant, two at the request of M.P., four by the court of its own motion, and one on account of a lawyers' strike; twelve were devoted to organizing expert evidence, twelve to the filing of documents and the hearing of witnesses, twelve to attempts to seek a friendly settlement, and one was adjourned in order to allow the parties to make their submissions."

Uiteindelijk volgt een vonnis in oktober 2000. Na welgeteld 26 jaar en zes maanden! Inmiddels was in Italië de zogenoemde *Pinto*-wet in werking getreden

[407] 4 W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de "redelijke termijn": moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1348.

5 Zie o.a. VAN EMMERIK 1997, p. 163 e.v. en p. 213-214.

6 Ook is causaal verband tussen de mensenrechtenschending en de schade noodzakelijk, zie I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 130.

[408] 1 Zie daarover ook nr. 141.

2 Zie EHRM 10 november 2004, *JB* 2006/134 (*Pizzati t. Italië*).

waardoor burgers naar Italiaans recht een vergoeding kunnen krijgen als hun zaak niet binnen redelijke termijn is afgewikkeld.³ Pizzati verkrijgt langs die weg € 5.000,- ter compensatie van haar immateriële schade.

Het EHRM oordeelt in dit geval dat art. 6 EVRM geschonden is. Over art. 41 EVRM oordeelt het Hof dat voor wat betreft immateriële schadevergoeding – aangenomen wordt dat er sprake is geweest van ‘distress’ en ‘frustration’ – een som van € 1.000,- tot € 1.500,- per jaar dat de procedure duurde (en dus *niet* per jaar dat de procedure vertraging opliep) het te hanteren basistarief is. Op basis van de aard van de procedure kan daar nog maximaal € 2.000,- bijkomen, bijvoorbeeld als het gaat om belangrijke zaken als arbeid, gezondheid, sociale zekerheid, etc. Het basistarief kan ook verlaagd worden afhankelijk van, onder andere, hoeveel instanties er zijn doorlopen, het gedrag van de klager zelf, het financiële belang, en of er al op nationaal niveau uitkeringen verstrekt zijn. Ook het aantal klagers kan van invloed zijn, zo is later gebleken, zie nr. 411. Pizzati krijgt uiteindelijk € 46.000,-, verminderd met € 10.000,- die als eigen schuld worden toegerekend, en minus 30% omdat er al op nationaal niveau een schending is geconstateerd (hetgeen al als een remedie geldt), en uiteraard verminderd met de € 5.000,- die ze al had ontvangen, zodat een additionele uitkering van € 20.200,- resteert. De oorspronkelijk Italiaanse tegemoetkoming was dus slechts zo'n 20% van hetgeen nodig zou zijn geweest.

[409] *De zaak Scordino t. Italië*. De eerdere rechtspraak inzake de omgang met schendingen van het redelijke termijn-vereiste, is bevestigd in de belangrijke *Scordino t. Italië*-uitspraak van de Grand Chamber uit 2006.¹ In dat geval was de duur van de civiele rechtsgang opgelopen tot acht en een half jaar voor twee instanties, hetgeen een schending van het verdrag opleverde. Aan die schending was in casu op zichzelf tegemoetgekomen door naar Italiaans recht een schadevergoeding toe te kennen, maar de vraag rees of die remedie wel voldoende was.

In deze uitspraak gaat het Hof desgevraagd nogmaals in op de noodzaak van zoveel veroordelingen (‘men houdt zich niet aan de termijnen’) van enkele landen (en voornamelijk Italië) en op de daarbij opgelegde, verhoogde vergoedingen. Deze zijn nodig, niet om te straffen, aldus het Hof, maar om staten te stimuleren om zelf een oplossing te vinden en om te voorkomen dat klagers de dupe worden van het gebrek aan een nationale remedie. Het gebruik van ‘scales’ bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding is daarbij nodig om in de duizend (!) zaken die sinds 1999 zijn binnengekomen tot rechtvaardige resultaten te komen.²

[408] 3 Zie nader Van Dijk e.a. 2006, p. 611.

[409] 1 EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*).

2 EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*), § 176.

Die toekenningen volgen een 'clear pattern', aldus het Hof zelf, waarbij alleen de particuliere omstandigheden van het geval het verschil maken.³

In deze procedure wordt vervolgens door het Hof nogmaals uiteengezet wat het verdrag in deze vergt van de nationale overheden:⁴

“183. The best solution in absolute terms is indisputably, as in many spheres, prevention. (...) a remedy designed to expedite the proceedings in order to prevent them from becoming excessively lengthy is the most effective solution. Such a remedy offers an undeniable advantage over a remedy affording only compensation since it also prevents a finding of successive violations in respect of the same set of proceedings and does not merely repair the breach *a posteriori*, as does a compensatory remedy of the type provided for under Italian law for example.

184. The Court has on many occasions acknowledged that this type of remedy is 'effective' in so far as it hastens the decision by the court concerned (...).

185. It is also clear that for countries where length-of-proceedings violations already exist, a remedy designed to expedite the proceedings – although desirable for the future – may not be adequate to redress a situation in which the proceedings have clearly already been excessively long.

186. Different types of remedy may redress the violation appropriately. (...) Moreover, some States, such as Austria, Croatia, Spain, Poland and Slovakia, have understood the situation perfectly by choosing to combine two types of remedy, one designed to expedite the proceedings and the other to afford compensation (...).

187. However, States can also choose to introduce only a compensatory remedy, as Italy has done, without that remedy being regarded as ineffective (...).

188. In *Kudła* [bedoeld is de zaak *Kudła t. Polen, IG*] the Court already had occasion to reiterate that, subject to compliance with the requirements of the Convention, the Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they provide individuals with the relief required by Article 13 and conform to their Convention obligation under that provision. It has also stressed the importance of the rules relating to the subsidiarity principle so that individuals are not systematically forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that could otherwise, and in the Court's opinion more appropriately, have been addressed in the first place within the national legal system.”

[410] *Scordino t. Italië: vervolg.* Dit betekent dus dat als een rechtsstelsel een bepaalde remedie ontworpen en ingevoerd heeft teneinde om te kunnen gaan met redelijke termijn-schendingen, het Hof die remedie dan serieus zal moeten nemen:¹

[409] 3 Zie EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*), § 177. In zijn *NJ*-noot onder EHRM 3 maart 2009, *NJ* 2010/223, m.nt. E.A. Alkema (*Voorhuis t. Nederland*), vermeldt Alkema dat het Hof hierbij tabellen benut die geheim zijn en blijven (om zo beleidsruimte te bewaren), maar daarmee natuurlijk weinig houvast geven. Vgl. daarover ook BREUER 2011, p. 553.

4 Zie EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*), § 183 e.v., voor het navolgende. Ik wijs in dit verband ook nog op de weergave van de stand van zaken in EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski e.a. t. Polen*), § 172-175.

[410] 1 Zie EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*).

“189. (...) Where a State has taken a significant step by introducing a compensatory remedy, the Court must leave a wider margin of appreciation to the State to allow it to organise the remedy in a manner consistent with its own legal system and traditions and consonant with the standard of living in the country concerned. It will, in particular, be easier for the domestic courts to refer to the amounts awarded at domestic level for other types of damage – personal injury, damage relating to a relative’s death or damage in defamation cases, for example – and rely on their innermost conviction, even if that results in awards of amounts that are lower than those fixed by the Court in similar cases.”

Een en ander wil echter niet zeggen dat er dan geen controle (meer) is. Het correctiemechanisme zelf, zoals hier het toekennen van een vergoeding van ‘smartengeld’, kan een effectieve remedie zijn als deze vergoeding voldoende snel en in toereikende mate wordt toegekend én uitbetaald:²

“193. It follows from the foregoing principles that the Court is required to verify that there has been an acknowledgment, at least in substance, by the authorities of a violation of a right protected by the Convention and whether the redress can be considered as appropriate and sufficient (...).

195. With regard to the second condition, namely, appropriate and sufficient redress, the Court has already indicated that even if a remedy is ‘effective’ in that it allows for an earlier decision by the courts to which the case has been referred or for the aggrieved party to be given adequate compensation for the delays that have already occurred, that conclusion applies only on condition that an application for compensation remains itself an effective, adequate and accessible remedy in respect of the excessive length of judicial proceedings (...). Indeed, it cannot be ruled out that excessive delays in an action for compensation will render the remedy inadequate (...).”

Omdat in het geval *Scordino* de toegekende vergoeding zo’n 10% bedroeg van wat het Europese Hof zelf zou hebben toegekend, werd dat beschouwd als een resultaat dat ‘manifestly unreasonable’ is, zodat het redelijke termijn-vereiste alsnog – ondanks de Italiaanse, nationale tegemoetkoming – geschonden moest worden geacht en art. 41 EVRM alsnog van stal moest worden gehaald.³

[411] *Gebundelde klacht: collectieve actie.* Ook het aantal klagers dat in de procedure betrokken is, kan van belang zijn bij het bepalen van de hoogte van de (in Nederlandse termen) smartengeldvergoeding. Dat volgt uit de beslissing van de Grote Kamer van het Hof in de zaak *Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland*.¹ 91

[410] 2 EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*). Zie ook W. DIJKSHOORN, ‘Overschrijding van de ‘redelijke termijn’: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?’, *NJB* 2010/1063, p. 1347. Uiteraard kan betaling even op zich laten wachten, maar niet langer dan zes maanden, zie EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*), § 198.

3 Zie EHRM 29 maart 2006, AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*), § 214-215, § 227 en § 272. Zie ook M.S. STERKENBURG, ‘Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn’, in: S.D. Lindenbergh, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 154, die waarschuwt dat de Nederlandse vergoedingen erg laag zijn. Over de praktijk in enkele andere landen als het gaat om de reactie op termijnoverschrijdingen, zie BREUER 2011, p. 554-576.

[411] 1 Zie EHRM 15 februari 2008, nr. 27278/03 (*Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland*).

Griekse artsen zijn betrokken in een te lang voortdurende procedure tegen een ziekenhuis; de art. 6 EVRM-schending jegens hen wordt geredresseerd via een schadevergoeding volgens de *Scordino/Pizzati*-criteria, hetgeen bij enkele 'dissenting' rechters tot verbazing leidt: zij staan een serieuze reductie van het bedrag voor omdat er gezamenlijk geprocedeerd is in Griekenland en voor het Hof. De Grote Kamer beslist vervolgens dienovereenkomstig. Gezamenlijk procederen kan een matigende invloed hebben op de mate van stress, ongemak en onzekerheid die ondervonden wordt en kan dus een reden zijn het bedrag aan vergoeding te matigen. Men had een gedeeld doel, en de voor- en nadelen kunnen worden gedeeld.

Een uitspraak als deze is niet direct een stimulans voor groepsacties en verrast daarmee in het huidige tijdsgewricht waarin gezamenlijk procederen (via collectieve acties waaronder *class actions*) juist gestimuleerd wordt op allerlei niveaus (nationaal, EU²) omdat gezamenlijk procederen de individuele burgers iets meer macht geeft ten opzichte van de (vaak beter toegeruste) opponent. De 'gezamenlijkheid' verschaft de betrokken individuen als het ware het uithoudingsvermogen, de munitie en de financiën om door te zetten. Deze uitspraak snoept daar weer wat vanaf. Het signaal dat uitgestuurd wordt, is dat men eigenlijk beter alleen kan procederen, een signaal dat ook niet bijdragen zal aan de toch al overmatige werklast van het Hof. Ook wat dat aangaat, verrast de uitspraak.³

9.5.3 Sanctionering van een 'systematic problem'

[412] *Rumpf t. Duitsland*. Interessant en van belang, zeker als het om de sanctionering van schendingen van de redelijke termijn gaat, is ook de zaak *Rumpf t. Duitsland*, reeds genoemd in nr. 99 en 105.¹ In die zaak werd geconstateerd dat de duur van de (in dat geval: administratieve) procedure excessief was, en dat (in lijn met de eerdere rechtspraak inzake *Sürmeli t. Duitsland*²) er

[411] 2 Denk aan de diverse consultatierondes op EU-niveau om te bepalen wat een juiste wijze van gebruik van 'collective redress' zou zijn, waarover nr. 196 e.v.

3 Niettemin is deze uitspraak op nationaal (bestuursrechtelijk) niveau gretig opgepikt, zie CRvB 23 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV6848 (halvering van vergoeding voor elk van de elf betrokkenen), en ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3701. Er moet dan echter wel sprake zijn van handelen als groep, hetgeen ontbrak in CRvB 14 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:YB6202.

[412] 1 EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06 (*Rumpf t. Duitsland*). Voor vergelijkbare zaken, zie bijv. EHRM 21 december 2010, nr. 50973/08 (*Vassilios Athanasiou e.a. t. Griekenland*) en EHRM 3 april 2012, nr. 54447/10 (*Michelioudakis t. Griekenland*), en M. KUIJER, 'The right to a fair trial and the Council of Europe's efforts to ensure effective remedies on a domestic level for excessively lengthy proceedings', *Human Rights Law Review* 13:4 (2013), p. 784-785. In de zaak EHRM 26 november 2013, nr. 40756/06 (*Vlad e.a. t. Roemenië*) kwam het net niet tot een veroordeling op grond van art. 46 EVRM.

2 EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli t. Duitsland*).

naar Duits recht³ geen 'effective remedy' bestaat om zo'n schending te redresseren, zodat ook art. 13 EVRM is geschonden.

Het Hof constateert vervolgens dat dit van doen heeft met een terugkerend probleem dat tot de meeste mensenrechtsschendingen door Duitsland heeft geleid: er is geen instrument voorhanden om te langdurige procedures te voorkomen, en geen remedie die tot vergoeding van de geleden schade leidt. Het in 2010 in Duitsland aanhangig gemaakte wetsvoorstel⁴ dat hieraan een einde zou moeten maken, is ten tijde van de uitspraak nog niet ingevoerd en zou nog kunnen sneuvelen, en dus zal tot het moment dat die wetgeving er wel is en deze effectief blijkt, sprake zijn van een situatie waarin het probleem niet opgelost wordt, hoewel in de rechtspraak van het Hof in de al genoemde zaak *Sürmeli* de regering al eerder aangespoord is om maatregelen te nemen. Vervolgens wijst men erop dat een staat niet alleen op grond van art. 41 EVRM verplicht is tot compensatie, maar dat ook maatregelen om de situatie te beëindigen, moeten worden genomen, mede op basis van art. 46 EVRM. Via dat artikel wordt een staat de verplichting opgelegd om onder supervisie van het Comité van ministers van de Raad van Europa maatregelen te nemen. Daarbij kan het Hof dan in een uitspraak aangeven dat er ergens een 'structural and/or systematic problem' is en wat de bron ervan is, om de staat te helpen dit probleem op te lossen; dat kan geschieden via een zogenaamde 'pilot judgement procedure', welke in de zaak *Rumpf* inderdaad werd benut.⁵

In het vervolg van die uitspraak wijst het Hof dan op de vele veroordelingen van Duitsland (alleen al dertien maal in 2009) als het om de redelijke termijn gaat, de vele nog aanhangige zaken, en op het feit dat er wel een wetsvoorstel in de maak is, maar dat er geen maatregelen al daadwerkelijk genomen zijn, zodat de conclusie getrokken wordt dat het probleem een systematisch karakter heeft en gekwalificeerd moet worden als een 'practice incompatible with the convention'. Daarna wordt overwogen dat het Hof niet kan bepalen welke maatregelen nodig en passend zijn, doch dat zulks aan de staat zelf is, en dat er weliswaar een wetsvoorstel voorligt, maar dat de plicht maatregelen te nemen al sinds 2006 bekend is en er sindsdien sprake is van een 'complete reluctance to resolve the problems'. En daarom zal, zo besluit het Hof, de Duitse regering binnen maximaal één jaar een remedie moeten bieden die de eigen rechtspleging weer op orde brengt en voldoet aan art. 46 EVRM.⁶

[412] 3 Waarover BREUER 2011, p. 317 e.v.

4 Zie over dit voorstel en enkele voorafgaande pogingen tot wetgeving, BREUER 2011, p. 358-361, en p. 373-375. Inmiddels bestaat er wetgeving waarin geregeld is, zie VAN KESSEL 2014, p. 271, dat het slachtoffer van een te lang slepende procedure een zelfstandige schadevergoedingsaanspraak heeft ter hoogte van € 1.200 per jaar vertraging.

5 Zie nader EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06 (*Rumpf* t. Duitsland), § 53-63. Vgl. over dit type procedure en de doelen ervan ook EHRM 7 juli 2015, nr. 72287/10 (*Rutkowski* e.a. t. Polen), § 200-202.

6 EHRM 2 september 2010, nr. 46344/06 (*Rumpf* t. Duitsland), § 64-73, en over deze materie T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-bull.* 2006, p. 50-51; VLEMMINX 2013, p. 21; Harris e.a. 2014, p. 149-151.

9.5.4 Gevolgen voor Nederland: hooflijn van het geldende sanctiesysteem¹

[413] *Herstel in oude toestand?* Een procedure op grond van art. 46 EVRM zal voor Nederland nog niet direct in het verschiet liggen omdat er daartoe te weinig Nederlandse zaken aangebracht en succesvol zijn geweest (hoewel de erkenning in bijvoorbeeld de *Voorhuis*-zaak dat Nederland geen remedie biedt, in dat kader niet zal helpen). Op basis van het voorgaande moet echter wel vastgesteld worden dat het ook voor het Nederlandse rechtssysteem noodzakelijk is om op korte termijn een remedie te (gaan) bieden om eventuele schendingen van het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn in civiele zaken te redresseren. Gebeurt dat niet, dan komt een Europese tik op de vingers alsnog in beeld.

Daarbij zal wellicht in eerste instantie eraan gedacht worden een herstel­mogelijkheid te bieden – dat is immers wat het privaatrecht karakteristiek doet – maar werkelijk herstel in oude toestand is hier lastig te verwezenlijken. Immers, hoe draai je verloren tijd terug? In een individueel geval de verloren tijd inlopen kan niet meer; hoogstens kan er zorg voor gedragen worden dat in het verdere verloop van de zaak niet nog meer vertraging wordt opgelopen. Maar daarmee is het verleden niet ongedaan gemaakt. Er rest daartoe verder weinig anders dan (een aanpassing van het huidige systeem in die zin) dat zo effectief mogelijk herstel achteraf wordt geboden, en dat zal dan via een schadevergoedings­mogelijkheid moeten verlopen.²

[414] *Positie van de oorspronkelijke procespartij.* Dat herstel uiteindelijk slechts kan uitdraaien op schadevergoeding, heeft ook hiermee te maken dat *in civilibus* nog deze complicatie speelt (zie ook nr. 108 en nr. 115) dat conform de heersende leer nog steeds geldt dat de schending van de redelijke termijn (door de Staat) en de sanctionering daarvan, géén invloed kan of mag hebben op de materiële rechtspositie van de (oorspronkelijke) procespartijen. De niet-klagende wederpartij in de oorspronkelijke civiele procedure kan en mag niet de dupe worden van een eventueel geconstateerde schending; de sanctie moet elders, bij de overheid, gevoeld worden. De vraag of er sprake was van bijvoorbeeld wanpres­tatie tussen een koper en verkoper, mag niet afhankelijk zijn of worden van de vraag of de redelijke termijn geschonden werd in de procedure waarin dat vastgesteld moest worden. Zelfs als de termijn inderdaad excessief was, kan en

[413] 1 Deze paragraaf haakt sterk aan bij de gedachten die ik over sanctionering ontwikkelde in hoofdstuk 4. Er zal hierna dan ook veel naar dat hoofdstuk verwezen worden en sommige passages zullen overlap vertonen.

2 Volgens WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 20 Rv, aant. 6, is dit de enig mogelijke sanctie. Zie ook VAN EMMERIK 1997, p. 208, die erop wijst dat de aard van de schending in de weg staat aan de mogelijkheid van volledig herstel.

moet er nog steeds vrijelijk geoordeeld worden over de vraag of er sprake was van wanprestatie.¹

[415] *Drie te verdisconteren facetten.* Dit uitgangspunt maakt dat het voor het herstel van een termijnschending in civiele zaken nodig lijkt om (a) een aparte, zelfstandige procedure¹ tussen nieuwe partijen (d.w.z. de klager en de Staat der Nederlanden) te bieden waarbinnen de vraag of er sprake was van een onredelijke termijn-overschrijding beoordeeld kan worden. Daaraan kleeft overigens wel het grote nadeel dat dan van de klager verwacht wordt dat deze uiteindelijk – mocht de Koninklijke weg van een schikking met de Staat falen – opnieuw gaat procederen, nu tegen de overheid, hetgeen liefst vermeden zou moeten worden.²

Die aparte, waarschijnlijk helaas onvermijdelijke zelfstandige procedure zal dan gekoppeld moeten zijn aan (b) de mogelijkheid om (voldoende) compensatie te bieden, terwijl deze (c) op korte termijn en zonder veel complicaties of kosten afgewikkeld moet kunnen worden om als werkelijk effectief te kunnen gelden (hetgeen pleit voor een buitengerechtelijke vorm van afwikkeling). Hoe een dergelijke procedure los van deze basisvoorwaarden dan verder ingekleed zou moeten worden, is een andere vraag, een vraag die in 2014 op het bord van de Hoge Raad terecht kwam.³ Zie nr. 417.

[416] *Naar een civielrechtelijke oplossing?* Zolang de wetgever hier geen actie onderneemt – en dat zit er niet in, zie nr. 115 – vallen wij noodgedwongen terug op de rechtspraak, zoals is gebleken. Niettegenstaande de aantrekkelijkheid van tussenoplossingen, is ook duidelijk dat de mogelijkheid een tussenweg te bewandelen, zoals in het strafrecht of bestuursrecht is gebeurd, in het civiele recht niet bestaat.¹ Het is niet mogelijk voor de civiele rechter om, bij wijze van spreken, 10% af te trekken van de schadevergoeding die X aan Y moet betalen; het gaat immers niet aan de wederpartij van de klager te straffen als de Staat een fout maakt waardoor de beslistermijn te lang is geworden. De rechtspositie van de (oorspronkelijke) civiel-

[414] 1 Bijv. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 253; JANSEN 2000, p. 277-278. Hetzelfde geldt als de wederpartij de vertraging heeft veroorzaakt. Ook al zou daarmee de redelijke termijn zijn overschreden, dan nog wordt de materiële beslissing niet anders (mede omdat art. 6 EVRM de onderlinge verhouding tussen beide procespartijen niet raakt). Zie HR 29 juni 1990, NJ 1991/337, m.nt. E.A. Alkema (X/Y).

[415] 1 Vgl. VAN EMMERIK 1997, p. 317. JANSEN 2000, p. 297, bepleit een schadevergoeding binnen de oorspronkelijke procedure (vgl. ook p. 380-381). In HvJ EU 26 november 2013, C-58/12P, NJ 2014/113 (Groupe Gascogne/Commissie), nr. 83, is beslist dat er bij schendingen door de Europese Unie een aparte schadevergoedingsprocedure mogelijk is.

2 Zie daarover ook nr. 142-143.

3 Zie HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), na lang stilzwijgen, vgl. JANSEN 2000, p. 278. Zie nader nr. 140.

[416] 1 Zie nr. 134-135; VAN EMMERIK 1997, p. 297; A.F.M. BRENNINKMEIJER, 'De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces', *NJCM-bull.* 1991, p. 629-630 en 638. JANSEN 2000, p. 287-288, ziet een kleine opening, maar dat is een noodverband bij gebrek aan een andere sanctie.

rechtelijke (proces)partijen wijzigen, kan niet. Die optie is er niet, omdat de Staat niet betrokken² was in de procedure waarin de termijn overschreden werd door rechterlijke traagheid.³

Zodoende ligt nogmaals de vraag voor: wat kan dan wel? Wat overblijft naar huidig Nederlands recht is dat er in plaats van herstel gedurende of na afloop van de (te lange) procedure, achteraf een geldelijke vergoeding beschikbaar komt. Het privaatrecht sanctioneert dan *ex post*, zoals te doen gebruikelijk,⁴ ongeacht of dit in dit geval altijd echt dienstig kan zijn (welk nut heeft schadevergoeding achteraf voor een ouder na bijvoorbeeld een uithuisplaatsing van een kind waarbij procedurele rechten geschonden zijn?). Het doet dat via een civielrechtelijke schadevergoedingsactie tegen de overheid in verband met de rol die de overheid, via de handelwijze van de rechter, speelde.

[417] *Vestiging van aansprakelijkheid.* Het vestigen van aansprakelijkheid in dit type gevallen is, zeker in het civiele recht, lange tijd een probleem geweest, vooral omdat de gebruikelijke vereisten voor een actie op grond van onrechtmatige rechtspraak (zeer) streng waren (of zelfs nog zijn).¹ Maar zoals werd besproken in hoofdstuk 4, zijn er stap voor stap gaten geschoten in de civielrechtelijke verdedigingslijnes die de aansprakelijkheid van de Staat wegens fouten van de rechter (specifiek: wegens overschrijding van de redelijke termijn) binnen zeer nauwe perken hielden. Samengevat, zie nr. 137 e.v., werd de civiele kamer van de Hoge Raad de weg gewezen door de strafkamer, de belastingkamer, de hoogste bestuursrechters, Rechtbank Den Haag en Hof Den Haag.²

[416] 2 Via art. 8:26 Awb kan in het bestuursrecht een belanghebbende (de overheid) als partij in een procedure worden betrokken, zodat er binnen het bestuursrecht geen noodzaak bestaat een nieuwe procedure te starten om tot een schadevergoeding van de Staat te komen, zie W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de 'redelijke termijn': moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1348. Een soortgelijke bepaling zou in Rv kunnen worden ingevoerd, als een soort van ambtshalve te bevelen voeging van de overheid als nieuwe gedaagde.

3 Dat is uiteraard anders in civielrechtelijke procedures (die toch al gericht zijn) tegen de overheid (dan kan de sanctie op zich via een bestraffing van de wederpartij volgen, vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 257), maar dat is een uitzondering op het totaal van (mogelijke) civielrechtelijke zaken en biedt dus geen systematische oplossing.

4 Zie W.H. VAN BOOM, *Efficacious enforcement in contract and tort*, 2006.

[417] 1 Zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (X/Staat), besproken in nr. 117, en LAWSON/TEUBEN 2004, p. 185.

2 Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *JA* 2009/67 (A./Staat), met verwijzingen naar diverse bestuursrechters, en daarna bijv. nog Rb. 's-Gravenhage 20 mei 2009, *ECLI:NL:RBSGR:2009:BI5132*; Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2009, *JA* 2009/127 en Rb. 's-Gravenhage 30 september 2009, *JA* 2009/165, alsmede Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *AB* 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Zie verder LINDENBERGH 2011, p. 101-107; M.S. STERKENBURG, 'Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn', in: S.D. Lindenberg, I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, 2011, p. 148-150, alsmede S.A. BOELE, 'Schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn en de civiele rechter', in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk*, 2012, p. 51.

Uiteindelijk heeft de civiele kamer van de Hoge Raad de door de collega's ingezette lijn opgepakt. Hij moest eerst in een tweetal zaken constateren, in 2013, dat de insteek zoals het Hof Den Haag die gekozen had, terecht niet eens ten principale aangevallen werd door het cassatiemiddel.³ Overschrijding van de redelijke termijn is een onrechtmatige daad, waarna toewijzing van immateriële schadevergoeding op grond van art. 6:106 BW mogelijk is.⁴

Vervolgens werd op 28 maart 2014 door de Hoge Raad een principieel arrest gewezen waarin de lijn van vergoeding van immateriële schade bij de schending van de redelijke termijn, volledig werd doorgetrokken.⁵ Geparafraseerd weergegeven overweegt de Hoge Raad, veronderstellenderwijs uitgaande van een schending van art. 6 EVRM:

1. Uitgangspunt van het EHRM is dat het uitblijven van een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn leidt tot spanning en frustratie, hetgeen een grond is voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade (r.o. 3.11).⁶
2. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het nationale recht in verband met art. 13 EVRM moet voorzien in een effectieve mogelijkheid voor vergoeding van schade wegens een redelijke termijn-overschrijding; een op grond van onrechtmatige daad in te stellen separate procedure tegen de staat (zie nader r.o. 3.12) kan een voldoende effectief rechtsmiddel zijn (r.o. 3.14).
3. Indien de gestelde termijnoverschrijding plaatsvindt in een civiele procedure, is voor een beoordeling daarvan door de civiele rechter, niet nodig dat deze in de lopende procedure plaatsvindt. Het betrekken van de staat in een lopende civiele procedure teneinde een vordering tot schadevergoeding

[417] 3 Zie HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360 (X./Staat), en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8359 (X./Staat), welke als 'onmiskerbare voorbode' dienden, zie Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 2. Deze zaken betroffen vooral de vraag of deze regeling ook geldt als het alleen over de duur van de bestuursrechtelijke bezwaar- of aanvraagfase gaat (*quod non*). Daar ga ik nu verder aan voorbij.

4 Dat geldt, via de rechtszekerheid als onderliggende beginsel, ook als art. 6 EVRM niet toepasselijk is op het voorliggende geval. Zie ook HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt). Bovendien: ten aanzien van de immateriële schade rust er geen stelplicht op de eiser, deze schade wordt vermoed aanwezig te zijn, zie r.o. 3.11.

5 Zie HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), waarover uitvoeriger nr. 140, en kritisch VAN KESSEL 2014, en S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 636 e.v. De noodzaak daartoe was des te groter nu de wetgever zelf geen actie ondernomen had, zie A-G Van Oven in zijn conclusie (nr. 4.40) voor HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), en de conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), sub 3.7, voorafgaand aan ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, alsmede de aankondiging dat de eerdere plannen daartoe vervallen zijn in *Stb.* 2013, 162, p. 4.

6 Zie in dit verband ook HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:926 (X./AG bij Hof Arnhem-Leeuwarden), waarin voor BOPZ-zaken een vermoeden van immaterieel nadeel bij overschrijding van de beslistermijn wordt geaccepteerd.

wegens overschrijding van de redelijke termijn aan de rechter voor te leggen, is een niet-noodzakelijke belemmering voor een voortvarende afhandeling van het geding (r.o. 3.14).⁷

4. Dus moet na overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure, een daarop gerichte vordering tot schadevergoeding worden ingesteld in een afzonderlijke procedure tegen de staat (r.o. 3.15).⁸ Daarmee wordt een voldoende effectief rechtsmiddel geboden (r.o. 3.14).⁹

Hiermee is duidelijk geworden dat redelijke termijn-schendingen in civiele zaken, conform de EHRM-rechtspraak, tot schadevergoedingen door de Staat leiden. Het concept van de persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW (en dus: het schadebegrip) wordt ruim uitgelegd, door de gebruikelijke eis van geestelijk letsel los te laten¹⁰ en de 'integriteitsinbreuk' als zodanig te sanctioneren.¹¹

[418] *Complicatie: een nieuwe procedure nodig.* Een nadeel dat (ook) aan deze oplossing van de Hoge Raad kleeft, is – als gezegd, nr. 141 en nr. 415 – dat het verkrijgen van schadevergoeding een compleet nieuwe civiele procedure vergt,¹ nu tegen de Staat der Nederlanden, tenzij men tot een schikking komt (wat overigens de Koninklijke weg zou zijn, zeker voor zover de Staat in de oorspronkelijke

[417] 7 Het gebruik van art. 118 Rv, bepleit door S.A. BOELE, 'Schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn en de civiele rechter', in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk*, 2012, p. 53 e.v., wordt afgewezen.

8 Let wel: omdat de duur van de totale procedure van belang is bij de beoordeling, kan de vordering pas worden geoordeeld zodra die duur vastgesteld kan worden, dat wil zeggen vanaf het moment dat er "een einduitspraak in het oorspronkelijke geschil in kracht van gewijsde is gegaan of die zaak is geroyeerd", aldus de Hoge Raad in r.o. 3.16.5. Dat vindt weinig genade bij VAN KESSEL 2014, p. 270, en bij Asser, noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 5.

9 Wat daarbij helpen kan (vgl. EHRM 10 september 2010, nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland), § 124; EHRM 26 november 2013, nr. 40756/06 (Vlad e.a. t. Roemenië), § 112), is dat de Hoge Raad aangeeft dat er geen griffierechten verschuldigd zijn, zie r.o. 3.16.3. Voor de hoogte van de toe te kennen vergoeding, zie hierna nr. 419.

10 Vgl. ook al de noot van W. Dijkshoorn onder Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, *JA* 2009/67 (A./Staat), alsmede S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 640 en 641.

11 Zie nader I. GIESEN, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, 2014, p. 43-76.

[418] 1 Waarbij, als extra 'wachttijd', de hoogte van de vordering pas te bepalen is nadat de oorspronkelijke procedure afgerond is, vgl. de Hoge Raad in r.o. 3.16.5. Binnen de EU is dezelfde koers gekozen, zie HvJ EU 26 november 2013, C-58/12P, *NJ* 2014/113 (Groupe Gascogne/Commissie), nr. 83-90, waarover kritisch A.E. BEUMER, 'Een voorstel voor een effectief rechtsmiddel voor overschrijdingen van het redelijketermijnvereiste', *NTER* 2014, p. 113.

procedure al procespartij was²). De Hoge Raad heeft deze consequentie expliciet onder ogen gezien, het alternatief gewogen en (toch) hiervoor gekozen.³ Rechtsherstel in de vorm van een veroordelend vonnis ten laste van de Staat vergt een aparte, nieuwe procedure, een nieuw geschilbeslechtingstraject.

Het is wat mij betreft twijfelachtig of de Staat dat zou mogen verlangen – en of het EHRM dat als voldoende ‘praktisch en effectief’ zal accepteren⁴ – van iemand die al (beweerdelijk) te lang heeft moeten procederen en daaraan spanningen en frustraties heeft overgehouden. Daarom zal in elk geval zeker gesteld moeten worden dat die vervolprocedure, als die niet te voorkomen blijkt, niet alleen effectief is, maar ook zeer spoedig afgewikkeld kan worden, maar dat is een aspect dat de nu vastgestelde route niet kan garanderen: er resteert immers een reguliere civiele procedure!⁵ Daarbij dient bedacht te worden dat het EHRM op grond van art. 13 EVRM eist dat:

“A remedy awarding compensation should itself comply with the ‘reasonable time’ requirement, in that the procedural rules applied to it *should not be exactly the same* as those applied to ordinary applications for damages [mijn curs., IG].”⁶

De route die de Hoge Raad heeft uitgezet, voldoet niet aan deze eis; daar ligt dus nog steeds een probleem.⁷ Enige hoop is wellicht nog te putten uit de gedachte dat de meeste overschrijdingen van de redelijke termijn nu buiten rechte kunnen en zullen worden afgewikkeld, gegeven het systeem dat de Hoge Raad heeft aangereikt. Er wordt immers getracht om vrij specifiek aan te geven hoe dit soort zaken moeten worden afgedaan, ook bijvoorbeeld als het om de omvang van de vergoeding gaat.

- [418]
- 2 Het is al beleid in bestuursrechtelijke redelijke termijn-zaken om geen verweer te voeren, uitzonderingen daargelaten, zie nader de beleidsregel in *Stcrt.* 2014, nr. 20210, 18 juli 2014, en T.J. POPPEMA, ‘De redelijke termijn na 29 januari 2014’, *Trema* 2015, p. 59.
 - 3 Zie nogmaals HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), en instemmend Asser in zijn *NJ*-noot, sub nr. 8. Anders nog A-G Van Oven in zijn conclusie (nr. 4.42) voor het arrest, en kritisch VAN KESSEL 2014, p. 268, alsmede R.D. LUBACH, ‘Overschrijding van de redelijke termijn door rechterlijke instanties’, *MvV* 2014, p. 138.
 - 4 VAN KESSEL 2014, p. 273, concludeert negatief op dit punt. Zie ook nog A-G Van Oven in zijn conclusie, 4.45, voor HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt).
 - 5 Voor de mogelijkheden om de overheid alsnog in de oorspronkelijke procedure te betrekken, verwijs ik naar nr. 142-143.
 - 6 EHRM 26 november 2013, nr. 40756/06 (Vlad e.a. t. Roemenië), § 112. Vgl. ook nog § 118, waarbij de mogelijkheid van een gewone civiele procedure op grond van het nationale Roemeense aansprakelijkheidsrecht wordt afgeserveerd.
 - 7 De overweging van de Hoge Raad in het *De Bilt*-arrest in r.o. 3.14 (“Een op grond van onrechtmatige daad in te stellen afzonderlijke procedure tegen de Staat kan een voldoende effectief rechtsmiddel bieden tot verkrijging van schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn”) is niet onjuist, want een afzonderlijke procedure als bedoeld *kan* inderdaad volstaan. Maar daarvoor gelden dan wel nadere eisen, zoals blijkt uit het citaat.

[419] *Omvang van de vergoeding.* Sprekend over de *omvang* van de te vergoeden schade, rijst vervolgens de vraag tot welke vergoeding de veronderstelde spanning en frustratie van het gedurende te lange tijd moeten procederen, moet leiden. Bij beantwoording van die vraag doemt het probleem op dat (ook) dit soort immateriële schade niet daadwerkelijke te becijferen valt, zodat al snel zal (moeten) worden gekozen voor aansluiting bij een van de betreffende persoon geabstraheerd, redelijk geacht bedrag. Daartoe zou in principe aangesloten kunnen worden bij de geldelijke normen uit *Pizzati t. Italië* en vergelijkbare zaken van het Straatsburgse Hof,¹ ware het niet dat de daarbij door het Europese Hof benutte, exacte normen niet meteen duidelijk (want: niet openbaar) en toepasbaar zijn. Daarom zou via gevalvergelijking tot een zo goed mogelijke benadering van de hoogte van de vergoeding moeten worden gekomen.² Dat is wellicht wel omslachtig, maar op zichzelf niet onuitvoerbaar.

De Hoge Raad heeft echter niet die route gekozen. Voor de hoogte van de toe te kennen vergoeding, zo beslist hij in het *De Bilt*-arrest,³ wordt in principe aansluiting gezocht bij de vergoedingen die in het bestuursrecht worden toegekend, namelijk € 500,- per halfjaar overschrijding van de redelijke termijn, waarbij dan naar boven wordt afgerond. Dat lijkt op het eerste gezicht te betekenen – zo vul ik deze wat onduidelijk geformuleerde overweging dan in – dat als een civiele procedure, fictief, op 1 april 2015 afgerond had moeten zijn, doch dat niet het geval is, in beginsel per 1 oktober 2015 € 500,- verschuldigd is, en dat dan de termijn voor de tweede € 500,- begint te lopen. Op 1 april 2016 is dus € 1.000,- verschuldigd, etc.

Wat de hierbij door de Hoge Raad genoemde ‘afronding’ naar boven betekent, is ook niet meteen helder. Wil dat wellicht zeggen dat zodra er enige overschrijding is, de halfjaars-‘boete’ geheel toekomt aan de eiser, door die ‘afronding naar boven’, dus vanaf 2 april 2015 in mijn fictieve voorbeeld? Of betekent die afronding dat vanaf het midden van de termijn, dus vanaf 1 juli 2015, de vordering € 500,- beloopt?⁴ Dat eerste strookt niet met de tekst van de uitspraak (‘per half jaar vertraging’ suggereert wat mij betreft dat dit halfjaar al voorbij moet zijn); het laatste zou betekenen dat de onredelijke lange termijn in ieder geval nog drie maanden extra mag duren voordat er enige schadevergoeding verschuldigd wordt.

De bestuursrechters waar de Hoge Raad naar verwijst, gaan echter uit van een vergoeding van € 500,- per halfjaar of gedeelte daarvan waarmee de redelijke

[419] 1 Vgl. T. BARKHUYSEN & M. VAN EMMERIK, ‘Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg’, *NJCM-bull.* 2006, p. 62.

2 Zo ook EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scordino t. Italië*).

3 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*De Bilt*), r.o. 3.16.3.

4 Een derde optie is dat er gedurende de periode van vertraging proportioneel vergoed wordt, dus pakweg € 20,- per week vertraging; de uitspraak bevat echter geen enkele aanleiding hiervoor.

termijn is overschreden.⁵ In mijn voorbeeld is dus vanaf 1 oktober 2015 al € 1.000,- verschuldigd, nadat meteen per 1 april 2015 al € 500,- verschuldigd zou zijn. Gegeven die vaste bestuursrechtelijke rechtspraak en de uitspraak van de Hoge Raad dat hij zich daarbij aansluit, houd ik het erop dat dit ook is wat de Hoge Raad voorstaat.⁶

Een ander probleem is dit. De civiele kamer van de Hoge Raad wil geen vaste redelijke termijn noemen voor civiele zaken, zoals de bestuurs- en strafrechter dat wel deed, zie nr. 404, maar zoekt wel bij die bestuursrechter aansluiting als het om de hoogte van de vergoeding gaat. De maatstaf die de bestuursrechter hanteert, veronderstelt echter dat nauwkeurig is aan te geven wanneer de redelijke termijn voorbij is (d.w.z. na het verstrijken van de vastgestelde vaste termijn). Als een bedrag wordt toegekend per halfjaar vertraging, moet immers glashelder zijn wanneer dat halfjaar is gaan lopen. In het bestuursrecht is dat ook duidelijk, maar in het civiele recht is dat niet aanstonds het geval. Die civiele rechter zal per geval niet enkel moeten constateren dat de termijn overschreden is, maar ook op welk moment in dit specifieke geval die termijn dan overschreden werd (dat kan bijvoorbeeld na zes, acht en twee derde of elf en een half jaar het geval zijn), althans waar er gedurende het proces een onredelijk vertraging is opgelopen van een zekere duur, en hoe lang die periode dan duurde.⁷

De meest eenvoudige wijze om hiermee om te gaan, is door alsnog met een 'in beginsel vaste termijn'⁸ te gaan werken, zodat helder is wanneer een eventuele overschrijding start, en door vervolgens vanaf dat specifieke moment (in mijn voorbeeld: 1 april 2015) een bedrag toe te kennen, dat opgehoogd wordt per halfjaar extra dat verloopt (dus: een tweede tranche is verschuldigd per 1 oktober 2015). Dan is enige afronding verder niet nodig, en komt de toekenning dichterbij de buurt bij wat het EHRM in deze eist (want ook dat is nog wel een aandachtspunt, zie hierna).

[420] *Verdere beoordeling.* Hoe dit alles verder te beoordelen? In beginsel zullen de geldelijke uitgangspunten van het Europese Hof moeten worden gevolgd, en kan al te veel 'krenterigheid' van de Nederlandse rechter niet volstaan. De vraag is daarbij of de momenteel geldende 'automatische' vergoeding (€ 500,- per halfjaar vertraging) afdoende zal zijn. Hierbij dient meteen gezegd te worden

[419] 5 Zie bijv. CRvB 23 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV6848, en CRvB 29 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1009.

6 Daarvoor pleit dan ook nog dat in ABRvS 29 januari 2014, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, r.o. 4.9, inzake dit bestuursrechtelijke systeem gesproken wordt over 'afronding naar boven', zoals de Hoge Raad dat in het *De Bilt*-arrest ook doet. In deze zin ook T.J. POPPEMA, 'De redelijke termijn na 29 januari 2014', *Trema* 2015, p. 58.

7 Gegeven de beslissingen die zo van de civiele rechter worden gevraagd, wordt wel de lastige uitleg van de term 'per half jaar vertraging', zoals net besproken, omzeild. De rechter stelt in elk specifiek geval de duur van de vertraging vast en bepaalt dan afrondend het te vergoeden bedrag.

8 Moest u hier ook denken aan de parallel met de 'in beginsel strakke regel'...?

dat het Europese Hof over het algemeen coulant is op dit vlak. Niettemin, uitkeringen van minder dan ongeveer 25% van wat het Hof zelf zou vergoeden, worden niet geaccepteerd.¹ Problematisch is vervolgens echter dat niet goed in te schatten is hoeveel het Hof zelf zou vergoeden, mede omdat het Hof de bij de eigen berekeningswijze behorende (en gebruikte) tabellen niet wil openbaren. Zodoende kan ook niet precies worden bepaald of Nederland nog aan de goede kant van de score zit.²

In ieder geval kan wat mij betreft vastgesteld worden dat de Nederlandse bedragen laag zijn en dat de berekeningswijze aan de magere kant is. Het bedrag 'an sich' is immers niet erg hoog. Bovendien gaat het door het EHRM gehanteerde basistarief uit van een som van € 1.000,- tot € 1.500,- per jaar. En 'per jaar' betekent dan: per jaar dat de vertraagde procedure in totaal duurde, zie nr. 408, en dus *niet* per jaar dat de procedure *vertraging opliep*. Dat maakt nogal wat uit, zoals een eenvoudig voorbeeld kan laten zien. Bij een onredelijke geachte vertraging van twee jaar gedurende een procedure die in totaal zes jaar duurde, kan de benadeelde naar Nederlands recht een vergoeding van € 2.000,- tegemoetzien, terwijl in Straatsburg een bedrag (kijkend naar het basistarief) van tussen de € 6.000,- en € 9.000,- lonkt. De hiervoor genoemde stelregel dat een nationaal bedrag van minder dan 25% van de Europese norm, niet aan de maat is, is dan nadrukkelijk in beeld.

Ook Dijkshoorn heeft betoogd dat het (toen: bestuursrechtelijke) vergoedingsniveau 'onredelijk laag' is in de zin van *Scordino t. Italië*, en dat de burgerlijke rechter genereuzer moet zijn om de handhavingsfunctie van de vergoeding gestand te doen. De bestuursrechtelijke bedragen zouden dus in civiele zaken niet moeten worden gevolgd, volgens hem,³ maar daar denkt de Hoge Raad anders over. Wat mij betreft is dat ten onrechte, en ik vrees dus dat wij zodoende nog steeds geen effectieve nationale remedie kunnen laten zien aan het Hof.

Daarbij aanhakend verdient dan nog vermelding dat in de visie van de Hoge Raad in gevallen van geringe overschrijding volstaan kan worden met de constatering dat de redelijke termijn is overschreden.⁴ Zoals Van Kessel⁵ heeft laten zien, is dat een beslissing die niet spoort met de rechtspraak van het EHRM, zodat ook dit element aanpassing behoeft.

[420] 1 W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de 'redelijke termijn': moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1348.
2 Volgens VAN KESSEL 2014, p. 271, is dit bedrag 'EVRM-technisch' aan de maat, ook omdat in België en Duitsland vergelijkbare bedragen en berekeningswijzen worden benut. S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 640, is aarzelender.
3 W. DIJKSHOORN, 'Overschrijding van de 'redelijke termijn': moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063, p. 1346-1347 en 1350-1351.
4 Nogmaals HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), r.o. 3.16.3.
5 VAN KESSEL 2014, p. 272.

9.5.5 Tussenconclusie

[421] *Conclusie.* Voortbouwend op hetgeen in hoofdstuk 4 al werd vastgesteld, kan de conclusie hier geen andere zijn dan dat sterk twijfelachtig is, gegeven de beperkte omvang van de smartengeldvergoeding bij een onredelijke vertraging en de omslachtige (want: volgens de normale procesrechtelijke regels te voeren) procedurevorm die voor het verhaal van die schade is verkozen, of er in het civiele recht al een ‘effective remedy’ in de zin van art. 13 EVRM is geïntroduceerd.¹ Het heeft er alle schijn van dat er vooralsnog geen werkelijk effectieve nationale remedie verbonden kan worden aan het oordeel dat de beslistermijn te lang is geweest. Die situatie zal derhalve nader moeten worden geredresseerd om op termijn een (reeks) veroordeling(en) uit Straatsburg te kunnen omzeilen. Een aanvullend voorstel daartoe heb ik reeds (nrs. 144-148) gedaan, waarnaar ik hier graag verwijs.² Intussen kan en moet er daarnaast – eigenlijk is dat nog belangrijker – via het nationale procesrecht aan de *preventie* van eventuele mensenrechtenschendingen worden gewerkt. Daarover gaan (mede) de volgende paragrafen.

9.6 De redelijke termijn in het Nederlandse recht¹

9.6.1 Art. 20 lid 1 Rv

[422] *Belang van art. 20 Rv.* De Nederlandse ‘hertaling’ van het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn is neergelegd in art. 20 Rv. Dit artikel is ook naast art. 6 EVRM wel degelijk van belang want art. 6 EVRM geldt (waarschijnlijk) niet direct tussen private partijen;² art. 20 Rv werkt in die verhouding echter wel. Zo wordt bereikt dat zowel de rechter als de procespartijen (onderling, via art. 20 lid 2 Rv) gehouden zijn (tegenover elkaar) om aan een spoedige afwikkeling van de procedure bij te dragen. Dit art. 20 Rv is overigens geen ‘Nederlandse vertaling’ van art. 6 EVRM, maar veeleer een uitdrukking van de aloude gedachte dat de procespartijen het proces tempo bepalen voor zover dat niet tot vertraging leidt.³ Omdat art. 6 EVRM het uitgangspunt dat partijen het

[421] 1 Vgl. m.n. ook VAN KESSEL 2014, p. 273 en A-G Van Oven in zijn conclusie (nr. 4.42 en 4.46) voor HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), alsmede S.K. MARTENS, ‘EHRM om ten aanzien van art. 13’, *NJB* 2000, p. 2042.

2 Ik voeg daaraan nog toe dat er wellicht ook nog enkele processuele ingrepen nodig zijn (versneld afdoen; proceskosten compenseren) om die route werkelijk ‘effective’ te kunnen noemen, want ook deze route vergt (helaas) weer een zelfstandige nieuwe procedure. Wellicht is hier een ‘ad-hoc’-vergoedingssysteem aangewezen.

[422] 1 Rechtsvergelijkende informatie is te halen uit VAN DER WIEL 2004, p. 66 e.v.; C.H. van Rhee (ed.), *The Law’s Delay*, 2004.

2 Zie nr. 27, en o.a. JANSEN 2000, p. 176. LAWSON/TEUBEN 2004, p. 179; VAN DER WIEL 2004, p. 62 e.v.

3 Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 132; I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, ‘De redelijke termijn in civiele procedures’, *Trema* 1996, p. 129; MEIJKNECHT 2013, p. 79.

tempo bepalen, als zodanig niet bestrijdt (mits het tentoongespreide tempo maar hoog genoeg ligt), meen ik dat hier hoogstens van een marginaal verschil tussen beide artikelen kan worden gesproken. Kern van beide bepalingen is immers dat procedures vlot moeten worden afgewikkeld. Als de redelijke termijn voorname-lijk door de procespartijen in de knel komt (ze laten de zaak slonzen, reageren niet of te laat), dan geldt art. 6 EVRM weliswaar niet horizontaal tussen beide, maar is de civiele rechter in een civiele procedure nog steeds gehouden de norm van art. 6 EVRM in acht te (laten) nemen en dus de redelijke termijn te bewaken.

Art. 20 Rv is de primaire Nederlandse rechtsbron⁴ als het om het bewaken van de duur van procedures gaat; het is nieuw geïntroduceerd bij de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002. Het is mogelijk, net als bij het beginsel van hoor en wederhoor, om dit artikel en de materie die het aansnijdt, te bekijken vanuit de rechter (lid 1) of vanuit de partijen (lid 2). We beginnen met lid 1.

[423] *Termijnen.* Art. 20 lid 1 Rv bepaalt dat de rechter moet waken tegen onredelijke vertraging van de procedure, een regel die kan worden afgezet tegen het oude procesrecht dat in art. 143 Rv (oud) weliswaar vastlegde dat de rechter de termijnen voor conclusies bepaalde, maar omdat de rechter verzoeken tot uitstel van (één van de) partijen standaard volgde op grond van lid 2, bood dat artikel geen werkelijke versnelling. De (advocaat van de) wederpartij van de procespartij die uitstel verzocht, protesteerde niet want die had in de toekomst ongetwijfeld ooit dezelfde gunst nodig, misschien zelfs wel van de betrokken advocaat. De rechter hanteerde dus (nog steeds) een lijdelijke opstelling ten aanzien van termijnen.¹

Momenteel is deze materie geregeld in art. 133 Rv, waaruit overigens nog steeds volgt dat procespartijen het tempo kunnen bepalen; een gezamenlijk verzoek om de procedure te bevriezen, zal de rechter niet snel negeren (al kan hij dat wel).² Het Landelijk Rolreglement (LRr) zoals dat vanaf 2015 geldt, beaamt dat: partijen kunnen gezamenlijk vragen om een afwijkende procesvoering (art. 1.4 LRr).

Dat laatste duidt erop dat de civiele rechter zijn klassieke lijdelijkheid nog niet helemaal van zich heeft afgeschud.³ Het civiele procesrecht langs die lijn inrichten, zoals dat in Nederland nog deels het geval is, is op zich toegestaan, aldus het Europese Hof in de *Capuano*-zaak,⁴ mede ook omdat het EHRM zich

[422] 4 Richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad bestaat sinds kort, zie HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), waarover zometeen (nog) meer in nr. 426.

[423] 1 WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 20 Rv, aant. 1.

2 MEIJKNECHT 2013, p. 80; WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 20 Rv, aant. 4.

3 Over de discussie, in gang gezet door ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, over die lijdelijkheid, zie o.a. I. GIESEN, 'Zoeken naar balans', *Trema* 2010, p. 152 e.v., met verdere verwijzingen, en hierna hoofdstuk 10.

4 Zie EHRM 25 juni 1987, *NJ* 1990/231, m.nt. E.A. Alkema (*Capuano t. Italië*).

nooit uitspreekt over een systeem van rechtspleging als geheel. Maar dat laat onverlet dat de civiele rechter verplicht is op te letten en termijnen te bewaken want het bestaan van partijautonomie is géén excuus voor vertraging. Kortom, de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van de voortgang van de procedure is verder teruggedrongen, op zoek naar een doelmatiger verloop van die procedure.⁵

[424] *De rechter waakt.* Met de komst van art. 20 Rv is het element dat de rechter moet waken tegen vertraging, meer op de voorgrond getreden. Dus ook als de procespartijen zeggenschap hebben en uitoefenen over het (trage) verloop van de procedure ontslaat dat de (feiten)rechter niet van diens plicht om voor voortgang te zorgen.¹ Immers, art. 20 lid 1 Rv richt zich expliciet tot die rechter, hoewel de in vroeger tijden gekozen achtergrond, namelijk dat de partijen het tempo bepalen tenzij dat te zeer vertraagt, er ook wel ingelezen wordt. De rechterlijke plicht om te waken tegen vertraging, evenals de daaraan gekoppelde bevoegdheid om in te grijpen, eventueel ambtshalve, als dat nodig is, is een algemene plicht en bevoegdheid geworden, vandaar ook de plaatsing in afdeling 3 van titel 1 van het wetboek; het artikel geldt in elke fase van procedure, en voor elk type procedure. De rechter moet al met al zorgen dat de procedure doelmatig verloopt door termijnen voor het verrichten van proceshandelingen te bepalen, door eventueel uitstel te verlenen, al dan niet onder voorwaarden,² en door bijvoorbeeld incidentele vorderingen tot voeging (art. 217 Rv) kritisch te beoordelen.³ De procespartijen moeten 'due diligence'⁴ in acht nemen maar het is aan de rechter om streng te waken. Uiteindelijk kan en mag deze (ook) hier niet (te) lijdelijk opereren.

[425] *Bepaling van de redelijke termijn.* Welke termijn precies bedoeld wordt als het gaat om een 'onredelijke vertraging', en dus vooral wanneer er daarvan sprake is, is niet in algemene termen te duiden, anders dan dat hier de afweging in principe langs dezelfde lijnen kan en moet (in verband met de verbindende kracht van art. 6 EVRM) geschieden als de beoordeling onder art. 6 EVRM.¹ Bij het bepalen van welke termijn nog redelijk is, krijgt de feitenrechter veel vrijheid van

[423] 5 Vgl. I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 132.

[424] 1 Zie HR 18 maart 2011, *NJ* 2012/315, m.nt. C.J.M. Klaassen (X./NIHS), r.o. 3.5.3; STEIN/RUEB 2013, p. 32. Vgl. ook Principle 14.1 PTCP: "active manage the proceeding (...) with reasonable speed".

2 Zie HR 18 maart 2011, *NJ* 2012/315, m.nt. C.J.M. Klaassen (X./NIHS), r.o. 3.5.3.

3 Zie nader HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/206 (Fiar CE/De Thuiskopie). Uit dat arrest blijkt echter dat enige vertraging inherent is aan een voeging en dus geaccepteerd moet worden.

4 Zie de *Capuano*-uitspraak (EHRM 25 juni 1987, *NJ* 1990/231, m.nt. E.A. Alkema) en STEIN/RUEB 2013, p. 32.

[425] 1 Vgl. Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 143 en WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 20 Rv, aant. 2.

de Hoge Raad, aldus zijn arrest van 18 maart 2011. Het is aan de feitenrechter om te waken tegen vertraging en om maatregelen te nemen. En vervolgens geldt, aldus r.o. 3.5.3:²

“In cassatie kan over de wijze waarop de rechter van zijn bevoegdheden gebruik maakt slechts worden geklaagd dat de rechter is uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent het bestaan en de omvang van zijn bevoegdheden, waaronder in voorkomend geval is begrepen dat hij in strijd handelt met de terzake door de daartoe bevoegde rechterlijke organen vastgestelde en als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen procesregelingen, of dat de rechter bij het gebruik maken van zijn bevoegdheid heeft blijk gegeven van miskennis van hetgeen onder de gegeven omstandigheden de goede procesorde in verband met de bij zijn beslissing betrokken belangen eist.”

In casu had het hof beslist om geen gelegenheid meer te bieden om getuigen te horen. Volgend op voorgaand citaat stelt de Hoge Raad³ dan dat naast het belang van een voortvarende rechtspleging het belang staat van de waarheidsvinding, zoals dat mede door art. 166 Rv is gewaarborgd. Met het oog daarop is een ontzegging van het recht om getuigenbewijs te leveren alleen mogelijk als dat gerechtvaardigd wordt door de mate waarin het belang van een voortvarende rechtspleging is geschonden. Voor de onderlinge rangorde betekent zulks dat de waarheidsvinding (in beginsel) als het bovenliggende, zwaarder wegende belang telt. Zie ook nr. 84.

[426] *Vaststellen van een schending naar Nederlands recht.* Als het om de kaders voor het bepalen van de redelijke termijn in civiele zaken gaat, is opnieuw de uitspraak van de Hoge Raad in het *De Bilt*-arrest van belang.¹ Daarin bespreekt hij immers de vraag wanneer er in een concreet geval sprake kan zijn van een schending van de redelijke termijn. Hij doet dat door middel van enkele algemene opmerkingen in r.o. 3.16.4:

“Uit hetgeen hiervoor in 3.16.2 is overwogen volgt dat bij de beoordeling van geschillen over overschrijding van de redelijke termijn, de jurisprudentie van het EHRM over art. 6 EVRM tot richtsnoer kan dienen. Het EHRM oordeelt naar aanleiding van de omstandigheden van het concrete geval, hetgeen betekent dat mede rekening wordt gehouden met de aard, de ingewikkeldheid en het belang van de zaak en met het (procedeer)gedrag van partijen. Gelet wordt op de totale duur van berechting, maar ook onaanvaardbaar lange perioden van tussentijdse inactiviteit kunnen overschrijding van de redelijke termijn meebrengen. Kwesties die verband houden met de organisatie van de rechterlijke macht (zoals achterstanden bij het desbetreffende gerecht of ziekte van behandelende rechters) staan niet aan aansprakelijkheid in de weg. Deze en andere door het EHRM gegeven uitgangspunten zijn ook voor de nationale beoordeling richtsnoer.”

[425] 2 HR 18 maart 2011, *NJ* 2012/315, m.nt. C.J.M. Klaassen (X./NIHS).

3 Zie HR 18 maart 2011, *NJ* 2012/315, m.nt. C.J.M. Klaassen (X./NIHS), r.o. 3.5.4.

[426] 1 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*De Bilt*).

Kort samengevat: het denkraam van het EHRM is leidend in deze, ook in zaken die buiten het domein van art. 6 EVRM vallen.² De bewijslast ten aanzien van de overschrijding (en dus de onrechtmatigheid) rust gewoon op de eisende partij.³

Een vraag die vervolgens nogmaals, zie nr. 404, opkomt, is of er hier met 'vaste' termijnen kan worden gewerkt, net zoals dat in het straf- en bestuursrecht gebeurt, zie nr. 134-135. Zonder veel omhaal van woorden wordt die mogelijkheid echter afgewezen:⁴

"Procedures voor de Nederlandse burgerlijke rechter lopen zodanig uiteen in aard, ingewikkeldheid en procesvoering, dat de zaaksgerichte benadering van het EHRM niet kan worden concreetiseerd in algemene richttermijnen voor een redelijke duur van die procedures."

Die argumentatie is niet erg sterk,⁵ want de wél van een geharmoniseerde termijn voorziene bestuurs- en strafrechtelijke procedures⁶ zijn ook niet allemaal eender en gelijk. Bovendien, veel reguliere civiele procedures verlopen volgens een onderling vergelijkbaar patroon, en voor afwijkingen vanwege het bijzondere karakter van een specifiek geval, kan (en moet) altijd ruimte worden gelaten, ook als er in principe voor een vaste termijn zou worden gekozen. Asser voorspelt dan ook dat de feitenrechter alsnog richtlijnen zal gaan opstellen, die de Hoge Raad vervolgens kan toetsen.⁷

[426] 2 Zie de Hoge Raad in r.o. 3.16.2: "Voor toekenning van een vergoeding (...) is niet vereist dat die zaak zelf onder het bereik van art. 6 EVRM valt. Het aan art. 6 EVRM ten grondslag liggende rechtsbeginsel geldt immers eveneens, ook afgezien van die bepaling, binnen de nationale rechtsorde, en noopt ertoe dat geschillen voor de burgerlijke rechter binnen een redelijke termijn worden beslecht (...)."

3 Zie de Hoge Raad in r.o. 3.16.4: "Er is dan ook geen aanleiding voor een afwijking van de in het algemeen geldende regels van stelplicht en bewijslast. Wel kan een zeer lange feitelijke duur van de procedure aanleiding vormen om overschrijding van de redelijke termijn voorshands bewezen te achten, behoudens door de Staat te leveren tegenbewijs." Asser, noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 6, is zeer kritisch hierover (want dit lijkt 'weerspiegelen' tegen de actie 'te weerspiegelen').

4 HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (De Bilt), r.o. 3.16.4.

5 Kritisch ook VAN KESSEL 2014, p. 269 en 273; A.E. BEUMER, 'Een voorstel voor een effectief rechtsmiddel voor overschrijdingen van het redelijketermijnvereiste', *NTER* 2014, p. 111, en T.J. POPPEMA, 'De redelijke termijn na 29 januari 2014', *Trema* 2015, p. 58. Minder kritisch: S.D. LINDENBERGH, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 640; R.D. LUBACH, 'Overschrijding van de redelijke termijn door rechterlijke instanties', *MvV* 2014, p. 139. Voor argumenten vóór uniformering (rechtseenheid, eenvoud, geen rechtvaardiging voor ongelijkheid), zie de conclusie van Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2013:1586), sub 3.13, voorafgaand aan ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

6 Zie vooral ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis.

7 Asser, noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 6. Vgl. ook R.D. LUBACH, 'Overschrijding van de redelijke termijn door rechterlijke instanties', *MvV* 2014, p. 139, die pleit voor vaste normen (een staffel) om bij de einduitspraak meteen een eventuele schadevergoeding vast te kunnen stellen.

[427] *Sanctie?* Specifieke sancties ingeval zich toch vertragingen voordoen, ontbreken in art. 20 lid 1 Rv.¹ Weliswaar wordt daarin de mogelijkheid voor de rechter genoemd om maatregelen te nemen, maar specifiek is dat niet, en een ('leedtoevoegende') sanctie (op wangedrag van partijen) is daarmee in feite ook niet of nauwelijks gegeven; men zou dat vrijblijvend kunnen noemen.² Wel wordt de bevoegdheid verschaft om eventueel te 'sanctioneren' (bepaalde maatregelen werken immers uit als een sanctie) door bestaande processuele instrumenten te benutten. Denk daarbij voorlopig nog aan³ het stellen van een termijn op straffe van het verval van het recht nog te concluderen (art. 133 lid 4 Rv), het niet alsnog gelegenheid geven voor re- en dupliek (art. 132 Rv) of het buiten beschouwing laten van laat ingebrachte stukken.⁴ Straks zullen hier vooral art. 30k lid 5 Kel-Rv en art. 30o lid 1 sub a Kel-Rv van belang zijn.

Deze en vergelijkbare processuele middelen zijn van belang want hierin schuilt een manier om meer dan thans het geval is binnen de bestaande (oorspronkelijke) procedure de partijen aan te sporen om tempo te maken, zodat de rechter de kans krijgt om vertraging tegen te gaan zodat het Nederlandse recht beter aansluit bij de Europese wens om preventief nationaal te werk te gaan. Zo kan tevens het denken in termen van sancties (sanctionering via schadevergoedingen of anderszins) worden teruggedrongen.

Een sanctie ten laste van de rechter die het artikel niet ter harte zou nemen, wordt helemaal niet genoemd. Een sanctie achteraf, of eigenlijk beter, de gesanctioneerde plicht om vooraf zorgen dat de vertraging voorkomen wordt door preventieve maatregelen te nemen, is echter wel nodig omdat op grond van art. 13 EVRM een 'effective remedy' nodig is in het geval er door een procespartij op grond van art. 6 EVRM geklaagd wordt.⁵ Een sanctie die dan ook in het kader van art. 20 lid 1 Rv van stal kan worden gehaald is de vordering op grond van onrechtmatige daad, in de uitwerking daarvan zoals deze sinds 2014 in de rechtspraak van de Hoge Raad, met name in het eerder in nr. 417 besproken arrest *De Bilt*, is neergelegd. Ook in het kader van art. 20 Rv geldt dus dat de regeling van onrechtmatige rechtspraak ruimer dan voorheen ingezet zal moeten

[427] 1 Vgl. Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 135.

2 Vgl. de discussie in Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, o.a. op p. 146.

3 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 135-136 en WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 20 Rv, aant. 3, voor deze en andere voorbeelden.

4 Zie HR 26 januari 2007, *NJ* 2007/78 (Van de Ven/Sleegers): de rechter moet waken tegen onredelijke vertraging en mag op grond daarvan stukken buiten beschouwing laten.

5 Zie nr. 103, en EHRM 26 oktober 2000, *NJ* 2001/594, m.nt. E.A. Alkema (Kudla t. Polen). Dit alles is extra pregnant omdat het hier niet zo is dat een hogerberoeprechter die art. 6 EVRM niet schendt (lees: wel tijdig is), de eerdere schending teniet kan doen (zoals dat bij andere rechten uit art. 6 EVRM wel het geval is). Hier kan in hoger beroep alleen gerepareerd worden door extra snel te zijn, door tijd terug te winnen, zie ook VAN KESSEL 2014, p. 270.

worden.⁶ Overziet men mede in dat licht art. 20 Rv, dan moet wel gezegd worden dat dit artikel, en in elk geval art. 20 lid 1 Rv, eigenlijk weinig tot niets toevoegt aan wat art. 6 EVRM ook al verlangt en eist.⁷

9.6.2 Tussen partijen: art. 20 lid 2 Rv

[428] *Partijen zijn zelf verantwoordelijk.* Het tweede perspectief, dat art. 20 lid 2 Rv biedt, is dat van de partijen zelf; ook zij zijn verplicht om – ten opzichte van elkaar – onredelijke vertraging van de procedure voorkomen. De partijen moeten zelf actief voor de nodige snelheid zorg dragen; zij moeten niet enkel waken tegen vertraging maar ook zelf de gang erin houden. Het artikel vestigt daarmee een 'samenwerkingsplicht', een zekere loyaliteit, tussen partijen, onder toezicht van de rechter.¹

Het artikel vergt echter niet van een partij dat deze de zaak moet versnellen; een partij mag dus alle processuele instrumenten gewoon benutten, maar als deze een instrument gebruikt, dient dat wel met redelijke voortgang te geschieden.² Daarbij aansluitend geldt ook dat als partijen een zekere mate van vertraging van de procedure willen, bijvoorbeeld omdat ze aan het onderhandelen zijn over een schikking, er daartoe ruimte is. Dit vormt immers een legitiem belang, ook vanuit maatschappelijk oogpunt want een schikking is voor iedereen beter dan een geschilbeëindiging via een rechterlijke uitspraak. Daarom moet die ruimte er ook zijn, en dus zal de civiele rechter de partijen uitstel toestaan na een gezamenlijk verzoek daartoe.³ Maar ook dan zal in elk geval de rechter moeten blijven waken tegen vertraging die de redelijke kaders te buiten gaat.⁴

Anders dan het geval is bij lid 1, kan de inhoud van art. 20 lid 2 Rv niet ook direct worden afgeleid uit art. 6 EVRM nu dat artikel ziet op de verhouding tussen overheid en burger en niet, zoals lid 2, op de verhouding tussen rechtsgenoten

[427] 6 Dat betekent dus ook dat voorbij moet worden gegaan aan de minder vrijgevege regel uit HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (X/Staat), waarover ook nr. 129-130; dat is dan wel weer in lijn met HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/NAI). Asser, in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 2, ontkoppelt overigens beide leerstukken: het garanderen van tijdige rechtspraak door de Staat staat los van eventuele fouten van individuele rechters. Ik meen echter dat terughoudendheid op het ene vlak doorwerkt op het andere vlak, althans de kans daarop in zich draagt.

7 Zie KNIGGE 1998, p. 19.

[428] 1 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 133. Vgl. ook HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/399 (Saldal/X.); na peremptoirstelling moet de memorie van grieven genomen worden, ook als (alsnog) voeging gevraagd wordt.

2 Een wisseling van advocaat is bijv. mogelijk en kan dan tot nader uitstel leiden, maar in uitzonderingsgevallen kan dat op grond van art. 20 Rv geweigerd worden. HR 15 november 2013, *NJ* 2013/573 (Advocaatwissel).

3 Uitvoerig hierover KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 169-171.

4 Zie LAWSON/TEUBEN 2004, p. 177; KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 168-169.

onderling, terwijl twijfelachtig is of art. 6 EVRM horizontale werking heeft, zie nr. 27.⁵

[429] *Gerechvaardigd belang van de ander.* Art. 20 lid 2 Rv past daarmee in een veel bredere tendens die hierop neerkomt dat private partijen, ook in een civielrechtelijke procedure, tegenover elkaar verplicht zijn om zich redelijk te gedragen, waaronder dan begrepen is dat men poogt onnodige vertraging tegen te gaan. De materieelrechtelijke redelijkheid en billijkheid – op basis waarvan wij sinds het arrest *Baris/Riezenkamp*¹ kunnen zeggen dat private partijen in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan die meebrengt dat ze zich bij hun gedrag mede moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de ander – werkt door in civiele procedures. De redelijkheid en billijkheid houden niet op te bestaan waar private partijen besluiten te gaan procederen.²

Dat betekent onder andere dat tussen (proces)partijen een zekere mate van samenwerking nodig is, ook in een civiele procedure als partijen in conflict zijn met elkaar, want ook dan mag beschaafd gedrag verwacht worden. Anders dan vroeger gedebiteerd werd, is procederen géén oorlog. Ik volsta hier met een verwijzing naar de rapporten in het kader van de Fundamentele herbezinning uit 2003 en 2006, waarbij ik op dit punt graag aanhaak.³ Ons civiele procesrecht vergt in de kern dat er onder de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en de rechter voor een voortvarende, efficiënte en effectieve procedure wordt gezorgd. Op de procesdeelnemers rust de algemene plicht tot medewerking aan het bereiken van de van het civiele proces. En op de rechter rust de plicht daarop toezicht te houden.⁴

Hoewel het voorgaande niet door iedereen in gelijke mate gedeeld wordt, is deze tendens ook zichtbaar in de rechtspraak. Zo is er bijvoorbeeld een arrest van Hof Amsterdam⁵ uit 2002 waarin al naar voren komt dat het de partijen niet vrijstaat om bepaalde dingen onbesproken te laten als dat tot verlenging van procedure leidt. Partijen moeten zodoende dus bijdragen aan de verwerkelijking van een behoorlijke procesorde. Met andere woorden: via het samenstel van lid 1 en lid 2 van art. 20 Rv bestaat de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en de partijen allang in de rechtspraak.

[428] 5 Zie o.a. LAWSON/TEUBEN 2004, p. 179; VAN DER WIEL 2004, p. 62 e.v.

[429] 1 HR 15 november 1957, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

2 Zie o.a. J.B.M. VRANKEN, 'Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg', in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, 1999, met name nr. 80-88.

3 Zie nader ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 77 e.v., en ASSER/GROEN/VRANKEN 2006, p. 48, alsmede voor een weergave van diverse reacties daarop I. GIESEN, 'Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging', *NJB* 2005, p. 472-474. Ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 225, betoont zich een voorstander van de nieuwe lijn. Zie verder nog Principle 7.2 PTCP, en in breder verband ook Principle 11.1 en 11.2 PTCP.

4 Daarover ook Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 138.

5 Hof Amsterdam 10 januari 2002, NJ 2002/504.

[430] *Sancties door de rechter?* Net als het geval was bij lid 1, wordt ook in art. 20 lid 2 Rv geen specifieke sanctie genoemd. Dat wil echter niet zeggen dat er niet van alles mogelijk is om het doel van het artikel te bereiken.

Ten eerste kan de ene procespartij bij de rechter bezwaar maken tegen de vertragingstactiek van de wederpartij, en daarbij de rechter verzoeken om maatregelen te nemen in de zin van art. 20 lid 1 Rv.¹ De rechter wordt aangespoord zijn bevoegdheden te benutten door daar expliciet om te vragen. Een procespartij kan ook besluiten om niet in te stemmen met bijvoorbeeld een verzoek tot uitstel. Het probleem daarmee is feitelijk echter dat dit binnen de advocatuur niet als collegiaal gezien wordt, en dat de advocaat die dit doet, het risico neemt om een 'koekje van eigen deeg' te krijgen de volgende keer dat hij zelf uitstel wil. Aan de andere kant, de bepaling is ook mede bedoeld om deze cultuur te (kunnen) veranderen.²

[431] *Onrechtmatige daad.* Ten tweede opent dit artikellid de route naar een onrechtmatige daadsactie tegen de wederpartij.¹ Belangrijk daarbij is vooral dat het artikellid ook de weg opent naar het inroepen van de onrechtmatige daad in de al lopende procedure. Via art. 20 lid 2 Rv wordt ten eerste de niet aan art. 6 EVRM klevende horizontale werking tussen partijen alsnog bereikt.² Ten tweede wordt het mogelijk, als de wederpartij die bepaling niet in acht neemt, om (in de lopende rechtsstrijd) een beroep op de onrechtmatigheid van het handelen van de wederpartij te doen. Immers, schending van art. 20 Rv is een handelen in strijd met een wettelijke plicht.³ Die vordering kan dan eventueel zelfs (via een eiswijziging, zie art. 130 Rv, al dan niet in reconventie) in de al lopende procedure ingebracht worden, anders dan in het geval dat de vertraging op de rechter is terug te voeren. Dat betekent dat de gelaedeerde dan niet opnieuw naar de rechter hoeft. Het enige nadeel is dat er van onrechtmatig procederen, hetgeen gezien wordt als een vorm van misbruik van (een processuele) bevoegdheid (art. 3:13 BW), niet snel sprake zal kunnen zijn, hoewel het niet is uitgesloten.⁴ Er zal niet snel sprake zijn van schending van art. 20 lid 2 Rv omdat een procespartij nu eenmaal de processuele middelen die er zijn, mag benutten. Bovendien wordt, in principe, de daardoor mogelijk te veroorzaken schade voorkomen doordat de rechter kan en moet ingrijpen als het uitoefenen van een processuele

[430] 1 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 136-137.

2 Vgl. Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 137-138.

[431] 1 LAWSON/TEUBEN 2004, p. 179; VAN DER WIEL 2004, p. 74 e.v., die dit in concrete vuistregels uitwerkt.

2 Zie SNIJDERS e.a. 2011, nr. 41. LAWSON/TEUBEN 2004, p. 179, stellen dat met art. 20 Rv de horizontale werking van art. 6 EVRM als het om de redelijke termijn gaat, is aanvaard. Ik meen dat die vraag zijn relevantie verliest omdat art. 20 lid 2 Rv het (eventuele) 'gat' opvult.

3 Ook Asser, noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, sub nr. 8, wijst hier naar de mogelijke aansprakelijkheid van de wederpartij.

4 Zie nader hierover SNIJDERS e.a. 2011, nr. 59; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 179.

bevoegdheid in strijd komt met de goede procesorde, bijvoorbeeld omdat zulks tot een onredelijke vertraging zal leiden.

[432] *'Doorrekenen' in de procedure zelf.* Praktisch wellicht belangrijker is dan ook, ten derde, dat het mogelijk is om een maatregel of sanctie te verwerklijken door deze 'door te rekenen' of te 'verrekenen' in de procedure zelf. Daarmee bedoel ik dat de rechter gedurende de procedure afstand neemt van een bepaalde handelswijze van een procespartij en bepaalt dat iets op korte termijn moet gebeuren onder dwang van een daartoe ter beschikking staande sanctie. Daarmee voorkomt hij dan een (verdere) vertraging. Ook biedt het Nederlandse recht zo hetgeen het EVRM eigenlijk wil: het voorkomen van vertraging in plaats van herstel als het mis is gegaan, via een speciale rechtsgang (beroep op de rechter) achteraf. Bovendien wordt daarmee voorkomen dat geregeld boven tafel komt dat als de redelijke termijn is verstreken, de Nederlandse rechtspleging in feite geen effectieve rechtsbescherming kan bieden.¹ Welke precieze mogelijkheden er op dit vlak bestaan, wordt nader besproken in § 9.7 hierna.

9.7 Doorwerking in het Nederlandse civiele procesrecht

9.7.1 Introductie

[433] *Inleiding.* Deze paragraaf heeft als doel om, in aansluiting op de al besproken sancties, nader vast te stellen wat de invloed is (geweest) van de eisen die het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn stelt aan de Nederlandse civiele rechtspleging en hoe de 'doorrekening' daarvan in het procesrecht plaatsvindt. In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat zulks is gebeurd door regels op te stellen die het proces tempo hooghouden of zelfs (verder) kunnen opvoeren, de zogenoemde 'versnellingsregels' (§ 9.7.2), en deze regels vervolgens van een sanctie te voorzien (§ 9.7.3). Daarbij wordt er bij voorbaat al aan herinnerd dat de versnelling van de civiele procedure voor de wetgever¹ een belangrijke drijfveer was voor de vernieuwing van het wetboek in 2002,² én voor de invoering van Kel-Rv. De vraag hier is dus eigenlijk hoe dat heeft uitgepakt.³

[432] 1 Zoals Nederland zelf vaststelde in EHRM 3 maart 2009, NJ 2010/223, m.nt. E.A. Alkema (Voorhuis t. Nederland).

[433] 1 Net als in SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 232, krijgt daarmee ook de wetgever ruim de aandacht. Rechtspraak over civielrechtelijke redelijke termijn-problemen is er nauwelijks, en voor zover versnelling mogelijk is, zal de wetgever dat moeten initiëren en faciliteren, daarbij uiteraard geholpen door de rechter bij de toepassing van die regels.

2 Zie Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht 2002*, p. 6-8; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 203; LAWSON/TEUBEN 2004, p. 153.

3 Het is goed in het oog te houden dat versnelling van een procedure op gespannen voet kan komen te staan met beginselen als hoor en wederhoor, etc. Zie ook T. HUYDECOPER, 'Veranderingen in het procesrecht', NJB 2014/1274.

9.7.2 Enkele versnellingsregels

[434] *Versnellingsregels*. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent vele regels die beogen het proces tempo hoog te houden of zelfs op te voeren. Ik bespreek hierna een aantal voorbeelden¹ van dergelijke ‘versnellingsregels’.²

(1) *Minder procesfasen*: veel tijd wint een procesgang als er minder procesfasen worden ingebouwd, terwijl de resterende fasen zo efficiënt mogelijk worden ingericht. De vroegere conclusie van eis die weinig voorstelde, niets toevoegde maar voorheen genomen moest worden na het uitbrengen van de dagvaarding, is in het huidige procesrecht vervallen. Dat scheelt een aantal weken doorlooptijd.

Het verminderen van proceshandelingen wordt ook bereikt door te bepalen dat er na een comparitie van partijen die in principe steeds gehouden wordt (art. 131 Rv; art. 30j Kel-Rv), alleen nog repliek en dupliek wordt toegelaten indien dat noodzakelijk is in verband met de eisen van hoor en wederhoor of een goede instructie van de zaak (art. 132 lid 2 Rv; art. 30o lid 1 sub b Kel-Rv). Als er al een comparitie is gehouden, kan de rechter op dit moment – in het pre-Kel-tijdperk – nog beslissen dat er geen recht bestaat op pleidooi, indien hij meent dat de partijen voldoende hun standpunt hebben kunnen toelichten (art. 134 lid 1 Rv). Als er geen comparitie is geweest, bestaat de mogelijkheid van re- en dupliek wel nog (art. 132 lid 1 Rv) en is ook een pleidooi toegestaan indien partijen dat wensen (art. 134 lid 1 Rv).³ Hieruit volgt als vanzelf dat de comparitie erg belangrijk is voor de snelheid van de procedure; géén comparitie betekent een extra ronde van conclusies (en dus twee proceshandelingen op een termijn van (steeds) vier weken) en mogelijk ook nog een pleidooi (vaak pas op langere termijn in te boeken). Na doorvoering van de Kel-operatie wordt dat belang zeker niet minder.

[435] *Versnellingsregels (2)*. *Betere informatievergaring en informatieverstrekking*: de huidige procedure in Rv is erop gericht om veel eerder veel meer van de benodigde informatie beschikbaar te hebben, voor zowel de wederpartij als de rechter. Een aantal componenten van die trend is:

(a) De waarheidsplicht: op grond van art. 21 Rv zijn partijen verplicht om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Dit klinkt als de spreekwoordelijke open

[434] 1 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 204 e.v., die over versnellingsregels en concentratieregels spreekt. Voor nadere duiding van de navolgende leerstukken en rechtspraak daarover, zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011.

2 DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 99, laat fraai zien dat er in dit verband twee typen benaderingen mogelijk zijn, namelijk het beperken van de invloed van de procesdeelnemers of het standaardiseren van procedures en deze ontdoen van complicaties.

3 De rechter mag dus niet een verzoek om een pleidooi weigeren als er geen comparitie gehouden is, hetgeen gezien moet worden in het licht van de eisen van hoor en wederhoor. Zie nr. 323 e.v.

deur, maar is dat niet, want in de procespraktijk zegt een procespartij liefst zo weinig mogelijk, om te voorkomen dat de wederpartij daaraan nog ideeën (of zelfs nieuwe verweren) zou kunnen ontleen. Bovendien is de grens tussen (geoorloofd) zwijgen en (ongeoorloofd) liegen, nogal rekbaar. Hoever deze waarheidsplicht gaat, laat ik hier terzijde, met dien verstande dat deze plicht meestal zo wordt ingevuld dat de bewuste leugen niet toegestaan is, zie nader nr. 77 e.v.¹ Mocht na afloop van de zaak blijken dat er gelogen is, dan is een herroeping (via art. 382 Rv) mogelijk. De sanctie op niet voldoen aan deze plicht in een nog lopende procedure is dat de rechter daaraan de gevolgtrekking kan verbinden die deze geraden acht, zie nr. 81.

(b) De informatieplicht van art. 22 Rv (art. 22 lid 1 KeI-Rv): de rechter kan bevelen om stellingen toe te lichten of om bescheiden (stukken, video's, bandjes) over te leggen. Dat kan op elk moment, is dus niet gebonden aan de comparitie. Indien een partij weigert om mee te doen, kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

(c) De substantiëringsplicht en bewijsaandragplicht: op grond van art. 111 lid 3 Rv (art. 30a lid 3 sub f en g KeI-Rv) dient de eiser in de dagvaarding aan te geven welke verweren diens wederpartij naar het zich laat aanzien zal opvoeren, net als de gronden die daarvoor bestaan (uiteraard voor zover redelijkerwijs mogelijk). Ook noemt de eiser alvast de bewijsmiddelen die deze zelf tot zijn beschikking heeft (producties, geluidsbanden, video's, etc.) en de getuigen die hij wellicht wil horen. Die laatste twee aspecten dient ook de gedaagde te melden in diens conclusie van antwoord (art. 128 lid 5 Rv; art. 30i lid 6 KeI-Rv). Als bekend is de sanctie bij een gebrekkige opname in de dagvaarding in dit geval niet dat deze dagvaarding nietig zou zijn, zie art. 120 lid 4 Rv. Daarmee is er in feite geen sanctie voorhanden;² de rechter beveelt in plaats daarvan slechts om de informatie alsnog aan te leveren.

(d) De exhibitieplicht: vooralsnog opgenomen in art. 843a Rv, maar inmiddels (met vertraging) op weg naar een plek in art. 162a Rv (nieuw),³ bewerkstelligt de exhibitieplicht dat als een procespartij daar een gewichtig belang bij heeft, deze inzage kan vorderen in bescheiden die zich bij een ander bevinden, voor zover deze betrekking hebben op een rechtsbetrekking waarbij de aanvrager partij is. Daarmee kan men dus gegevens bij de wederpartij en derden opvragen. De reikwijdte van het vroegere artikel is in diverse stappen door wetgever en rechter uitgebreid alvorens het is gecodificeerd in zijn huidige vorm.⁴

[435] 1 Zie met name ook DE BOCK 2011.

2 Kritisch ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 267; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 239-240.

3 Zie *Kamerstukken* 33 079, een wetgevingstraject dat echter al sinds begin 2014 stilligt, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 079, nr. 6.

4 Nader en kritisch o.a. HAAZEN 2013.

Deze vier voorbeelden zijn alle onderdeel van de door de wetgever van 2002 beoogde cultuuromslag die binnen het civiele proces zou moeten plaatsvinden. Voorheen was de insteek bij de procederende advocaat, en dus de procespartijen, om toch vooral het kruit droog te houden, en liefst pas zo laat mogelijk bloot te geven hoe de zaak feitelijk in elkaar steekt en welke bewijzen er daartoe beschikbaar zijn. Dit alles met als doel om het de tegenstander lastig te maken of althans vooral niet makkelijker te maken dan strikt noodzakelijk zou zijn. Die insteek moest er van de wetgever in 2002 uit; de kaarten moeten zo spoedig mogelijk op tafel, alleen al omdat de rechter dan sneller kan inschatten waarover de zaak gaat, zodat hij op basis daarvan de juiste tactiek en route voor de verdere procesgang kan bepalen. Meer en eerdere informatieverspreiding geeft de wederpartij meer houvast voor een gedegen reactie, zodat het geschil ook wat dat aangaat sneller helder is, met als gevolg dat er ook sneller beslist kan worden. Dus ook hier geldt, zo blijkt: beide partijen en de rechter zijn samen verantwoordelijk voor een goed verloop van het civiele proces.

[436] *Versnellingsregels (3)*. Een derde versnellingsregel ligt besloten in art. 87 Rv, art. 88 Rv en art. 131 Rv: de comparitie van partijen (straks: art. 30j-30n KeI-Rv). Binnen twee weken na de conclusie van antwoord beveelt de rechter een comparitie van partijen tenzij de zaak daartoe niet geschikt is, wat zelden het geval is.¹ Dat kan een inlichtingen- of een schikkingscomparitie zijn, maar vaak is het een combinatie van beide vormen. De rechter kan, en is wat mij betreft verplicht, om die comparitie zo doelmatig mogelijk te maken, bijvoorbeeld door tijdig aan te geven wat hij met de comparitie wil bereiken en wat hij wil weten, en dus welke informatie hij (eventueel vooraf al) nodig heeft.² Dat is overigens een taak die eenvoudiger wordt als tevoren aan de hiervoor genoemde bewijsaandragplicht voldaan is en er dus meer over de zaak bekend is, omdat de rechter dan gerichter vragen zal kunnen stellen en meteen tot de kern van de zaak kan doordringen. Ook dit 'versnellingsinstrument' hangt samen met de beoogde cultuuromslag, zoals besproken in nr. 435. Een sanctie voor de procespartij die niet aan een schikking meewerkt, is er uiteraard niet, de rechter kan en mag geen schikking afdwingen; bij het niet voldoende meewerken aan een inlichtingencomparitie is de sanctie deze dat de rechter kan komen tot de gevolgtrekking die hij geraden acht.

[437] *Versnellingsregels (4)*. Een eiswijziging door de eiser kan tot in een vergevorderd stadium van de procedure worden gevraagd. Dat hangt samen

[436] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 235-236, bepleit om deze mondelinge behandeling alleen te houden indien deze echt zinvol is, en deze dus niet langer 'standaard' in te boeken. Vanuit een oogpunt van 'procedural justice' en het verschaffen van (enige mate van) 'voice' aan de procespartijen zelf, neig ik ernaar het hiermee oneens te zijn.

2 Over de (verbetering van de) comparitie, J. VAN DER LINDEN, *De civiele zitting centraal: Informeren, afstemmen en schikken*, 2010.

met het aloude uitgangspunt dat partijen de omvang en het onderwerp van het geschil bepalen (partijautonomie). Dat laat echter onverlet dat de rechter kan weigeren een dergelijke eisenwijziging toe te staan indien de goede procesorde, waar de berechting binnen een redelijke termijn ook onder kan vallen, dat vergt (art. 130 lid 1 Rv). Omdat de procedure na een wijziging van eis weleens een andere kant op kan gaan, is dit tijdbesparend.

[438] *Versnellingsregels* (5). De rechter stelt momenteel nog de termijnen vast, zie art. 133 Rv, en nr. 423, maar na een eenstemmig verzoek om uitstel volgt hij dat verzoek, en zal hij uitstel verlenen.¹ De uitzondering op de plicht om de partijen in deze te volgen, is inroepbaar als uitstel tot onredelijke vertraging leidt. Die regel lijkt sterk op de oude regel van art. 143 Rv (oud) die in de praktijk slechts tot vertraging leidde. Het nieuwe artikel zal het dus moeten hebben van de wijze waarop er invulling aan wordt gegeven door de rechter. De rechter zal streng moeten zijn.

Daarbij helpen wellicht de (in het verleden) verscherpte termijnen in de opeenvolgende versies van het Landelijke Rolreglement (LRr).² Dat Landelijk Rolreglement is het reglement waarmee de gang van zaken bij de rechtbanken op detailniveau nader geregeld wordt, het vormt een nadere invulling van de regels die uit Rv voortvloeien. Eén van de doelen ervan is de bekorting van de doorlooptijden.³ Een uitdrukking van die gedachte is bijvoorbeeld te vinden in art. 1.6 LRr waarin is bepaald dat de rechter een 'passend gevolg' kan geven aan niet-naleving van een voorschrift uit het LRr (denk bijvoorbeeld aan het hanteren van vertragingstechnieken).⁴

Ook wijst ik op art. 1.7 LRr: de in het reglement genoemde termijnen zijn meteen ook uiterste termijn; men staat meteen peremptoir. Als sanctie geldt dat als men te laat is met het indienen van een processtuk en er geen uitstel is

[438] 1 Over dit thema ook KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 169-171.
2 Ik ga hierna uit van het LRr zoals dat per 1 januari 2015 gold, te vinden via www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke-regelingen/sector-civiel-recht/pages/default.aspx.
3 Vgl. over het toenmalige reglement LAWSON/TEUBEN 2004, p. 173.
4 Zie ook nog HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1064 (Pilotreglement) en ECLI:NL:HR:2015:1075 (Somers q.q./Black Box Real Estate), twee arresten over het pilotreglement van de hoven Den Bosch en Amsterdam dat beoogt de procedure in appel te versnellen. Uit die arresten volgt dat 'snelheid' als zodanig niet leidend is in de civiele rechtspraak, zie r.o. 3.8, resp. r.o. 3.7: "Zeker nu de toegang tot de (appel) rechter in het geding is, behoort de sanctie op het niet in acht nemen van de termijnen van het pilotreglement in een redelijke verhouding te staan tot het verzuim. Een goede procesorde brengt (...) mee dat het belang van het voorkomen van onredelijke vertraging van het geding moet worden afgewogen tegen de ernst van het verzuim en de gevolgen die strikte naleving van het reglement zou hebben voor de procesvoering van de partij die erdoor wordt getroffen. Art. 1.6 van het pilotreglement maakt deze afweging ook mogelijk. In een geval als het onderhavige dient die afweging zonder meer te leiden tot het verlenen van een korte termijn om het verzuim te herstellen."

verkregen, het recht vervalt om die proceshandeling te verrichten (vgl. art. 133 lid 4 Rv), hetgeen uiteraard funest kan zijn. Straks, na afronding van de Kel-operatie, zal de nadruk op de (naleving van) termijnen niet minder worden (zie art. 30k lid 5 Kel-Rv en art. 30o lid 1 sub a Kel-Rv).⁵

Uit hetzelfde Landelijke Rolreglement zijn verder bijvoorbeeld nog van belang:

- Art. 2.7 LRr: de algemene termijn voor proceshandelingen is zes weken, of vier weken als er al een tussenvonnis is geweest, en twee weken bij eenvoudige proceshandelingen.
- Art. 2.8 LRr: verlenging van een termijn kan alleen in bepaalde gevallen worden verleend; een volgend verlengingsverzoek moet schriftelijk en op tijd ingediend en toegelicht worden.
- Art 6.4 lid 3 LRr: de rechter wijst vonnis op een termijn van zes weken. Dat gebeurt tot op heden echter te weinig, misschien wel mede omdat er in wezen geen sanctie staat op het niet in acht nemen van het voorschrift, hoewel uiteindelijk art. 6 EVRM 'waakt'.⁶

[439] *Versnellingsregels (6)*. Onder de werking van het EVRM is het niet verplicht om de mogelijkheid van hoger beroep te bieden, zie nr. 179, maar als die mogelijkheid bestaat, dient deze procesgang ook te voldoen aan de regels van art. 6 EVRM. De duur van de procesgang telt ook mee bij het antwoorden van de vraag of de redelijke termijn is overschreden. Een manier van versnelling van de civiele procedure, ook ingevoerd per 2002, is dat het tussentijds aanwenden van een rechtsmiddel tegen een tussenvonnis of een tussenarrest niet meer mogelijk is, zie art. 337 lid 2 Rv en art. 401a lid 2 Rv; een dergelijk tussentijds rechtsmiddel vertraagt de procedure te zeer want terwijl hoger beroep tegen het tussenvonnis loopt, ligt die procedure voor het overige stil.¹

[440] *Andere mogelijkheden*. Verder kan er op heel veel andere, niet nader genoemde manieren, via het gebruik van allerlei procesrechtelijke regels, winst geboekt worden, ook zonder dat dan heel specifiek op de voorgrond staat dat er een link is tussen die bepaling en de berechting binnen een redelijke termijn. Als

[438] 5 Zie nader (en kritisch) over de nieuwe termijnen: H. HOFHUIS, 'Vernieuwing van het civiele proces', *Trema* 2015, p. 14-17.

6 Over het voorgaande ook LAWSON/TEUBEN 2004, p. 173-174. Zie inmiddels ook art. 30q Kel-Rv.

[439] 1 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 242 e.v., die ook nog suggereert om de mogelijkheid te creëren om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen, een suggestie die inmiddels nagevolgd is, zie *Stb.* 2012, 65 (*Kamerstukken* 32 612) inzake de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Vgl. verder bijv. N. FRENK & A.M. WOLFFRAM-VAN DOORN, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RMThemis* 2009, p. 154 e.v. en I. GIESEN, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad', in: *Hol/Giesen/Kristen* 2011, p. 51 e.v., met verdere verwijzingen.

de rechter er bijvoorbeeld voor zorgt dat de bewijslevering snel verloopt en hij erin slaagt om de getuigenverhoren en/of het deskundigenbericht snel af te wikkelen, bespoedigt dat het proces als geheel ten zeerste. Een ander voorbeeld is de regel dat alle excepties vroegtijdig en tegelijk opgeworpen moeten worden (art. 128 lid 3 Rv; art. 30i lid 4 Kel-Rv), want dat voorkomt vertragende wendingen verderop. Zo bezien kan hier eigenlijk elke bepaling uit het wetboek die beoogt een termijn te stellen of te bekorten, genoemd worden.

9.7.3 Sanctionering van versnellingsregels

[441] *Sancties.* Een nog onopgelost probleem dat zich voordoet voor ongeveer al deze 'versnellingsregels', is dat de sancties die gesteld zijn op het niet voldoen aan de regels en instrumenten, nogal vaag of geheel afwezig zijn. Daarmee is ook de sanctie op het veroorzaken van vertraging op zijn best nogal diffuus. De substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht kennen bijvoorbeeld geen enkele sanctie. En de waarheids- en informatieplicht kent de sanctie van 'de gevolgtrekking die de rechter geraden acht'. Dat betekent bijvoorbeeld dat er via de bewijswaardering verdisconteerd kan worden dat een procespartij de procedure vertraagde. Maar over het bewijs (en de waardering daarvan) zegt de vertraging van de procedure natuurlijk niets, zodat er weinig 'fit' zit tussen overtreding en sanctie, met als gevolg dat de sanctie ('disproportioneel') buiten toepassing blijft. Dat wordt versterkt doordat die sanctie zo vaag is dat een rechter daarmee in wezen alles, maar dus ook helemaal niets kan aanvangen. En dan zal de balans vaak doorslaan naar het 'niets'; de rechter zal weinig 'incentives' voelen om procespartijen te bestraffen voor het grotere goed van de rechtspleging in zijn geheel, en dus zal hij de sanctie bij twijfel niet benutten.

Juist met het oog op de rechtspleging in den brede en de fatsoenlijke doorstroom van civiele zaken, zou dat echter anders moeten. Dat volgt ook uit art. 6 EVRM, dat de rechter immers een eigen verantwoordelijkheid geeft, ook als er geen sancties benoemd zijn.¹ Om dit te bereiken kan men, naast de al eerder besproken algemene sanctie van de onrechtmatige daad wegens schending van art. 20 Rv, bijvoorbeeld denken aan:

1. de bewijslast verschuiven bij bewijsnood ten gevolge van het niet geven van informatie;²
2. een boete voor de vertragende partij(en) of voor de advocaat van de te traag procederende procespartij;

[441] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 247.

2 A.F.M. BRENNINKMEIJER, 'De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces', *NJCM-bull.* 1991, p. 640, gaf ook al dit voorbeeld.

3. het per direct afdoen van de zaak, of het niet verder door laten procederen (royeren);
4. een kostenveroordeling voor de te trage procespartij³.

Dit zijn uiteraard slechts (enkele) suggesties⁴ want deze vormen kunnen niet altijd en overall toegepast worden naar huidig recht. Dit soort sancties leidt er naar alle waarschijnlijkheid wel toe dat er voortvarender gehandeld zal worden en dat is goed voor de snelheid van de totale procesgang.

Het laatste woord is hiermee overigens nog niet gezegd want het recht is ook hier nog zoekende. Het zoekt de balans tussen aan de ene kant de eiser die zo spoedig mogelijk een uitspraak wil (en dus het bevorderen van de toegang tot de rechter en de berechting binnen redelijke termijn) en dus zo min mogelijk waarborgen wil, en aan de andere kant de gedaagde die zich zo goed mogelijk wil kunnen verdedigen en dus waarborgen wil, bijvoorbeeld via hoor en wederhoor en de motiveringsplicht.

9.8 Afronding

[442] *Conclusie.* Berechting binnen een redelijke termijn lijkt naar Nederlands recht niet werkelijk een probleem te zijn; Italiaanse toestanden kennen wij niet. Niettemin is het zaak waakzaam te blijven¹ en te blijven werken aan de zo spoedig mogelijke afronding van civiele procedures want als wij de Europese termijnen niet halen, heeft de Nederlandse rechtspleging meteen een stevig probleem. Niet alleen ontbreekt voornamelijk voor het Nederlandse privaatrecht een effectief rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM (de onrechtmatige daad-actie tegen de Staat lijkt niet te kwalificeren als effectief rechtsmiddel, zie nr. 421), maar wellicht nog belangrijker is dat werkelijk recht doen aan de burger ook betekent dat die burger snel van zijn onzekerheid afraakt. Kortom, werkelijke bevordering van de doelmatigheid en dus de snelheid van civiele procedures, onder leiding van een actieve rechter, is nog steeds nodig; zo niet, dan lonkt vaker dan dat nu het geval is, de aansprakelijkheid van de Staat als een weliswaar niet 'effectief', maar wel beschikbaar ultiem correctiemiddel.² Dat die waakzaamheid nodig is, volgt ook hieruit dat de situatie in Nederland niet direct veel rooskleuriger lijkt dan die in Duitsland (waarbij Nederland voornamelijk de dans lijkt te ontspringen door zaken te schikken).

[441] 3 Zie over de proceskostenveroordeling als sanctie op procesverstoring of vertragend gedrag: VAN DER WIEL 2004, p. 327 e.v.; SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011.

4 Met dank ook aan SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 248-249 en 257, en JANSEN 2000, p. 292 e.v.

[442] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 211 ('allerminst reden tot zelfgenoegzaamheid').

2 Vgl. I. VAN DER HELM & E.M. WESSELING-VAN GENT, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 132.

Dit alles klemmt temeer als daarbij ook nog bedacht wordt dat het beginsel van de berechting binnen een redelijke termijn binnen afzienbare tijd naar alle waarschijnlijkheid meer, en vooral anders, getoetst zal gaan worden dan nu nog het geval is. Het is immers niet lastig te voorspellen dat (over enige tijd) van iedere rechtbank en van iedere individuele rechter kan en zal (kunnen) worden nagegaan hoe snel deze (in bepaalde typen zaken) recht spreekt.³

[442] 3 J.M. BARENDRECHT, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011/293, p. 353, noemt dit een zinnig idee, wat logisch is aangezien het goed past bij de grotere transparantie van de rechterlijke macht zoals hij die voorstaat. Ik ben daar niet tegen, en heb ook geen bezwaren tegen het verzamelen van deze informatie, maar hoe zinnig die informatie zal blijken, vraag ik mij wel af, bijv. omdat een fatsoenlijk oordeel over de verkregen cijfers af zal hangen van (o.a.) de soort en de complexiteit van de zaken die deze rechter moest beoordelen. Cijfers alleen zeggen dus niets. Als wij rechters puur en alleen op dit soort cijfers zouden gaan afrekenen, zou er echt nut in schuilen, maar als die dag komt, hebben wij m.i. vooral andere, en veel grotere problemen, namelijk een doorgeschoten cijferfetisjisme.

HOOFDSTUK 10

De motiveringsplicht van de rechter

10.1 Inleiding: achtergrond van de motiveringsplicht

[443] *Introductie: grondslagen en opzet.* De motiveringsplicht van de rechter hoort traditioneel misschien niet, maar de laatste decennia zeker wel tot de beginselen van ons burgerlijk procesrecht;¹ deze neemt in civiele procedures een belangrijke plaats in.² Het beginsel is niet expliciet maar wel impliciet terug te vinden in art. 6 EVRM, waarover meer in § 10.2, en in art. 47 Handvest Grondrechten EU.³ Het is expliciet opgenomen in de Nederlandse wet in met name art. 30 Rv, maar ook in art. 230 Rv en art. 287 lid 1 Rv (onder de Kel-wetgeving blijven deze regels inhoudelijk ongewijzigd), in art. 5 RO en in art. 121 Gw (zie § 10.3). Ook in de 'Principles of Transnational Civil Procedure' heeft de motiveringsplicht een plek gevonden, in Principle 23.2 PTCP ('accompanied by a reasoned explanation').

Omdat de manier waarop rechters beslissen en de noodzaak om en wijze waarop ze daarvan verslag doen in hun motivering in de kern, hetzelfde psychologische proces behelst als ieder menselijk besluitvormingsproces, met alle moeilijkheden en valkuilen van dien, zal in § 10.5 kort ingegaan worden op enkele inzichten die ontleend kunnen worden aan de psychologie. Daarvoor, in § 10.4, volgt eerst nog een bespreking van de motiveringsplicht in relatie tot de cassatieprocedure.⁴ Maar eerst ga ik nader in op de ratio van de rechterlijke motiveringsplicht.

[443] 1 Zie o.a. MEIJKNECHT 2013, p. 76 en 86; HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, p. 10-11. E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), liet al zien dat Van Boneval Faure in 1871 de motiveringsplicht nog niet erkende als beginsel; zij zelf doet dat wel (vgl. p. 393 en 394). Dat hangt hiermee samen dat er oorspronkelijk in het geheel geen plicht tot motiveren bestond (zie p. 397, hoewel onze grondwet al in 1815 anders bepaalde). Zie ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 335-336, m.n. noot 155, en E. KORTHALS ALTES, 'Het motiveringsbeginsel in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 89-92.

2 Zie SNIJDERS e.a. 2011, nr. 40, op p. 47 ('groot gewicht').

3 Zie Peers e.a. (Sayers) 2014, nr. 47.209-47.211.

4 Ik ga in dit hoofdstuk echter niet specifiek in op het rechtsvindingsdebat, hoewel ook in dat debat de motivering van wezenlijk belang is; ik heb er in nr. 50 al iets over gezegd.

[444] *Ratio: kwaliteit en vertrouwen.*¹ Dat de rechter moet motiveren, wil zeggen dat hij moet onderbouwen en aangeven waarom hij beslist zoals hij gedaan heeft; hij moet duidelijk maken hoe hij tot zijn beslissing gekomen is. Hij moet laten zien welke feiten van belang zijn, dat die feiten ook vaststaan, hoe het recht luidt en hoe die feiten en dat recht samen toegepast moeten worden en toegepast zijn, en welke (juridische) redeneringen daarachter schuilgaan.² In de praktijk biedt een dergelijke motivering meteen ook de gelegenheid om als rechter zelf nogmaals te bezien of de bereikte uitkomst inderdaad 'klopt'; als de motivering niet sluitend te maken is, zo zegt men wel, is de uitkomst wellicht niet de juiste.³

De rechterlijke motivering en de daartoe bestaande plicht, dient daarmee uiteindelijk als waarborg voor deugdelijke rechtspraak,⁴ om de kwaliteit van de rechtspraak hoog te houden en eventueel te verbeteren, en dus om het vertrouwen in de rechtspraak te behouden. Verbetering van de kwaliteit van vonnissen en arresten en versterking van het vertrouwen bereikt de rechterlijke macht door controleerbaar te maken wat de rechter in zijn uitspraak gedaan heeft. Daarin schuilt de ratio van het vereiste van motivering. Door de uitspraak te motiveren, kan het publiek achteraf controleren wat er gebeurd is ('public scrutiny', zie nr. 450) en kan de rechter laten zien dat hij, bijvoorbeeld, onpartijdig en onafhankelijk was;⁵ dat werkt door, want met dergelijke onafhankelijke en onpartijdige rechters voldoet de rechterlijke macht aan (minimum)eisen van kwaliteit.⁶

Maar het belang van motiveren strekt verder. Doordat controleerbaar is, achteraf, voor derden, andere rechters en uiteraard de procespartijen, wat de rechter gedaan heeft, is meteen ook helder voor elke rechter dat hij er niet met de

-
- [444] 1 Zie over dit en het navolgende nummer ook DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1, p. 84; HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, p. 10-11; Harris e.a. 2014, p. 430; D. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 138-140; STEIN/RUEB 2013, p. 28-29; KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 171; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 146-147; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 336; S.K. MARTENS, 'Motivering van uitspraken van de cassatierichter', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 136; E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 397; L.E.H. RUTTEN, 'De cassatiegronden van art. 99 RO en de motiveringsplicht', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 241. Voor het bestuursrecht nog: J.C.A. DE POORTER, H.J.Th.M. VAN ROOSMALEN, *Motivering bij rechtsvorming*, 2009, p. 15-16.
- 2 Procespartijen moeten ook motiveren, bijv. waarom men iets wil van de ander, o.a. in de dagvaarding. Daaraan ga ik hier voorbij.
- 3 Zo ook C. DEELEN, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *NJB* 2015/296, p. 359, die dit koppelt aan het op onbewuste gronden nemen van een beslissing, vgl. nr. 482 e.v.
- 4 E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 397.
- 5 Die koppeling legt ook KUIJER 2004, p. 167.
- 6 Over de (inhoudelijke) kwaliteit van rechterlijke beslissingen uitvoerig DE BOCK, in: *Handelingen NJV* 2015-1.

pet naar kan gooien. Hij moet laten zien dat hij zijn vak beheerst, dat hij juiste redeneringen gebruikt, het recht kent, de feiten goed in het oog heeft en dat hij gewetensvol zijn werk verricht. Zo niet, dan valt hij vroeg of laat wegens deze motiveringsplicht door de mand. De motiveringsplicht betekent dus ook dat de norm die aangelegd wordt voor de kwaliteit van de rechterlijke macht naar buiten toe kenbaar is en dat de rechter daarop uiteindelijk af te rekenen is (ook al is een ontslag van een lid van de rechterlijke macht niet eenvoudig, zie nr. 232). Dat alles stimuleert de rechter om zijn werk goed te doen en dat verhoogt de kwaliteit van de rechterlijke macht.⁷

[445] *Ratio: controle, aanvaardbaarheid en rechtsontwikkeling.* Verbetering van de kwaliteit wordt ook bereikt doordat het voor partijen door de motivering helder wordt of het (eventueel) zinvol is om in hoger beroep te gaan, en op welke grond dan, dan wel om te berusten in de uitspraak. Procespartijen weten waarin de kern van de zaak voor de rechter in eerste aanleg heeft gelegen en kunnen daardoor goed afwegen of het zin heeft om daar tegenin te gaan of niet. Het zodoende kunnen afwegen of hoger beroep zinvol zou kunnen zijn en het vervolgens eventueel daadwerkelijk opstarten van hoger beroep, stimuleert ook weer de kwaliteit omdat de rechter – niets menselijk is hem vreemd – zal willen bereiken dat zijn uitspraak in hoger beroep overeind blijft.¹ Bovendien kan de rechter in hoger beroep alleen fatsoenlijk beoordelen wat er beslist is en waarom dat zo gebeurd is, als dat gemotiveerd is. Anders gezegd: een goede motivering is noodzakelijk voor een goede vorm van rechtspraak in tweede instantie (of cassatie) en voor voldoende controle op de eerstelijnsrechtspraak; en het is een publiek én privaat belang dat die controle er is.²

Naast en in combinatie met het controleerbaar maken van de uitspraak, speelt ook nog het aanvaardbaar maken van de beslissing (zie ook § 10.4). Als de beslissende instantie niet verder geraakt dan een 'apodictisch' oordeel dat 'het gewoon 'zo is', zonder andere uitleg, zal dat minder snel of zelfs helemaal niet – zeker heden ten dage, waarin het natuurlijke gezag van de rechter tanende lijkt, zoals voor elke gezagsdrager – geaccepteerd worden dan wanneer de beslissende persoon ook de redenen geeft voor die beslissing. Dan nog kan een partij het oneens zijn met die uitkomst, maar dan is wel helder wat de gedachte erachter is geweest en zal die beslissing begrijpelijker en overtuigender zijn.

Ook de rechtseenheid en rechtsontwikkeling 'leven van' de motivering van uitspraken, zoals Snijders e.a. terecht benadrukken.³ Het onderling afstemmen

[444] 7 Vgl. HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, p. 11.

[445] 1 Zie over diverse drijfveren van de rechter R.A. POSNER, *How Judges Think*, 2008, en speciaal p. 142 inzake hoger beroep.

2 Dat publieke belang maakt ook dat het niet in de rede ligt dat partijen afstand kunnen doen van het recht op een gemotiveerde uitspraak, zie KNIGGE, *De procesovereenkomst* (BPP nr. XIII) 2012, p. 171.

3 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 40. Zie ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 397.

van rechterlijke beslissingen, en dus de rechtseenheid, rust op de mogelijkheid dat te kunnen doen, en daartoe dient (mede) de motivering. Voor de rechtsontwikkeling is vooral ook het 'waarom' van de betreffende uitspraak van doorslaggevend belang,⁴ en niet de – soms toevallige – uitkomst van de zaak. Vranken onderstreept in dit verband nog dat de mate van motivering die geëist wordt, doorwerkt in de te hanteren materiële norm, hetgeen een laatste, niet onbelangrijk gevolg van de motiveringsplicht genoemd kan worden dat het belang ervan nogmaals benadrukt.⁵

10.2 De motiveringsplicht van art. 6 EVRM

10.2.1 Grondslag voor een Europese motiveringsplicht?¹

[446] *Impliciete eis.* Art. 6 EVRM bevat niet expliciet de eis dat een uitspraak van een rechterlijke instantie gemotiveerd zou moeten zijn. De motiveringsplicht is dus geen 'benoemd' beginsel. Uiteindelijk zegt dit echter niet zoveel want, zoals wij al zagen (nr. 156), ook de toegang tot de rechter is nergens expliciet verwoord in art. 6 EVRM. Hoewel er dus geen expliciete verwijzing naar de motiveringsplicht bestaat, geldt toch de impliciete eis, voortvloeiend uit art. 6 EVRM, dat een uitspraak gemotiveerd wordt. Die eis is in de loop der tijd in de rechtspraak van het Europese Hof tot wasdom gekomen als een onderdeel van, en voortvloeiend, uit de eis van een eerlijke behandeling ('fair trial').² Het betreft dan een beginsel dat te maken heeft met de 'proper administration of justice', een fatsoenlijke rechtspleging.

[447] *De zaak Van de Hurk t. Nederland.* Een mogelijk beginpunt om deze ontwikkeling nader te kunnen duiden, is de uitspraak inzake *Van de Hurk t. Nederland*.¹ In die zaak ging het er in de kern om dat Van de Hurk, een veehouder, zijn melkquotum wilde verhogen, maar zijn verzoek daartoe werd afgewezen,

[445] 4 Zie ook BRENNINKMEIJER 1994, p. 28.

5 Zie J.B.M. VRANKEN, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 242-243: de eisen die de rechter stelt ten aanzien van de motivering, worden meteen ook de toepassingsvoorwaarden voor het gebruik van de materiële norm als zodanig.

[446] 1 Aan art. 47 Handvest Grondrechten EU ga ik voorbij. De inhoud daarvan volgt in grote lijnen die van art. 6 EVRM.

2 Zie LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 337; STEIN/RUEB 2013, p. 28; SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 146; Harris e.a. 2014, p. 430. De NJV-pleadviezen uit 1983 besteedden nog geen wezenlijke aandacht aan dit beginsel. VAN DIJK, in: *Handelingen NJV* 1983-I, p. 98-99 en 148, noemt het bijv. slechts voor strafzaken.

[447] 1 EHRM 19 april 1994, NJ 1995/462, m.nt. E.A. Alkema (Van de Hurk t. Nederland); SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 147. Vgl. (in een strafzaak) ook al EHRM 16 december 1992, NJCM-bull. 1993/318 (Hadjianastassiou t. Griekenland).

uiteindelijk door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het CBb). Van de Hurk dient vervolgens een klacht in bij het Europese Hof, onder meer hierop neerkomend dat er in de procedure onvoldoende is ingegaan op en is gereageerd op de argumenten die hij naar voren heeft gebracht. Hij stelt, met andere woorden, dat er onvoldoende gemotiveerd is. Het Europese Hof beslist daarop als volgt:

“61. (...) Article 6 para. 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met. Making a general assessment, the Court does not find that the judgment of the Industrial Appeals Tribunal is insufficiently reasoned.”

Hoewel Van de Hurk hier het gelijk niet aan zijn zijde vindt, volgt wel uit die uitspraak dat art. 6 EVRM de rechter verplicht om de redenen voor zijn beslissing te geven, hoewel zulks niet betekent dat een gedetailleerd antwoord op elk argument dat is aangebracht, nodig is. Bovendien – al was het maar om werk te besparen – zal het EHRM niet in elke zaak (willen of kunnen) treden om te beoordelen of alle argumenten wel voldoende besproken zijn; slechts een algemeen oordeel over de motivering als geheel kan eraf. Er kan dus gesproken worden van een (in Nederlandse termen) ‘marginale toets’ of (in EHRM-termen) van een ‘margin of appreciation’ (zie nr. 64). Zodoende stond vast dat er weliswaar een motiveringsplicht geldt, maar ook dat het Hof niet snel zal optreden om lagere nationale rechters te corrigeren. De Europese rechter houdt stevig afstand van de zaak in kwestie, wat logisch is omdat anders elke (civiele) zaak ook nog eens (in vierde instantie) richting Straatsburg zou gaan om daar te laten bepalen of de motivering wel deugdelijk genoeg was.²

Bij dit ‘afstand houden’ past dan tevens nog dat het Hof aangeeft dat de omvang van de motiveringsplicht varieert, afhankelijk van de aard van de zaak, waarbij dan ook nog, onder andere, gelet moet worden op de verschillen tussen de diverse verdragsstaten inzake wetgeving, gewoonterecht, doctrine en rechterlijke uitspraken.³ De omvang van de motiveringsplicht is dus steeds afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, en kan per land verschillen.⁴

[447] 2 Zo ook EHRM 5 februari 2015, nr. 22251/08 (Bochan t. Oekraïne (No. 2)), § 61. Zie ook KUIJER 2004, p. 74 en 169.

3 Gewezen kan o.a. worden op EHRM 9 december 1994, Series A, Vol. 303-A (Ruiz-Torija t. Spanje), zoals LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 337 dat doet. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 147-148 en EHRM 20 maart 2009, nr. 12686/03 (Gorou t. Griekenland (No. 2)), § 37.

4 Zie de hierna te bespreken rechtspraak, en verder bijv. Van Dijk e.a. 2006, p. 595; KUIJER 2004, p. 168; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 337, en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 148.

10.2.2 De Europese invulling van de motiveringsplicht

[448] *Vervolg: Hirvisaari t. Finland*. Daarmee waren en zijn wij er echter niet, want de ontwikkeling van het EVRM, art. 6 in het bijzonder, gaat door; het verdrag is immers een ‘living instrument’, ook voor wat betreft de motiveringsplicht. Een aantal kenmerkende voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof kunnen dat illustreren.

Aan de zaak *Hirvisaari t. Finland*¹ lag ten grondslag dat Hirvisaari oorspronkelijk een volledige arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, maar in 1997 werd die omgezet in een gedeeltelijke uitkering. Hij zou namelijk weer parttime kunnen werken. De ‘Pensioenraad’ in Finland – de instantie die daarover beslist – zou dit oordeel echter onvoldoende gemotiveerd hebben, aldus Hirvisaari. Het Europese Hof wordt gevraagd om onder andere te oordelen over die motivering en in dat kader blijkt het Hof toeschietelijker dan in de zaak *Van de Hurk*.

Eerst worden de geldende uitgangspunten op een rij gezet, en wel als volgt:

“30. The Court reiterates that, according to its established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case. Although Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Thus, in dismissing an appeal, an appellate court may, in principle, simply endorse the reasons for the lower court’s decision (...). A lower court or authority in turn must give such reasons as to enable the parties to make effective use of any existing right of appeal.”²

Gegeven de noodzaak om op juiste wijze recht te spreken, moet een rechter motiveren. De mate waarin motivering nodig is, kan verschillen naargelang de omstandigheden van de zaak en de aard van de beslissing. Heel concreet stelt het Hof dat een rechter in hoger beroep de motivering van de lagere rechter mag overnemen; die lagere rechter moet op zijn beurt zodanig redenen geven dat de partijen effectief van hun recht op hoger beroep gebruik kunnen maken.

In dit specifieke geval werd de motivering vervolgens als onvoldoende afgewezen – hoewel kort motiveren op zich niet in strijd is met art. 6 EVRM – omdat de uitspraak ‘must have left the applicant with a certain sensation of confusion’. Hoewel het Hof dus niet, zoals blijkt uit de *Van de Hurk*-uitspraak, in concreto over een motivering wil oordelen, is dat blijkbaar een uitgangspunt dat uitzonderingen kent,³ en wel als de motivering onvoldoende helder is om de uitspraak te kunnen

[448] 1 EHRM 27 september 2001, nr. 49684/99 (*Hirvisaari t. Finland*), en daarover Van Dijk e.a. 2006, p. 596.

2 Daarbij wordt dan nog verwezen naar EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96 (*García Ruiz t. Spanje*), § 26 en EHRM 19 december 1997, nr. 20772/92 (*Helle t. Finland*), § 59-60. Ik noem bovendien nog EHRM 20 maart 2009, nr. 12686/03 (*Gorou t. Griekenland* (No. 2)), § 37, en EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*), § 189.

3 Zo ook KUIJER 2004, p. 75.

accepteren, terwijl dat vervolgens in hoger beroep niet hersteld wordt doordat die rechter slechts de redenering van de lagere rechter overneemt en niet tot een eigen redengeving komt. Dat klemmt temeer wanneer, mede gegeven het belang van de zaak voor de klager, de belangrijkste klacht in het hoger beroep is dat de motivering in eerste aanleg inadequaar was; de 'grievens' bepalen dus mede de omvang van de motiveringsplicht van de rechter in hoger beroep. Hier komen dus de omstandigheden van het geval,⁴ de aard van de beslissing en het belang van de zaak naar voren als punten om op te letten bij het bepalen van de (omvang van de) motiveringsplicht.

[449] *En de zaak Jokela t. Finland*. In Finland hecht men blijkbaar nogal aan de motiveringsplicht, want ook een volgende EHRM-uitspraak van belang werd gewezen tegen Finland. Het gaat om *Jokela t. Finland*¹, een zaak die handelt om de onteigening van het land van Jokela in verband met de aanleg van een weg en de prijs die voor de grond van Jokela zou moeten worden betaald. In deze zaak wordt het punt dat de rechterlijke motiveringsplicht afhangt van de omstandigheden van het geval, iets nader ingekleurd. Na enige herhaling van zetten, oordeelt het Straatsburgse Hof:

"72. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments.

73. The notion of a fair procedure requires furthermore that a national court which has given sparse reasons for its decision, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise, did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction."

Kortom: naast de diversiteit van de stellingen die in rechte aangevoerd zijn, zijn ook de verschillen per staat voor wat betreft wettelijke regels, gewoonterecht, en de wijze van het opstellen van vonnissen van belang, terwijl in elk geval van belang is dat een rechter – hoe spaarzaam deze verder ook moge zijn – in elk geval de essentiële kwesties bespreekt die zijn aangevoerd.²

[450] *Stap 3: Suominen t. Finland*. Maar daarmee waren de Finnen nog steeds niet helemaal klaar met de motiveringsplicht, want in 2003 dient zich de zaak *Suominen t. Finland* aan.¹ In deze procedure ging het om het aflossen van een bankkrediet dat verleend was aan Suominen om diens onderneming te kunnen drijven. Eerst herinnert het Hof aan het principe van 'equality of arms', zie nr. 301,

[448] 4 Expliciet daarover bijv. ook Harris e.a. 2014, p. 430.

[449] 1 EHRM 21 mei 2002, nr. 28856/95 (*Jokela t. Finland*). Zie ook EHRM 20 maart 2009, nr. 12686/03 (*Gorou t. Griekenland (No. 2)*), § 37.

2 De afwijzing van een verzoek om een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen, moet gemotiveerd worden, zie EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09 (*Dhabi t. Italië*).

[450] 1 EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/97 (*Suominen t. Finland*).

en aan het principe dat vonnissen met redenen omkleed worden, waarbij de uitspraak in de zaak *Jokela* wordt herhaald.

Vervolgens wordt uitgelegd dat aan de orde is de vraag of de beslissing om bepaalde, door de klager aangevoerde documenten niet toe te laten in de procedure, voldoende gemotiveerd beslist werd, zodat het mogelijk is om in hoger beroep daartegen op te komen. Het Hof stelt voorop dat de rechter een motiveringsplicht heeft, hoewel er een vrije beoordelingsruimte bestaat voor de rechter. Daarna onderstreept het Hof dat het ook een functie van een gemotiveerde beslissing is om te laten zien dat partijen gehoord zijn, en om een partij de gelegenheid van een zinvol hoger beroep te geven. Hier wordt de motiveringsplicht dus direct in verbinding gebracht met het vereiste van hoor en wederhoor en de mogelijkheid van hoger beroep. Zoals besproken in nr. 444, laat de rechter idealiter via de motivering zien dat ook aan andere kwaliteitseisen die gesteld worden aan een rechterlijke uitspraak, voldaan is. Dat maakt de motivering eens te meer belangrijk. Een en ander wordt hier onderstreept doordat het Hof direct terugrijpt op de al genoemde ratio van de motivering:

“It is only by giving a reasoned decision that there can be public scrutiny of the administration of justice.”²

[451] *De zaak Salov t. Oekraïne*. Hoewel vele andere uitspraken ook nog genoemd en besproken zouden kunnen worden, noem ik hier nog slechts de zaak *Salov t. Oekraïne*¹ omdat daaruit (nogmaals) volgt dat het Hof behoorlijk scherp oplet of de motivering in een concrete zaak – niettegenstaande de vrijheid die de nationale rechters krijgen, en anders dan in *Van de Hurk t. Nederland* waarin men nog heel terughoudend was – werkelijk door de beugel kan. In deze zaak werd Salov op basis van bepaald feitenmateriaal veroordeeld tot het betalen van een boete (hij zou valselijk informatie verspreid hebben over de dood van de president van de Oekraïne en de vervanging van die president door een stroman), terwijl datzelfde materiaal in een eerdere fase als onvoldoende was beoordeeld, zonder dat dit veranderde standpunt uitvoerig gemotiveerd werd. De rechter ging bij die tweede beoordeling zelfs helemaal niet meer in op de twijfels die bij de eerste beoordeling nog wel geuit werden toen de zaak voor verder onderzoek werd teruggestuurd. Dat kan dus niet, zo blijkt, een dergelijke wending vergt een nadere uiteenzetting. De concrete les is hier dat bij twee verschillende oordelen op basis van hetzelfde feitenmateriaal, een uitvoerige motivering noodzakelijk is, hetgeen naar Nederlands recht bijvoorbeeld zou kunnen doorwerken bij de tweede beoordeling van het bewijs na een eerder voorshands bewijsoordeel.

[450] 2 EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/97 (*Suominen t. Finland*), § 37. Vgl. nog *Van Dijk e.a.* 2006, p. 595.

[451] 1 EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01 (*Salov t. Oekraïne*). Een overzicht van de stand van zaken biedt ook EHRM 2 oktober 2014, nr. 15319/09 (*Hansen t. Noorwegen*), § 71-74.

Bovendien schroomt het Hof niet om een zaak echt ‘aan zich te trekken’ en uit te schrijven wat de rechter in kwestie had moeten doen. De ‘margin of appreciation’ die de rechter heeft, kan dus klein zijn, en de marginale toets uit het arrest *Van de Hurk*, is dan blijkbaar toch niet zo heel marginaal meer als de zaak erom vraagt. Daarbij kan en zal echter wel nog een rol hebben gespeeld dat het hier om een boete en dus een meer strafrechtelijk georiënteerde veroordeling ging.

10.2.3 Sanctionering bij schending?

[452] *Mogelijke sancties?* Hoe een eventuele schending van de motiveringsplicht bestreden moet worden, volgt niet specifiek uit de rechtspraak van het Hof. Wij vallen dan noodgedwongen terug op de eerder, in hoofdstuk 4, besproken gebruikelijke sanctioneringsmechanismen van (vooral) de genoegdoening die gegeven is met de vaststelling door het Hof van de inbreuk op de motiveringsplicht, en daarmee dus de schending van art. 6 EVRM.¹ Dat werkt dan als een soort verklaring voor recht.² Verder komt (eventueel) de billijke genoegdoening op grond van art. 41 EVRM in beeld als het nationale recht geen of slechts gedeeltelijk rechtsherstel biedt,³ zie daarover nader nr. 102. Daarbij kan ook gedacht worden aan de vergoeding van wat ik eerder in nr. 144 e.v. besprak, namelijk ‘integriteitsschade’. Een reguliere, materiële schadevergoeding ligt hier niet in de rede, omdat de uitkomst van de nationale procedure, als er wel voldoende gemotiveerd zou zijn, niet direct anders had behoeven te luiden qua uitkomst,⁴ waarmee het voor een schadevergoeding vereiste causale verband feitelijk ontbreekt.

Daarbij aansluitend geldt in principe ook hier dat herstel binnen de lopende procedure – door in hoger beroep of in cassatie wél conform de geldende normen te motiveren – veel kou uit de lucht zal halen, en dat die kou bovendien zelfs nog (in vierde instantie) door het Europese Hof kan worden weggenomen. Niettemin tonen de besproken zaken ook aan dat het spreekwoordelijke ‘koudefront’ soms wel erg lang voortduurt. Voor die gevallen moet er uiteraard een effectieve sanctie bestaan, maar welke dat is, is op Europees niveau vooralsnog betrekkelijk ongewis. Wellicht dat het nationale recht ons hier iets verder brengt, vgl. met name nr. 471.

[452] 1 Zie VAN EMMERIK 1997, p. 225, n.a.v. EHRM 9 december 1994, Series A, Vol. 303-A (Ruiz-Torija t. Spanje) en EHRM 9 december 1994, Series A, Vol. 303-B (Hiro Balani).
2 Aldus SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 154.
3 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 154.
4 EHRM 9 december 1994, Series A, Vol. 303-A (Ruiz-Torija t. Spanje), § 33.

10.3 De rechterlijke motiveringsplicht in Nederland

10.3.1 Inleiding

[453] *Wettelijke grondslagen.* De naar Nederlands recht voor de rechter geldende plicht tot motiveren is opgenomen in art. 121 Gw ('gronden waarop zij berusten') en met name in art. 30 Rv, in afdeling 1.3 Rv.¹ De noodzaak te motiveren, volgt verder ook nog uit art. 5 RO ('en bevatten deze beslissingen de gronden waarop zij berusten'), uit art. 230 lid 1 sub e Rv ('de gronden van de beslissing') en art. 287 Rv (de schakelbepaling voor beschikkingen in verzoekschriftprocedures).²

10.3.2 Analyse van de wettelijke gronden

[454] *Autonome ontwikkeling.* Omdat het EVRM hier (slechts) een impliciete plicht erkent en geen expliciete plicht bevat, en deze impliciete plicht eigenlijk pas de laatste decennia echt uit de verf is gekomen, heeft de ontwikkeling van de rechterlijke motiveringsplicht zich in Nederland in feite autonoom van het EVRM voltrokken. De rechtspraak hierover is in Nederland ook verder uitgekristalliseerd, aldus Smits.¹ Dat is in zoverre bijzonder, omdat het veelal juist de Europese eisen zijn die leidinggevend zijn, ook waar het de verdere ontwikkeling van al langer bestaande, in het nationale recht erkende beginselen betreft, zoals hoor en wederhoor.

Art. 121 Gw zegt dat de vonnissen de gronden inhouden waarop deze berusten, ofwel dat vonnissen gemotiveerd zijn. Art. 30 Rv pakt deze grondwettelijke draad op door hetzelfde nogmaals te bepalen, maar dan ook voor beschikkingen² en arresten; uit de Grondwet zelf volgt dat niet direct. Daarbij wordt erkend dat de wet uitzonderingen kan maken op de noodzaak te motiveren, want er is een 'tenzij uit de wet anders voortvloeit'-clausule opgenomen in art. 30 Rv.³ Het belang van dit art. 30 Rv naast de overige wettelijke bepalingen is hierin gelegen dat daarmee de motiveringsplicht in beginsel voor alle soorten procedures geldt; art. 30 Rv is opgenomen in afdeling 1.3 Rv, de afdeling met algemene bepalingen welke gelden voor alle soorten procedures. Verder is nog van belang dat dit artikel aansluit bij art. 23 Rv (de rechter moet beslissen over al wat gevorderd of verzocht is) en art. 24 Rv (de rechter moet beslissen op grondslag van wat partijen hebben aangevoerd), want die eisen kleuren de motiveringsplicht nader in.⁴

[453] 1 Vanwege het bestaan van art. 121 Gw is de openbaarheid van rechtspraak niet (ook weer) opgenomen in het voorstel voor een nieuw art. 17 Gw, zie de MvT, p. 19, van het consultatievoorstel, via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

2 Zo ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 337.

[454] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 148.

2 Via art. 287 Rv. Zie ook Van Mierlo, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 173.

3 Zie ook MEIJKNECHT 2013, p. 86; STEIN/RUEB 2013, p. 28.

4 Zie STEIN/RUEB 2013, p. 29.

Art. 230 Rv bepaalt wat er in een vonnis hoort te zijn opgenomen, zoals de namen van partijen, het verloop van het geding, de slotsom van de dagvaarding en de conclusies van partijen, de naam van de rechter, en de dag van de uitspraak, maar daartoe horen ook de 'gronden waarop de beslissing berust'. In dit geval is die term opgenomen met deze aanvulling dat daaronder begrepen zijn de feiten waarop die beslissing steunt. In art. 230 lid 2 Rv zien wij ook meteen een door de wet erkende uitzondering opdoemen: verstekvonnissen behoeven geen rechterlijke motivering. Art. 287 Rv zegt vervolgens niet meer of minder dan dat dit art. 230 Rv ook geldt voor beschikkingen.

Een en ander is betrekkelijk evident allemaal, maar hoe de norm *dat* er gemotiveerd moet worden door de rechter, dan verder precies invulling moet krijgen, zien wij in deze bepalingen nog niet terug. Die nadere invulling is er overigens wel, zo blijkt.

10.3.3 De concrete uitwerking van het beginsel

[455] *De standaardformulering.* Het grondbeginsel van de motiveringsplicht, de algemene norm waaraan een motivering naar Nederlands recht op basis van de hiervoor genoemde artikelen moet voldoen, is verwoord in de navolgende, vele malen in de rechtspraak herhaalde frase:

“Een uitspraak dient ten minste zodanig te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voor zowel partijen als voor derden, in het geval van het openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.”¹

Deze beoordelingsmaatstaf is concreter, en daarmee bruikbaar, dan de wettelijke bepalingen zoals hiervoor genoemd. Duidelijk wordt zo dat het bij de motiveringsplicht om de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de onderliggende beslissing gaat, en dat geeft enige (extra) richting aan de rechter.² Hij zal, in de woorden van Vranken, “inzichtelijk moeten maken hoe en waarom, op basis van welke gezichtspunten en afwegingen hij tot zijn beslissing is gekomen”.³

De net geciteerde maatstaf werd onder andere aangelegd in het arrest *Finkenburgh/Van Mansum* waarin de beoordeling van het aangevoerde bewijs

[455] 1 Zie o.a. HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade (Vredo/Veenhuis); HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999/7 (Finkenburgh/Van Mansum); HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. M. van Scheltema (Verhoeven/Lammers); HR 5 december 2003, *NJ* 2004/74 (Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering). Vgl. ook nog HR 17 november 2006, *NJ* 2006/621 (VTN).

2 Zie ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 339.

3 J.B.M. VRANKEN, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 231. Voor Vranken geldt dat ook inzake de wijze waarop de rechter zijn taak in de procedure vervult, zodat ook het wel of niet nemen van allerhande processuele stappen door de rechter verantwoord zou moeten worden (p. 236-237).

door de civiele rechter aan bod was.⁴ Te dien aanzien heeft de rechter nog steeds veel vrijheid – de bewijswaardering is in beginsel aan hem overgelaten – maar ook dan geldt deze grondnorm. De Hoge Raad zegt het zo dat het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, weliswaar vrij is in de waardering van de in het geding gebrachte stukken, maar ook ten aanzien van het oordeel of het bewijs is geleverd, geldt het grondbeginsel van een behoorlijke rechtspleging dat elke rechterlijke beslissing ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang, etc. Ik kom hier nog op terug in nr. 458.

[456] *Vaste rechtspraak in lijn met de eisen uit het EVRM.* Ook in de zaak *Verhoeven/Lammers*¹ speelde deze beoordelingsmaatstaf. Het ging in dat geval om onrechtmatig handelen door Verhoeven door het veroorzaken van geluids-overlast. Na vaststelling van de onrechtmatigheid van het handelen, komt de schade en de begroting daarvan aan de orde; het hof besluit die schade *ex aequo et bono* te begroten als één geheel en niet zelfstandig per schadepost. Daarover wordt geklaagd, en de Hoge Raad overweegt (r.o. 7.3) dat het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, weliswaar vrijstond om de omvang van de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kon worden vastgesteld (zie art. 6:97 BW), maar – zo voegt de Hoge Raad toe – ook ten aanzien van een dergelijke schatting geldt het hiervoor verwoorde grondbeginsel van een behoorlijke rechtspleging dat elke rechterlijke beslissing zodanig moet worden gemotiveerd dat deze voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang. Dat was in casu onvoldoende gebeurd, want er werd in die zaak bijvoorbeeld geen onderscheid gemaakt tussen vermogensschade en ander nadeel (art. 6:95 BW).

Deze in Nederland gehanteerde grondnorm strookt met de eisen die uit het EVRM voortvloeien.² Zo wordt bijvoorbeeld duidelijk, in beide gevallen, dat de mogelijkheid om in hoger beroep controle uit te kunnen oefenen, een belangrijk scharnierpunt is; de motivering moet zodanig zijn dat controle op de uitspraak in eerste aanleg in hoger beroep mogelijk is. Wij zagen dat al in de zaak *Hirvisaari t. Finland*, zie nr. 448, en dat zien wij hier terug als het om de Nederlandse rechtspraak gaat.

10.3.4 Verdere invulling (omvang) van die norm

[457] *Steeds beoordeling in concreto.* Die hiervoor besproken grondnorm of beoordelingsmaatstaf is natuurlijk niet het einde, maar eerder een vertrekpunt voor de rechter. Steeds zal beoordeeld moeten worden of de norm 'gehaald' is (of

[455] 4 HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999/7 (Finkenburgh/Van Mansum).

[456] 1 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. M. van Scheltema (Verhoeven/Lammers). Daarover ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 338-339.

2 Zie bijv. D. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 127.

aan de eisen die daarmee gesteld worden, voldaan is), of dat een uitzondering op die norm aanvaard moet worden. Ten behoeve van die beoordeling is aan de norm inmiddels wel enige nadere invulling te geven. Daarbij geldt ten eerste, dat staat voorop en dat geldt voor elke motivering, dat die motivering uiteraard begrijpelijk en vrij van innerlijke tegenstrijdigheid dient te zijn. Derhalve moet de motivering de beslissing in het dictum kunnen verklaren en moet dat dictum logisch voortvloeien uit de onderliggende motivering.¹ De opbouw van de uitspraak en het taalgebruik zullen bovendien helder moeten zijn.²

De verdere invulling is afhankelijk van de omstandigheden van het geval³ en dan met name – al wordt dat als zodanig niet op deze wijze benoemd in de rechtspraak – van een drietal factoren,⁴ namelijk: het partijdebat, de aard van het geding en de aard van de beslissing. Onder de noemer van het *partijdebat* geldt dan bijvoorbeeld dat als er meer is aangevoerd en meer gedebatteerd is door partijen, dat dan de motiveringsplicht voor de rechter zwaarder is. Bovendien mag de rechter een essentiële stelling, en die essentie zal zijn gebleken uit het debat, niet onbesproken laten, al hoeft een rechter niet op elk aangevoerd argument specifiek in te gaan.⁵ De *aard van het geding* leidt ertoe dat een uitvoeriger motivering nodig is in een bodemprocedure dan in een kort geding. In lijn met de gedachte dat de *aard van de beslissing* van belang is, geldt nog dat uitvoeriger gemotiveerd dient te worden als de beslissing ingrijpender (bijvoorbeeld meer ‘rechtsvormend’) is of als er van een hoofdregel wordt afgeweken.

- [457]
- 1 Vgl. WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30 Rv, aant. 3.
 - 2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 151.
 - 3 HR 4 juni 1993, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade (Vredo/Veenhuis); ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/190; D. DE GROOT, ‘Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening’, in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 127 en 128 (‘nauwelijks een nadere invulling ... beschikbaar’); E. KORTHALS ALTES, ‘Het motiveringsbeginsel in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie’, in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, m.n. p. 98 e.v. Zie voor pogingen de (omvang van de) motiveringsplicht van de Hoge Raad nader in te vullen o.a. de bijdragen van BARENDRECHT, MARTENS en VRANKEN in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993.
 - 4 Zie ook ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/190; WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30 Rv, aant. 3 en 4. Vgl. ook J.B.M. VRANKEN, ‘Keuzenvrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken’, in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 241. LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 340, noemt als vierde factor nog de vraag of het gaat om waardering van feitelijke aard of om oordelen die toetsbaar zijn in cassatie, want dan moet met het oog daarop nader gemotiveerd worden welke rechtsopvatting aan de uitspraak ten grondslag ligt, zie p. 344, verwijzend naar HR 4 juni 1993, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade (Vredo/Veenhuis). Deze categorie kan echter ook onder mijn derde categorie (‘aard van de beslissing’) worden ondergebracht. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 149, voegt de categorieën twee en drie samen en komt dus tot een tweedeling. Die zien wij ook terug bij E. KORTHALS ALTES, ‘Het motiveringsbeginsel in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie’, in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 100-101.
 - 5 Zie ook VAN MIERLO, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30 Rv, aant. 1 (2010).

Deze drie factoren hangen uiteraard onderling nauw met elkaar samen, zo nauw zelfs dat het soms lastig is een scheiding aan te brengen. Teneinde over alle drie de factoren nog iets meer te kunnen zeggen, wordt die scheiding hierna toch beproefd.⁶

10.3.5 De omvang van de motiveringsplicht: het partijdebat en de bewijswaardering

[458] *Het partijdebat.* In de al genoemde uitspraak inzake *Finkenburgh/Van Mansum*¹ was aan de orde dat de licentieovereenkomst inzake kinderzitjes en kinderveiligheidsgordels – een meerpartijenovereenkomst tussen RIMO (marketing), Finkenburgh (producent) en Van Mansum (ontwerper) – voorwerp van een civiel geschil werd nadat TNO geen keurmerk meer af wilde geven voor de kinderzitjes en gordels, waardoor de omzet sterk daalde. Van Mansum dagvaardt Finkenburgh en vordert ontbinding wegens wanprestatie omdat Finkenburgh de kinderzitjes niet veilig (genoeg) heeft gemaakt. Het hof oordeelt dat Finkenburgh toerekenbaar tekortgeschoten is.

De Hoge Raad noemt in zijn arrest het al besproken grondbeginsel en stelt dat het hof niet aan die maatstaf voldaan heeft. Ook tegen de achtergrond van het partijdebat, zo heet het dan, is niet op te maken op welke van de vele in het geding gebrachte stukken het hof zich heeft gebaseerd voor het oordeel dat er een toerekenbare tekortkoming was, en ook is niet vermeld in welke gedraging de wanprestatie precies gelegen was. Dat laatste element maakt het oordeel van het hof natuurlijk evident onjuist, want een procespartij moet wel op zijn minst weten wat er dan niet goed genoeg is geweest.

Vooraf het eerste punt (op welke stukken is de conclusie gebaseerd?) is hier interessant, omdat blijkbaar, als er meerdere stukken in het geding zijn, de rechter vrij concreet zal moeten aanwijzen welk stuk of welke stukken dan bepalend was of waren voor zijn oordeel, en omdat zo de meer algemene kwestie wordt aangeroerd hoe de rechter bij zijn bewijswaardering, mede in het licht van de motiveringsplicht, te werk zal moeten gaan.

[459] *Bewijswaardering en motivering.* De maatstaf die binnen de vrije bewijsleer, de hoofdregel als het om bewijswaardering gaat, aangelegd wordt om te bepalen of de rechter overtuigd is, is die van de 'redelijke mate van zekerheid'.¹

[457] 6 Zie ook E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 397-398, met veel rechtspraak, ook inzake gevallen waarin geen motivering nodig bleek (p. 398). Zie voor een bespreking van rechtspraak ook H.S.M. KRUIJER, 'Hoe fundamenteel is de rechterlijke motiveringsplicht?', *Executief* 2008-12, p. 189 en 190-191.

[458] 1 HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999/7 (Finkenburgh/Van Mansum). Zie nader LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 341.

[459] 1 Uitvoerder hierover GIESEN 2001, p. 48 e.v.; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/264. Voor een alternatieve benadering, DE BOCK 2011, p. 210 e.v.

Als de rechter die mate van zekerheid heeft, kan hij zeggen dat het feit 'bewezen' is. Het gaat daarbij om de eigen innerlijke, subjectieve overtuiging van de rechter in kwestie. Dat kan een gevaar zijn (want het gaat om een subjectief oordeel), maar dat gevaar is beperkt juist doordat de rechter de uitkomst van de beraadslaging en van het proces dat tot die overtuiging heeft geleid, zal moeten motiveren. Die motivering leidt tot de noodzakelijke objectivering van het onderliggende subjectieve oordeel.

De vrije bewijswaardering, het woord zegt het al, geeft veel vrijheid aan de rechter en een dergelijke vrijheid is altijd een gevaar voor de rechtszekerheid en een mogelijke bron voor willekeur. De rechterlijke motiveringsplicht moet nu precies dat (willekeur; rechtsonzekerheid) voorkomen, en daarmee is dan meteen ook gegeven dat juist daar waar de rechter veel vrijheid heeft, de motiveringsplicht stevig zou moeten zijn.² Hierin ligt dan ook de belangrijke schakel tussen bewijs, bewijswaardering en motiveringsplicht. Uit de rechterlijke motivering zal – in elk geval in bepaalde gevallen – kunnen (en in feite moeten) blijken of de rechter de lat te hoog of juist te laag heeft gelegd bij diens waardering van het aangeleverde bewijs, zodat eventueel een correctie door de hogere rechter mogelijk is. Ook rechtszekerheidsproblemen kunnen tegengegaan worden door een deugdelijke motivering te verlangen.

Omdat de mogelijke bewijsmiddelen niet bij voorbaat bepaald zijn (art. 152 lid 1 Rv), de bewijskracht van die civielrechtelijke bewijsmiddelen in beginsel niet bij voorbaat gegeven is, en er in beginsel geen vaste regels bestaan die de rechter voorschrijven hoe hij bij de bewijswaardering te werk dient te gaan (art. 152 lid 2 Rv), wordt de rechter in de fase van de bewijswaardering gedwongen keuzes te maken, een keuze voor of tegen het benutten van bepaalde bewijsmiddelen en een keuze voor of tegen de overtuigingskracht van een bewijsmiddel. De legitimatie van die keuzes moet elke procespartij en het algemene publiek dan in de motivering van het oordeel terug kunnen vinden; zo worden de redenen voor die keuze inzichtelijk. In die verantwoording ligt tevens, als gezegd, de benodigde objectivering van het subjectieve oordeel van de rechter, al was het maar omdat de wetenschap dat de beslissing verantwoord moet (kunnen) worden, ertoe zal leiden dat de rechter zo veel mogelijk zal aanknopen bij (meer) objectieve factoren, zoals algemene ervaringsregels en de regels van de logica.

[460] *Enige nadere invulling.* Ter verdere invulling van de motiveringsplicht in relatie tot die bewijswaardering, kan dan bij wijze van voorbeeld nog het volgende dienen.¹ De civiele rechter dient expliciet in te gaan op de bezwaren die door een procespartij zijn geuit met betrekking tot een bewijsmiddel, als die rechter dat bewijsmiddel wil gebruiken. Hij dient die bezwaren dan te weerleggen. Daarbij is ook nog van belang in hoeverre die procespartij haar bezwaren heeft uitgewerkt. Als dat summier gebeurde, volstaat een minder uitvoerige mate

[459] 2 Zo ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 342.

[460] 1 Zie over het navolgende reeds GIESEN 2001, p. 62-63.

van motivering. Opnieuw zien wij dus dat het punt van het partijdebat een rol speelt. Als de rechter bepaalde bewijsmiddelen niet benut, lijkt vereist te zijn dat de rechter op zijn minst laat doorschemeren waarom hij zulks niet gedaan heeft. Hij hoeft hier echter niet heel expliciet op in te gaan. Verder geldt dat als verschillende bewijsmiddelen elkaar tegenspreken, in de rechtelijke motivering dient te worden aangegeven waarom aan het ene middel meer waarde wordt gehecht dan aan het andere.²

Deze uiteindelijk niet al te vergaande en verstrekkende plicht tot motivering³ raakt aan de zogenoemde 'responsieplicht',⁴ te omschrijven als de plicht van de rechter om uitdrukkelijk te reageren op relevante en voldoende onderbouwde argumenten, producties en stellingen, inclusief de af te wegen omstandigheden.⁵ Een voorbeeld biedt het arrest *N./Mobius*:⁶ op te maken moet zijn uit de motivering van de uitspraak dat een verweer onder ogen is gezien en op welke grond het is verworpen. Uiteraard vertoont de motiveringsplicht hier overlap met het beginsel van hoor en wederhoor.⁷ Het is immers in feite om het even of een procespartij geen gelegenheid krijgt onderdelen van zijn zaak aan de rechter voor te leggen (hoor en wederhoor) of dat er niet gereageerd wordt door de rechter op die onderdelen, voor zover deze wel zijn voorgelegd (motivering).⁸

[461] *Motivering en deskundigenbericht.* Verder is in dit kader nog interessant de uitspraak in de zaak *Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering*¹ omdat daarin iets nader wordt aangegeven hoe een rechter met een deskundigenbericht moet omgaan. Archetypisch is de situatie dat de eisende partij een deskundige een rapport laat opmaken over de kwestie die partijen verdeeld houdt, dat de wederpartij vervolgens een andere deskundige vindt die het tegendeel, althans iets anders betoogt, en dat de rechter zelf een derde

[460] 2 Zie ook LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 342, op basis van een algemene lijn die hij haalt uit het hierna te bespreken arrest HR 5 december 2003, *NJ* 2004/74 (*Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering*). Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 151, en over de verhouding tussen getuigen en deskundigen ook DE BOCK 2011, p. 294 e.v.

3 Zulks blijkt ook hieruit dat schending van de motiveringsplicht volgens vaste rechtspraak geen reden is voor doorbreking van een appelverbod, zie ASSER PROCESRECHT/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012/24.

4 Zie ook H.S.M. KRUIJER, 'Hoe fundamenteel is de rechterlijke motiveringsplicht?', *Executief* 2008-12, p. 190.

5 Zie in dit verband ook ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAIK 2 2011/97, die ook aangeeft dat niet van belang zijnde stellingen niet besproken hoeven worden, en dat art. 30 Rv in verband met art. 24 Rv gezien moet worden.

6 Zie HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21, m.nt. E.A. Alkema (*N./Mobius*).

7 Evenzeer kan het motiveringsbeginsel in botsing komen met bijv. het redelijke termijn-beginsel, zie SNIJDERS e.a. 2011, nr. 40.

8 H.S.M. KRUIJER, 'Hoe fundamenteel is de rechterlijke motiveringsplicht?', *Executief* 2008-12, p. 191.

[461] 1 HR 5 december 2003, *NJ* 2004/74 (*Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering*).

deskundige benoemt om te rapporteren, mede in reactie op de eerdere rapporten. Vervolgens moet de rechter echter nog steeds de zaak beslissen en dus een keuze maken uit de scenario's die geschetst zijn, en die keuze moet gemotiveerd worden. Te dien aanzien geldt dan dat de motiveringsplicht slechts beperkt kan zijn en behoeft te zijn.²

In beginsel is dat tenminste het geval, want de inhoud van deze beperkte motiveringsplicht is afhankelijk van de aard van het bewijs en de mate van precisering van de bezwaren daartegen. Als de rechter de opvatting van de door hemzelf aangewezen deskundige volgt, volstaat als motivering dat deze deskundige overtuigend voorkomt, hoewel wel op specifiek aangebrachte en voldoende onderbouwde bezwaren zal moeten worden ingegaan.³ Als de rechter beslist de eigen deskundige niet te volgen, zal echter weer gewoon de eerder beschreven, niet 'beperkte' 'grondnorm' als toetsingsmaatstaf hebben te gelden.⁴

[462] *Algemeen: afwijkende omvang van de motiveringsplicht.* Hiermee is met een eerste voorbeeld gegeven van de mogelijkheid om te differentiëren als het om de omvang van de motiveringsplicht gaat.¹ Het is mogelijk om ('naar beneden') af te wijken van de gebruikelijke maatstaf die ten aanzien van de motivering wordt opgelegd: er is dan een minder omstandige motivering vereist. In de rechtspraak wordt echter ook wel bepaald dat er juist géén afwijkende motiveringsplicht kan worden aangenomen, of dat de eisen eerder moeten worden opgehoogd. Van al deze varianten volgen hier, en in de nummers hierna, enkele voorbeelden:

- De rechter die afwijkt van het oordeel van de medische tuchtrechter als het om de beoordeling van een medisch handelen gaat, zal aan bijzondere (lees: zwaardere) motiveringseisen moeten voldoen, om de simpele reden dat de tuchtrechter bij uitstek deskundig is in dit soort zaken, zodat een afwijking niet in de rede ligt.
- Hetzelfde geldt bij de afwijzing van het verzoek een pleidooi te mogen houden.
- Een zuiver juridische beslissing (de uitleg van een wettelijke bepaling) behoeft geen motivering; in cassatie is een motiveringsklacht tegen een dergelijk rechtsoordeel zinloos (want zonder belang).

[461] 2 Zie r.o. 3.5 van het voornoemde arrest, alsmede HR 8 juli 2011, NJ 2011/311 (NAK/X.) en HR 9 december 2011, NJ 2011/599 (X./Flevoziekenhuis).

3 Zie ook HR 8 juli 2011, NJ 2011/311 (NAK/X.); HR 9 december 2011, NJ 2011/599 (X./Flevoziekenhuis) en HR 3 mei 2013, RvdW 2013/673 (Ziekenverpleging Aruba).

4 HR 9 december 2011, NJ 2011/599 (X./Flevoziekenhuis). Zie ook DE BOCK 2011, p. 311, die uitlegt dat dit enkel kan betekenen dat een inhoudelijke motivering moet volgen, iets wat de rechter in feite niet kan zonder een nieuwe deskundige in te schakelen. Afwijken van wat de deskundige stelt, is dus niet licht denkbaar.

[462] 1 Vgl. ook ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/190 e.v.

- Een beperkte motivering is aangewezen bij de beslissing om een deskundigenbericht te volgen.²
- Het afwijken van de hoofdregel van art. 150 Rv (bewijslastverdeling) behoeft geen bijzondere motivering, maar dus wel een (gewone) motivering; de beslissing om niet van die hoofdregel af te wijken, lijkt geen motivering te vereisen.
- In lijn daarmee geldt dat als iemand binnen de daartoe in het Landelijk Rolreglement opgenomen termijn nadere stukken indient, de rechter daarop bij diens beoordeling acht dient te slaan, tenzij de rechter op grond van bijzondere omstandigheden anders beslist. Dat dient hij dan gemotiveerd te doen, en van die omstandigheden dient uit de uitspraak of het proces-verbaal te blijken.

Zoals blijkt, wordt soms gesteld dat er niet al te veel aan motivering verlangd kan worden, maar daarbij geldt dan wel nog steeds het grondbeginsel als zodanig. Dat beginsel, die grondnorm, geldt dus bijna altijd³ – slechts een enkele maal is er naar geldend recht helemaal geen motivering nodig, denk aan routinematige, uit de overige beslissingen voortvloeiende besluiten als de proceskostenveroordeling, de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, de veroordeling tot betaling van de wettelijke rente⁴ – maar kan wel op meer of minder veeleisende wijze worden aangekleed of ingevuld. Die toetsingsmaatstaf die op basis van deze grondnorm wordt aangelegd, is dus variabel.

In een bindendadviesprocedure speelt het motiveringsvereiste daarentegen in feite helemaal geen rol. Dat is ook logisch omdat het dan om iets anders gaat dan om (eigenlijke) rechtspraak. De Hoge Raad oordeelde te dien aanzien dat een algemeen antwoord op de vraag of een bindend advies gemotiveerd moet zijn, niet te geven is, want het is een partijafpraak, waarbij partijen ook dit aspect zelf kunnen regelen. Wel geldt echter dat als het bindend advies meer het karakter heeft van (een vorm van) rechtspraak, ook een betere, uitvoeriger motivering noodzakelijk is. Als dat echter juist minder het geval is, en het veeleer erom gaat een element van een rechtsverhouding tussen partijen vast te stellen, worden de motiveringseisen lager.⁵

[462] 2 HR 5 december 2003, NJ 2004/74 (Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering).

3 Zie LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 338.

4 E.M. WESSELING-VAN GENT, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742 (1985), p. 398. Zie nader nr. 470.

5 Zie HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (Gemeente Amsterdam/Honnebier).

10.3.6 De omvang van de motiveringsplicht: de aard van het geding

[463] *Aard van het geding.* Pakken wij de draad van het verhaal – de drie factoren die van belang zijn bij het bepalen van de omvang van de motiveringsplicht – weer op, dan is het de beurt aan de tweede factor: de aard van het geding.¹

Dat element kan ten eerste betrekking hebben op het feit dat de procedure inmiddels in de hogerberoepfase is beland. Op dat moment moet met de eerdere beslissing in eerste aanleg rekening worden gehouden in die zin dat als in hoger beroep de rechter anders oordeelt, dat oordeel motivering behoeft. De hierna besproken alimentatiezaak (zie nr. 468) is daarvan een voorbeeld.² Dat geldt ook als een bewijsoordeel van de rechter in eerste aanleg, gegeven op basis van bewijs zoals in die eerste aanleg verzameld, niet gevolgd wordt.³

[464] *Het kort geding.* Het belangrijkste voorbeeld in dit verband betreft echter de kortgedingprocedure (art. 254 Rv e.v.). De aard van die procedurevorm, te weten: een op korte termijn te entameren en snel af te wikkelen procedure gericht op het bereiken van een voorlopige voorziening, maakt dat de rechter niet al te uitvoering de bereikte uitkomst hoeft te onderbouwen. De motiveringseisen zijn verlaagd. Hij geeft geen definitieve, vaststaande oordelen (mag dat ook niet) en hij moet zijn oordeel op korte, soms zeer korte termijn openbaren. Maar toch geldt de besproken grondnorm aangaande de rechterlijke motivering ook in dit soort zaken, want een kort geding is geregeld ook meteen het juridische eindstation; er volgt geen bodemprocedure meer. In dat kader past ook dat waar het in kort geding gaat om een vordering tot betaling van een geldsom, niet alleen de voorwaarden waaronder die toegewezen kan worden, maar ook de motiveringsplicht ter zake strenger worden.¹

Het voorbeeld laat zien dat het *voorlopige karakter* van de uitkomst van een kort geding van invloed is op de motiveringsplicht en vooral op de omvang daarvan. Zo zijn de motiveringseisen ook minder veelomvattend ('lager') bij beslissingen inzake voorlopige voorzieningen, bijvoorbeeld rondom een echtscheiding, inclusief de beslissing inzake de draagkracht van partijen om de alimentatiehoogte te kunnen bepalen.² De rechter is omgekeerd overigens niet

[463] 1 De aard van het geding lijkt overigens ook relevant te zijn voor de vormgeving van de motivering van een uitspraak, zie nader PH. LANGBROEK e.a., *Een onderzoek naar tekstkenmerken en de publieken van rechterlijke motiveringen*, 2014, via <http://dSPACE.library.uu.nl/handle/1874/300716>.

2 HR 29 juni 2001, NJ 2001/495 (X./Y.), en daarover LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 345. Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 151.

3 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 345-346, op basis van HR 1 november 2002, NJ 2005/281, m.nt. H.J. Snijders (Sunmaster/Hydrauliek Turenhout).

[464] 1 Vgl. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/230; ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/191.

2 WESSELING-VAN GENT, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30 Rv, aant. 4, met details inzake enkele verwante beslissingen die wel een (zware) motivering vereisen.

per se streng als het om de motivering gaat in gevallen waarin geen spoedeisendheid of voorlopige voorziening speelt, want bij een toewijzend verstekvonnis is de motiveringsplicht ook beperkt, zoals wij al zagen in nr. 454. Daarbij speelt dan echter het ontbreken van een partijdebat een wezenlijke rol.

[465] *Conservatoir beslag*. Een aan het voorgaande verwant voorbeeld betreft de vraag wanneer een conservatoir beslag mag worden gelegd en in welke mate het oordeel daarover dan gemotiveerd dient te worden. Als 'summerlijk' is gebleken dat een vordering bestaat, kan iemand conservatoir beslag leggen, want dan zal de rechter die daarom gevraagd wordt, verlof daartoe verlenen, zie art. 700 lid 2 Rv. De beslissing dienaangaande vergt geen nadere motivering.¹ Dat is niet nodig want – zo gaat dat met voorlopige oordelen – de juistheid van de vordering en dus het beslag komt in de verdere, verplichte procedure in de hoofdzaak toch vast te staan en die beslissing in de hoofdzaak moet in ieder geval conform de gebruikelijke maatstaf gemotiveerd worden. Het betreft ook hier dus weer een vorm van een 'voorlopige voorziening', die ook nog eens spoedig verkregen moet kunnen worden.²

Dat element van spoed, dat ook de kortgedingprocedure kenmerkt, is ook terug te zien bij de procedure tot faillietverklaring; die procedure wordt op korte termijn afgewikkeld omdat er snel duidelijkheid moet komen over de vraag of iemand wel of niet failliet is en dus nog wel of niet voor zichzelf kan handelen. Maar omdat een faillissement tevens zeer ingrijpend is, is hier ook een gedegen motivering nodig. Hier botsen dus twee vertrekpunten. De Hoge Raad³ heeft dit als volgt opgelost: duidelijk moet worden dat het verweer tegen de faillietverklaring onder ogen is gezien en waarom het verworpen is. Verder gelden er geen strenge motiveringseisen, maar blijft wel de grondnorm gelden.

10.3.7 De omvang van de motiveringsplicht: de aard van de beslissing

[466] *Aard van de beslissing*. De derde en laatste te bespreken factor is die van de aard van de beslissing.¹ Ofwel: waarover gaat het in de procedure in kwestie? Daarbij staat voorop dat als een beslissing ingrijpender is, eerder een steviger motivering verlangd zal worden (de maatstaf kan dus ook 'naar boven' worden bijgesteld) dan wanneer het om een minder verstrekkend belang gaat.² Dat is op zichzelf evident en zeker niet verrassend.

[465] 1 Zie bijv. M. MEIJSEN, *Ontwikkelingen in het civielrechtelijke conservatoir beslag in Nederland*, 2013, p. 79 en 81.

2 Vgl. SNIJDERS e.a. 2011, nr. 40.

3 HR 7 april 1995, NJ 1997/21, m.nt. E.A. Alkema (N./Möbius), waarover LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 344.

[466] 1 Zie bijv. ook EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, NJ 1997/20, m.nt. E.A. Alkema (Hiro Balani t. Spanje). Onder 'aard van de beslissing' kan ook gevat worden het geval dat een uitspraak rechtvormend van groot belang is; dan lijkt een uitvoeriger motivering noodzakelijk.

2 ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/193.

Die notie van 'ingrijpendheid' kan ook zien op de vraag of iemand een afwijking wil ten opzichte van datgene wat normaal is, een afwijking van de hoofdregel dus. Een dergelijk besluit is ingrijpender dan toepassing van die betreffende hoofdregel, al was het maar omdat hetgeen 'normaal' of 'gebruikelijk' is, door de meerderheid van de mensen gevolgd zal worden; de 'default'-optie, het woord zegt het al, is vaak raak.³ En als een beslissing, een rechterlijk oordeel ingrijpender is, vergt dat dus nadere uitleg, meer motivering. Overigens wordt de soep hier niet altijd al te heet gegeten, want nemen wij het voorbeeld van de uitzondering op de hoofdregel van bewijslastverdeling, dan blijkt dat de rechter die meent dat er een uitzondering op die hoofdregel geldt, dat oordeel weliswaar zal moeten motiveren, maar daarvoor geldt dan geen strengere motiveringseis dan de normale.⁴

[467] *Eigen schuld-oordelen*. Terug naar de aard van de beslissing. Bij 'eigen schuld' op basis van art. 6:101 BW, gaat het erom dat naast de onrechtmatige daad of wanprestatie van de gedaagde ook nog een eigen fout van de eisende partij aanwezig was, waarbij bovendien beide handelingen hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. In een dergelijk geval moet zo nauwkeurig mogelijk bepaald worden wie nu eigenlijk wat heeft bijgedragen aan de schade. Te dien aanzien heeft de Hoge Raad¹ echter meermalen beslist dat bij dat oordeel:

“moet worden vooropgesteld dat het oordeel over de vraag in welke verhouding de door een ongeval veroorzaakte schade in verband met de wederzijdse bijdragen aan die schade moet worden verdeeld over de benadeelde en de vergoedingsplichtige, toekomt aan de rechter die over de feiten oordeelt. Zodanig oordeel kan veelal slechts op intuïtief inzicht berusten en derhalve kunnen aan dit oordeel slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld.”

Intuïtieve oordelen kunnen slechts beperkt onderbouwd worden, aldus de Hoge Raad. Dat is op zichzelf wel juist, maar dan gooit de jurist wel het bijltje erbij neer, om het met Barendrecht te zeggen.² Op zijn minst zou de rechter moeten

[466] 3 Daarover, en over de mogelijkheden daarmee te sturen of manipuleren, R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, waarover ook I. GIESEN, 'Handhaven met een toefje psychologie', *WPNR* 6817 (2009). Zie ook nr. 488. Anders gezegd: wie een bestaand iets ter discussie stelt, heeft de 'Argumentationslast', vgl. J.M. BARENDRECHT, 'Controle, aanvaarding en bestrijding', in: J.L.W. Sillevs Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 1993, p. 49.

4 Zie HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998/85 (Stad Rotterdam/Zonneveld); GIESEN 2001, p. 486. Dat komt omdat het alternatief, namelijk het niet afwijken van de hoofdregel, nauwelijks motivering behoeft.

[467] 1 Zie o.a. HR 1 juni 1990, *NJ* 1990/578 (Gouda/La Grand); HR 4 mei 2001, *NJ* 2002/214, m.nt. C.J.H. Brunner (Chan-a-Hung/Maalsté), r.o. 3.7.4, en HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/307 (Zürich/X.), r.o. 3.6. Zie ook ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/191, en A.L.M. KEIRSE, *Schadebepenkingsplicht*, 2003, p. 239 en 240, met verdere (ook eerdere) rechtspraak.

2 J.M. BARENDRECHT, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, 1997, p. 169.

trachten – gezien het belang van een fatsoenlijk motivering – om ook dit deel van zijn vonnis te onderbouwen. Dat klemmt temeer omdat heel veel andere oordelen van rechters evenzeer intuïtief van aard zijn. Zo zal elke bewijswaardering (deels) intuïtief van aard zijn. Waarom daarmee in dit geval (eigen schuld) wel rekening gehouden wordt, en in ander gevallen niet, is dan een vraag waarop geen eenvoudig antwoord is te geven. De vraag kan echter omzeild worden door van deze rechtspraak af te stappen en een gewone mate van motivering te eisen.³

Bij deze rechtspraak aansluitend, geldt dat wanneer de schadebegroting, bijvoorbeeld na een verkeersongeval, aan de orde is, de wet grote vrijheid toekent aan de rechter. Art. 6:97 BW stelt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, en tevens dat als de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, deze wordt geschat. Als dit in een concrete zaak aan de orde is, is meteen ook duidelijk dat de maatschappij en/of de procespartijen voor wat betreft de rechterlijke motivering niet te veel eisen mogen stellen aan de rechter. Als deze uiteindelijk, bij gebrek aan beter, de hoogte van de schadepost moet schatten, kan hij blijkbaar die schade niet preciezer dan zo bepalen, en dan kan hij natuurlijk ook niet uitvoerig motiveren waarom hij op het betreffende bedrag is uitgekomen en niet op een (net iets) ander bedrag. Maar, zoals blijkt uit de rechtspraak, ook hier geldt nog steeds de al besproken grondnorm,⁴ hetgeen minst genomen verrassend is te noemen gezien de beperkte mogelijkheden die de rechter heeft. Dat is dan overigens reden temeer om die norm ook aan te leggen bij de beoordeling van een beroep op eigen schuld.

[468] *Alimentatiebeslissingen*. Sprekend over de aard van de beslissing, dienen wij nog kort te kijken naar het terrein van alimentatiebeslissingen, omdat ook op dat terrein de motivering wezenlijk is en vaak een rol heeft gespeeld in de rechtspraak. Het betreft beslissingen die een ingrijpend karakter hebben, want hierdoor wordt direct de levensstandaard van alle betrokkenen bepaald.

De uitspraak in de zaak HR 29 juni 2001 kan dienen als een voorbeeld van de noodzaak van motivering in alimentatiezaken.¹ In casu verzoekt de man wijziging van de vastgestelde alimentatie (hij wil een verlaging) omdat zijn draagkracht inmiddels verminderd is, door het mislukken van het opstarten van een nieuwe onderneming en de schulden die daaruit zijn voortgevloeid. De rechtbank besluit die schulden niet mee te nemen in de calculatie, want de man heeft een onverantwoord risico genomen met het opzetten van die onderneming. Het hof beaamt dat de man een onverantwoord risico heeft genomen, maar neemt de daarmee ontstane schulden wel mee in de berekening en de beslissing. Die dubbelslag is vreemd, op zijn minst, en dus stelt de Hoge Raad dat het grond-

[467] 3 Zie J.M. BARENDRECHT, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, 1997, p. 169. A.L.M. KEIRSE, *Schadebeperringsplicht*, 2003, p. 240, ziet groeiende mogelijkheden daartoe.

4 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. M. van Scheltema (Verhoeven/Lammers).

[468] 1 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/495 (X./Y.).

beginsel dat elke rechterlijke uitspraak gemotiveerd moet zijn, ook bij dit soort beslissingen geldt, waarna hij vaststelt dat het hof onvoldoende duidelijk is geweest. Uiteindelijk wordt de motiveringslat zodoende hoger gelegd dan gebruikelijk.

A-G Bakels laat in deze zaak overigens nog zien dat er per type alimentatiegeschil anders kan worden geoordeeld hierover.² In de rechtspraak worden de normen soms opgeschroefd,³ maar aan de andere kant is de rechter niet gehouden om alle berekeningen die aan de beslissing ten grondslag liggen, op te nemen, als maar blijkt welke gegevens de rechter benut heeft. Vragen betreffende de draagkracht (meestal van de man) en de behoefte (meestal van de vrouw) kunnen verder niet intensief gecontroleerd worden, het betreft hier (blijkbaar) opnieuw intuïtieve oordelen die lastig verder te onderbouwen zijn, zodat een summier motivering volstaat. Echter, de grondnorm qua motivering is, mede in het licht van het partijdebat, weer niet helemaal te negeren; dat is ook hier de basis.⁴

[469] *Materieel vs. processueel.* Onder de noemer 'aard van de beslissing' kan ook onderscheid gemaakt worden tussen de motivering van beslissingen die de materiële kant van de zaak betreffen en de motivering van processuele beslissingen, zoals het benutten van procesrechtelijke bevoegdheden door de rechter (denk aan het toelaten van bewijsmiddelen). Smits maakt dat onderscheid waar hij stelt dat Vranken weliswaar terecht vindt dat de rechter rekenschap moet afleggen over zijn taakvervulling gedurende de procedure, maar ook dat het EVRM daarvoor geen fundering biedt. Het verdrag verlangt namelijk niet dat de rechter naar een faire uitkomst toewerkt.¹ Om eerlijk te zijn zie ik niet in dat het EVRM geen ruimte zou bieden voor het moeten motiveren van het gebruik van een procesrechtelijke bevoegdheid. Immers, het Hof heeft deze materie in feite nooit doordacht zodat het lastig is te voorspellen wat er kan en niet kan. Bovendien laat dat onverlet dat die motivering naar Nederlands recht wel nodig zou kunnen zijn, ook omdat elke procesrechtelijke beslissing materieelrechtelijke consequenties heeft of kan hebben en alleen al vanuit dat oogpunt motivering zou behoeven. De tegenwerping dat die motivering in algemeenheden zal blijven steken, overtuigt niet, want dat is aan elke plicht tot motivering tegen te werpen.²

[468] 2 Zie de conclusie van Bakels voor HR 29 juni 2001, NJ 2001/495 (X./Y.), onder nr. 2.6. Bij het beëindigen van de alimentatieverplichting geldt bijv. ook een verhoogde motiveringsplicht, zie de conclusie onder 2.4 van A-G Keus voor HR 10 november 2006, NJ 2006/609 (V./M.). Vgl. ook nog ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/193.

3 Bijv. bij een verzoek tot terugbetaling van reeds betaalde alimentatie, vgl. HR 14 april 2006, NJ 2006/257 (M./V.).

4 Zo ook bij een alimentatieplicht die tijdelijk op nihil is gesteld, zie HR 15 februari 2013, RvdW 2013/277 (V./M.). Over deze materie ook F. FERNHOUT, 'Alimentatie betalen akkoord, maar waarom zo veel?', NJB 2007/1772, p. 2116 e.v.

[469] 1 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 150-151.

2 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 151, die zelf vervolgens ook enkele nadere plichten tot motivering van het gebruik van processuele bevoegdheden onderschrijft.

[470] *Materieel vs. processueel: vervolg.* Processueel van aard is ook dat sinds 2002 een procespartij niet langer tegen een tussenvonnis (of tussenarrest) afzonderlijk in hoger beroep (of cassatie) kan komen. Men moet wachten tot er een eindvonnis (of eindarrest) is geweest en vervolgens tegen beide vonnissen (arresten) in beroep gaan, zie art. 337 lid 2 Rv (en art. 401a lid 2 Rv voor cassatie). Echter, de feitenrechter kan zelf anders beslissen en in zijn uitspraak bepalen dat tussentijds hoger beroep wel mogelijk is, en hij kan zelfs achteraf, nadat het vonnis al is geweest, op verzoek van een partij, een dergelijk tussentijds beroep alsnog toestaan. De Hoge Raad¹ steunt de wetgever in deze, en heeft vastgehouden aan de regel dat tussentijds beroep in beginsel niet mogelijk is. Daarbij geldt dat de beslissing die de rechter in dit systeem neemt om procespartijen wel of niet de gelegenheid te geven om toch alvast tussendoor in hoger beroep te gaan, een beslissing is die de rechter niet hoeft te motiveren; het is aan het procesbeleid van de lagere rechter overgelaten.²

Vanuit het oogpunt van efficiëntie en cassatiecontrole (lees: het vermijden van de noodzaak daarvan) is die insteek van 'niet motiveren' begrijpelijk, maar anderzijds is deze oplossing niet direct te rijmen met wat verwacht zou mogen worden. Immers, de beslissing wel of geen hoger beroep toe te staan, is behoorlijk ingrijpend, hoewel er geen recht op hoger beroep bestaat, zie nr. 179, want het gaat om de mogelijkheid in een vroeg stadium grieven te kunnen uiten en zo de procedure bij te kunnen sturen als deze dreigt de verkeerde kant op te gaan. Dat die kans nu ook nog steeds, maar op een later moment komt, doet daaraan weinig af want dan is die procespartij wel al een instantie 'kwijtgeraakt', in die zin dat de vorige feitenrechter de zaak op een verkeerd spoor heeft gezet en op dat spoor heeft afgewikkeld, waardoor een beoordeling langs de juiste lijnen pas in tweede instantie voor het eerst plaats kan vinden.

Overigens geldt dezelfde regel (geen motivering vereist) voor rolbeslissingen (de administratieve handelingen van de rechter, zoals het bepalen van de datum voor een comparitie, etc.). Dat is een evident juiste regel. Het vereiste van een motivering geldt ook niet voor de kostenveroordeling,³ hoewel daar – in afwijking van het geldende recht – wellicht wel iets voor te zeggen zou zijn omdat dat besluit best ingrijpend (kostbaar) kan zijn. Omdat die grotendeels gestandaardiseerde beslissing echter logischerwijs volgt op en voortvloeit uit de wel gemotiveerde, onderliggende inhoudelijke beslissing, kan hier mijns inziens zonder nadere motiveringseisen gewerkt worden.

[470] 1 Zie HR 9 juli 2004, NJ 2005/256, m.nt. H.J. Snijders (Woudsend/Roozer).

2 HR 23 januari 2004, NJ 2005/510 (Pontaceen/Stratex).

3 HUGENHOLTZ/HEEMSKERK 2015, nr. 128. Zie ook SLUIJTER, *Sturen met proceskosten* (BPP nr. XII) 2011, p. 48 en 53.

10.3.8 Sanctionering

[471] *Nationale sanctie? Rechtsmiddelen en doorbreking appelverbod.* Het EHRM heeft nog geen werkelijk passende en overtuigende sanctie bedacht als het om de schending van de motiveringsplicht gaat, zo zagen wij eerder in nr. 452. In het licht van de vrij late 'ontdekking' van de motiveringsplicht en de vrij grote mate van terughoudendheid van het Europese Hof op dit vlak, is dat wellicht te begrijpen. De vraag die hier voorligt, is of dit anders is naar Nederlands recht. Een aantal sanctiemogelijkheden dient zich hier aan.¹

Het is ten eerste mogelijk dat een ontevreden procespartij een onbevredigende motivering bestrijdt met het instellen van een (gewoon) rechtsmiddel. Dat is op zichzelf niet bijzonder en vergt hier dan ook geen uitvoerige bespreking.² Wel van bijzondere aard zijn de situaties waarin er in beginsel geen hoger beroep openstaat, bijvoorbeeld als het belang van de vordering te gering is (art. 332 Rv) of waar het gaat om de toewijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor (art. 188 lid 2 Rv).

In gevallen waarin op een dergelijke wijze hoger beroep is uitgesloten, is het soms mogelijk dit appelverbod te doorbreken,³ zodat hoger beroep wel mogelijk is, en er dus een vorm van sanctie mogelijk is. Zonder op de details daarvan in te gaan, geldt als reden voor zo'n uitzondering bijvoorbeeld dat er sprake is van verzuim van essentiële vormen, te weten de veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, waarbij dan vooralsnog gedacht wordt aan een schending van hoor en wederhoor⁴ en aan de onpartijdigheid van de rechter. Hier is vooral relevant dat een schending van het motiveringsbeginsel (vooralsnog) niet gezien wordt als een veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.⁵ Men zou kunnen betogen dat als er rechtsmiddelverbod van kracht is, het niet nodig is om aanknopingspunten voor een rechterlijk oordeel in hoger beroep te verstrekken, zodat ook geen motivering nodig zou

[471] 1 Ik merk terzijde nog op dat ook het opleggen van een sanctie van een motiveringsplicht vergezeld gaat, zie HR 9 juni 2006, *NJ* 2006/327 (Janssen/Hobbelen).
2 Ik verwijs graag naar de handboeken, en met name naar ASSER PROCESRECHT/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012.
3 Zie HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242 (Enka/Dupont) en de daaropvolgende jurisprudentie, waarover o.a. ASSER/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012/24; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 370 e.v.
4 Zie HR 15 april 2011, *NJ* 2011/177 (DHL St. Maarten/X.).
5 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 376 (met verwijzingen naar vaste rechtspraak); SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 154-155; ASSER PROCESRECHT/BAKELS, HAMMERSTEIN & WESSELING-VAN GENT 4 2012/24; H.S.M. KRUIJER, 'Hoe fundamenteel is de rechterlijke motiveringsplicht?', *Executief* 2008-12, p. 188-189.

zijn. Er liggen echter ook diverse andere gedachten aan de motiveringseis ten grondslag, zoals wij al gezien hebben in nr. 444-445.⁶

[472] *Deze rechtspraak overtuigt niet.* Met Lindijer en Vranken¹ meen ik dan ook dat deze rechtspraak van de Hoge Raad in strijd met art. 6 EVRM is, niet aansluit bij de rechtspraak van de Raad zelf² en dogmatisch niet te rechtvaardigen is. Er is hier dus sprake van een gebrek aan sanctionering. Alle door art. 6 EVRM beschermde beginselen van procesrecht verdienen wat mij betreft eenzelfde 'behandeling' als het om dit soort zaken gaat, en dat geldt zeker als meerdere beginselen uit een en dezelfde bron ('fair trial') voortvloeien. Een (impliciete) rangorde aanbrengen (hoor en wederhoor wel, motivering niet) past niet en dat past zeker de Hoge Raad niet (het EHRM is hier leidend).³

Dat doorbreking van een appelverbod via een beroep op het motiveringsbeginsel tot een toevloed aan extra zaken kan of zal leiden, is vooralsnog een onbewezen empirische stelling en als zodanig dus niet erg sterk. Dat doorprocederen over een onvoldoende motivering wellicht al snel verzanden kan in een nieuwe inhoudelijke beoordeling van de zaak, moge waar zijn, maar dat mag geen belemmering vormen aangezien het juist de hogerberoep- en cassatierechter moet zijn toevertrouwd de hierbij noodzakelijke scheiding van vragen aan te brengen.⁴ Als dat gebeurt, wordt waarschijnlijk meteen ook het eerste gevaar bezworen doordat de 'lust' tot doorprocederen dan bij voorbaat voldoende getemd zal blijken.

Die procedeerlust kan overigens ook getemperd worden door via art. 80a RO ('selectie na de poort' door de Hoge Raad) dit soort zaken uit te sluiten van verdere behandeling. Daarmee wordt ook duidelijk dat het niet nodig is om een onderscheid in soorten motiveringsgebreken aan te brengen (evidente schendingen versus minder evidente) om de materie beheersbaar te houden, hetgeen het

[471] 6 Vgl. L.E.H. RUTTEN, 'De cassatiegronden van art. 99 RO en de motiveringsplicht', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 241.

[472] 1 LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 377, verwijzend naar o.a. J.B.M. VRANKEN, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 237.

2 Ik wijs bijv. op HR 16 oktober 1998, NJ 1999/7 (Finkenburgh/Van Mansum), zie nr. 458.

3 SNIJDERS e.a. 2011, nr. 40 op p. 47, menen echter dat de motiveringsplicht van minder gewicht is dan de eis van hoor en wederhoor. Onder die voorwaarde zou de bestaande rechtspraak uiteraard in stand kunnen blijven.

4 Zie over voorgaande tegenwerpingen en oplossing LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 377-378. J.B.M. VRANKEN, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 237, noemt het argument van een toevloed aan zaken doch vindt dit niet sterk genoeg.

belang van het motiveringsbeginsel beter tot uitdrukking doet komen en de helderheid van het recht bevorderen zal.⁵

[473] *Art. 79 RO.* Aansluitend bij de gedachte van het instellen van een rechtsmiddel, geldt specifiek nog dat een onvoldoende of geheel ontbrekende motivering een grond voor cassatie in de zin van art. 79 RO is. Althans, de waardering van het bewijsmateriaal en waarderingen van feitelijke aard – daar gaat het vooral over bij de motivering – kunnen in cassatie niet op juistheid worden getoetst, maar wel op begrijpelijkheid.¹ Ik kom hier op terug in nr. 479.

[474] *Aansprakelijkheid als sanctie.* Een tweede mogelijkheid om tegen een ontoereikende motivering te ageren, is wellicht het invoeren van de aansprakelijkheid van de Staat der Nederlanden wegens onrechtmatige rechtspraak, waarover uitvoerig nr. 117 e.v. Op grond van de (in elk geval tot eind 2009) geldende rechtspraak van de Hoge Raad leidt de schending van de motiveringsplicht echter niet tot toepassing van deze (zeer terughoudend ingestoken) rechtspraak, omdat een schending van het motiveringsbeginsel niet gezien wordt als een schending van een zo fundamenteel beginsel dat er van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak geen sprake meer kan zijn.¹

Met Smits meen ik dat dit een onjuiste opvatting betreft. Ook de schending van de motiveringsplicht zoals neergelegd in art. 6 EVRM zou moeten kunnen leiden tot aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak. In elk geval – als een ‘second best’ variant – zou dat moeten gelden voor wat Smits dan als ‘overduidelijke schendingen’ bestempelt, zoals het geheel niet motiveren van een essentieel onderdeel of daarmee vergelijkbare gevallen.² Die insteek sluit aan bij de nieuwere lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad waarin sinds 2009 wat meer ruimte voor aansprakelijkheid lijkt te bestaan, zie nr. 129.³

De ‘schoonheid’ van deze ‘second best’ variant schuilt mede hierin dat deze goed aansluit bij de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU inzake onrechtmatige rechtspraak waar het gaat om de toepassing van Europees recht,

[472] 5 Het maken van onderscheid in soorten motivering, zou ons terugvoeren naar de tijd dat een motiveringsgebrek nog gezien werd als het ‘geheel ontbreken’ van een motivering, een opvatting die (gelukkig) bestreden en overwonnen is. Zie nader L.E.H. RUTTEN, ‘De cassatiegronden van art. 99 RO en de motiveringsplicht’, in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 238-239.

[473] 1 Zie o.a. LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 343.

[474] 1 Vgl. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 155; LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 377.

2 SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 155, die daarbij aansluiting zoekt bij de mogelijkheden om arbitrale vonnissen te vernietigen, zie art. 1065 lid 1 onder d Rv en o.a. HR 22 december 2006, *NJ* 2008/4, m.nt. H.J. Snijders (Vernietiging arbitraal vonnis), met verdere verwijzingen. Smits noemt in dat verband nog de enkele verwijzing naar processtukken van een partij of de mondelinge behandeling van de zaak.

3 En HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/NAI).

en dan uiteraard vooral de zaak *Köbler*⁴, waarin het Hof als voorwaarde stelde dat er sprake moet zijn van een 'gekwalificeerde' schending van Europees recht. Zie nader nr. 122. Het nadeel van deze variant is echter dat een (nieuw) onderscheid gehanteerd zal moeten worden tussen verschillende soorten schendingen waar het om één en hetzelfde beginsel gaat. Daarvan ben ik geen voorstander, omdat ons recht daarmee ingewikkelder en onduidelijker wordt en omdat dit wat mij betreft wezensvreemd is aan de manier waarop beginselen van procesrecht benaderd zouden moeten worden. Een beginsel van procesrecht is geschonden of niet; het is nooit 'een beetje' geschonden, daarvoor is het als beginsel te belangrijk.⁵

[475] *Causaliteit?* Voor zover de mogelijke aansprakelijkheid van de Staat geaccepteerd zou worden bij schending van de motiveringsplicht – ofwel onder de 'oude lijn' in de rechtspraak van de Hoge Raad dan wel onder de nieuwe lijn, zie nr. 474 – rijst nog de vraag of een dergelijke schending ook tot een daadwerkelijke schadevergoeding kan leiden. Het is immers, ook hier, zie hiervoor nr. 452, nog de vraag welke schade er eigenlijk geleden is door de gebrekkige motivering. Anders gezegd: is ook aan het causaliteitsvereiste voldaan? Niet evident is immers dat de uitkomst van de zaak een andere zou zijn geweest (zodat de klagende partij een voor hem betere uitspraak zou hebben verkregen) als de motivering wel van voldoende niveau zou zijn geweest.

Het ligt wellicht zelfs voor de hand ervan uit te gaan dat een uitvoeriger of betere motivering niet direct een andere uitkomst dicteert, zodat causaal verband ontbreekt. Aan de andere kant dient de motiveringseis nu juist mede om de rechter de gelegenheid te geven de door hem bereikte juridische uitkomst te toetsen; als de motivering voor die uitkomst niet 'rond te krijgen' is, klopt de uitkomst vaak niet, zie nr. 444.¹ Daaruit zou dan wellicht afgeleid kunnen worden dat een wél naar behoren uitgevoerde motivering juist wél tot in elk geval een heroverweging zou hebben geleid. Maar dan nog geldt dat die heroverweging niet altijd tot een ander resultaat zou hebben geleid. Niet duidelijk is dus of het causale verband aanvaard kan worden of niet.²

[476] *Structureel bewijsprobleem.* Er ligt hier een structureel bewijsprobleem voor de eisende partij die conform de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast draagt. De rechter in kwestie zal immers niet zonder meer genegen zijn om onder

[474] 4 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004/160, m.nt. M.R. Mok (*Köbler*).
5 Is dat anders, dan ontbeert de regel allicht de status van beginsel, maar dat is dan een andere kwestie.

[475] 1 Vgl. C. DEELEN, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *NJB* 2015/296, p. 359.
2 Die kwestie is wellicht nog lastiger als de Hoge Raad gecasseerd heeft omdat er sprake is van ofwel een schending van het recht ofwel, als wel de juiste juridische norm zou zijn benut, een ontoereikende motivering van het oordeel. Wat heeft dan immers te gelden als de oorzaak?

ede te verklaren dat een betere motivering van zijn kant tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Maar een tegenovergestelde uitspraak van een betrokken rechter als getuige gaat op voorhand ook niet direct met veel overtuigingskracht gepaard. Omdat de normale bewijslastverdeling in deze gevallen tot de 'standaarduitkomst' zal leiden dat de causaliteit ontbreekt – zodat de Staat structureel niet aansprakelijk gehouden kan worden – ben ik genegen om in deze een tegemoetkoming voor de eiser te aanvaarden. Accepteren wij geen tegemoetkoming, in welke vorm dan ook, dan accepteren wij immers ook dat de aansprakelijkheid van de Staat – hoewel er onzorgvuldig, want in strijd met de motiveringseis, is gehandeld – niet verwerkelijk kan worden zodat de onderliggende materiële norm ('Gij, rechter, zult uw uitspraken voldoende motiveren') uiteindelijk een lege huls zou kunnen blijken.¹

Gegeven de manier van omgaan met vergelijkbare structurele causaliteitsproblemen op andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht (bijvoorbeeld: geen 'omkeringsregel' bij 'informed consent'; slechts in uitzonderlijke gevallen proportionele aansprakelijkheid²), heb ik overigens niet de verwachting dat de Hoge Raad hierin mee zal gaan, hoewel de (in Europa florerende) gedachte van een 'effectieve rechtsbescherming' – in wezen dezelfde notie – de Hoge Raad wel eerder verleid heeft tot een bewijsrechtelijke tegemoetkoming ten gunste van een eiser in bewijsnood (via een vermoeden van causaal verband).³

[477] *Risicotoedeling*. Voor het alsnog toegeven aan deze verleiding, pleit echter wel nog het navolgende. Gegeven het feit dat het hier gaat om een vorm van overheidsaansprakelijkheid waarbij de onzorgvuldigheid van het overheidsorgaan in de omgang met een van de basisbeginselen van onze civiele rechtsorde al is vastgesteld, meen ik dat het de overheid eigenlijk niet langer 'vrijstaat' om dit causaliteitsverweer te voeren (dat recht is dan 'verwerkt'). Als de overheidsrechter de motiveringsplicht uit art. 6 EVRM, art. 121 Gw, én diverse wettelijke bepalingen schendt, hoort daar een reactie op te volgen die de getroffen burger op

[476] 1 Het volgende sluit aan bij de gedachten zoals verwoord in o.a. GIESEN 2001, m.n. p. 447 e.v.

2 Zie HR 23 november 2001, *NJ* 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (Ingenhut); HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje), en voor een breder ingestoken overzicht van deze materie: I. GIESEN & K.L. MAES, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, p. 219 e.v.

3 Zie in dit verband vooral HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (World Online), waarover I. GIESEN, 'Effectieve rechtsbescherming en causaliteit', *AV&S* 2010, p. 127-128 en I. GIESEN & K.L. MAES, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, p. 219 e.v. Ik realiseer mij terdege dat de voornoemde gevallen uit de rechtspraak allemaal net iets anders liggen. Hier gaat het om een andere beslissing die de aansprakelijke rechter eventueel genomen zou hebben, zo de onrechtmatigheid zou hebben ontbroken, terwijl het in de hiervoor genoemde arresten steeds ging om de vraag wat de eiser gedaan zou hebben als bepaalde informatie wel beschikbaar was geweest.

enigerlei wijze tegemoetkomt, ook als de burger daarvoor niet helemaal doorprocedeert tot aan het EHRM. Ik zou dus willen pleiten voor een vorm van 'risicotoedeling' waar het de causaliteitsvraag betreft.

Het feit dat de daarmee eventueel 'geparkeerde' causaliteitskwesitie vervolgens toch nog nader doorwerkt, in die zin dat de schade van de burger in een dergelijk geval evenzeer lastig vast te stellen zal zijn, kan mijns inziens overwonnen worden door een (standaard)bedrag bij wege van immateriële schadevergoeding toe te kennen, zoals het EHRM dat ook kan doen via art. 41 EVRM, vanwege de persoonsaantasting die gelegen is in de onheuse bejegening door de overheidsrechter. Dat kan geschieden onder de noemer 'integriteitsschade', waarover nr. 144 e.v.

10.3.9 Tussenconclusie

[478] *Gewichtig, maar sanctieloos.* De conclusie ten aanzien van de motiveringsplicht naar Nederlands recht is dat deze plicht het nodige gewicht heeft. In een enkel geval is motiveren niet nodig maar meestal is dat wel het geval. Als er inderdaad gemotiveerd moet worden, kunnen de eisen aan die motivering wel nog verschillen (lager of hoger zijn), maar dan zal altijd aan de grondnorm voldaan moeten zijn, namelijk dat een uitspraak ten minste zodanig dient te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voor zowel partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Wat afbreuk doet aan dit – terecht – aan de motiveringsplicht toegekende gewicht is dat de sanctieering daarvan nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Hiervoor is getracht om daartoe enige nieuwe wegen te laten zien.

10.4 Motiveringseisen en de cassatieprocedure¹

[479] *Grond voor cassatie.* Het belang dat in Nederland wordt gehecht aan de motiveringsplicht en aan een deugdelijke motivering laat zich wellicht nog het beste tonen door te wijzen op de cassatieprocedure bij de Hoge Raad. Een gebrek aan motivering door de lagere rechter is immers een verzuim dat in cassatie grond kan zijn voor vernietiging van de uitspraak van de lagere rechter (art. 79

[479] 1 Het betreft hier een immens breed thema dat ik slechts beknopt zal kunnen bespreken. De (grote) rol en de overtuigingskracht van de motivering van de rechter in gevallen van rechtsvinding en -vorming ('rechtspreken is kiezen' en die keuze moet dan zo goed mogelijk verantwoord worden) bespreek ik hier niet specifiek, dat is iets voor de rechtsvindingsliteratuur zoals genoemd in nr. 44 e.v. Zie verder ook nog de diverse (hiervoor ook al genoemde) bijdragen aan J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993; J.M. BARENDRECHT, *De Hoge Raad op de hei*, 1998, alsmede meer recent D. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichts-oefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 113 e.v.

lid 1 RO). De Hoge Raad kan uitspraken van lagere rechters alleen vernietigen en terugverwijzen (of eventueel zelf afdoen) als er een cassatiegrond gegeven is. Eén van de mogelijke cassatiegronden, naast 'schending van het recht', is het 'verzuim van vormen', en het belangrijkste vormverzuim is het niet of onvoldoende motiveren in strijd met onder andere art. 121 Gw en art. 30 Rv.

Een niet of onvoldoende gemotiveerde uitspraak geeft de Hoge Raad dus de gelegenheid en noodzaak om in te grijpen. Om iets preciezer te zijn: de waardering van het bewijsmateriaal en waarderings van feitelijke aard – daar gaat het vooral over bij de motivering – kunnen in cassatie weliswaar niet op juistheid worden getoetst, maar wel op begrijpelijkheid.¹ Dit toont nogmaals het belang van de motiveringsplicht. Een uitspraak kan inhoudelijk dan wel juist zijn, maar als deze slecht is onderbouwd, sneuvelt deze alsnog.

Dat belang van de motiveringsplicht, mede in het licht van het instituut van cassatie, blijkt ook nog uit de omgang met die beslissingen waartegen slechts in beperkte mate cassatieberoep mogelijk is. Het gaat dan om vonnissen van de kantonrechter waartegen geen hoger beroep openstond (omdat de waarde van de zaak onder de € 1.750,- ligt); cassatie omdat het recht geschonden zou zijn, is dan niet mogelijk, maar vernietiging van de uitspraak behoort wel tot de mogelijkheden als er sprake was van een vormverzuim, waartoe het niet naleven van de motiveringsplicht behoort. Over zo'n vormverzuim kan dus ook in cassatie worden geklaagd als dat verzuim zich manifesteert in een niet-appellabel vonnis van de kantonrechter (art. 80 lid 1 onder a RO).

[480] *De Hoge Raad moet zelf ook motiveren.* Bij zijn cassatiecontrole op de lagere rechter is ook de Hoge Raad zelf gebonden aan de motiveringsplicht.¹ Hij moet voldoende inzicht geven in de aan de uitspraak ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voor zowel partijen als voor derden controleerbaar

[479] 1 Zie o.a. LINDIJER, *De goede procesorde* (BPP nr. IV) 2006, p. 343, doch vooral ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/178 e.v.

[480] 1 Zo reeds L.E.H. RUTTEN, 'De cassatiegronden van art. 99 RO en de motiveringsplicht', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 243, en uitvoerig (in het licht van wat nu art. 81 RO is) J.E.H.M. PINCKAERS, *Artikel 101a RO* (diss. UM), 1997, p. 37 e.v., doch ook recenter D. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 127. Zie verder nog S.K. MARTENS, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 136, met een verdere invulling van die plicht van de Hoge Raad. Vgl. ook J.B.M. VRANKEN, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 242, die qua motivering meer eist van de Hoge Raad dan van de lagere rechter omdat de Raad leiding moet geven aan de rechtsontwikkeling.

en aanvaardbaar te maken.² Immers, alleen via die motivering kunnen de justitiabele en de jurist immers bepalen hoe (ruim of beperkt) een arrest van de Hoge Raad moet worden uitgelegd, welke algemene, nieuwe regel daarin eventueel schuilt, hoe die regel dan wellicht afwijkt van wat er tot dan toe als geldend recht gold, en wat er daarmee veranderd is.³

De Hoge Raad hanteert hierbij een aantal motiveringsmodellen (afhankelijk van de mate van uitvoerigheid van de cassatiemiddelen), heeft de gekozen vorm van motiveren aangepast aan de eisen van deze tijd, is ook steeds breder gaan motiveren, met aandacht voor de maatschappelijke betekenis van zijn rechtspraak, schroomt niet om ten overvloede nog pijnpunten op te helderen, en gaat tegenwoordig expliciet om als hij om gaat.⁴

[481] *Art. 81 RO, art. 80a RO en art. 6 EVRM.* In bepaalde gevallen is echter helemaal geen nadere motivering van de uitspraak in cassatie nodig. Die situatie is geregeld in art. 81 RO, waarmee verzekerd is dat de uitzondering op de plicht te motiveren uit de wet voortvloeit.¹ Als de cassatiemiddelen niet tot cassatie kunnen leiden en de klacht ook niet van belang is voor de rechtsontwikkeling of de rechts-eenheid, dan is een motivering niet nodig, aldus de kern van dit artikel. Of daarvan sprake is of niet, is aan de Hoge Raad zelf. Via art. 81 RO wordt meteen de link gelegd naar de taak van de Raad als het om de rechtsontwikkeling en rechtseenheid gaat, omdat juist die beide aspecten erg afhankelijk zijn van een gedegen motivering; niet motiveren van een cassatie-uitspraak kan dus eigenlijk alleen als dat vanuit het oogpunt van eenheid en ontwikkeling voldoende verantwoord is.

Een vraag die in dit verband nog kan opkomen, is of de regels van art. 81 RO (de ongemotiveerde verwerping van een cassatieklacht) en art. 80a RO (het niet verlenen van toegang tot de cassatieprocedure), niet als zodanig in strijd komen

[480] 2 In dat verband is uiteraard de mogelijkheid van dissenting opinions een interessant en terugkerend thema. De dissenting opinion betreft immers ook de motivering door de rechter, en wel in verband met de mogelijke onderlinge inconsistentie waartoe dergelijke opinions kunnen leiden. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 154, bespreekt dit echter, net als ikzelf, bij het beginsel van openbaarheid van rechtspraak, en is tegen. Zo ook nog Martens, want motivering vereist geen volstrekte openhartigheid, aldus S.K. MARTENS, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 144. Dat laatste lijkt echter het wezen van motiveren te miskennen want als deze niet openhartig is, is het alsnog onmogelijk om aan de notie van 'public scrutiny' tegemoet te komen. Ik ben zelf dan ook gematigd voorstander, zie nr. 377.

3 Deze plicht kan eventueel afgedwongen worden via het EHRM.

4 Zie nader en veel uitvoeriger overal deze punten ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/305 e.v., en D. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014.

[481] 1 Zie nader ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/292. L.E.H. RUTTEN, 'De cassatiegronden van art. 99 RO en de motiveringsplicht', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtspleging*, 1974, p. 243, had bijv. nog ernstige bezwaren tegen deze uitzondering.

met het motiveringsbeginsel. Naar alle waarschijnlijk is dat niet het geval, want dit Nederlandse systeem lijkt sterk op systemen waarbij er een verlostelsel in cassatie geldt. Uit rechtspraak daarover lijkt, op Europees niveau, te volgen dat een systeem van ongemotiveerd afdoen van zaken, in cassatie,² prima door de beugel kan, en dus niet in strijd met art. 6 EVRM zal zijn.³ Daarbij is uiteraard van belang dat er naar de huidige stand van zaken (nationaal of Europees) geen recht op cassatie bestaat, doch er slechts een recht bestaat op toegang tot één rechterlijke instantie, zie nr. 179, zodat als er een mogelijkheid van cassatie bestaat, er niet geklaagd kan worden als deze vervolprocedure in een specifiek geval niet doorlopen kan worden of deze wellicht tot een ongemotiveerde afwijzing kan leiden.⁴ De justitiabele is dan immers voordien al in voldoende mate bediend.

10.5 Psychologische inzichten inzake rechterlijke besluitvorming en motivering

[482] *Psychologie en beslissingen.* Hiervoor is de juridische dogmatiek inzake de motiveringsplicht van de rechter, evenals de mogelijke sanctionering van een niet-inachtneming daarvan, onder de loep genomen. De (totstandkoming van de) rechterlijke beslissing, en daarmee ook de motivering van die (rechterlijke) beslissing, kent echter ook een psychologische kant, welke evenzeer van belang is in de juridische context. Dat heeft hiermee te maken dat een rechterlijke uitspraak uiteindelijk niet meer of minder is dan het op papier gezette resultaat van een menselijke beslissing – eventueel van een groep van personen in raadkamer¹ – na een denkproces over de kwestie waarover een besluit wordt gevergd.

[481] 2 De verkorte afdoening in hoger beroep ligt lastiger, zo lijkt het, zie EHRM 2 oktober 2014, nr. 15319/09 (Hansen t. Noorwegen), § 82-83.

3 Zie BRENNINKMEIJER 1994, p. 28; ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015/293. Zo ook J.E.H.M. PINCKAERS, *Artikel 101a RO* (diss. UM), 1997, p. 56 en 226 en SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 152, t.a.v. art. 81 RO. Smits laat dat oordeel wel afhangen van de vraag of er (straks nog steeds) een onverkorte conclusie van de PG beschikbaar is (omdat daarin veel van de motivering die gegeven had kunnen worden, te vinden zal zijn), zodat zeer goed denkbaar is dat Smits anders denkt over de verenigbaarheid van het nieuwe art. 80a RO met art. 6 EVRM. Om de hierna aan te voeren reden, deel ik zijn vrees niet. Volgens S.K. MARTENS, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd*, 1993, p. 138, is er voldoende rechtvaardiging voor art. 81 RO.

4 Als cassatie mogelijk is, dient die procedure als zodanig wel aan de maatstaven van art. 6 EVRM te voldoen.

[482] 1 Zie bijv. F.S. TEN VELDEN & T.R.W. DE WILDE, 'Rechterlijke groepsbesluitvorming', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, p. 1087 e.v., met verwijzingen.

Het betreft derhalve niet meer of minder dan de resultante van een menselijk besluitvormingsproces en vervolgens de verwoording daarvan.²

Dat betekent dat de psychologische kanten van het reguliere, menselijke denken en besluitvormingsproces ook bij rechterlijke uitspraken een rol zullen spelen, en daarmee is meteen ook relevant geworden dat de rechter³ in zijn rol als geschiloplosser blootstaat aan diverse psychologische fenomenen, vaak valkuilen, welke – gelukkig – deels te ondervangen zijn door de beslissing nauwgezet te motiveren. Immers, als mensen besluiten moeten nemen, treden steeds opnieuw allerlei psychologische processen in werking; dat zijn processen die de besluitvorming (in positieve zin) mogelijk maken, maar ook processen die daaraan negatief kunnen bijdragen, die tot vertekeningen leiden, tot vreemde intuïties en dus tot rationeel lastig te verklaren uitkomsten. Dit noemt men in de psychologie wel ‘heuristics’ of ‘biases’.⁴ Omdat rechters nu eenmaal ook mensen zijn die, meer dan wie ook, beslissingen moeten nemen, en omdat mensen die beslissen, nu eenmaal last hebben van de genoemde vertekeningen – of minder nauwkeurig: ‘fouten’ maken – is onvermijdelijk dat ook rechters dit soort ‘fouten’ maken. Ook rechters staan onder invloed van intuïties, vuistregels en vertekeningen, cognitieve illusies die onze redeneringen verstoren.⁵ En dus is ook voor de rechtspleging relevant hoe die illusies eventueel te voorkomen of repareren zijn, zodat de justitiabele niet onnodig daaronder te lijden heeft; meer daarover in nr. 494.

[483] *Leren van psychologie.* Als dit nu een reëel gegeven blijkt, is het verstandig om te proberen iets te leren van wat wij weten vanuit de psychologie. Laten wij daarom op hoofdlijnen bezien wat er zoal beschikbaar is aan lesmateriaal als het gaat om de vraag hoe mensen en rechters beslissingen nemen.¹ In de

[482] 2 Het gaat hier dus over het proces van rechterlijke oordeelsvorming. Daarover is veel geschreven vanuit vele invalshoeken, zie bijv. M. IJZERMANS, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*, 2011. Ik beperk me hier tot de hierna besproken psychologische kant, waarbij ik nog wijs op C. DEELEN, ‘De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel’, *NJB* 2015/296.

3 Het is mij hier te doen om de positie van de rechter. De positie van de justitiabele als ‘ontvanger’ van de rechterlijke uitspraak en als consument van de gerechtelijke procedure daaraan voorafgaand, komt hier niet aan bod. Ik verwijs daartoe naar mijn behandeling van ‘procedural justice’ in nr. 68, en naar D. DE GROOT, ‘Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening’, in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, 2014, p. 154-157.

4 Nader daarover L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN & R. RIJNHOUT, ‘Bewijswaardering en psychologische inzichten’, in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, p. 1018-1019.

5 Dit is overigens op geen enkele wijze een verwijt aan de rechterlijke macht, het betekent slechts dat de rechter menselijk is.

[483] 1 Uiteraard geldt hierbij dat ik zelf geen psycholoog ben en dus enkel kan voortbouwen op wat psychologen en andere juristen die zich hiermee bezig hebben gehouden, voortbrengen. Vgl. in dit verband mijn verantwoording in GIESEN 2005, p. 19. Wat hierna besproken wordt, is echter ‘standaardwerk’ in de psychologie en wordt daar breed erkend.

hiernavolgende nummers wordt een aantal psychologische fenomenen besproken; elk van die fenomenen heeft te maken met de 'vuistregels' die elk mens elke dag helpen én dwars zitten bij het handelen, bij het denken en bij het nemen van beslissingen. Het betreft fenomenen die maken dat wij, gelukkig, niet over alles elke keer diepgaand hoeven na te denken en niet alles hoeven te analyseren, maar die ook ervoor zorgen dat wij niet steeds rationeel te werk gaan en dat wij uitkomsten bereiken die de pure *homo economicus* – als die al zou bestaan, *quod non* – niet zou bereiken. Men zegt ook wel dat de hierna opgesomde vuistregels maken dat wij onze 'automatische piloot' in plaats van ons 'reflectief systeem' benutten; wij gebruiken onze intuïtie in plaats van dat wij 'echt', diepgaand over de dingen nadenken.²

[484] *'Hindsight bias'*. De 'hindsight bias' ('I knew it all along...') is inmiddels een redelijk bekend fenomeen dat hierop neerkomt dat gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld, achteraf als relatief onvermijdelijk en voor de hand liggend beschouwd worden, zonder dat men zich realiseert dat de later verworven kennis van invloed is op dat oordeel. Voor het recht is dit bijvoorbeeld van wezenlijk belang als een rechter, terugkijkend, moet beoordelen of iemands gedrag in het verleden onzorgvuldig was. Omdat de rechter achteraf weet welke schade dat gedrag kan opleveren en heeft opgeleverd, wordt al bijna verondersteld dat het gedrag toentertijd onrechtmatig was.

De vraag die daarmee rijst, is dan: hoe kan een rechter in het heden fatsoenlijk beslissen over wat er zich in het verleden heeft afgespeeld? Hoe kan je terug in de tijd denken? Wat kan helpen daarbij, is dat de rechter zich bewust is van wat hij doet (en verplicht wordt zich daarvan bewust te zijn); dat kan bereikt worden door van hem te vragen om te motiveren hoe en waarom hij tot de uiteindelijke uitkomst is geraakt. *Motiveren* is dus een op zichzelf erkende, goede methode van 'debiasing', zoals dat dan heet,¹ want het kan tot een *open mind* leiden, vgl. nr 262 en nr. 494. Uiteraard laat dit nogmaals – inmiddels ten overvloede – het belang

[483] 2 Het voorgaande en met name ook de navolgende nummers, zijn opgebouwd vanuit de zeer leeswaardige en aan te raden boeken van R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 24-41, met verdere verwijzingen, en waarover eerder I. GIESEN, 'Handhaven met een toefje psychologie', *WPNR* 6817 (2009), p. 845-847; S. PLOUS, *The psychology of judgment and decision making*, 1993; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.) en D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011. Ook bouw ik voort op GIESEN 2005; E. RASSIN, 'De juiste keuze', in: Van Boom e.a. (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, 2008, p. 65 e.v.; W. FARNSWORTH, *The legal analyst*, 2007; R.F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions*, 2004, en L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN & R. RIJNHOUT, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, p. 1017 e.v. Meer 'populair-wetenschappelijk' zijn S. WEUSTEN, *Hoe wij onszelf voor de gek houden*, 2013, en R. DOBELLI, *De kunst van het heldere denken*, 2012. Via al die bronnen zijn veel verdere verwijzingen te vinden. Sommige van de (oorspronkelijk Amerikaanse) voorbeelden uit genoemde bronnen zijn in de tekst hierna 'vernederlandst'.

[484] 1 Zie in het algemeen B. FISCHHOFF, 'Debiasing', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, 1982, p. 422 e.v.

van de motiveringsplicht zien. Het betekent echter ook dat de stand van zaken in Nederland, bijvoorbeeld als het gaat om de uiteindelijk vrij beperkte motiveringsplicht ten aanzien van de bewijswaardering, zie nr. 459, op zijn minst ongelukkig is.

Speelt deze 'bias' in de dagelijkse praktijk van het recht een rol? Zeker. De rechtbank Amsterdam die in 2008 oordeelde over de claim van een ex-roker tegen de tabaksindustrie en deze afwees,² leek zich bewust van de vraag of er niet enige 'hindsight bias' was opgetreden. De rechtbank trachtte dat (gelukkig!) te ondervangen door te benoemen dat destijds de situatie rondom roken wellicht anders bezien werd dan nu, door in elk geval te proberen dit nader te motiveren. Omdat vervolgens echter zonder veel blikken of blozen vastgesteld werd dat het gevaar van roken in Nederland vanaf 1963 algemeen bekend was, vrees ik dat er alsnog een zekere 'bias' in de lucht hing. Een sterkere motiveringsplicht had dit wellicht kunnen ondervangen.

[485] 'Anchoring'. 'Anchoring' is kort gezegd het proces waarbij degene die ergens over moet beslissen een bepaalde schatting maakt vanuit een zeker vertrekpunt en daarbij een aanpassing ten opzichte van dat vertrekpunt doorvoert in die richting die hij denkt te moeten gaan, maar waarbij dan een te geringe aanpassing doorgevoerd wordt. Het gevolg is dat, afhankelijk van het gekozen vertrekpunt, elke beslisser op een ander getal uitkomt. Iemand uit Amsterdam zal vanuit die achtergrond de totale populatie van de provincie Drenthe hoger schatten dan iemand uit Meerssen. Relevant is dit in zoverre dat door een startpunt te noemen, meteen invloed uitgeoefend wordt op de einduitkomst. Anders gezegd: vragen om een donatie van bijvoorbeeld € 25, € 50 of € 100 leidt tot hogere opbrengsten dan vragen om bijvoorbeeld € 5, € 10 of € 25. Hoe meer je vraagt, hoe meer je krijgt.

Juridisch is dit belangrijk want het zou zomaar kunnen zijn dat als een procespartij bijvoorbeeld een hoger bedrag aan schadevergoeding eist (bijvoorbeeld in de vorm van smartengeld, nu die schade lastig nauwkeurig te waarderen is), die partij ook meer krijgt omdat met de eis ook het vertrekpunt (het 'anker') voor de beslissing van de rechter is vastgesteld. Dit lijkt een voor Nederland twijfelachtig voorbeeld want de smartengeldbedragen zijn in Nederland niet erg hoog (ondanks dat er tegenwoordig steeds vaker om verhoging van de bedragen gevraagd wordt).¹ Echter, misschien is dat juist het geval omdat het rechterlijk 'anker' hier, gezien de via de Smartengeldgids bekende rechterlijke uitspraken, al tijden vrij 'laag' is afgesteld. De les is dus om zeer voorzichtig te zijn bij de keuze van een vertrekpunt en goed te bedenken waarbij dan aangehaakt wordt.

[484] 2 Rb. Amsterdam 17 december 2008, NJ 2009/311 (BAT).

[485] 1 Ik noem hier bij wege van voorbeeld slechts S.D. LINDENBERGH, *Smartengeld: tien jaar later*, 2010, m.n. p. 75 e.v.

[486] *'Primacy effect'*. Deze 'bias' heeft sterk te maken met de context waarin wij handelen. Die context kan onze perceptie danig verstoren. Zo beschrijft psycholoog Plous¹ vier versturende effecten die met de context te maken hebben, namelijk het 'contrast effect' (na het tillen van een zwaar gewicht wordt een volgend lichter gewicht als nog lichter ervaren), het 'primacy effect' (wat als eerste wordt waargenomen, bepaalt in grote mate onze indruk), het 'recency effect' (soms wordt het voornoemde 'primacy effect' doorbroken en heeft datgene wat wij het laatst waarnemen de meeste invloed), en het 'halo effect' (werkstukken worden kwalitatief hoger gewaardeerd als deze afkomstig zijn van iemand die fysiek aantrekkelijker is, net zoals van meer dan gemiddeld aantrekkelijke mensen gedacht wordt dat zij gelukkiger zijn).

Met name de onderlinge 'strijd' tussen het 'primacy effect' en het 'recency effect' is ook juridisch van belang, bijvoorbeeld in het licht van de vraag of het gunstiger is om bij een pleidooi in een civiele procedure te mogen beginnen, of juist niet. Bij een pleidooi waarbij eerst de eiser en dan de gedaagde zijn standpunt uiteenzet, en de rechter vervolgens enige tijd neemt om tot een beslissing te komen, lijkt een 'primacy effect' op te treden – hetgeen dus gunstig is voor de eisende partij – ten aanzien van de gewisselde argumenten.² Als de rechters echter direct na het pleidooi beslissen, is er geen versturend effect waarneembaar (omdat dan alle kanten van de zaak recent zijn belicht). De praktijk in Nederland bij meervoudige afdoening hangt hier een beetje tussenin, want er wordt over het algemeen wel meteen na pleidooi geraadkamerd en beslist, maar het vonnis of arrest wordt uiteindelijk pas na enige tijd werkelijk geconcipeerd en voor commentaar rondgestuurd. In die fase alsnog terugkomen op wat er in raadkamer is besloten, lijkt dan niet direct verstandig.

[487] *'Loss aversion'*.¹ Mensen vinden het vreselijk om een object dat ze eenmaal hebben, te verliezen; soms ervaart men dit wel tweemaal zo sterk als het in eerste instantie verkrijgen van hetzelfde object aan extra vreugde heeft gebracht. Een test: geef de helft van een zaal cursisten een koffiemok en de andere helft niet, en vraag vervolgens voor welk bedrag de bezitters van de mok deze zouden willen verkopen en vraag voor hoeveel de anderen de mok zouden willen kopen; dan zal blijken dat de vraagprijs van de verkopers tweemaal hoger ligt dan wat de kopers willen betalen. Terwijl de bezitters de mok net daarvoor gratis gekregen hebben. 'Loss aversion' leidt er dus ook toe dat er niet snel veel veranderen zal, zelfs als een verandering in ons eigen belang zou zijn (hier zien wij dus de *homo economicus* die altijd rationele keuzes maakt en daarnaar handelen zal, afhaken). Als echter verantwoord moet worden waarom er niets is veranderd, komt dat wellicht genuanceerder te liggen.

[486] 1 S. PLOUS, *The psychology of judgment and decision making*, 1993, p. 38 e.v.

2 In de juridische context zou het interessant zijn te bezien wat de mogelijke invloed is van het feit dat er al stukken gelezen zijn voor pleidooi.

[487] 1 Zie R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 36-37; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, p. 300-309.

[488] *'Status quo bias' of het 'endowment effect'*.¹ De net genoemde 'onbeweeglijkheid' wordt niet alleen veroorzaakt door 'loss aversion'; deze is slechts een deel van een meer algemene trend om genoeg te nemen met de bestaande situatie, de *status quo*. Zo veranderen mensen vrijwel nooit iets aan hun pensioenopbouw en pensioenplannen, en daarom willen alle politieke partijen en goede doelen dat je niet eenmalig een donatie stort, maar dat de gulle gever een automatische betaling afgeeft. Daarom ook 'krijgen' wij soms wel drie maanden gratis de *Donald Duck*, de *Voetbal International* of de *Linda*; als iemand eenmaal abonnee is, zal deze namelijk niet snel weer het abonnement opzeggen.² Zo wordt er zelfs, zo is gebleken, nauwelijks gewisseld tussen televisiezenders als een programma is afgelopen, terwijl zappen slechts een druk op de knop behelst. Men noemt dit daarom ook wel de 'Het zal wel'-bias (of: 'Yeah, whatever'). Deze 'bias' leidt er dus toe dat datgene wat eenmaal als de standaardoptie is ingesteld, de zogenaamde 'default'-optie (datgene wat geldt indien iemand geen afwijkende eigen keuze maakt), een hoog 'marktaandeel' zal hebben.

[489] *'Framing'*.¹ 'Framing' is de notie dat een persoon anders reageert op een boodschap afhankelijk van hoe die boodschap wordt gebracht. Als een doktor voor een operatie zegt dat van de honderd patiënten die de operatie ondergaan, er na vijf jaar nog negentig patiënten leven, is dat inhoudelijke precies dezelfde boodschap als de tekst dat na vijf jaar tien personen dood zijn. Toch wordt die laatste mededeling anders opgevat, met wellicht zelfs als gevolg dat de patiënt besluit de operatie niet te ondergaan. Een ander (Amerikaans) voorbeeld: een credit card-transactie kost de verkoper 1% van de afgerekende prijs, af te dragen aan de credit card-maatschappij. Uiteindelijk moet de consument die extra kosten opbrengen. Massaal kiezen middenstanders er dan voor om de credit card-prijs als dé prijs van het product of de dienst vast te stellen, om vervolgens bij contante betaling een 'korting' van 1% te geven. Menselijke keuzes kunnen dus ook afhangen van hoe de mogelijkheden worden geformuleerd.

[490] *'Confirmation bias'*.¹ Mensen geloven wat ze willen geloven (het bekende 'wishful thinking') en daarbij worden dan positieve indicaties (of bewijzen) juist

[488] 1 R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 37-39; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 297-299; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, p. 304-305.

2 Vandaar ook de discussie over en de wet inzake het niet langer automatisch mogen verlengen van abonnementen, zie de Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stiltwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Stb.* 2010, 789.

[489] 1 Zie D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, p. 363 e.v.; W. FARNSWORTH, *The legal analyst*, 2007, p. 224 e.v.; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 268-269; R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 39-40.

[490] 1 Zie uitvoerig nr. 253-255 hiervoor, met vele verwijzingen, en L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN & R. RIJNHOUT, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, m.n. p. 1029-1035 en 1058-1061.

wel en negatieve indicaties niet gezocht en zeker niet meegewogen. Dit heet de 'my-side bias' of de 'confirmation bias'; het betreft de tendens om alleen die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met onze reeds bestaande opvattingen. Deze 'bias', reeds uitvoerig besproken in nr. 253-255 zodat ik hier verder kort zal zijn, resulteert ook wel in 'overconfidence', zie hierna nr. 491, of zelfs 'belief overkill', met als gevolg dat men niet wil luisteren, niet tot een compromis en niet tot samenwerking wil komen. Hierbij hoort ook dat de beslisser neutrale informatie zo zal uitleggen dat deze de reeds gevormde eigen mening steunt.

Dat dit voor juristen een belangrijke mogelijke valkuil is, is bewezen in diverse grote strafrechtelijke miskleunen die onder de noemer 'tunnelvisie' bekend zijn geworden, zoals de Schiedammer parkmoord, de Puttense moordzaak en de strafzaken van Ina Post en Lucia de B.² De tendens om alleen die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen is juridisch gezien waarschijnlijk dan ook de meest gevaarlijke 'bias' die er is. Voor civiele zaken betekent het gegeven dat beslissende instanties niet meer gevoelig zijn voor nieuwe informatie en dus niet meer van mening zullen veranderen wellicht – wat mij betreft is dat overigens niet noodzakelijk het geval, omdat er alternatieve handelwijzen zijn, zie nr. 264-266 – dat een rechter die al een voorshands (bewijs)oordeel in een zaak heeft geveld, van die zaak af zou moeten worden gehaald.³ Dat doen wij in Nederland echter juist niet, hetgeen vanwege praktische redenen begrijpelijk is. Sterker, hier blijven zaken zo veel mogelijk bij dezelfde rechter als het om de bewijslevering gaat, zie art. 155 Rv, en moet een afwijken daarvan zelfs gemeld worden in het vonnis.

[491] 'Overconfidence'.¹ De notie van 'overconfidence' sluit, als gezegd, hierbij aan. Een grote meerderheid van de automobilisten vindt van zichzelf dat zij *bovengemiddeld* goede chauffeurs zijn, hetgeen feitelijk niet juist kan zijn, en ook vindt vrijwel iedereen dat hij/zij een meer dan gemiddeld goed gevoel voor humor heeft. In de Verenigde Staten vindt 94% van de hoogleraren dat zij beter zijn dan anderen. Mensen zijn dus permanent overoptimistisch: vrijwel niemand meent dat zijn huwelijk in een scheiding zal eindigen, toch gebeurt dat niet zelden. Door dit overoptimisme nemen mensen soms teveel risico's: 'ik word niet ontslagen, krijg geen hartaanval, kanker of AIDS, en dus hoef ik mij ook niet daarop voor te bereiden'. Dit heeft dan weer tot gevolg dat mensen niet willen

[490] 2 Over dit soort zaken o.a. P.J. VAN KOPPEN, *Overtuigend bewijs*; T. DERKSEN, *De ware toedracht*, 2010; P.J. VAN KOPPEN, *De Schiedammer Parkmoord. Een rechtspsychologisch perspectief*, 2003.

3 Vgl. de problematiek die speelde in de *Hauschildt*-zaak (EHRM 24 mei 1989, NJ 1990/627, m.nt. P. van Dijk), zie nr. 237: de rechter die diverse malen de voorlopige hechtenis had verlengd, zat ook op uiteindelijke strafzaak zelf, waarin de beoordelingsmaatstaf dezelfde was, dat was in strijd met art. 6 EVRM.

[491] 1 J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 371-372; R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 34-36; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, p. 261-265.

luisteren, en niet tot een compromis of tot samenwerking willen komen waar dat wel verstandig zou zijn (als *homo economicus*).

Als mensen inderdaad vrijwel steeds te positief zijn over de eigen kansen, en zij dus risico's nemen die zij anders niet zouden nemen, kan dat de vlotte afwikkeling van geschillen schaden. Als iemand immers zeker ervan is dat hij/zij het juridische geschil gaat winnen, dan zal die persoon minder snel genegen zijn om te schikken, tenzij aan diens eisen vrijwel geheel tegemoetgekomen zal worden. Als de wederpartij echter eender denkt, dan komen beide partijen zover uiteen te liggen qua standpunten en kansinschattingen dat er vrijwel nooit meer overeenstemming mogelijk is. Hierbij is trouwens ook nog van belang dat ook advocaten de eigen winstkansen te hoog schatten.

[492] *'Availability heuristic'*.¹ De 'availability heuristic' geeft aan dat de waarschijnlijkheid van bepaalde risico's door mensen wordt geschat door na te gaan hoe snel er voorbeelden van de verwezenlijking van dat specifieke risico in hun gedachten opkomen. Als iemand gemakkelijker een voorbeeld kan bedenken, dan is die persoon eerder bezorgd over (de kans op verwezenlijking van) dat risico. De combinatie van toegankelijkheid en aandachttrekkerij (bijvoorbeeld via persoonlijke ervaringen) kan maken dat bepaalde voorbeelden van risico's waarschijnlijker lijken dan ze in werkelijkheid zijn. Denk aan het aantal doden door tornado's (in de Verenigde Staten) in relatie tot het aantal doden door astma; in het 'hurricane season' wordt het eerste risico hoger geschat dan het in feite gevaarlijker tweede risico. Of mensen een verzekering tegen natuurrampen afsluiten, ligt er dus aan of er net een geweest is. Als Winstverdriedubbelaars en dergelijke het goed doen en dat bekend wordt, dan gaan meer mensen daar geld in steken, zelfs als dat niet meer verstandig is.

[493] *'Representativeness' of 'similarity heuristic'*.¹ 'Representativeness' of de 'similarity heuristic' betreft het idee dat wanneer iemand gevraagd wordt hoe waarschijnlijk het is dat iets of iemand (X) tot een bepaalde categorie (A) behoort, deze persoon die vraag zal beantwoorden naargelang in hoeverre X lijkt op of gelijk is aan hun eigen beeld of stereotype van de betreffende categorie A. Vaak klopt dit ook, maar soms ook niet. Soms ontdekken mensen daarom patronen die er niet zijn omdat het om kansen gaat, bijvoorbeeld als iemand drie, vier, vijf of zelfs zes maal achter elkaar munt gooit. Of serieuzer: men denkt ergens een kankercluster te zien (en dus ook een onrechtmatig handelende fabriek, producent, gsm-mast of anderszins) omdat het percentage gevallen van kanker rondom fabriek, mast of anderszins boven het (landelijk) gemiddelde ligt, terwijl die 'verhoging' gewoon een toevallige (aan statistiek inherente) fluctuatie is.

[492] 1 Zie R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 27-28; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, p. 129 e.v.; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 153-155.

[493] 1 Zie o.a. D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, p. 149 e.v.; J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 146-150; R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge*, 2009, p. 29-34.

[494] *'Nature knows best' en motivering als hulp.* Als dit alles bekend is uit de psychologie, rijst uiteraard de vraag waarom wij er dan (nog steeds) niet in slagen om al die intuïties eenvoudigweg opzij te schuiven. Een belangrijk probleem daarbij is echter dat er ook een intuïtie bestaat die ons nog sterker doet geloven in al die andere intuïties, namelijk deze 'bias' dat wat natuurlijk is, zoals de intuïtie van de mens, ook goed is; dat heet ook wel: *'naturalism'*, ofwel *'nature knows best'*. Intuïties opzijzetten is dus lastig. Een belangrijke, mogelijke oplossing die hiervoor in de psychologie wordt aangedragen, is om als beslisser van houding te veranderen, om te (trachten te) komen tot *'actively open minded thinking'*;¹ het gaat erom dat er ook in andere scenario's, in alternatieven wordt gedacht.² En daaraan kan het motiveren van de gemaakte keuzes en besluiten een bijdrage leveren.

Bij dit alles is de motiveringsplicht dus van gewicht; deze leidt tot tegengas. En dat is eens te meer het geval omdat uit psychologisch onderzoek ook lijkt te volgen dat indien iemand een besluit nader moet onderbouwen, het proces van besluitvorming zorgvuldiger verloopt. Iets anders geformuleerd: een gebrek aan noodzaak om een uitkomst te motiveren, zal niet tot meer nadenken en een langduriger afweging leiden, en juist dat (langer) nadenken is vanuit psychologisch oogpunt wenselijk. Beter nadenken kan bijvoorbeeld ook de zogenaamde *'fundamentele attributiefout'* – kortweg: wij zijn geneigd de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken (de *'aangesprokene'*) en de invloed van factoren buiten die persoon (bijvoorbeeld de verkeerssituatie) te onderschatten³ – reduceren, en de reeds vooraf bekende eis dat verantwoording zal moeten worden afgelegd (het uitleggen of verklaren van een gemaakte keuze), kan, zo is gebleken, deze *'fout'* voorkomen.⁴ Rechters weten, uiteraard, alvorens zij tot hun beslissing komen dat op enig moment een motivering nodig is, en dus zullen ze tevoren al goed nadenken. Wat in dit verband dan niet behulpzaam lijkt, is dat de Hoge Raad de lagere rechter soms een heel ruime beslissingsmarge heeft gegeven, gekoppeld aan zeer beperkte motiveringseisen, omdat het te nemen besluit een intuïtieve afweging zou betreffen (denk aan de eigen schuldrechtspraak, besproken in nr. 467).

- [494]
- 1 Zie met name ook J. BARON, *Thinking and Deciding*, 2008 (4th ed.), p. 199 e.v., en verder al nr. 262 en nr. 265 hiervoor.
 - 2 Over dat laatste aspect ook (voor het strafrecht) L. STEVENS, 'Bewijs waarden', *NJB* 2014/2056, p. 2842 e.v., en DE BOCK 2011, p. 216-217.
 - 3 Zie I. GIESEN, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, p. 485 e.v., voor details.
 - 4 Zie over dat laatste vooral PH.E. TETLOCK, 'Accountability: A Social Check on the Fundamental Attribution Error', *Social Psychology Quarterly* 1985-3, p. 227-236, m.n. p. 232 en 233. Als iemand genoopt wordt om verantwoording over een keuze af te leggen, vermindert dat de attributiefout. Dat is vooral het geval als tevoren bekend is dat zulks nodig is. Zie verder nog I. GIESEN, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, 2013, m.n. p. 502.

10.6 Conclusie

[495] *Van een ander statuur, ten onrechte.* Terugkijkend op het voorgaande, valt op dat de motiveringsplicht nog niet het statuur heeft van, bijvoorbeeld, de notie van 'hoor en wederhoor', en tevens dat zulks eigenlijk niet terecht is. De rechterlijke motivering is immers zeer wezenlijk, niet alleen om de procespartijen de gelegenheid te geven de rechter te controleren, maar ook om publieke controle te bewerkstelligen. Dat is onder andere van belang om te kunnen controleren of aan de andere basisnoties, zoals onpartijdigheid en hoor en wederhoor, is voldaan. Wat dat betreft lijkt de motiveringsplicht op het beginsel van toegang tot het recht. Die notie is als basisgedachte nodig in een rechtssysteem om de andere kwaliteitseisen die gehanteerd moeten worden, tot hun recht te kunnen laten komen. Alleen al daarom valt het te betreuren dat ook de handhaving van de motiveringsplicht door het vooralsnog ontbreken van een gedegen sanctie (buiten het kunnen instellen van een rechtsmiddel om), onder de maat lijkt te blijven. Hiervoor is daarom een enkele suggestie gedaan om tot een steviger sanctie te komen. Dat is geschied langs de weg van het steviger positioneren van de motiveringsplicht als zodanig, als een basisnotie die gelijkwaardig is (althans: zou moeten zijn) aan de andere eisen die uit art. 6 EVRM voortvloeien. Die gelijkwaardigheid is overigens mede nodig omdat het belang van voldoende motiveren niet alleen een juridisch, maar ook een psychologisch gegeven is.

HOOFDSTUK 11

Partijautonomie en de actieve rechter

11.1 Inleidende opmerkingen

[496] *Veel debat, maar over welk beginsel?* Het onderdeel van ons burgerlijk procesrecht dat het meest aanleiding lijkt te geven tot discussie en debat, althans in de doctrine, betreft de (mate van) lijdelijkheid van de rechter en daarmee de taakverdeling tussen rechter en partijen, alsmede de rol van de partijautonomie in het burgerlijk procesrecht.¹ Deze welhaast 'ideologische'² strijd tussen voor- en tegenstanders reflecteert weliswaar minder sterk in de rechtspraak van de Hoge Raad, die met name gericht lijkt te zijn op het zo goed mogelijk afdoen van zaken,³ maar is wel van belang waar het gaat om de plaats en positie van het in ons land in wisselende mate erkende beginsel van de lijdelijkheid van de rechter.⁴

- [496]
- 1 Zie LEWIN 2013, p. 7-8, die de stellingen van anderen als het gaat om de taakverdeling tussen partijen en rechter samenvat op p. 12, en ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, m.n. p. 38-40. Over de geschiedenis van de lijdelijke rechter J.M.J. CHORUS, *De lijdelijkheid van de rechter*, 1987; BOSCH-BOESJES 1991, p. 19 e.v.; C.H. VAN RHEE, 'The Development of Civil Procedural Law in Twentieth Century Europe: From Party Autonomy to Judicial Case Management and Efficiency', in: C.H. van Rhee (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, 2008, p. 11 e.v.; ZONDERLAND 1976, p. 135-143.
 - 2 De vraag naar de (mate van) lijdelijkheid van de civiele rechter heeft veel met ideologie van doen, aldus R. VERKERK, 'Burgerlijk procesrecht en ideologie', *R&R* 2011, p. 6 e.v., in die zin dat een keuze voor of tegen een lijdelijke rechter volgens hem past bij ofwel een reactieve ofwel een activistische ideologie. Het enkele feit dat een bepaalde keuze van een deelnemer aan dit debat past bij een bepaalde ideologie, betekent echter niet dat die specifieke keuze van die specifieke deelnemer ook door die achterliggende ideologie is teweeggebracht, zoals de auteur lijkt te suggereren.
 - 3 Zie in dit verband ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 24 (het beginsel van partijautonomie wordt door de Hoge Raad niet verlaten maar de scherpe kanten zijn weggevijld).
 - 4 Zie over de vraag naar de 'beginsel'-status van de lijdelijkheid – zoals die nog erkend wordt door bijv. ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 38 en 76; H. HOFHUIS, 'Inleiding', in: R.J. Verschoof e.a., *De regiefunctie van de rechter*, 2008, p. 9; DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 40 en 41; P. INGELSE, 'Nog niet uitgedacht', in: M. Ynzonides, P. Ingelse & F.B. Bakels, *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2006, p. 28; HUGENHOLZ/HEEMSKERK 2015, p. 7 en 11-12; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 42 ('onmisbare hoeksteen'), en HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994/94 (Van Schijndel) – met name BOSCH-BOESJES 1991.

In plaats van een beginsel van lijdelijkheid, zou in de huidige tijd immers evenzeer, zo niet beter, gesproken kunnen (of wellicht zelfs: moeten) worden van een beginsel van de actieve rechter, zoals hierna zal blijken. In de kern is er momenteel dus veeleer sprake van een *debat* over de – ook in de Kel-wetgeving geprononceerde – regierol van de rechter en de rol van de procespartijen daartegenover, dan van een *beginsel* van lijdelijkheid en partijautonomie. In wezen is dus de vraag: wat is momenteel de leidraad ten aanzien van de rol van de rechter (en dus mede voor de rol van de partijen): lijdelijkheid of activiteit?

[497] *Opbouw.* Het voorgaande impliceert al dat dit hoofdstuk veel meer betogend van aard zal (moeten) zijn dan de voorgaande hoofdstukken, maar enige meer beschrijvende onderdelen zullen daaromheen niet ontbreken. Ik bespreek hierna eerst de (beperkt zichtbare) positie die het EHRM inneemt als het gaat om partijautonomie en lijdelijkheid (§ 11.2). Daarna analyseer ik in § 11.3, op hoofdlijnen, enkele belangrijke aspecten van het Nederlandse recht met betrekking tot die (terugtrekkende) lijdelijkheid. Voor een gedetailleerde juridisch-technische analyse van de ‘ins-and-outs’ van art. 24 Rv, art. 25 Rv en art. 149 Rv, is in dit verband echter geen plaats omdat het hier (enkel) gaat om het achterliggende idee, de grondgedachte.¹ In aansluiting daarop wordt in § 11.4 vervolgens betoogd dat de lijdelijkheid van de rechter als basisprincipe afgedaan heeft en vervangen zou moeten worden door de notie van de actieve rechter.² Enige rechtsvergelijkende gegevens ondersteunen dat pleidooi, zo zal blijken in § 11.5. De afronding in § 11.6 kan vervolgens betrekkelijk kort zijn, maar voordat wij aan dit alles kunnen toekomen, is eerst nog een enkele begripsomschrijving nodig.

[498] *Partijautonomie in het procesrecht.* In het volle besef dat er heel veel nagedacht en geschreven is over de notie van partijautonomie in ons procesrecht (en de mogelijke consequenties daarvan),¹ volsta ik hier met een zeer algemene eigen omschrijving daarvan, want dat volstaat voor nu. Partijautonomie ziet wat mij betreft op de algemene notie dat rechtssubjecten vrij zijn om zelf hun rechtspositie te bepalen, en dat als logisch vervolg daarop procespartijen bij de verwezenlijking van die rechten in een civiele procedure, evenzeer autonoom zijn.²

[497] 1 Bovendien is daarvoor in andere bronnen, ook binnen de *Asser Procesrecht*-reeks, ruimte ingeboekt, zie de verwijzingen hierna.

2 Dit hoofdstuk, en vooral deze paragraaf, is dus, als gezegd, iets polemischer, normatiever (of subjectiever) van aard en opzet dan de voorgaande hoofdstukken.

[498] 1 Zie bijv. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/8-9; VAN DEN REEK 1997, p. 188 e.v., alsmede W.L. HAARDT, ‘Het burgerlijk geding – “Fair play” revisited’, in: *Goed en Trouw*, 1984, p. 11 e.v.

2 Vgl. ook STEIN/RUEB 2013, p. 36-38, en ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 10 en 38.

Het betreft hier dus de procesrechtelijke tegenhanger van de partijautonomie uit het overeenkomstenrecht.³

Indien partijautonomie, zo begrepen, inderdaad aanwezig is binnen een systeem van civiele rechtspleging, dan bepalen de procespartijen in principe (in eerste instantie) wat er gebeurt in de loop van de procedure. Dat betekent voor de rechter dat deze zich zal moeten schikken: deze is dan lijdelijk.⁴ Hieruit blijkt ook meteen dat partijautonomie direct gelieerd is aan de lijdelijkheid van de rechter. Daarmee doel ik dan op de noodzaak tot terughoudendheid voor de civiele rechter; hij stelt zich afwachtend op. De rechter dient de autonomie van partijen te respecteren en derhalve binnen de grenzen van de door partijen aangegeven rechtsstrijd te blijven. Het verband tussen beide concepten is dan logischerwijs ook als volgt: hoe meer autonomie de partijen in een procedure 'bezitten', des te lijdelijker is de rechter, en vice versa. De hoofdvraag als het om dit begrippenpaar gaat, is daarmee uiteindelijk steeds *in hoeverre* er van partijautonomie (en dus van lijdelijkheid) sprake is, en waar de balans ligt. De vraag is dus: wie heeft in welke mate de zeggenschap, de regie?⁵

11.2 Het EVRM en de partijautonomie¹

[499] *Art. 6 EVRM zwijgt.* Art. 6 EVRM zwijgt over noties als partijautonomie, lijdelijkheid, of iets dat daarop lijkt, en daarmee dus in principe ook over de vraag

[498] 3 Welke notie dan meteen ook gekoppeld kan worden aan de goede trouw, de redelijkheid en billijkheid, uit datzelfde overeenkomstenrecht, alsmede aan de gevolgen daarvan, zoals de erkenning van de plicht mee te werken aan datgene wat een goede procesorde vereist, zoals Haardt het verwoordt heeft, zie W.L. HAARDT, 'Het burgerlijk geding – "Fair play" revisited', in: *Goed en Trouw*, 1984, p. 11 en 17-18.

4 Over dat niet eenduidige begrip en de kenmerken daarvan ook BOSCH-BOESJES 1991, p. 7-9.

5 Zo ook BOSCH-BOESJES 1991, p. 9 en 13.

[499] 1 Ik ga in dit hoofdstuk niet nader in op de (nog toelaatbare, maar ogenschijnlijk beperkter wordende) mate van lijdelijkheid van de nationale civiele rechter als er (eventueel ambtshalve aan te vullen) materieel EU-recht (denk vooral aan het mededingings- en consumentenrecht) in het geding is. Dit is een leerstuk dat, zo is gebleken, een hoofdstuk of boek op zichzelf vergt. Zie ten principale HvJ EG 14 december 1995, *NJ* 1997/116, m.nt. H.J. Sniijders (Van Schijndel) (het EU-recht moet op gelijkwaardige wijze als nationaal recht behandeld worden als het om de vraag naar ambtshalve toepassing gaat; de rechter hoeft niet buiten de rechtsstrijd van partijen te treden), en uit de literatuur, steeds met verwijzingen naar de zich nog steeds voortontwikkende rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, bijv. (uitvoerig) ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, die een actievere rol voor de rechter voorziet (zo bijv. op p. 139, 162, 196 en 205) en ook geen problemen daarmee heeft (p. 203); A.G.F. ANCERY, 'Ambtshalve toepassing van consumentenbeschermend EU-recht', *MvV* 2013, p. 329 e.v.; KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010, p. 19 e.v.; JANS c.s. 2011, p. 307-312; A. WALLERMAN, 'The impact of EU law on civil procedure', *TCR* 2013, p. 91 e.v.; R.M.M. DE MOOR, 'De civiele rechter als Europese rechter', in: L.R. van Heijningen e.a., *Doorwerking van het Europese procesrecht in het nationale procesrecht*, 2013, p. 30-48; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/124-130, 175 en 187-188, en specifiek gerelateerd aan Nederland uit de rechtspraak HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (Heesakkers/Voets).

in hoeverre er vanuit een mensenrechtelijk perspectief sprake *zou moeten zijn* van (een bepaalde mate van) partijautonomie in het procesrecht. Dat zegt echter op zichzelf nog niet zoveel, want de toegang tot de rechter is ook niet expliciet geregeld in dit artikel en die toegang wordt wel degelijk beschermd door art. 6 EVRM, zie nr. 156.

De kwestie ligt hier echter minder eenvoudig dan bij de toegang tot de rechter, want de vraag naar het bestaan van een lijdelijke rechter en autonome partijen, verwordt al gauw tot de vraag: wat zou in dit verband eigenlijk beschermd moeten worden door het EVRM en het EHRM? De partijautonomie en daarmee de lijdelijkheid van de rechter? Of moet juist via een positieve verplichting voor de staat de tegenhanger daarvan beschermd worden – in mijn woorden: de aanspraak op een actieve rechter – zodat er dus juist weinig plaats resteert voor partijautonomie?

Het zwijgen van art. 6 EVRM is in dit licht dus begrijpelijk, maar dat wil dan weer niet zeggen dat het mensenrechtenhof nooit raakt aan de partijautonomie. Maar, omdat het niet om een expliciet benoemd recht gaat, zijn de verwijzingen en opmerkingen daarover nogal diffuus, en dus moet er al snel iets meer dan normaal ‘ingelezen’ worden en in zijn verdere context worden gezien.¹

[500] *De zaak Capuano t. Italië*. Met dit alles in het achterhoofd is het nuttig om het arrest *Capuano t. Italië*,¹ dat vooral handelt over het beginsel van de redelijke termijn, te noemen, want in die zaak wordt door het Hof expliciet gerefereerd aan de partijautonomie. Het Hof stelt namelijk:

“24. The Government emphasised that in Italy the procedure in civil cases was governed by the ‘principle of determination’ (principio dispositivo), which means that the initiative and the power of advancing matters rest with the parties.

25. The Convention admittedly does not prevent the Contracting States from basing their civil procedure on the aforesaid principle, but the principle does not dispense the courts from ensuring compliance with Article 6 (art. 6) as to the ‘reasonable time’ requirement (...)”

Er mag dus, zo concludeer ik, in een procesrechtstelsel wel degelijk zoiets bestaan als (een vorm van) partijautonomie, maar dat wil dan niet zeggen dat de rechter vervolgens achterover zou mogen leunen en het wel of niet voldoen aan de vereisten van het EVRM aan zich voorbij zou kunnen laten gaan. De rechter moet steeds, ongeacht de inkleding van het eigen specifieke stelsel, letten op de rechten uit het EVRM, zoals in casu het recht op een procedure binnen redelijke

[499] 1 Waarbij aangetekend wordt dat het EHRM de taakverdeling van partijen en rechter met name invult via het beginsel van hoor en wederhoor, zoals ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 39–40, ook aangeeft. Zie in dat verband overigens ook HR 26 september 2003, NJ 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken (Regiopolitie/Hovax), r.o. 5.2, waarin de koppeling met hoor en wederhoor (hoofdstuk 7 in dit boek) ook expliciet wordt gelegd.

[500] 1 EHRM 25 juni 1987, NJ 1990/231, m.nt. E.A. Alkema (*Capuano t. Italië*).

termijn. Zulks is nadien bijvoorbeeld bevestigd in de zaak *Pafitis t. Griekenland*,² waarin als volgt overwogen wordt:

“Even in legal systems applying the principle that the procedural initiative lies with the parties, the latter’s attitude does not absolve the courts from the obligation to ensure the expeditious trial required by Article 6 § 1.”

[501] *De zaak Buchholz t. Duitsland*. Op soortgelijke wijze was overigens voordien ook al beslist in de zaak *Buchholz t. Duitsland* uit 1981. Nadat Buchholz ontslag is aangezegd, vecht hij dat aan bij de arbeidsrechter; vervolgens klaagt hij de staat aan omdat zijn zaak niet binnen een redelijke termijn is afgewikkeld. Het Hof te Straatsburg overweegt, voor zover hier van belang:¹

“50. In the Federal Republic of Germany, as in many other States members of the Council of Europe, a criminal or administrative court is, it is true, responsible for the investigation and the conduct of the trial of an action (...). In contrast, so the Government submitted, in the Federal Republic of Germany proceedings before the labour courts, as before all civil courts, are governed by the principle of the conduct of the litigation by the parties (*Parteimaxime*). (...)

Without minimising the importance of these differences, the Court considers, as did the Commission, that they do not dispense the judicial authorities from ensuring the trial of the action expeditiously as required by Article 6 (art 6).”

Ook uit deze uitspraak lijkt dus voort te vloeien dat de actieve rechter iets ‘hogeringeschaald’ wordt dan een passieve rechter; de voorkeur van het EHRM voor een actievere rechter is wel duidelijk. Dat past ook bij de rol die het Hof zichzelf aanmeet, want een actievere civiele rechter is beter dan een passieve(re) civiele rechter in staat om (als overheidsorgaan) beschermend te handelen, als en waar dat nodig is om een ‘fair trial’ te garanderen.

[502] *Nogmaals Kerojärvi t. Finland*. Een volgend geval dat hier interessant is, is de eerder in nr. 307 besproken zaak *Kerojärvi t. Finland*.¹ De klager stelt dat er sprake is van een schending van art. 6 EVRM (‘*fair trial*’) doordat bepaalde documenten die gedurende de procedure zijn opgedoken, niet aan hem ter beschikking zijn gesteld, en stelt dan dat:

“39. (...) irrespective of whether the documents in question had any bearing on the Supreme Court’s rejection of the appeal, it had a duty under Article 6 para. 1 (art. 6-1) to communicate them to him *ex officio*. The notion of ‘fair hearing’ required that the applicant himself should have been given the opportunity to assess their relevance and weight and to formulate any such comments as he deemed appropriate. Since no such opportunity was afforded to him, the procedure had not enabled him to participate properly in the proceedings before the Supreme Court.”

[500] 2 EHRM 26 februari 1998, nr. 10429/1986 (*Pafitis t. Griekenland*), § 93. Zie hierover ook LAWSON/TEUBEN 2004, p. 157, alsmede EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli t. Duitsland*), § 129, met verwijzingen naar diverse overige uitspraken.

[501] 1 EHRM 6 mei 1981, Series A, Vol. 42 (*Buchholz t. Duitsland*).

[502] 1 EHRM 19 juli 1995, Series A, Vol. 322 (*Kerojärvi t. Finland*).

Het EHRM beslist vervolgens in overeenstemming met deze klacht. Dat brengt mee dat zelfs een nationale hoogste rechter behoorlijk actief zal moeten zijn en maatregelen zal moeten nemen om ervoor te zorgen dat al het materiaal beschikbaar komt voor de klager. Doet de rechter dat niet, dan is er geen sprake van een 'proper participation' door de klager.²

[503] *Resolutie R (84) 5*. Een bevestiging van de gedachte dat de rechter die conform de normen van de Raad van Europa wil handelen, in elk geval tot op zekere hoogte actief zal moeten zijn, is ook terug te vinden in Aanbeveling R (84) 5 van het Comité van ministers van de Raad van Europa van 28 februari 1984, getiteld: 'Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice'.¹ In dat document wordt de actieve rechter tot elementair principe verheven, en wordt diens taak ruim ingevuld. In de preambule van die resolutie staat bijvoorbeeld dat het nodig is dat de rechter de nodige macht heeft om vertragingstechnieken tegen te kunnen gaan:

"Whereas the right to justice guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights is an essential feature of any democratic society; (...)

Whereas civil procedure should be simplified and made more flexible and expeditious, while at the same time maintaining the guarantees provided for litigants by the traditional rules of procedure and maintaining the high level of justice required in a democratic society;

Whereas, in order to attain these objectives, it is necessary to make available to the parties simplified and more rapid forms of proceedings and to protect them against abusive or delaying tactics, particularly by giving powers to the court to direct the proceedings more efficiently (...)."

Vervolgens wordt dat uitgangspunt (kort gezegd: meer bevoegdheden voor rechters om te kunnen handelen) op diverse plaatsen in de Principles zelf nader uitgewerkt, zoals de navolgende citaten uit de resolutie, bij wege van voorbeeld, laten zien (mijn curs., *IG*):

"Principle 1

1. Normally, the proceedings should consist of not more than two hearings, the first of which might be a preliminary hearing of a preparatory nature and the second for taking evidence, hearing arguments and, if possible, giving judgment. The court should ensure that all steps necessary for the second hearing are taken in good time and, in principle, no adjournment should be allowed except when new facts appear or in other exceptional and important circumstances.

2. Sanctions should be imposed when a party, having perhaps received notice to proceed, does not take a procedural step within the time-limits fixed by the law or the court. (...)

3. The court should be able to summon the witnesses and appropriate sanctions (fines, damages, etc.) should be applied in cases of unjustified non-attendance of such witnesses. (...)

[502] 2 Dit is overigens vaste rechtspraak, zie EHRM 6 december 2007, nr. 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), § 33, en EHRM 15 juli 2003, nr. 32559/96 (*Fortum Corporation t. Finland*): "The onus was therefore on the Supreme Administrative Court to afford the company an opportunity to comment on the memoranda prior to deciding the case."

[503] 1 Voluit: Recommendation No. R (84) 5 of the committee of ministers to members states on the Principles of Civil Procedure designed to improve the functioning of justice (Adopted by the Committee of Ministers on 28 February 1984 at the 367th meeting of the Ministers' Deputies). Zie nader ALLEMEERSCH 2007, p. 592-593.

4. If an expert appointed by the court fails to communicate his report or is late in communicating it without good reason, there *should be appropriate sanctions*. (...)

Principle 2

(...)

2. When a party fails to observe the duty of fairness in its conduct of the proceedings and clearly misuses procedure for the manifest purpose of delaying the proceedings, the *court should be empowered* either to decide immediately on the merits or to impose sanctions such as fines, damages or declaring the procedure barred; in special cases it should be possible to require the lawyer to pay the cost of the proceedings. (...)

Principle 3

The court should, at least during the preliminary hearing but if possible throughout the proceedings, *play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings*, while respecting the rights of the parties, including the right to equal treatment. (...)

Principle 8

1. Moreover, particular rules or sets of rules should be instituted in order to expedite the settlement of disputes: (...)

2. To this end, one or more of the following measures could be utilised: (...); *an active role for the court in conducting the case* and in calling for and taking evidence. (...)"

[504] *Afronding*. Uiteindelijk heeft het er zo (nogmaals) alle schijn van dat het EHRM meer heeft met de actieve rechter dan met een lijdelijke magistraat. Dat lijkt ook de overheersende mening in de literatuur te zijn, waarbij Kuijer¹ bijvoorbeeld stelt dat de rechter "is assumed to be more active in light of art 6 ECHR", en Smits verkondigt dat de actieve rechter op grond van art. 6 EVRM niet meer is tegen te houden.² Dommering verkondigde meer dan dertig jaar geleden al dat het beginsel van lijdelijkheid in de confrontatie met art. 6 EVRM zal 'sneuelen'. De overheid, en dus ook de overheidsrechter, heeft een actieve rol in de naleving van art. 6 EVRM, en dat dwingt die rechter tot 'actiever optreden'.³

Dit alles betekent uiteraard niet meteen dat het Nederlandse systeem – dat in elk geval nog deels van die lijdelijkheid uitgaat – in strijd is met art. 6 EVRM. Maar wel bestaat er het gevaar dat elementen uit dat systeem eigenlijke niet (meer) door de beugel kunnen. Om dat goed te kunnen beoordelen zullen wij echter eerst op hoofdlijnen moeten bezien hoe het Nederlandse systeem van partijautonomie en lijdelijkheid op dit moment in elkaar steekt.

[504] 1 KUIJER 2004, p. 3. Zie ook DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 233; R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, 'Harmonisatie van procesrecht onder invloed van Europees recht', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!*, 2000, p. 339, en R. GIARD, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht*, 2012, p. 55.

2 Zie SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 237. Op p. 299 stelt hij (voorzichtiger) dat een meer actieve rechter niet in strijd is met art. 6 EVRM.

3 Zie DOMMERING, in: *Handelingen NJV 1983-I*, p. 233-234, alwaar ook te lezen is: "De lijdelijkheid die de rechter soms moet hebben, is niet zozeer een eigen beginsel, als wel het gevolg van de werking van het fair trial beginsel dat de rechter ertoe noopt niet buiten partijen om zijn werk te doen."

11.3 De lijdelijkheid van de rechter in Nederland: hoofdlijnen

[505] *Art. 23 Rv.* De notie van partijautonomie vinden wij in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op diverse plekken terug. Ik stip daarvan slechts de hoofdlijnen aan, via een aantal meer in het oog springende vindplaatsen.¹ Een belangrijk eerste facet van partijautonomie betreft art. 23 Rv. Dat artikel stelt kortweg dat de rechter de zaak niet onbeslist mag laten, hij moet beslissen over alles wat gevraagd, gevorderd of verzocht is. Rechtsweigering is niet toegestaan, en ook iets meer of iets anders toewijzen dan gevraagd, is niet toegestaan, al bestaan daarop wel uitzonderingen (zoals bij kinderalimentatie op grond van art. 1:406 BW). Door de inkleding van hun vordering of verzoek bepalen partijen derhalve meteen waarover de rechter zal moeten beslissen; en dat is dan ook wat die rechter op dit punt lijdelijk maakt.²

[506] *Art. 24 Rv.* Een tweede belangrijk element van partijautonomie is dat de rechter de zaak moet behandelen op de grondslag van hetgeen partijen daaraan ten gronde hebben gelegd. Art. 24 Rv regelt dit. Dit betekent dat partijen de omvang van het geding bepalen, zij stellen immers de grenzen vast waarbinnen de rechter zal moeten opereren, zij bepalen de grenzen van de rechtsstrijd (waar gaat het geschil over?).¹

Uit dit artikel kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat het initiatief tot het voeren van een geding van partijen uitgaat; de wet gaat ervan uit dat een rechtssubject een procedure start en zo bepaalt of er geprocedeerd wordt en ook of er vervolgens doorgeprocedeerd wordt. De eventueel in rechte betrokken wederpartij is daarbij uiteraard goeddeels afhankelijk van wat de eisende/verzoekende partij onderneemt, maar heeft daarin zelf ook wel wat in de melk te brokkelen. Hij heeft de keuze om niet te verschijnen (met alle gevolgen van dien uiteraard), niet of slechts deels te betwisten, een tegenvordering in te stellen, etc. Bovendien heeft hij de keuze om in een eerder stadium van het geschil al (te proberen) tot een schikking te komen, waardoor een procedure kan worden voorkomen. Overigens zijn er wel grenzen gesteld aan de bevoegdheid om te procederen, denk bijvoorbeeld aan misbruik van procesrecht² en het ontbreken van procesbelang (art. 3:303 BW: 'geen belang, geen actie'). Bij dit alles past ook dat partijen zelf een einde kunnen maken

[505] 1 Zie voor een overzicht ook DE BOCK 2011, p. 88-128; DE GROOT, in: *Handelingen NJV* 2012-I, p. 71-91; STEIN/RUEB 2013, p. 37-38.

2 Uitvoerig hierover ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 12-17.

[506] 1 Recentelijk uitvoerig over art. 24 Rv, met verwijzingen, ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/92-93 (princiepief), alsmede nr. 94-96 (technisch-juridisch), en ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 17-25.

2 Zie daarover bijv. Rb. 's-Gravenhage 9 maart 2011, ECLI:NL:RBDHA:2011:BP7073 (Westenberg), r.o. 5.2: slechts in zeer uitzonderlijke gevallen is het gebruiken van processuele bevoegdheden te duiden als misbruik van recht, maar stellingen naar voren brengen waarvan men weet dat deze onwaar zijn, kan zo'n uitzondering zijn. Vgl. verder uitvoerig (en rechtsvergelijkend) VAN DER WIEL 2004, p. 79-168.

aan het geding, in elke stand van dat geding, en zelfs nog nadat al aan de rechter om een vonnis is gevraagd (art. 246 Rv). Ook daarin zijn de partijen autonoom en is de rechter dus lijdelijk.³

[507] *Art. 149 Rv.* Tussen de start en het einde van de procedure bepalen de partijen ook de omvang van het geding. Zij bepalen die omvang door de vordering of het verweer op een bepaalde wijze in te kleden. Zo stellen zij de ‘grenzen van de rechtsstrijd’ vast en daar mag de rechter niet buiten treden. Daaraan zit echter een aantal lastige aspecten, waarop hier overigens niet uitvoerig zal worden ingegaan.

Bekend in dit verband is uiteraard dat de rechter niet de feiten mag aanvullen, zoals (*a contrario* uit art. 25 Rv en art. 48 Rv (oud) alsmede) uit art. 149 Rv (als nadere uitwerking van art. 24 Rv) volgt: de rechter mag slechts die feiten aan de beslissing ten grondslag leggen die in het geding ter kennis zijn gekomen; doet hij dat anders, dan treedt hij buiten de rechtsstrijd van partijen.¹ Datzelfde art. 149 Rv bepaalt echter ook (in lid 2) dat de rechter wél gebruik mag maken van feiten die van algemene bekendheid zijn en van ervaringsregels. Verder dan dat mag hij echter niet gaan, de feitelijke grondslag van het gestelde aanvullen, mag niet.² Dat mag echter weer wél als het gaat om een rechtsgrond die niet ter vrije bepaling van de partijen staat (zoals in een echtscheidingsprocedure). Dan heeft de rechter meer ruimte. Als het achterliggende materiële recht los(er) staat van de autonomie van partijen, dan geldt dat ook voor de procedurele kant in een geschil daarover.

[508] *Terugtrek van de lijdelijkheid.* Wat hiervan verder zij, duidelijk lijkt inmiddels ook dat de lijdelijkheid van de rechter aan het afnemen is; de rechter

[506] 3 Daarbij past tevens dat de rechter, op verzoek van partijen, een reeds bepaalde dag voor de uitspraak uitstelt (art. 229 Rv; art. 30q lid 3 KeI-Rv), bijv. omdat er alsnog een schikking mogelijk lijkt te zijn.

[507] 1 Over art. 24 Rv, art. 25 Rv en art. 149 Rv in dit verband nader ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 11-40; SNIJDERS e.a. 2011, nr. 43-50; STEIN/RUEB 2013, p. 37-44; ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/98-100, en specifiek over de verhouding tussen art. 24 Rv en art. 149 Rv: T.F.E. TJONG TJIN TAI, ‘De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag’, *TCR* 2002, p. 29 e.v. Een voorbeeld vormt HR 17 oktober 2008, *NJ* 2009/476, m.nt. H.J. Snijders (COA/Baros): de afspraak tussen verschillende partijen in twee samenhangende procedures dat alle processtukken beschouwd moeten worden als zijnde ingebracht in beide procedures, volstaat niet; de rechter die een rapport uit de aanpalende procedure benut, vult de feitelijke gronden aan en treedt buiten de rechtsstrijd van partijen. De gemaakte afspraak vormt onvoldoende grond om zonder meer een beroep op de stukken uit de andere procedure te kunnen doen, omdat een beroep op die feiten en stellingen voldoende duidelijk moet zijn voor rechter en wederpartij.

2 Zie in dit verband bijv. HR 31 maart 2006, *NJ* 2006/233 (E-ON/Van Santen); HR 18 februari 2011, *RvdW* 2011/284 (Nova Scotia/Hofman q.q.); HR 10 augustus 2012, *NJ* 2012/485 (M./V.).

mag zich actiever, dominanter opstellen.¹ Dat is uiteraard niet puur en alleen een hedendaagse ontwikkeling.² Van oudsher is het al zo dat de rechter vaak niet lijdelijk is, en dat hoeft ook niet. Als de autonomie of zelfbeschikking van partijen niet aan de orde is in het geschil, is er geen reden voor lijdelijkheid.³ De rechter is uiteindelijk nooit een willoos werktuig van partijen (geweest), zoals ook blijkt uit het gezegde dat het 'geschil van partijen' is, maar het 'geding van de rechter'.⁴

De autonomie van partijen is er dus nog wel, maar lijkt minder te worden.⁵ Dat heeft hiermee te maken dat de doelmatigheid van procederen vergroot moet worden, en dat idee vereist meer sturing en controle door de rechter en dus meer macht voor die rechter.⁶ Die toegenomen macht van de rechter – met als direct gevolg minder autonomie voor partijen – duikt op diverse plaatsen op, waarbij vooral in het oog springen de hier niet nader uit te werken, elders al uitvoerig besproken arresten *Regiopolitie/Hovax* en *Aerts q.q.*, waarin de Hoge Raad het de rechter toestaat om ambtshalve een rechtsgrond bij te brengen, hoewel voor de toepassing daarvan op grond van de gewone normen uit art. 24 Rv te weinig feitelijke basis aanwezig was.⁷ Die oordelen, en die *coulance*, worden overigens ook fel bestreden in de literatuur.⁸

Daarnaast moet de rechter, maar dat geldt al van oudsher, ambtshalve de rechtsgronden aanvullen (art. 25 Rv). Hij moet dus zelf nagaan welke rechtsregel (s) toepasselijk is (zijn) op de feiten van het geding en die regel(s) benutten, ook als de procespartijen zich niet daarop hebben beroepen, mits de voor die regel(s)

- [508]
- 1 Zie ook ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 24; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/5 en 91; DE BOCK 2011, p. 85-86; DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 37.
 - 2 Zie reeds W.L. HAARDT, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', in: *Honderd jaar rechtsleven, 1970*, p. 141-143; K. WIERSMA, 'Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt* (Haardt-bundel), 1983, p. 131-132, en p. 135; BOSCH-BOESJES 1991, p. 226 en DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 42-50.
 - 3 STEIN/RUEB 2013, p. 37.
 - 4 Zie STEIN/RUEB 2013, p. 38, en over dit 'gezegde' bijv. BOSCH-BOESJES 1991, p. 235. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 6, p. 4: "De lijdelijkheid van de civiele rechter geldt niet voor zover het zijn taak betreft de procedure in goede banen te leiden. Dan moet de rechter juist actief zijn (...)."
 - 5 Zie bijv. ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/91. Echt meetbaar is dit uiteraard niet, maar de ontwikkelingen die te traceren zijn en de leidende gedachten daarbij (vaak: meer regie, meer sturing door de rechter), duiden hier wel zeer sterk op.
 - 6 Zo ook STEIN/RUEB 2013, p. 37; ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/10.
 - 7 Zie HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken (*Regiopolitie/Hovax*), en HR 14 maart 2008, *NJ* 2008/466, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Aerts q.q.*), waarover o.a. ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 19-25.
 - 8 Zie bijv. ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/93 (in noot 10: 'princiepelijk oneens').

relevante feiten wel door partijen zijn ingebracht.⁹ Als de rechter tot een aanvulling wil komen, moet hij er in beginsel wel voor zorgen dat de partijen daar niet door verrast worden en dat men zich daartegen kan verdedigen.¹⁰ Dat is een resultante van het beginsel van hoor en wederhoor, uiteraard.

[509] *Terugtrek van de lijdelijkheid: vervolg.* Naast de aanvulling van de rechtsgronden kan in dit verband nog worden gewezen op de plicht van de rechter om hoor en wederhoor mogelijk te maken en om te waken tegen vertraging van de procedure, zie art. 19 Rv en art. 20 Rv, en daarover nr. 308 e.v. en 422 e.v. Dit zijn immers ook bevoegdheden van de rechter die de partijautonomie inperken, die de rechter meer macht geven.

In dezelfde stroom van inperkingen op de partijautonomie passen vervolgens ook de wettelijke bepalingen die erop gericht zijn meer informatie op tafel te krijgen, zoals de substantiërings- en bewijsaandragplicht van art. 111 lid 3 Rv (art. 30a lid 2 Kel-Rv) en art. 128 lid 5 Rv (art. 30i lid 6 Kel-Rv). Ook dit zijn inperkingen van de vrijheid van partijen om de insteek en omvang van de procedure in te kleuren en te bepalen. Verder wijs ik nog op de preprocesuele comparitie in Wet collectieve afwikkeling massaschade-zaken (art. 1018a Rv) omdat ook daarmee een deel van de regie (bij voorbaat) verplaatst wordt naar de civiele rechter.¹

In datzelfde rijtje past dan uiteraard ook art. 21 Rv, de regel die maakt dat partijen verplicht zijn de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Zie daarover nader nr. 77 e.v. Het doel van de regel is te bewerkstelligen dat de rechter zo vroeg mogelijk een zo compleet mogelijk beeld van de feiten van het geschil krijgt, zodat zo veel mogelijk recht gedaan kan worden conform de materiële werkelijkheid. Dat is tevens een inperking van de vrijheid van partijen

[508] 9 Doet hij dat niet, dan kan de benadeelde procespartij daartegen in hoger beroep en cassatie gaan, ook al had die procespartij ook zelf de juiste regels kunnen aanreiken. Dit speelt tegenwoordig vaak in consumentenzaken op basis van diverse Europese (consumenten)richtlijnen, waarbij dan bijv. geldt dat de rechter een overeenkomst ambtshalve nietig kan en moet verklaren, gehoord de partijen. Vgl. JANS c.s. 2011, p. 310-311; R.M.M. DE MOOR, 'De civiele rechter als Europese rechter', in: L.R. van Heijningen e.a., *Doorwerking van het Europese procesrecht in het nationale procesrecht*, 2013, p. 30-48; ASSER/HARTKAMP 3-I 2015/124-130, 175 en 187-188; KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht* (BPP nr. 12) 2010, p. 19 e.v., en ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, m.n. hoofdstuk 4, waarin de rechtspraak van het HvJ EU wordt besproken.

10 ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 29-30; HR 31 maart 2006, NJ 2006/233 (E-ON/Van Santen). De vraag of en wanneer zo'n aanvulling nodig is, behoeft hier geen behandeling, zie daarover ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/98-100.

[509] 1 Vgl. o.a. N. FRENK, 'De rechter als facilitator van schikkingen', in: N. Frenk e.a., *Proces op maat*, 2012, p. 15-16. Voor het overige is case management in Nederland geconcentreerd rondom de zitting en niet breder ingezet, zie M. DE HOON, 'Regie in de rechtspraak: opmerkingen vanuit een rechtsvergelijkend perspectief', *Rechtstreeks* 4/2013, p. 40.

om hun geschil op andere wijze in te steken.² Aan die waarheidsplicht is nog toe te voegen dat de rechter een toelichting of stukken kan opvragen (art. 22 Rv, en voorlopig nog art. 88 Rv; straks art. 22 lid 1 KeI-Rv). De gedachte achter al deze manieren om (meer) informatie boven tafel te krijgen, is dat een geding zo veel mogelijk naar de werkelijkheid, de echte, de materiële waarheid wordt beslist. Om dat te bereiken, worden de rechter meer bevoegdheden toegekend, zoals uit de genoemde artikelen volgt. Daarmee correspondeert dat de procespartijen procedurele plichten opgelegd krijgen. Men moet eerder en completer dan voorheen zelf feiten aanvoeren en stellingen onderbouwen.

Wat dat alles nu precies inhoudt, en waar de grens ligt van wat niet meer mag, blijft overigens lastig, juist omdat uit de zeker nog niet afgeschafte partijautonomie ook nog steeds volgt dat de partijen in beginsel zelf de grenzen van het geding bepalen. Het systeem komt kort gezegd hierop neer dat partijen buiten de grenzen van hun geding niets hoeven aan te voeren, maar dat binnen de kaders die zijzelf stellen, de waarheid vooropstaat.

[510] *De rechter als case manager?* Gezien de verminderde partijautonomie en de daarmee gepaard gaande ontwikkeling richting een meer actieve rechter, wordt wel gesteld dat de rechter – net als elders, zie nr. 525 – meer als ‘case manager’, als ‘zaaksrechter’ moet (en is) gaan opereren.¹ Ik noem hier vier betrekkelijk willekeurig gekozen voorbeelden daarvan:

1. *De rechter gelast een verschijning van partijen* (art. 87 Rv, art. 88 Rv, en art. 131 Rv): hij kan dat doen op verzoek van partijen, maar het mag ook ambtshalve geschieden, en wel in elke stand van het geding. De rechter stuurt, regisseert dus.

2. *In beginsel blijft dezelfde rechter op een zaak* (art. 155 Rv): de rechter die de bewijsvoering onder handen heeft genomen, wijst ook het vonnis. Zo wordt bereikt dat de rechter ingelezen is, de zaak kent, en dat degene die de getuigen ook gezien heeft, de beslissing neemt, zodat de indruk die een getuige achterlaat, mee kan worden genomen in het oordeel. Daarmee is uiteraard een fikse stap gezet op weg naar een ‘zaaksrechter’, het systeem waarbij van het begin af aan een specifieke rechter de gehele zaak op poten zet, alle noodzakelijke vervolgstappen zet en afwikkelt.

3. *De rechter beslist over een eiswijziging* (art. 130 Rv): bij een beoogde wijziging van eis zal de gedaagde normaal gesproken reageren (en daartegen bezwaar maken), waarna de rechter beslist; daarnaast kan de rechter echter ook ambtshalve de

[509] 2 Zie nader DE BOCK 2011, o.a. p. 338 en 339 (waarheidsvinding vergt een actieve rechter).

[510] 1 Over die zaaksrechter o.a. ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 85-86 en 91; ASSER/GROEN/VRANKEN 2006, p. 80-83. Zie ook (vanuit de empirie) Barendrecht & Klijn 2004, p. 56-60, en (rechtsvergelijkend) M. DE HOON, ‘Regie in de rechtspraak: opmerkingen vanuit een rechtsvergelijkend perspectief’, *Rechtstreeks* 4/2013, p. 37 e.v.

eiswijziging afwijzen, namelijk als deze indruist tegen de eisen van een goede procesorde, zoals onnodige vertraging, etc. Daarmee stuurt, regisseert hij.

4. *De rechter kan het einde van de zaak bepalen* (art. 247 Rv): normaal gesproken is het aan de procespartijen om tot een (vroegtijdige) beëindiging van een procedure te komen, maar de rechter mag hierin sturend optreden en, na de partijen te hebben gehoord, ambtshalve de zaak doorhalen.

Dat de rechter steeds meer als case manager opereren kan en zal, en die functie via de Kel-wetgeving verder versterkt zal gaan worden, zie nr. 515, roept opnieuw de eerder gestelde vraag op waar, bij wie, nu uiteindelijk de regie ligt. Hoe ligt nu, en straks, de balans?

11.4 De voortdurende zoektocht naar balans¹

11.4.1 De lijn van het betoog

[511] *Opbouw.* Hiervoor, in nr. 508, is al duidelijk geworden dat het er alle schijn van heeft dat de lijdelijk opererende rechter 'zeldzamer' aan het worden is: meer en meer wordt actie en zelfs case management verwacht. De vraag is echter of die terugtred ver genoeg gaat of dat er nog extra stapjes nodig zijn. Die vraag staat in deze paragraaf centraal. De lijn van mijn betoog is de volgende. Ten eerste kan op basis van een beperkte interne rechtsvergelijking geconstateerd worden dat juristen op elk rechtsgebied naar de juiste balans zoeken tussen de lijdelijkheid van de rechter en de eigen verantwoordelijkheid van de burger (§ 11.4.2). Ten tweede wordt duidelijk dat die balans voor het burgerlijk procesrecht schuilt, althans zou moeten schuilen, in een gezamenlijk optreden en gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en procespartijen (§ 11.4.3), waarbij de rechter uiteindelijk de leiding heeft en moet hebben (§ 11.4.4). Daaruit volgt dat wij, ten derde, toe zouden moeten naar een model van, of beter nog: een beginsel van, de *actieve civiele rechter* (§ 11.4.5-11.4.7).

11.4.2 Ontwikkelingen op andere terreinen: eigen balans eerst

[512] *Driededige ontwikkeling.* Volgens Van Kempen in de bundel *Eén procesrecht?*¹ uit 2009 is er een driededige ontwikkeling waarneembaar op de drie in dat boek centraal staande rechtsgebieden (civiel, straf- en bestuursrecht), namelijk dat (a) het burgerlijke procesrecht steeds minder lijdelijk wordt, dat de partijautonomie daar afneemt. Op het terrein van het bestuursrecht zien wij daarentegen (b) een

[511] 1 Deze paragraaf is een bewerking van: I. GIESEN, 'Zoeken naar balans?', *Trema* 2010, p. 152-156.

[512] 1 Zie P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 276-277.

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, groeien die drie rechtsgebieden naar elkaar toe aangezien ze vanuit twee tegenover elkaar staande posities (passieve rechter *versus* actieve rechter) vertrokken zijn.

Waarom is dat? Wat schuilt daar achter? Men wil op elk terrein een vlotter, flexibeler, en minder formalistisch procesrecht.² Daarbij valt dan uiteraard meteen op dat men dan blijkbaar hetzelfde wil, maar daartoe tegengesteld beweegt (meer of minder 'partij-inbreng'), hetgeen dan weer niet logisch schijnt, maar (ook) te verklaren is vanuit het tegengestelde vertrekpunt.³

Wat mij betreft worden deze trends terecht geduid zoals ze geduid zijn, maar ik vrees dat niemand daar bijzonder veel mee opschiet. Juist omdat de vertrekposities tegengesteld zijn, ligt het niet voor de hand om in dit verband al teveel bij elkaar te rade te gaan.⁴ Zoals Van Kempen stelt: het doel en de aard van de verschillende procesrechten leiden tot onmogelijkheid van harmonisatie.⁵ Dat is mijns inziens op dit vlak juist, en dus is het ook niet altijd zinvol om op een abstracter niveau naar een onderling evenwicht te zoeken. Wat dus nodig is, is dat wij op zoek gaan naar de *eigen* balans op elk van die rechtsgebieden, in ons geval het civiele procesrecht.

11.4.3 De huidige balans in het burgerlijk procesrecht: richting samenwerking

[513] *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 uiteraard geen eigen wijsheid, maar een wijsheid van de Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, de commissie-Asser/Groen/Vranken.¹ Ik

[513] 2 P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 277.

3 Hierbij dient te worden opgemerkt dat deze gang van zaken niet direct toegejuicht wordt, zie P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 282-283, en stelling 16 op p. 290. Er is dus de nodige kritiek: in het straf- en bestuursproces zou de rechter actiever moeten zijn, dus de trend moet juist omgekeerd worden, althans op die terreinen (*idem*, p. 279).

4 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: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 21.

5 P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 268 e.v.

[513] 1 Zie nader ASSER/GROEN/VRANKEN 2003 en ASSER/GROEN/VRANKEN 2006. Dit past overigens bij hetgeen P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 278, voor het bestuursprocesrecht en het strafprocesrecht beoogt.

volg het standpunt van deze commissie – zoals anderen dat ook deden² – en licht dat hieronder nog kort nader toe, omdat zij mij ervan overtuigd hebben dat zij de juiste insteek hanteren voor een toekomstbestendig civiel procesrecht, gebaseerd op een passend antwoord op de kernvraag naar *waar* de balans tussen ‘lijdelijkheid’ en ‘activiteit’ ligt.

[514] *De gezamenlijke verantwoordelijkheid.* In de zoektocht naar het antwoord op die kernvraag is gezaghebbend geschreven en gedebatteerd naar aanleiding van de resultaten van de net genoemde Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht. In mei 2003 verscheen het interimrapport *Een nieuwe balans* van die commissie 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 de lijdelijkheid van de rechter. 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 ‘case manager’ te maken. Denken in termen van partijautonomie en lijdelijkheid wordt aldus teruggedrongen.¹

Van de vele reacties op dat rapport waren de meeste behoorlijk negatief, in het bijzonder specifiek op dit punt. Ik bespreek dat hier niet nader omdat ik er eerder ruimschoots verslag van heb gedaan.² In 2006 verscheen vervolgens het eindrapport van dezelfde commissie. Zij houdt vast, ondanks de kritiek, aan de lijn die eerder ingezet is.³ Ten aanzien van het punt van de gezamenlijke verantwoordelijkheid doet men een poging nog eens nauwkeurig uit te leggen wat bedoeld is. Het gaat bijvoorbeeld niet om een vorm van ‘vrijwilligheid’. Procespartijen staan

[513] 2 Ik noem hier (hoewel die steun impliciet blijft) DE BOCK 2011, p. 344-345 (samen-vattend) en DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 49-50. Zie hieromtrent ook nog nr. 516 hierna.

[514] 1 Zie ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, m.n. p. 77 e.v. Zie overigens ook al W.D.H. ASSER, ‘Naar een volwassener en minder conflictueuze procesvoering’, in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 22-24.

2 Zie I. GIESEN, ‘Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging’, *NJB* 2005, p. 472-474. Vgl. ook nog voor een empirische kijk Barendrecht & Klijn 2004, p. 33-46, en zie tevens J.J. DAMMINGH, ‘De veranderende rol van de rechter in het civiele proces’, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 15-22, en ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 24-25. De negatieve reacties verbazen mij nog steeds. Al jaren heerste immers het gevoel dat het proces(recht) te ingewikkeld is, 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. Dan wordt er een commissie gevormd die een fundamenteel andere aanpak bepleit, en dan vindt men opeens dat er eigenlijk helemaal niet zoveel mis was, zie bijv. M. YNZONIDES, ‘Uit-gebalanceerd’, in: M. YNZONIDES, P. INGELSE & F.B. BAKELS, *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2006, p. 20.

3 Vgl. I. GIESEN & L.M. COENRAAD, ‘Kwaliteitsbevordering in de rechtspleging’, *NJB* 2007/686, p. 784-793.

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 inspanssen om zowel procedurele als materiële rechtvaardigheid (qua uitkomsten) te benaderen. Daartoe mogen partijen scherp procederen, maar de grens ligt daar waar hun procesgedrag verdere conflicten in de hand werkt (feiten achterhouden, vertragingstechnieken inzetten, etc.). 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 de hiermee beoogde herziening en juich de gekozen insteek dus graag toe, hoewel er best (op details) kritiek geleverd kan worden.⁴ Die kritiek kan wat mij betreft echter niet zijn dat de commissie grenzeloos bezig is geweest, wat wel doorklonk her en der. Immers, er zijn nog steeds grenzen aan de toegekende vrijheid. Zonder dat hier uit te kunnen werken, kan gesteld worden dat (i) het partijdebat, (ii) hoor en wederhoor, en (iii) het voorkomen van verrassingen, de ondergrens vormen voor het kunnen inperken van de partijautonomie.⁵ Dat geldt ook voor deze commissie: zij vindt weliswaar 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,⁶ maar zij betoogt niet dat de rechter de grenzen van de rechtsstrijd ook zou mogen *bepalen*. Dat is echt iets anders.

[515] *De reactie uit Den Haag.*¹ Bij brief van 5 februari 2007 heeft de Minister van (toen nog enkel) Justitie² in grote lijnen geschetst wat hij vindt van en (op dat moment) wilde gaan doen met de resultaten van de commissie. Daaruit bleek bijvoorbeeld dat de wetgever (toen althans) van plan was de *verantwoordelijkheid van de partijen en de rechter* voor de civiele procedure nader in de wet te verankeren. Daarmee werd dus het concept van de 'gezamenlijke verantwoordelijkheid', althans volgens de minister, onderschreven. Tegelijkertijd werd dat concept echter sterk afgezwakt. Want in plaats van over 'gezamenlijke verant-

[514] 4 Zie echter ook de fundamentele kritiek in M. YNZONIDES, P. INGELSE & F.B. BAKELS, *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2006, waarin met name op het punt van de verhouding tussen partijen en rechter wordt ingegaan.

5 Vgl. op dit punt ook ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 23, 30-31 en (rechtsvergelijkend) p. 77 en DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 83, doch zie ook al W.L. HAARDT, 'Het burgerlijk geding – "Fair play" revisited', in: *Goed en Trouw*, 1984, p. 17. ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/91, stelt dat hoor en wederhoor als bepalende notie in plaats van partijautonomie treedt.

6 Vgl. ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 79 en 82.

[515] 1 Zie reeds I. GIESEN & L.M. COENRAAD, 'Kwaliteitsbevordering in de rechtspleging', *NJB* 2007/686, p. 787.

2 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 951, nr. 1, en daarover J.J. DAMMINGH, 'De veranderende rol van de rechter in het civiele proces', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009; DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 48-49 en ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 39.

woordelijkheid' werd er over de 'eigen verantwoordelijkheid' van partijen gesproken, omdat 'gezamenlijk' teveel zou suggereren dat partijen zouden moeten samenwerken. In de wet zou daarom opgenomen worden, 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 het geldende recht behelst. Dat is temeer het geval omdat de partijen volgens de minister die verantwoordelijkheid moeten oppakken vanuit hun 'eigen belang', terwijl de commissie hier nu juist een stap verder wilde gaan.

Wat daar verder van zij, het is uiteindelijk volstrekt onduidelijk gebleven hoe de wetgever dit alles precies voor ogen had, want een wetsvoorstel van genoemde strekking en inhoud is er nooit gekomen. En in de 'Kwaliteit en Innovatie' (Kel) wetgevingsoperatie van het ministerie welke in het voorjaar van 2013 gestart is en welke medio 2016 tot nieuwe wetgeving zou moeten leiden, komt de voorheen voorziene specifieke bepaling over de ('gezamenlijke' dan wel 'eigen') verantwoordelijkheid van de partijen in het geheel niet terug.³ Wél wordt in deze operatie op diverse plaatsen veel nadruk gelegd op de (hiermee versterkte) regierol van de rechter. Dat blijkt bijvoorbeeld uit art. 30k Kel-Rv, waarmee de (comparitie)rechter een aantal bevoegdheden krijgt om de procedure te sturen, te regisseren (onder andere via overleg over het vervolg van de procedure, en via het geven van aanwijzingen of het bevelen van proceshandelingen die hij nodig acht). Dit blijkt evenzeer uit art. 30o Kel-Rv. De rechter kan termijnen verlengen of verkorten, stukken laten indienen, de mondelinge behandeling aanhouden, etc. Het blijkt ten slotte uit de diverse verwijzingen in de parlementaire stukken naar de versterkte regierol van de rechter zoals de wetgever die voor zich ziet.⁴

Vermelding bij dit alles verdient overigens nog dat die regierol vooral op de procedurele kant van de zaak ziet, en niet zozeer op de materiële zijde, op de inhoud van de onderliggende zaak. Op dat punt blijft de partijautonomie overeind; aan art. 23 Rv, art. 24 Rv en art. 25 Rv zoals reeds besproken in nr. 505-507, verandert de Kel-operatie niets.⁵

[516] *Voortgezet debat in de literatuur.* Intussen werd in de literatuur na 2006 stevig verder gediscussieerd over de rol van de rechter en de partijautonomie. Zonder alle bijdragen daaraan, of de details daarvan, op te kunnen rakelen, wijs ik hier ten eerste op de oratie van Van Schaick die, zo zal hierna en in nr. 520 nog

[515] 3 Blijkens *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 3, p. 1, moeten partijen wel het nodige doen om de rechter in staat te stellen tijdig te beslissen maar die frase is alweer een slap aftreksel van wat er nog in de consultatieversie van de Memorie van Toelichting stond ('meewerken aan').

4 Ik noem hier slechts *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 3, p. 5, 7, 26-29, 71, 75 en 98, en nr. 6, p. 20 en 29. W.D.H. ASSER, 'Rechtspreken en recht vormen', *TCR* 2013, p. 108, noemt die regierol een 'uitstekende gedachte'.

5 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 059, nr. 3, p. 7. Zo ook A.I.M. VAN MIERLO & P.J.J. VONK, 'Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht; procederen in nieuwe jas na KEI', *WPNR* 7065 (2015), p. 517, en H. HOFHUIS, 'Vernieuwing van het civiele proces', *Trema* 2015, p. 12 (de uitwerking is 'bleekjes'; het voorstel brengt niets nieuws).

blijken, op principiële gronden voor de partijautonomie kiest en de individuele verantwoordelijkheid van alle procesdeelnemers vooropstelt; het is niet aan de rechter om de scherven van een slecht procederende advocaat op te ruimen.¹ In dezelfde hoek past de oratie van Lewin.²

Daartegenover staat de dissertatie van De Bock uit 2011, die de partijautonomie beperkt opvat (deze bepaalt slechts de buitengrenzen van het geschil) en die in plaats daarvan sterk inzet op een actieve rechter die zo veel mogelijk aan waarheidsvinding doet.³

Tegenover Van Schaick plaats ik ook, net als Vranken,⁴ de opvatting van De Groot, zoals verwoord in haar NJV-preadvies en haar oratie, beide uit 2012. Zij bestrijdt in dat preadvies de opvatting van Van Schaick omdat deze de maatschappelijke en rechtsstatelijke dimensie negeert, net als het feit dat met procederen overheidsgelden gemoeid zijn. De Groot bestrijdt ook de opvatting van De Bock omdat die de rechter te veel macht ('een definiërende rol') toebedeelt en te weinig oog heeft voor de dienende taak van de rechter.⁵ Zij neemt daarmee dus een middenpositie in.⁶ Niettemin valt De Groot eerder in het kamp-De Bock te scharen dan bij Van Schaick, omdat zij, kort gezegd, bepleit dat de rechter een actieve houding aanneemt, om zo een op de werkelijkheid gebaseerde rechtspraak te bereiken. Die actieve houding komt heel concreet tot uitdrukking – als het aan De Groot ligt – in de wijze van het gebruik van de comparitie van partijen (namelijk als een volwaardige mondelinge behandeling). Zij ziet die comparitie als een potentieel effectief instrument ter bepaling van de omvang van het geschil en de relevante feiten.⁷

Waar toe brengt dit debat ons? Ik constateer dat afstand nemen van de partijautonomie en het omhelzen van de notie van 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' nog steeds de nodige weerstand oproept, maar zeker ook weerklank vindt. Ik concludeer verder dat die weerstand wat mij betreft onterecht is. Gegeven het óók aanwezige publieke karakter en belang van de rechtspleging,⁸ kunnen partijwensen niet (langer) de boventoon voeren en moet het civiele

[516] 1 Zie VAN SCHAICK 2009, bijv. p. 53 ("Rechterlijk activisme is een vorm van bevoogding waar uiteindelijk iedereen slechter van wordt") en, samenvattend, p. 55.

2 LEWIN 2013, bijv. p. 7-8.

3 DE BOCK 2011, bijv. op p. 83-87, p. 338 en 339. Zie ook al nr. 87. Ook in DE BOCK, in: *Handelingen NJV 2015-1*, p. 69, stelt zij dat van de rechter mag worden verwacht dat deze zich actief opstelt.

4 Zie ASSER/VRANKEN *Algemeen deel***** 2014/70, waaraan de hoofdttekst schatplichtig is.

5 DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 93-94, resp. p. 98.

6 Vgl. DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 117 ('evenwicht te bewerkstelligen tussen partijautonomie en waarheidsvinding').

7 Zie DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 103-104 en 115, waarbij wel nog aan enkele voorwaarden (faciliteiten, kennis, vaardigheden) moet zijn voldaan, alsmede G. DE GROOT, *Rechtspraak met hart voor de zaak* (oratie VU) 2012, p. 12-15. Overigens: in haar proefschrift (DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 49-50) sloot zij zich grotendeels aan bij de opvatting ('actieve rechter') van ASSER/GROEN/VRANKEN.

8 Zie bijv. ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/5.

proces, bezien vanuit dat publieke belang, zo goed mogelijk ingericht worden. Daarvoor is een actieve civiele rechter vereist, zoals nog nader aan de orde zal komen (nr. 518).

[517] *Dezelfde balans ook ten aanzien van de feiten?* Ik ben van mening dat het mogelijk is om de voorgaande lijn (focus op gezamenlijke verantwoordelijkheid) ook door te trekken naar het terrein van de feiten en het bewijsrecht, hoewel de partijautonomie op dat specifieke terrein van de feiten(garing) nog vrij sterk in de schoenen staat, aldus op zichzelf niet ten onrechte Klaassen.¹ Immers, via het kunnen gelasten van een deskundigenbericht ligt er ook hier weer veel vrijheid bij de rechter, zoals Klaassen ook zelf laat zien.² De leer van de 'aanvullende stelplicht' of 'gemotiveerde betwisting'³ maakt daarnaast van de feitenvergaring een echte, hoewel ongewilde samenwerking tussen 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 van de hoofdregel, als de rechter dat zo beslist, en de waarheidsplicht van art. 21 Rv, in combinatie met art. 22 Rv, geeft de rechter ook een rol en functie, een bevoegdheid die indruisen kan tegen wat partijbelangen zouden vergen, maar die vanuit een gezamenlijke verantwoordelijkheid goed is. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van een bewijsaanbod als voldoende concreet en ter zake dienend, daar zit ook een beoordelingsmarge en dus 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 wij de werkelijkheid zo veel mogelijk willen benaderen, zoals Klaassen stelt, en Van Schaick in zijn oratie lijkt te bestrijden,⁴ dan zal er iets moeten worden gedaan tegen 'kruit droog houdende' en omzichtig langs de randen van de feiten opererende procespartijen en hun advocaten, en dat 'iets' betekent soms: de partijen de duimschroeven aandraaien en inbreuk maken op hun vrijheid en daarmee op de rechterlijke lijdelijkheid.

Kortom, de rechter is leidend, niet lijdelijk, zelfs op bewijsrechtelijk vlak. Voor het overige was het in wezen al zo, en ik meen dat zulks vrij breed gedeeld wordt, dat de rechter de leiding heeft als er eenmaal geprocedeerd wordt, na het aanbrengen van de zaak: het geschil is van partijen, het proces is van de rechter.

- [517]
- 1 C.J.M. KLAASSEN, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, vooral p. 62-64. Zie ook ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/91 en W.D.H. ASSER, 'Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechters en partijen', in: W.D.H. ASSER e.a., *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, 2010, p. 35.
 - 2 C.J.M. KLAASSEN, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 81. Zie ook J.M.J. CHORUS, *De lijdelijkheid van de rechter*, 1987, p. 3. Zie op dit punt ook nader DE GROOT, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165) 2008, p. 45-46.
 - 3 Meer informatie bij ASSER PROCESRECHT/ASSER 3 2013/306 e.v.; GIESEN 2001, p. 39-47.
 - 4 C.J.M. KLAASSEN, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 85; VAN SCHAICK 2009, p. 37 e.v.

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 (mede) 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 wij door een overheidsdienaar, de rechter, het proces te laten sturen: de rechter als case manager dus.⁵

[518] *Het beginsel van de actieve rechter!* Blijkens de discussie zoals die tot op heden gevoerd is, staat mijns inziens buiten twijfel dat het idee van ‘het beginsel van’ de partijautonomie of de lijdelijkheid van de rechter¹ – dat soms al gedegradeerd is tot een praktisch kenmerk van ons civiele procesrecht – aan erosie onderhevig is, onder druk staat, en ook in het verleden al meermalen effectief bestreden is.² Wat mij betreft staat zodoende in elk geval *ter discussie* of de partijautonomie nog wel een beginsel van procesrecht kan zijn (mede omdat de rechter steeds meer zeggenschap wordt toebedeeld).³ De Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht⁴ meent van niet, gesteund

[517] 5 Zie ook SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (BPP nr. 10) 2008, p. 236-238, die zich een groot voorstander betoogt, alsmede A.A.S. ZUCKERMAN, ‘A reform of civil procedure: rationing procedure rather than access to justice’, *Journal of Law and Society* 1995, p. 155 e.v. (regierol voor de rechter i.p.v. vrijheid voor partijen). Vgl. tevens de Kel-wetgeving, besproken in nr. 515.

[518] 1 Voorstanders zijn genoemd in nr. 496. Ik merk daarbij op dat ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 24, de partijautonomie lijkt te erkennen doch daarin geen beletsel voor een actieve rechter ziet.

2 Ik streef hier geen volledigheid na, en noem slechts enkele voorbeelden: STEIN/RUEB 2013, p. 22-23; MEIJKNECHT 2013, p. 75; J.J. DAMMINGH, ‘De veranderende rol van de rechter in het civiele proces’, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 10; H.M.M. STEENBERGHE, ‘Inleiding’, in: R.J. Verschoof e.a., *De regiefunctie van de rechter*, 2008, p. 42 (“Partijen verwachten een actieve rechter. De lijdelijke rechter heeft afgedaan.”); R.A. DOZY & W.L. VALK, ‘Innovatief instrueren in hoger beroep’, *Trema* 2010, p. 464 (“en dat de lijdelijke rechter zijn langste tijd wel heeft gehad”); H.C.F. SCHOORDIJK, ‘De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces’, *NJB* 2004, p. 167 (“een lijdelijke rechter past niet”); J.B.M. VRANKEN, ‘Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg’, in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 78-81 en 83-84 en eerder al K. WIERSMA, ‘Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie’, in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt* (Haardt-bundel), 1983, vooral p. 135 (die in dit verband over een ‘gemeenschappelijke opvatting’ spreekt) en p. 137 (‘eensgezindheid’). Vgl. ook nog R. VERKERK, ‘Burgerlijk procesrecht en ideologie’, *R&R* 2011, p. 23-24, alsmede J.M.J. CHORUS, *De lijdelijkheid van de rechter*, 1987, p. 1-2 en 5 en BOSCH-BOESJES 1991, p. 6-7, en, met genuanceerde conclusies, p. 236-237 (deels beginsel, deels kenmerk, deels geen bijzondere status).

3 Zo concludeerde overigens ook al BOSCH-BOESJES 1991, p. 226.

4 ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 277.

door bijvoorbeeld De Bock.⁵ Van Schaick verdedigt de 'autonomen' echter stevig⁶ en hij vindt daarbij steun van Lewin.⁷

Mijn positie in dit debat zou ik gegeven het voorgaande als volgt willen bepalen. Als er een civiele procedure zou bestaan waarin de procespartijen vergaand autonoom zouden zijn, dan zou dat ten koste kunnen gaan van de (rechtspositie van de) zwakkere (proces)partij. Daarmee zou die procedure, althans de civiele rechtspleging als geheel, in de gevarenzone kunnen komen waar het ons idee van gerechtigheid betreft. En dus is in elk geval tot op zekere hoogte⁸ een rem op de lijdelijkheid van de rechter nodig. Ik vul deze noodzaak dan vervolgens zo in dat het de partijautonomie is die beteugeld moet worden; ik vind dus dat de balans (iets) anders moet komen te liggen, en daarom pleit ik ervoor om van het *beginsel van de actieve rechter* uit te gaan.⁹

[519] *De actieve rechter: toelichting.* Laat ik dat nader toelichten. Onze civiele procedure is redelijk aan de maat, voldoet grosso modo aan wat vereist is; het systeem werkt grotendeels, hoewel nog onvoldoende qua termijnen en qua kosten (het is te langdurig en te duur). Wij moeten echter blijven oppassen dat de zwakkere deelnemer aan het rechtsbedrijf niet onderuit gaat,¹ de weg verliest door de mate van complexiteit, de kosten, de beperkte snelheid, etc., en daarvoor

[518] 5 Zie DE BOCK 2011, p. 85 (typering van rechter als lijdelijk is achterhaald) en p. 338 (actieve rechter nodig). Zie ook nog C. DRION, 'De waarheid', *NJB* 2013/2250, p. 2661 ('actieve rol moeten spelen').

6 VAN SCHAICK 2009, vooral p. 55, en ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/93 (wezenlijk, richtinggevend uitgangspunt).

7 LEWIN 2013, p. 7-8.

8 De actieve, niet-lijdelijke rechter en partijautonomie zijn dus niet steeds tegenstrijdig: de rechter verplichten om een deskundigenbericht te gelasten indien verzocht, zoals C.J.M. KLAASSEN, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 82, voorstelt, doet op zich geen afbreuk aan de notie van een actieve, waarheid zoekende rechter. De rechter dwingt tot actie, en is er zelfs toe gedwongen die actie af te dwingen, terwijl de actie komt van de partijen zelf.

9 Zo ook ALLEMEERSCH 2007, p. 603-604 en 623 e.v., voor het Belgische recht, die aldaar ook op de diverse voor- en tegenargumenten ingaat. Ik kies hier dus in wezen voor een perspectiefwissel, zoals voorheen Chorus al suggereerde, zie J.M.J. CHORUS, *De lijdelijkheid van de rechter*, 1987, p. 2.

[519] 1 Uitvoeriger: A.W. JONGBLOED, 'Leiden juridisch alfabetisme en geringe afstand tot de gerechten tot meer handhavingsmogelijkheden voor de burger?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, 2009, p. 247 e.v. C.J.M. KLAASSEN, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 84, stelt dat er geen structurele ongelijkheid is tussen civiele procespartijen, zodat ongelijkheidscompensatie ook niet nodig is. Theoretisch heeft zij gelijk, realistisch gezien is dat niet het geval (vgl. ook ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/8).

is mijns inziens een actieve civiele rechter nodig.² Die noodzaak wordt evident in de wetenschap dat procederen tegenwoordig zo duur is dat rechtsbescherming feitelijk voor velen niet meer echt toegankelijk is. En als dat aspect van toegang allicht al verbeterd is door het oprekken van de competentiegrens van de kantonrechter tot € 25.000,-, zijn wij er nog steeds niet, want wie beschermt dan al die nieuwe, zelf procederende 'one shotters' op de juridische geschillenmarkt? Het beginsel van de actieve rechter kan hier corrigeren. Sterker: die actieve rechter vormt langzamerhand een basisvoorwaarde zonder welke wij niet meer kunnen zeggen dat het civiele proces eerlijk kan en zal zijn, en dus een beginsel van procesrecht.

[520] *Eerste tegenwerpingen en weerlegging daarvan.* Ik weet uiteraard dat hier ook anders over wordt gedacht, onder andere door Van Schaick,¹ maar diens vlammeende 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 materiële werkelijkheid, gericht is, hetgeen hij niet juist of haalbaar acht. Inderdaad, de actieve rechter wordt wel ge-positioneerd als een bijdrage aan de gewenste waarheidsvinding,² 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 gefinancierd wordt uit publieke middelen en deze procedure niet slechts particuliere maar ook algemene belangen betreft.³ Het civiele proces en het procesrecht zijn publieke goederen en zij dienen een algemeen belang, net zozeer als het strafproces dat doet.⁴ Ook het civiele proces beoogt uiteindelijk eigenrichting tegen te gaan, zie nr. 13 hiervoor, 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

[519] 2 Dit geldt zeker in eerste aanleg. Hoger beroep is uiteraard mogelijk, maar ik zou de omvang daarvan willen inperken en dus niet toestaan dat alles weer mag worden opgerakeld in hoger beroep (geen nieuwe feiten en stellingen die al in eerste aanleg konden worden opgevoerd). Nu bestaat deze 'herkansingsfunctie' overigens wel nog. Zie over deze materie o.a. F.J.H. HOVENS, 'Het beginsel van twee feitelijke instanties in het burgerlijk procesrecht', in: R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, 2003, p. 35 e.v.; W.L. VALK, 'Rechtsbescherming in het civiele appelprocesrecht', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 23 e.v.

[520] 1 Vgl. VAN SCHAICK 2009, vooral p. 47 e.v.

2 Zie W.D.H. ASSER, 'Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechters en partijen', in: W.D.H. ASSER e.a., *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, 2010, p. 15. Ook Klaassen legt die koppeling, zie C.J.M. KLAASSEN, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 84-85.

3 Zie nader DE GROOT, in: *Handelingen NJV 2012-I*, p. 93-94.

4 In die zin ook P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 287.

nog steeds een beroep op een publiek instituut en dat beroep moet dan zo efficiënt mogelijk afgewikkeld worden, binnen kaders van rechtsstatelijkheid en gerechtigheid, juist omdat het om publieke middelen gaat.⁵ Wil men iets anders, dan gaat men maar naar bijvoorbeeld arbitrage, bindend advies of het E-court, en dan wellicht zelfs via een nog te ontwikkelen keuzemenu (vraag creëert immers aanbod) naar 'langslepende procedures' of 'procedures op onwaarheden'.

Natuurlijk is het bevoogdend en betuttelend, zoals Van Schaick⁶ ongetwijfeld hiertegen zou aanvoeren, om procespartijen te helpen als hun advocaten disfunctioneren; en ja, het afstraffen daarvan via de aansprakelijkheid van de advocaat zou nuttig zijn. Maar zo werkt het feitelijk (en ook juridisch) niet, want die aansprakelijkheid is nog niet zo makkelijk gevestigd. Bovendien zou het zo ook niet moeten werken, want daarmee dwingen wij die net teleurgestelde burger en net ex-procespartij om nogmaals te gaan procederen, nu tegen zijn voormalige advocaat. Dat gaat niet aan, net zomin als wij dat willen – en proberen te voorkomen via gestandaardiseerde regels – waar het bijvoorbeeld schendingen van de redelijke termijn betreft, zie nr. 142-143 en 418.

Verhoogde doelmatigheid via een actieve rechter hoeft ook niet ten koste te gaan van de rechtsbescherming van particulieren;⁷ sterker nog, deze wordt zelfs bevorderd (en dat is prettig in een tijd waarin er ook de vrees bestond dat de Hoge Raad daarvan af zou gaan knabbelen⁸). Uiteraard moet die rechtsbescherming in civiele procedures dan 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. Bovendien: het EHRM heeft

[520] 5 Vgl. ook A.A.S. ZUCKERMAN, 'Justice in crisis: comparative dimension', in: A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, 1999, p. 51.

6 Zie VAN SCHAICK 2009, p. 53. Hij is op zichzelf overigens geen tegenstander van een actieve rechter, zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/6 (op p. 9; zijn grieven richten zich vooral op de waarheidsvinding door de (actieve) rechter, maar hij pleit wel voor (en over het belang van) partijautonomie, zie ASSER PROCESRECHT/VAN SCHAICK 2 2011/8-9, en 93, hoewel er geen dringende noodzaak bestaat (*idem*, op p. 15). Omdat een andere opvatting miskent dat procederen een tactisch spel is, is voor hem uiteindelijk voor een zo goed mogelijk functionerend procesrecht de partijautonomie onmisbaar (*idem*, p. 15-16)).

7 Anders: P.H.P.M.C. VAN KEMPEN, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht?*, 2009, p. 289 (stelling 9).

8 Die discussie (te weten de vrees dat de rechtsbescherming zou verminderen) speelde n.a.v. de plannen in het rapport van de commissie-Hammerstein uit 2008 om een selectiekamer bij de Hoge Raad in te stellen, zie bijv. het interview met G. Corstens door C. LINDO, *NJB* 2009/805, p. 1074 e.v.; M.A. LOTH, 'Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt', in A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, 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.

een voorkeur voor een actieve(re) rechter, zoals wij al zagen.⁹ Dat wordt overigens bevestigd door de wetgever die overwoog dat meer dan vroeger, onder andere vanwege de eisen van art. 6 EVRM, van de rechter een actieve rol wordt verwacht ter bevordering van een tot de kern komende en efficiënte beslechting van geschillen.¹⁰ Dit laatste laat overigens nog maar weer eens zien – ik zeg het Bosch-Boesjes¹¹ na – dat de vraag naar de mate van zeggenschap door tijd en traditie wordt bepaald, en de lijdelijke rechter minder principieel is dan de positionering ervan als beginsel doet voorkomen.

11.4.4 De actieve rechter: een nieuw vertrekpunt

[521] *Tot hoever reikt die actieve rechter?* Uiteraard zal de eerste vervolgvraag op het voorgaande zijn: hoever strekt nu de ‘macht’ van die actieve rechter? Mijn antwoord hierop luidt – langs twee hoofdlijnen – als volgt. Ten eerste ga ik in concreto niet zo heel veel verder dan het huidige (post-Kel-)systeem toestaat, en dus niet veel verder dan wat wij nu al kennen, maar ik zoek wel aansluiting bij wat de Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht heeft betoogd, namelijk 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*.¹ Dit om – kort gezegd – anomalieën in de rechtspraak te voorkomen, alsmede om enigszins in de pas te blijven lopen met die (consumenten)rechtspraak waarbij de Europese regels wél tot actief ingrijpen door de rechter dwingen.

Ten tweede, en daarin ligt het wezenlijke belang van mijn betoog, benader ik zodoende de materie vanuit een tegenovergesteld vertrekpunt (‘in beginsel actief, tenzij...’), met alle gevolgen van dien. De rechter wacht niet principieel af; integendeel, de rechter zal zich, als burgers besluiten om een geschil aan hem ter beslissing voor te leggen, principieel en actief bemoeien met dat geschil. Dat hebben die procespartijen dan te accepteren: dat is de prijs die wordt betaald voor overheidsinterventie, voor de inzet van publieke middelen.

Ik hecht aan die ‘omgedraaide’ vertrekpositie omdat deze veel sterker 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 benutten willen, zich daarvan bewust moeten zijn, daaraan moeten meewerken en dus actieve bemoeienis moeten dulden om tot zo snel, eenvoudig en efficiënt mogelijke rechtspraak te komen. Dat is hun minimale verantwoordelijkheid, hun eigen én hun gezamenlijke verantwoordelijkheid.

[520] 9 Vgl. EHRM 25 januari 1987, NJ 1990/231, m.nt. E.A. Alkema (Capuano/Italië), waarover nr. 500.

10 VAN MIERLO, *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 130.

11 BOSCH-BOESJES 1991, p. 225.

[521] 1 Zie nogmaals ASSER/GROEN/VRANKEN 2003, p. 79 en 82. Zij betogen dus niet dat de rechter de grenzen van de rechtsstrijd ook zelfstandig zou mogen *bepalen*.

11.5 Enkele rechtsvergelijkende notities¹

11.5.1 *De Principles of Transnational Civil Procedure*

[522] *De actieve rechter en de PTCP.* In de in eerdere hoofdstukken al genoemde *Principles of Transnational Civil Procedure* (PTCP) is duidelijk gekozen voor een model waarin de rechter als een actieve rechter figureert.² Relevant in dit verband zijn met name de volgende ‘Principles’ die in algemene zin én meer specifiek een actieve rol voor de rechter voorschrijven (met mijn curs., IG):³

“14.1 Commencing as early as practicable, the court should *actively manage* the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute. (...)”

14.3 The court should determine the order in which issues are to be resolved and fix a timetable for all stages of the proceedings, including dates and deadline. The court may revise such directions. (...)

22.2 The court may, while affording the parties the opportunity to respond:

22.2.1 Permit or invite a party to amend its contentions of law or of fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly;

22.2.2 Order the taking of evidence not previously suggested by a party; or

22.2.3 Rely upon a legal theory or an interpretation of the facts or of the evidence that has not been advanced by a party.”

De reden om deze positie in te nemen, kan worden afgeleid uit Principle 22.2, dat gebaseerd is op de notie dat het belang van gerechtigheid vereist dat dergelijke activiteiten kunnen worden ondernomen.⁴ Het ‘grote’ idee van rechtvaardigheid wordt aldus van stal gehaald om de actieve rechter te promoten.

[522] 1 Deze paragraaf is mede gebaseerd op onderzoek dat ik verricht heb voor (hoofdstuk 5 over ‘case management’ van) het (hopelijk) nog te verschijnen *Casebook on Civil Procedure* (C.H. van Rhee, P. Oberhammer eds.) in de *Ius Commune Casebooks Series*. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens ook J.B.M. VRANKEN, ‘Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg’, in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 37 e.v. (Duitsland, Finland, V.S., en Engeland); C.H. van Rhee (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, 2008, en Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 42 e.v. (voor Duitsland, Engeland en Frankrijk; inclusief hele concrete regels inzake het al dan niet mogen of moeten aanvullen van feiten en (rechts)gronden).

2 Zie ook P.L. MURRAY & R. STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 648; ALLEMEERSCH 2007, p. 593-594; R.R. VERKERK, ‘What is Judicial Case Management’, in: C.H. van Rhee (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, 2008, p. 27 e.v.; R. VERKIJK, ‘Beyond Winning: Judicial Case Management and the Role of Lawyers in the Principles of Transnational Civil Procedure’, in: C.H. van Rhee (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, 2008, p. 57 e.v.

3 Zie bijv. R. STÜRNER, ‘The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions’, *RebelsZ*, Vol. 69, 2005, p. 201-254.

4 Zie ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, 2006, Comment P-22C, op p. 43.

11.5.2 De algemene trend richting een actieve rechter

[523] *De situatie in andere stelsels.* Het voorgaande vindt ruime steun in de ontwikkelingen en trends in de landen om ons heen, want het concept van samenwerken, van gezamenlijkheid, van coöperatie tussen de partijen en een actieve rechter, heeft ingang gevonden zowel in Engeland als in Frankrijk en Duitsland.¹ De trend is om de rechter veel meer directe invloed te geven terwijl van partijen loyaliteit, medewerking, wordt verwacht, aldus samenvattend Asser.²

Zulks is ook terug te vinden in het omvangrijke en rijk gedocumenteerde Leuvense proefschrift van Allemeersch.³ Ook uit diens rechtsvergelijkende analyse volgt, naar de kern genomen, dat de eerder al gesignaleerde trend richting een actievere civiele rechter, voor de door hem onderzochte landen (Frankrijk, Duitsland, Nederland, Spanje, Engeland en de Verenigde Staten van Amerika) wordt bevestigd. Hij concludeert over zijn rechtsvergelijkende rondgang:⁴

“In de laatste twintig jaar is in elk van de besproken landen – met uitzondering van Frankrijk, dat al langer voorop liep in deze evolutie – de machtsverhouding tussen rechter en partijen gewijzigd in het voordeel van die eerste. (...) Dit bevestigt het hierboven reeds geformuleerde vermoeden dat het klassieke ‘accusatoire’ principe, naar luid waarvan de partijen de leiding hebben over het geding, niet zo sacraal is als men het vroeger en ook nu nog soms voorstelt, maar wel degelijk vatbaar is voor evolutie.”

Allemeersch concludeert vervolgens dat ook voor het Belgische recht de genoemde trend geldt, en dat ook daar een nieuw model aan het opkomen is, dat

- [523]
- 1 W.D.H. ASSER, ‘Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechters en partijen’, in: W.D.H. ASSER e.a., *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, 2010, p. 29 en 34, en uitvoerig op p. 18-28. Zie specifiek voor Nederland BOSCH-BOESJES 1991, p. 226, en in brede zin ALLEMEERSCH 2007, p. 596-598, p. 599-602 en 633.
 - 2 W.D.H. ASSER, ‘Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechters en partijen’, in: W.D.H. ASSER e.a., *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, 2010, p. 29. Zo ook al J.B.M. VRANKEN, in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 66 onder f en h; A.A.S. ZUCKERMAN, ‘Justice in crisis: comparative dimension’, in: A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, 1999, p. 47; T. DOMEJ, ‘Efficiency in the relationship between the judge and the parties’, in: A. Uzelac & C.H. van Rhee, *Access to Justice and the Judiciary*, 2009, p. 78-79, en zie tevens Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 51 en 77, die aldaar spreekt over een “verschuiving van lijdelijkheid naar activiteit met hoor en wederhoor”.
 - 3 ALLEMEERSCH 2007, biedt op p. 49-58, een eerste handzaam overzicht van rechtsvergelijkende gegevens. Zie inzake de situatie elders ook R. STÜRNER, ‘Die Parteidisposition über Anfang, Ende, Gegenstand und Umfang des Verfahrens in Europa’, in: T. Andersson, B. Lindell (ed.), *Festschrift till Per Henrik Lindblom*, 2004, p. 659-670; B. ALLEMEERSCH, ‘The Belgian Perspective on Case Management in Civil Litigation’, in: C.H. van Rhee (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, 2008, p. 79 e.v.
 - 4 ALLEMEERSCH 2007, p. 57-58. Voor Zwitserland, in dit verband als conservatief bestempeld, zie T. DOMEJ, ‘Efficiency in the relationship between the judge and the parties’, in: A. Uzelac & C.H. van Rhee, *Access to Justice and the Judiciary*, 2009, p. 78 e.v.

van de samenwerking tussen rechter en partijen, op grond waarvan al die actoren samen zouden moeten toewerken naar één enkel processueel doel, te weten “een zo correct mogelijke rechtsbedeling binnen een redelijke termijn aan een redelijke kost”.⁵

Met dit overzicht zou op zichzelf volstaan kunnen worden, mede omdat dit in hoofdlijnen bevestigt wat ik zelf hiervoor verdedigd heb, namelijk dat een grotere focus op de actieve rechter gewenst is. Niettemin acht ik het dienstig om, mede ter illustratie van de hiervoor gesignaleerde trend, kort de blik te richten op een enkel ander rechtsstelsel, meer bepaald Engeland, omdat daar een zeer zichtbare, belangrijke en deels al geëvalueerde omwenteling is bewerkstelligd aan het eind van de twintigste eeuw.

11.5.3 *Het vernieuwde Engelse procesrecht*¹

[524] *Engeland: de Woolf reforms.* Het Engelse recht vormt een goed ijkpunt, omdat daar sinds de ‘Woolf reforms’ uit 1996 – genoemd naar Lord Woolf die de leiding had over het project – het actief managen van zaken door de rechter enorm belangrijk is geworden, en dat terwijl voordien het Engelse systeem als ‘terughoudend’ te boek stond als het om de rol van de rechter ging. Dat betekende dus een stevige verandering en overgang. “Control over litigation has been transferred from the parties to the court”, heeft Zuckerman² gesteld, zodat de rechter in staat wordt gesteld om daadwerkelijk recht te doen. Dat is aardig gelukt, zo bleek uit de eerste, hierna nog te noemen evaluatie.

[525] *‘Case management’ als plicht.* Sinds het einde van de vorige eeuw is ‘case management’ een verplichting voor de Engelse rechter. Daarmee is echter niet het totale systeem veranderd. Waar de controle over het proces is verplaatst naar de rechter, zijn andere onderdelen van het ‘adversarial’ systeem zoals ‘party autonomy’¹ en ‘limited judicial responsibility for outcomes’² niet echt veranderd; het

[523] 5 Aldus de conclusie van ALLEMEERSCH 2007, op p. 603, p. 596 en 590. Zie ook zijn voorafgaande beschouwingen op p. 582 e.v., o.a. over de ‘socialisering’ en de ‘economisering van het procesdenken’, waarover ook nog nr. 530.

[524] 1 Zie over het Engelse recht o.a. nog J.B.M. VRANKEN, ‘Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg’, in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 53 e.v.; ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 44–49, en M. DE HOON, ‘Regie in de rechtspraak: opmerkingen vanuit een rechtsvergelijkend perspectief’, *Rechtstreeks* 4/2013, p. 37 e.v.

2 A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 1.2.

[525] 1 Partijen zijn bijv. vrij te bepalen of ze willen procederen, om te bepalen welk bewijs ze willen leveren, en om zelf een einde aan het geschil te maken, zie A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 10.8 en 10.9.

2 De rechter kan niet zelf bewijs vergaren, en dus kan hij niet garanderen dat de uiteindelijke uitkomst correct is, zie A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 10.18 e.v.

gaat hierbij echter wel om twee belangrijke kenmerken van dat 'adversarial system'.³

Niettemin is rechterlijk case management inzake het verloop van het geding op de voorgrond van de hervorming van het procesrechtstelsel geplaatst doordat dit – meer nog dan in Nederland, zie nr. 510 – een centrale plek heeft gekregen in het eerste deel van de Engelse *Civil Procedure Rules 1998* (CPR),⁴ en het daar gekoppeld is aan het inmiddels beroemde uitgangspunt van 'the overriding objective of doing justice swiftly and at reasonable cost' in CPR 1. Deze plicht om tot actief case management over te gaan, is meer specifiek neergelegd in CPR 1.4, waarin is te lezen:

- “(1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.
 (2) Active case management includes
 (a) encouraging the parties to cooperate with each other in the conduct of the proceedings;
 (b) identifying the issues at an early stage;
 (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;
 (d) deciding the order in which issues are to be resolved;
 (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;
 (f) helping the parties to settle the whole or part of the case;
 (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;
 (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;
 (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;
 (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;
 (k) making use of technology; and
 (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.”

Deze regel werd voorgesteld door Lord Woolf in diens twee voorbereidende rapporten⁵ over de noodzakelijke hervorming van het Engelse procesrecht, in het volle besef dat “civil litigation will be fundamentally different from what it is now.”⁶ De belangrijkste reden ervoor was dat juist het tekort aan case management ervaren werd als één van de belangrijkste oorzaken van de ondervonden problemen. Voor de goede orde: onder dat case management valt dus ook “encouraging the parties to cooperate with each other in the conduct of the

[525] 3 A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 10.6, en Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 45 en 49. Over 'adversarial' en 'inquisitorial' benaderingen, zie J.A. JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, 2000, p. 175 e.v. en p. 373 e.v.
 4 Zie Statutory Instrument 1998 No 3132 L17; de *Civil Procedure Rules 1998* traden in werking op 26 april 1999.
 5 LORD WOOLF, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1995, en LORD WOOLF, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1996.
 6 LORD WOOLF, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1996, nr. 8.

proceedings”, derhalve het (in Nederland bestreden) bevorderen van de samenwerking tussen procespartijen.

De verandering die besloten ligt in CPR 1.4 betekent dat de rechters proactief en niet langer reactief (in respons op verzoeken en wensen van partijen) moeten optreden. Zij moeten hun ‘macht’ daadwerkelijk uitoefenen, het initiatief nemen en de intensiteit en duur van civiele procedures bepalen.⁷ De rechter zal die maatregelen moeten treffen die een correcte uitkomst van een zaak op proportionele, redelijke en tijdige wijze kunnen bewerkstelligen.⁸ De eerste evaluatie van de CPR was positief op dit punt. Deze vermeldt immers dat “Case Management Conferences are a key factor in making litigation less complex, and appear to have been a success”.⁹

[526] *Coöperatief handelen.* Net als in andere landen is een belangrijk aspect van dit case management dat er een geïntensiveerde nadruk op samenwerking komt te liggen.¹ De procespartijen zijn verplicht de rechter bij te staan (CPR 1.3), terwijl zij tevens met elkaar moeten samenwerken gedurende het geding, zoals volgt uit CPR 1.4(2)(a), zoals hiervoor geciteerd. Volgens Zuckerman is deze laatste verplichting “by far the most striking feature of the new system”.² Hij vervolgt over deze samenwerkingsplicht:³

“1.105 A court cannot manage cases without party cooperation. Only the parties can decide whether to engage in litigation and what to dispute, it is they who have to fulfil the process requirements, such as mustering evidence and presenting it. Only the litigants can advance the process to a conclusion. Without party cooperation the court can do little to decide cases on their merits. This has always been true, but court dependence on party cooperation is even greater now that the court has the duty to manage the litigation process. Accordingly, the CPR imposes on the parties a general duty to assist the court in its case management tasks over and above their specific process obligations. (...)”

1.106 Even more radically, parties are now expected to cooperate with each other. They must respond positively to reasonable requests for information and to invitations to settlement

[525] 7 A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 1.80 en par. 10.6.

8 De Engelse focus op ‘active case management’ wordt bijv. ook bevestigd in de Admiralty & Commercial Courts Guide. In onderdeel D daarvan wordt het case management zoals dat beoogd wordt voor ‘commercial courts’, uiteengezet. Zo stelt regel D11 bijv.: “The court will continue to take an active role in the management of the case throughout its progress to trial.” Zie HM Courts & Tribunals Service, *The Admiralty & Commercial Courts Guide*, 2013 (9th updated edition), www.justice.gov.uk/downloads/courts/admiraltycomm/admiralty-commercial-courts-guide.pdf.

9 Zie Department for Constitutional Affairs, *Emerging Findings – An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms*, 2001, www.dca.gov.uk/civil/emerge/emerge.htm#part1. Zie ook nog: *Further Findings. A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms*, August 2002, via webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/reform/ffreform.htm#part1.

[526] 1 Zie ALLEMEERSCH 2007, p. 599-602.

2 A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 1.104.

3 A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 1.105 e.v. Zie ook Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (BPP nr. XIV) 2012, p. 48-49.

negotiations, and they are encouraged to agree as many aspects of the litigation process as possible. (...)

1.107 The duty to cooperate with each other is one of the most significant cultural changes brought about by the CPR. Before the CPR, parties had no comparable duty (...)."

Naar het zich laat aanzien, heeft deze focus op samenwerking het gedrag van procespartijen jegens elkaar verbeterd en heeft dit geresulteerd in meer en sneller bereikte schikkingen:⁴

"4.1 There is evidence to show that settlements at the door of the court are now fewer and that settlements before the hearing day have increased. (...)

4.3 For 'fast track' cases (...) the proportion of settlements or withdrawals before the hearing day has risen from 50% (July 1998-June 1999) to 70% (November 1999-December 2000). In addition, the proportion that was heard fell from 33% to 23%."

[527] *Wettelijke basis.* Vermeld moet nog worden dat de al besproken regel van CPR 1.4 niet de enige wettelijke basis is voor case management in Engeland. Daarnaast kan gewezen worden op de bevoegdheid die een rechter heeft om een procedureel gebrek te helen (CPR 3.10) of termijnen te verlengen (CPR 3.1(2)(a)). Men zie in dit verband bijvoorbeeld enkele onderdelen van CPR 3.1:

"3.1 The court's general powers of management (...)

(2) Except where these Rules provide otherwise, the court may –

- (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (...);
 - (b) adjourn or bring forward a hearing; (...)
 - (c) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings;
 - (d) stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event;
 - (e) consolidate proceedings;
 - (f) try two or more claims on the same occasion;
 - (g) direct a separate trial of any issue;
 - (h) decide the order in which issues are to be tried;
 - (i) exclude an issue from consideration;
 - (j) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue;
 - (k) order any party to file and serve an estimate of costs;
 - (l) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective.
- (3) When the court makes an order, it may –
- (a) make it subject to conditions, including a condition to pay a sum of money into court; and
 - (b) specify the consequence of failure to comply with the order or a condition.
- (4) Where the court gives directions it may take into account whether or not a party has complied with any relevant pre-action protocol.

[526] 4 Aldus het eerste evaluatierapport: Department for Constitutional Affairs, *Emerging Findings – An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms*, 2001, www.dca.gov.uk/civil/merge/merge.htm#part1, en A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 1.12.

- (5) The court may order a party to pay a sum of money into court if that party has, without good reason, failed to comply with a rule, practice direction or a relevant pre-action protocol. (...)
- (7) A power of the court under these Rules to make an order includes a power to vary or revoke the order. (...)"

Deze voorbeelden laten zien dat ook dit Part 3 van de CPR de kwestie van case management op algemene wijze reguleert, via bepalingen die leiden tot bevoegdheden voor rechters, bijvoorbeeld om initiatieven te nemen, of om sancties uit te delen.

[528] *'Pre-action protocols'*. Naast deze procesgerelateerde bevoegdheden zijn in Engeland ook nog de zogenaamde *pre-action protocols* van groot gewicht. Zoals de naam doet vermoeden, zijn deze protocollen bedoeld om de partijen te helpen voordat een procedure een aanvang neemt, dus voordat de rechter erbij betrokken is. De relatie tussen die protocollen en de 'case management'-rol van de rechter ligt voor de hand als wij ons realiseren dat de rechter later in een procedure strenger mag en kan zijn (bijvoorbeeld ten aanzien van de termijnen) als niet vooraf zo'n 'pre-action protocol' is gevolgd, zie daarover CPR 3.1(4) zoals hiervoor geciteerd.¹

[529] *De zaak Jean F Jones v. University of Warwick*. Dat er grote belangen gemoeid zijn met dit systeem van case management, ook belangen die de individuele zaak overstijgen, en dat er het nodige veranderd is sinds de komst van de CPR, werd onderstreept in een uitspraak die handelde over het in rechte mogen gebruiken van onrechtmatig verkregen bewijs. Die zaak wordt hier bij wijze van voorbeeld aangehaald, mede omdat die zaak beslist werd door Lord Woolf – ja, dezelfde, dus enig eigen belang valt hier niet uit te sluiten – nu als 'Chief Justice' van het Court of Appeal. Hij stelt:¹

"Squaring the Circle

21. (...) The approach of Judge Harris was consistent with the approach which would have been adopted in both criminal and civil proceedings prior to the coming into force of the CPR and the Human Rights Act. The achieving of justice in the particular case which was before the court was then the paramount consideration for the judge trying the case. If evidence was available, the court did not concern itself with how it was obtained.

22. While this approach will help to achieve justice in a particular case, it will do nothing to promote the observance of the law by those engaged or about to be engaged in legal proceedings. This is also a matter of real public concern.

23. If the conduct of the insurers in this case goes uncensured there would be a significant risk that practices of this type would be encouraged. This would be highly undesirable, particularly as there will be cases in which a claimant's privacy will be infringed and the evidence obtained will

[528] 1 A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 1.115; J.B.M. VRANKEN, 'Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg', in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 63-64.

[529] 1 *Jean F Jones t. University of Warwick* [2003] EWCA Civ 151; [2003] 1 WLR 954; [2003] All ER 34.

confirm that the claimant has not exaggerated the claim in any way. This could still be the result in this case.

24. Fortunately, in both criminal and civil proceedings, courts can now adopt a less rigid approach to that adopted hitherto which gives recognition to the fact that there are conflicting public interests which have to be reconciled as far as this is possible. (...)

25. (...) A judge's responsibility today in the course of properly managing litigation requires him, when exercising his discretion in accordance with the overriding objective contained in CPR Part 1, to consider the *effect of his decision upon litigation generally*. An example of the wider approach is that the judges are required to ensure that a case only uses its appropriate share of the resources of the court (CPR Part 1.1(2)(e)). Proactive management of civil proceedings, which is at the heart of the CPR, *is not only concerned with an individual piece of litigation which is before the Court, it is also concerned with litigation as a whole*. So the fact that in this case the defendant's insurers, as was accepted by Mr Owen, have been responsible for the trespass involved in entering the claimant's house and infringing her privacy contrary to Article 8(1) is a relevant circumstance for the court to weigh in the balance when coming to a decision as to how it should properly exercise its discretion in making orders as to the management of the proceedings."

Lord Woolf onderstreept zodoende nogmaals dat case management niet slechts de individuele zaak en de afwikkeling daarvan betreft, maar ook een breder, publiek belang dient.

11.6 Afronding

[530] *Naar een coöperatief model*. Wij hebben gezien dat de tendens in Europa en elders is om te koersen richting een meer actieve rechter, een 'managerial judge',¹ ook al is er in die stelsels ook nog wel een aantal beperkingen voor de rechter aan te wijzen.² Mijn keuze om voor Nederland ook verder die kant op te gaan, wordt dus ondersteund door rechtsvergelijkende gegevens. Daarbij wordt er terecht meer en meer³ op gewezen dat het beslechten van geschillen een publieke dienst betreft die het belang van het gehele publiek, de gehele maatschappij, dient. Dit is door Allemeersch de 'socialisering van het procesdenken'

[530] 1 ALLEMEERSCH 2007, p. 57-58 en 590-596; S. VAN WILLIGENBURG & I.N. TZANKOVA, 'Een buitenlandse blik op "Een nieuwe balans"', *TCR* 2005, p. 27; P. GOTTWALD, 'Simplified Civil Procedure in West Germany', (1983) 31 *American Journal of Comparative Law* 687. Voor de V.S. (vergeleken met Duitsland), zie ook P.L. MURRAY & R. STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 636-639. Vgl. verder nog J. NORMAND, 'Clôture', in: L. Cadiet & G. Cavinat (eds.), *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, 2006, p. 380. Volgens twee Amerikaanse auteurs (S. DODSON & J.M. KLEBA, 'Global Civil Procedure Trends in The Twenty-First Century', 34 *Boston College International & Comparative Law Review* 1 (2011), p. 2 en 14 e.v.) worden Amerikaanse rechters (ook) steeds actiever, doch Europese rechters juist steeds lijdelijker. Dat laatste valt m.i. sterk te betwijfelen.

2 Vgl. ALLEMEERSCH 2007, p. 607-622. Zie ook C.H. VAN RHEE, 'The Development of Civil Procedural Law in Twentieth Century Europe: From Party Autonomy to Judicial Case Management and Efficiency', in: C.H. van Rhee (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, 2008, p. 22, die overigens spreekt over 'a cyclic movement'.

3 Zie voor Nederland al BRENNINKMEIJER 1994.

genoemd.⁴ Daarnaast is ook de toegenomen nadruk op efficiencyoverwegingen (de 'economisering van het procesdenken') van invloed geweest.⁵

Tegelijkertijd is er de tendens om de verantwoordelijkheid voor een fatsoenlijk proces meer en meer bij de procespartijen zelf te leggen; zij zouden moeten streven naar een betere samenwerking, zowel onderling als met de rechter.⁶ Voegen wij die tendensen (actieve rechters en verantwoordelijke, samenwerkende partijen) bij elkaar, dan ontstaat er zoiets als een *coöperatief model*, hetgeen op dit moment waarschijnlijk als het beste (lees: meest werkbare) procesmodel heeft te gelden.⁷

[531] *Nadelen?* Uiteraard kent dat case management ook enkele mogelijke valkuilen en nadelen. Wordt de actieve rechter niet al snel gezien als een 'meeprocederende' rechter, meeprocederend ten laste van degene die te lijden heeft van de rechterlijke interventie? Dat gevaar is uiteraard aanwezig, maar is mijns inziens ook te beteugelen – en wordt mijns inziens afdoende beteugeld – door de rechtspleging te voorzien van een systeem waarmee de balans bewaard kan blijven,¹ bijvoorbeeld de eerder in nr. 274 e.v. besproken wrakingsregeling, welke gegrond is op de notie van een 'fair trial' en welke interveniëren kan als het actieve case management iemands mensenrechten beknelt of dreigt te beknellen. De regeling is bovendien bekend genoeg om te mogen verwachten dat deze ook benut zal worden waar dat nodig is.

Daarnaast zijn er de kosten van dat case management. Wordt de rechtspleging niet nog duurder op deze manier? In Engeland is inderdaad geconstateerd dat dit waarschijnlijk het geval is, want "the case managed court based dispute resolution system is delivering quality at a much improved pace, but probably at a

[530] 4 Voor België en in het algemeen voor Europa: ALLEMEERSCH 2007, p. 583-586. Zie verder nog A.A.S. ZUCKERMAN, 'Justice in crisis: comparative dimension', in: A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, 1999, p. 51; A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, 2003, par. 10.44, en J.B.M. VRANKEN, 'Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg', in: *Verantwoordelijk procederen*, 1999, p. 88.

5 ALLEMEERSCH 2007, p. 586-589.

6 Zie uiteraard ALLEMEERSCH 2007, doch ook, voor Frankrijk, J. NORMAND, 'Clôture', in: L. Cadet & G. Cavinet (eds.), *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, 2006, p. 380, en uit het Engelse recht zowel CPR 1.3 ("The parties are required to help the court to further the overriding objective.") als CPR 1.4 (2)(a) ("encouraging the parties to cooperate with each other in the conduct of the proceedings"), alsmede, voor Duitsland, R. GREGER, 'Kooperation als Prozessmaxime', in: P. Gottwald u.a. (Hrsg.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*, 2000, p. 77 e.v.

7 ALLEMEERSCH 2007, p. 596-598, 599-602 en 633.

[531] 1 Zie bijv. J. RESNIK, 'Managerial Judges', (1982) 96 *Harvard Law Review* 374, op p. 433-435.

higher cost.”² In zoverre is de Woolf-herziening niet geslaagd. Als die extra kosten dan direct doorberekend worden aan de klant, de civiele procespartijen, dan kan er een probleem ontstaan waar het de toegang tot de rechter betreft. Hierbij verdient echter wel nog opmerking dat deze Engelse uitkomst niet op veel harde feiten gebaseerd is, en zich niet noodzakelijkerwijs ook elders zal voordoen (dat zal per geval bekeken en becijferd moeten worden, mede omdat actief case management de kosten van procederen ook drukken kan). Bovendien, het kan ook zo zijn dat dit nadeel overtroffen wordt (maar precieze cijfers daarover zijn mij niet bekend³) door de gerealiseerde (maatschappelijke) voordelen: snellere procedures met kwalitatief betere uitkomsten onder leiding van een actieve rechter.⁴

[531] 2 Zie J. PEYSNER & M. SENEVIRATNE, *The Management of Civil Cases: the Courts and the post-Woolf Landscape*, DCA Research Series 9/05, 2005, p. iii, en vgl. S.C. YEAZELL, *Civil Procedure*, 2000 (5th ed.), p. 644. Terughoudend over het kostenaspect: *Further Findings. A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms*, August 2002, via [webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/reform/ffreform.htm#part1](http://www.dca.gov.uk/civil/reform/ffreform.htm#part1). Zie over de succeskant nog Department of Constitutional Affairs, *Emerging Findings. An early evaluation of the Civil Justice Reforms*, 2001 (www.dca.gov.uk/civil/emerger/emerger.htm#part1), en nr. 525-526.

3 Zie wel nog P.L. MURRAY & R. STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 19-22, die erop wijzen dat het Duitse systeem effectief, doch niet al te kostbaar is.

4 J. PEYSNER & M. SENEVIRATNE, *The Management of Civil Cases: The Courts and the post-Woolf Landscape*, DCA Research Series 9/05, 2005, p. 72.

ZAKENREGISTER

(Verwezen wordt naar de nummers)

- Aanvullende stelplicht / 517
Aanvulling rechtsgronden / 28, 331, 507-509
Aard van de beslissing / 448, 457, 466-469
Aard van het geding / 457, 463
Actieve rechter / 3, 6, 35, 387, 442, 496 e.v.
ADR / 17, 67, 69, 155, 198, 211-217, 375
Adversarial proceedings / 298, 304-306, 314, 315
Afstand van recht / 31, 172, 173, 212, 219, 303, 327, 347, 349, 358
Alimentatiezaken / 53, 463, 468
Ambtshalve toepassing EVRM / 28
Anchoring / 485
Arbitrage / 31, 152, 168, 173, 211, 213, 268, 269, 375, 376, 520
Availability heuristic / 492

Begin procedure / 393-395
Behoorlijke rechtspleging / 252, 446, 455, 456, 514, 530
Belang klagende partij / 401
Belangenbehartiging / 12
Bestuurlijke boete / 135
Beperkingen toegang tot de rechter / 161
Beperkte motivering(splacht) / 265, 461, 462, 464, 467, 484, 494
Bescherming privéleven / 351, 361, 367, 384
Beslagzaken / 329
Bewijsaanbod / 83, 261, 318, 517
Bewijswaardering / 261, 265, 299, 305, 318, 441, 455, 458-460, 467, 484, 517
(Billijke) genoegdoening / 102, 103, 110, 112, 113, 115, 116, 145, 147, 290, 407, 452
Bindend advies / 160, 173, 211, 213, 308, 375, 376, 462, 520
Bronnen (van burgerlijk procesrecht) / 3, 4, 7, 42, 43, 51, 52, 60, 70, 125, 355

Case management / 215, 511, 525-529, 531
Casemanager / 510, 514, 517
Cassatie / 29, 35, 39, 55, 56, 77, 99, 100, 106-108, 118, 125, 140, 178-180, 182, 189, 190, 209, 243, 249, 251, 257, 259, 266, 271, 280, 307, 319, 320, 335, 336, 369, 390, 391, 425, 452, 462, 473, 479, 481

Causaliteit / 132, 207, 208, 370, 372, 475-477
Civil Procedure Rules / 15, 76, 80, 151, 215, 525-529
Claimcode / 205
Collectieve actie / 94, 194, 196-200, 203, 205, 207, 208, 411
Comparitie / 67, 90, 256, 266, 308, 320-322, 324, 325, 356, 434-436, 509, 516
Complexiteit (van de zaak) / 157, 397, 398
Concurring opinion / 377
Confirmation bias / 18, 251-256, 258, 260-262, 264, 266, 267, 490
Conflicten (cijfers) / 16-23, 56, 211, 217, 375, 429, 514
Conservatoir beslag / 302, 329, 368, 465
Coöperatief model / 530

Dissenting opinion / 337, 345, 358, 377, 382, 383
Doelen van het burgerlijk procesrecht / 9-15
– belangenbehartiging / 12
– eigenrichting tegengaan / 13
– geschilbeslechting / 11
– rechtsbescherming / 10
– rechtseenheid / 14
– rechtsverschaffing / 10
– rechtsvorming / 14
Doorbreking rechtsmiddelenverbod / 250, 308, 471

Effectief (nationaal) rechtsmiddel / 32, 96, 98, 99, 103-105, 109, 113, 127, 140, 145, 163, 273, 275, 374, 405, 410, 412, 417, 418, 421, 427, 442
Effectieve reactie / 311
Effectieve rechtsbescherming / 7, 27, 34, 71, 92-97, 109, 157, 203, 216, 432, 476
Effective remedy
zie: *Effectief nationaal rechtsmiddel*
Effectiviteit / 72-74, 92, 132, 138, 149, 228, 387
Efficiëntie / 42, 71-76, 96, 162, 228, 252, 256, 259, 265, 266, 345, 470
Eerbiediging privéleven
zie: *Bescherming privéleven*
Eigen schuld / 28, 207, 208, 408, 467, 494
Eindpunt procedure / 396, 397

- Equality of arms / 158, 159, 298, 301-303, 309, 317-319, 328, 450, 520
- Exhibitieplicht / 90, 435
- Faillietverklaring / 241, 358, 465
- Fair hearing / 64, 158, 159, 292, 298-300, 302-304, 307, 308, 319, 321, 342, 502
- Fair trial / 6, 35, 99, 117, 133, 145, 158, 159, 292, 298, 307, 339, 342, 346, 348, 446, 472, 500, 502, 531
- Fatsoenlijke rechtspleging
zie: *Behoorlijke rechtspleging*
- Feitelijk misbruik / 230, 231
- Framing / 18, 489
- Gedrag
– klager / 397, 399, 408
– autoriteiten / 397, 400
- Geheime stukken / 332
- Gelijkheid der wapens
zie: *Equality of arms*
- Gemotiveerde betwisting / 517
- Geschilbeslechting / 11
- (Gesubsidieerde) rechtsbijstand / 17, 19, 25, 51, 157-159, 165, 167, 171, 180, 186, 212
- Getuigenverhoor / 110, 240, 290, 318, 350, 356, 471
- Gezamenlijke verantwoordelijkheid / 429, 511, 513-517, 521
- Goede zeden / 351, 361
- Griffierechten / 19, 108, 150, 160, 171, 180, 186, 188-191, 212, 218, 310
- Grenzen
– bij hoor en wederhoor / 326
– bij toegang tot de rechter / 152, 155, 160, 161, 168, 216
- Heropening / 273
- Herroeping / 85, 114, 115, 260, 273, 435
- Herstel / 18, 38, 101, 102, 106, 107, 109, 112, 115, 129, 136, 137, 145, 179, 271, 323, 324, 369, 370, 413-416, 432, 452
- Hindsight bias / 484
- Hoger beroep / 19, 30, 38, 99, 100, 106-108, 144, 145, 158, 176-179, 187, 190, 218, 237, 241, 249-251, 257, 259, 261, 266, 267, 270, 271, 276, 280, 283, 296, 305-307, 312, 316, 319, 320, 322, 324, 325, 335, 346, 369, 370, 374, 390, 399, 402, 439, 445, 448, 450, 452, 456, 463, 470-472, 479
- Hoor en wederhoor / 2, 35, 36, 42, 55, 106, 117, 133, 144, 145, 147, 269, 277, 292 e.v., 340, 345, 348, 387, 422, 434, 441, 450, 454, 460, 471, 472, 495, 508, 509, 514
- Horizontale werking EVRM / 27, 396, 428, 431
- Immateriële schade (vergoeding) / 128, 135, 138, 140, 145, 148, 164, 281, 408, 417, 477
- Immunitet / 124, 181-184
- Incidenteel vonnis / 257
- Informatieplicht / 79, 90, 91, 435, 441
- Integriteitsschade / 100, 145, 146, 149, 373, 374, 452, 477
- Interne werking EVRM / 26
- Judicial immunity / 124
- Kel / 2, 10, 40, 57, 76, 90, 192, 320, 321, 324, 337, 355, 357, 362, 363, 374, 386, 388, 395, 402, 427, 433-436, 438, 440, 443, 496, 509, 510, 515, 521
- Kort geding / 29, 32, 40, 48, 99, 109, 141, 150, 171, 219, 249, 285, 369, 388, 457, 464, 465
- Legitiem doel / 161, 162, 180, 184, 216
- Leidraad onpartijdigheid rechter / 52, 225, 226, 277, 278, 284, 286, 288
- Litis finire opportet / 117, 123, 387
- Loss aversion / 487, 488
- Margin of appreciation / 64, 161, 174, 352, 410, 447, 451
- Massaschade(claims) / 155, 194, 197, 199, 208, 209
- Materiële schade (vergoeding) / 160, 164, 452
- Maximale duur / 397, 404
- Medewerkingsplicht / 334
- Mediation / 17, 19, 20, 23, 51, 52, 67, 152, 153, 211-217, 375, 376
- Meergelaagdheid / 3, 4, 6, 7, 43, 60, 62, 65, 66
- Minderjarigen / 170, 175, 351, 359, 361
- Misbruik van procesrecht / 161, 185, 506
- Mondelinge behandeling / 303, 310, 312, 319-322, 327, 328, 343, 348, 369, 515, 516
- Motiveringsplicht / 117, 264, 265, 292, 316, 339, 340, 443 e.v.
- Multilevel
zie: *Meergelaagdheid*
- Nationale veiligheid / 351, 361
- Naturalism / 494
- New public management / 7, 71, 72, 228
- Nietigheid / 368, 369
- Objectieve onpartijdigheid / 236, 239, 240, 241, 246
- Omvang motiveringsplicht / 447, 448, 458, 462-464, 466
- Omvang schadevergoeding / 146, 147, 164, 419, 421

- Onafhankelijkheid
zie: Onafhankelijkheid rechter
- Onafhankelijkheid rechter / 2, 35, 72, 73, 75, 123, 124, 166, 209, 219 e.v., 339, 340, 375, 381, 383, 444
- Onrechtmatige daad / 109, 110, 112, 117, 118, 121, 125, 128, 129, 137, 138, 140, 143, 144, 281, 285, 290, 369, 370, 372, 374, 417, 427, 431, 441, 442, 467
- Onrechtmatige rechtspraak / 116, 117, 119-124, 127-130, 132, 133, 137, 138, 144, 281, 335, 370, 372, 374, 417, 427, 474
- Onredelijke vertraging / 84, 115, 421, 423, 425, 428, 431, 438
- Onpartijdigheid
zie: Onpartijdigheid rechter
- Onpartijdigheid rechter / 3, 35, 72, 73, 75, 117, 118, 147, 166, 219 e.v., 308, 335, 339, 340, 381, 400, 444, 471, 474
- Onschuldpresumptie / 119
- Openbaarheid van rechtspraak / 35, 147, 319, 337 e.v.
- Openbare orde / 28, 351, 361
- Overconfidence / 253, 490, 491
- Partijautonomie / 4, 6, 35, 89, 90, 97, 168, 209, 261, 387, 392, 423, 437, 497 e.v.
- Partijdebat / 457, 458, 460, 464, 468, 514
- Pleidooi / 55, 57, 58, 118, 140, 308, 320-325, 388, 434, 462, 486
- Prejudiciële vragen / 122, 159, 244
- Primacy effect / 486
- Principles of Transnational Civil Procedure / 4, 80, 151, 219, 293, 337, 386, 443, 522
- Procedural justice / 43, 68, 69, 72
- Procedurele rechtsvinding / 48, 50
- Procesbelang / 110, 111, 157, 170, 177, 183, 208, 290, 330, 401, 435, 506
- Procesrechtelijke rechtsvinding / 48, 50
- Proper participation / 298, 306, 307, 502
- Proportionaliteit / 161, 162, 352
- Psychologische inzichten: / 3, 262, 263, 484-491
- anchoring / 485
 - availability heuristic / 492
 - framing / 18, 489
 - loss aversion / 487, 488
 - naturalism / 494
 - overconfidence / 253, 490, 491
 - primacy effect / 486
 - representativeness / 493
 - status quo bias / 488
- Public hearing / 341-343, 346-348, 350, 354
- Public pronouncement / 341, 342, 344, 346, 353
- Ratio / 76, 94, 177, 190
- hoor en wederhoor / 292, 295, 296
 - openbaarheid / 337, 338, 342, 347
 - redelijke termijn / 386, 387
 - motiveringsplicht / 343-345
- Recht op tegenspraak
zie: Hoor en wederhoor
- Rechterlijke instantie / 109, 122, 145, 175, 328, 219, 222, 223, 400, 402, 403, 446, 481
- Rechterlijk gehoor
zie: Hoor en wederhoor
- Rechter-plaatsvervanger / 249, 286
- Rechtersregelingen / 53-59, 287, 288
- Rechtsbijstand
zie: Gesubsidieerde rechtsbijstand
- Rechtseconomie / 3, 296, 297
- Rechtseenheid / 14, 39, 186, 228, 339, 445, 481, 517
- Rechtsmiddel / 28, 38, 92, 93, 98-100, 104, 106, 108, 110, 117, 120, 121, 123, 125, 129, 130, 132, 134, 135, 137, 140, 143, 160, 178, 183, 259, 266, 271, 275, 276, 280, 282, 290, 368, 370, 374, 390, 396, 404, 405, 407, 417, 439, 471, 473, 495
- Rechtsontwikkeling / 14, 50, 56, 191, 339, 445, 481
- Rechtspersoon / 25, 63, 180, 201-204, 208
- Rechtsverschaffing / 10
- Rechtsvinding / 7, 14, 42 e.v., 234, 235, 377
- Rechtsvorming / 14, 39
- Rechtzekerheid / 46-48, 102, 139, 140, 174, 190, 228, 459, 517
- Redelijke termijn / 3, 30, 35, 36, 72, 75, 99, 100, 103, 117, 128, 134, 135, 137-140, 143-145, 159, 166, 221, 256, 281, 324, 325, 340, 345, 379, 386 e.v., 500, 501, 520, 523
- Redelijkheid en billijkheid / 8, 174, 175, 429
- Reikwijdte EVRM / 25, 49, 160, 161
- Reikwijdte toegang tot de rechter
zie: Beperkingen toegang tot de rechter
- Relativiteit / 132, 133
- Representativeness / 493
- Res judicata / 123
- Responsieplicht / 460
- Responsieve rechter / 227
- Rewe-Comet-doctrine / 92
- Sancties / 98 e.v.
- hoor/wederhoor / 310, 333, 335
 - motiveringsplicht / 83, 259, 266, 452, 471, 472, 474, 478, 482, 495
 - onafhankelijkheid / 225, 232, 270, 273, 277, 291
 - onpartijdigheid / 225, 232, 270, 273, 277, 291

- openbaarheid / 338, 368-371, 374, 385
- redelijke termijn / 405, 407, 408, 413, 414, 427, 430, 432, 433, 435, 436, 438, 441
- toegang tot de rechter / 164, 190
- waarheidsplicht / 81, 82
- Samenwerkingsplicht / 428, 526
- Schadevergoeding / 32, 99, 104, 109-111, 115, 116, 121, 125, 127, 128, 131, 135-141, 145, 148, 158, 159, 180, 199, 200, 207, 208, 305, 373, 388, 395, 396, 408, 409, 411, 416-419, 452, 475, 485
- Schaden rechtspleging / 84, 351, 361, 425
- Spoed / 330, 403, 465
- Staatsaansprakelijkheid / 7, 124, 180, 308, 336, 417, 442, 474, 475, 477
- Status quo bias / 488
- Subjectieve onpartijdigheid / 236-238, 240
- Subsidiariteitsbeginsel / 98, 409
- Substantiëringsplicht / 82, 435, 441, 509
- Systematic problem / 105, 386, 412

- Toegang tot de rechter / 19, 21, 28, 35, 72, 75, 96, 97, 141, 150 e.v., 271, 385, 386, 441, 446, 481, 499, 531
- Toepasselijkheid EVRM / 30
- Toepassing Handvest Grondrechten EU / 33, 34, 62
- Transparantie / 71-75, 272, 337, 378, 381-384

- Uitlegmethoden / 63, 64
- Uitvoerende macht / 225, 229, 230, 232, 233

- Vaste termijnen / 393, 404, 419, 426
- Verhouding Handvest Grondrechten EU/EVRM / 62, 180
- Verjaring / 28, 77, 174, 175, 218
- Verklaring voor recht / 100, 110, 112, 203, 207, 290, 372, 374, 452
- Verplichte procesvertegenwoordiging / 35, 40, 157, 171, 180, 193
- Verschoning / 249, 274, 276, 278, 284
- Versnellingsplicht / 399
- Versnellingsregels / 433-439, 441
- Verstek / 177, 178, 183, 328, 388
- Vervaltermijn / 176
- Verwijzing na cassatie / 260
- Voorlopig bewijsoordeel / 266
- Voorlopig getuigenverhoor
zie: getuigenverhoor
- Vooroverleg bij collectieve actie / 206
- Voortvarende rechtspleging / 417, 425, 429, 441

- Waarheidsplicht / 77-80, 83-87, 89, 90, 97, 435, 509, 517
- Waarheidsvinding / 7, 71, 77, 78, 82-89, 91, 97, 425, 516, 520
- WCAM / 199, 209, 210, 509
- Wetgevende macht / 225, 229, 233
- Wraking / 274-284, 286, 289, 400

- Zelfregulering / 43, 52, 54, 56, 57, 59, 60, 65, 69, 205, 225, 277, 286, 289
- Zwaardere motivering (eisen) / 462, 466

WETSARTIKELENREGISTER

(Verwezen wordt naar de nummers)

<i>Artikel</i>	<i>Nummer</i>	<i>Artikel</i>	<i>Nummer</i>
Algemene wet bestuursrecht (Awb)		Boek 6	
8:15	276, 278	2	48
8:15-8:18	278	52	12
8:16	279	89	77, 176
8:17	279	95	456
8:18	279, 280	96	207
8:26	142, 416	97	456, 467
8:29	332	101	467
8:62	355, 361	105	132
8:73	135	106	128, 135, 138, 140, 145, 146, 373, 417
8:78	355	162	102, 109, 132, 137
8:79	355	191	176
Burgerlijk Wetboek (BW)		193a e.v.	202
Boek 1		236	173
28	12	240	200, 206, 395
88	83	248	214
234	170	265	13
250	170	Boek 7	
252	169	17	176
378	170	23	77
381	170	440	250
406	505	685	53
Boek 3		904	160, 214, 308
12	49	907	209
13	431	908	199, 209, 210
37	173	909	210
86	176	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	
290	12	§ 839	126
296	10	Code Civil	
297	10	10	80
303	168, 506	Code de procédure civile	
305	199	6	80
305a	199, 200, 201, 203, 205-208	10	80
305b	202	11	80
305c	202		
305d	202		
307	10		
310	174, 175		

Artikel	Nummer	Artikel	Nummer
Draft Common Frame of Reference (DCFR)		Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) (oud)	
VI.-2:203	112	50	102
Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)		Faillissementswet (Fw)	
1	24, 25	4	358, 359
2	104	66	30, 32, 341, 356
3	32	Grondwet (Gw)	
5	111, 148	17	51, 151, 160, 165, 166, 173, 221, 355, 386, 453
6	2, 4, 6, 24-28, 30-32, 34, 38, 40, 49, 50, 51, 62, 64, 68, 76, 92, 93, 96-100, 103, 106, 107, 109, 110, 114, 117, 119, 127, 128, 136-140, 143-145, 151, 156-161, 163, 165, 167, 170, 174, 175, 177-180, 182, 183, 186, 189, 209, 210, 214-216, 219-223, 230-232, 236, 237, 242, 245, 252, 257-259, 268, 270, 277, 280, 281, 288-290, 292, 295, 298-300, 302, 306-308, 311, 312, 315, 318, 320-322, 329, 337, 339, 341-347, 349, 351, 353, 354, 357-359, 361, 363, 364, 370, 371, 373, 374, 384, 386, 387, 393, 396, 400, 402, 405, 407, 408, 411, 414, 417, 422, 425-428, 431, 438, 439, 441, 443, 446-448, 452, 472, 474, 477, 481, 490, 495, 499-504, 520	18	165, 167, 180, 186
8	109, 148, 342	92-95	26
10	337, 384	93-94	26
13	2, 32, 34, 51, 93, 96, 98, 99, 103-105, 109, 111, 121, 124, 127, 128, 131, 135, 138, 140, 145, 148, 149, 160, 163, 168, 216, 273, 290, 374, 387, 393, 405, 407, 412, 417, 418, 421, 427, 442	112	165, 224
34	103	113	224
35	34, 35	116	224, 233
37	406	116-117	232
41	101, 102, 103, 123, 143, 370, 374, 405, 407, 408, 410, 412, 452, 477	117	221
46	101, 105, 149, 412, 413	120	165, 234, 235
50	112, 407	121	355, 363, 443, 453, 454, 477, 479
53	34, 62	Grundgesetz (GG)	
		34	126
		Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest Grondrechten EU)	
		47	2, 34, 40, 49, 51, 62, 63, 92, 93, 100, 103, 151, 160, 165, 180, 193, 216, 219, 292, 294, 337, 386, 443
		51	33
		52	34, 62, 180
		53	34, 62
		Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)	
		14	2
		Kel-Rv	
		19	76, 308
		22	81, 82, 90, 435, 509
		22a	90
		28	355, 362
		29	337, 355, 357, 363, 365, 374
		30a	435, 509
		30i	435, 440, 509
		30j	320-322, 434

Artikel	Nummer	Artikel	Nummer
30j-30n	436	Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)	
30k	322, 427, 438, 515	6	62
30l	320	19	61, 63, 92, 93
30o	427, 434, 438, 515	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)	
30q	386, 438, 440, 506	81	51
111	40	Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht	
125	395	31	64
361a	386	Wet Algemene Bepalingen (Wet AB)	
Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2012		12	234, 235
2.9.4	55, 323	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz)	
Landelijk Rolreglement (LRr)		35	145
1.4	423	Wet griffierechten burgerlijke zaken	
1.6	438	3	180, 190
1.7	438	4	190
2.7	438	Wet op de rechterlijke organisatie (RO)	
2.8	438	2	224
6.4	438	4	355, 356, 359, 368
Medische Tuchtwet (MTW)		4-5	368
5	118	5	355, 363, 368, 443, 453
MfN Gedragsregels		7	339
4	375	12	277, 286
6	375	13a	280, 407
Model mediationovereenkomst		26	280
4	375	74	247
Pilotreglement		79	55, 425, 473, 479
1.6	438	80	39, 48, 179, 308, 479
Principles of Transnational Civil Procedure (PTCP)		80a	472, 481
7	386	81	39, 212, 480, 481
7.2	429	83	336
11.1	429	99	444
11.2	429	97	179
14.1	424	Wet op de rechtsbijstand (WRB)	
23.2	400, 443	12	180
Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Protocol 1 EVRM)		Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra 1957)	
1	160, 188	42	130
Richtlijn 2003/71/EG betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (Prospectusrichtlijn)		44	272
6	94	46b-46q	232
		Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)	
		9	308
		19	308, 309, 311, 312, 318, 509

<i>Artikel</i>	<i>Nummer</i>	<i>Artikel</i>	<i>Nummer</i>
20	84, 100, 323, 325, 386, 393, 396, 399, 422-424, 427-431, 441, 509	134	308, 320, 322, 434
21	77, 78, 80, 81, 83, 85, 87, 90, 91, 334, 435, 509, 517	139	328
22	78, 79, 81, 90, 91, 261, 265, 332, 435, 509, 517	140	178
22a	212	143	183
23	454, 505, 515	149	261, 264, 313, 315, 318, 497, 507
24	313, 454, 460, 497, 506-508, 515	150	10, 462, 476, 517
25	28, 331, 497, 507, 508, 515	151	308, 318
26	284, 400	152	318, 459, 517
27	337, 340, 351, 355, 356, 360, 361, 374	155	252, 490, 510
27-28	370	161	241, 318
28	337, 355, 357, 363, 365, 366, 374	162a	435
28-29	355	164	301, 318
29	355, 362	166	83, 84, 261, 425
30	443, 453, 454, 460, 479	179	320
31	168, 308	188	471
35	54	217	424
36	221, 277, 278	224	186
36-41	276	225	40
37	277, 279, 283	229	364, 506
38	279	230	366, 443, 453, 454
39	179, 279, 280, 283, 284	231	365, 376
40	284	246	506
42	302	247	510
44	302	254	359, 464
69	308	278	395
69 e.v.	168	279	320, 328
79	40, 171	282a	180, 190
80	40	287	443, 453, 454
81	177	290	365
85	314, 335	322	38, 179, 308, 471
87	90, 436, 510	337	370, 439, 470
87-88	321	339	178, 390
88	320, 436, 509, 510	382	85, 100, 114, 115, 260, 273, 400, 435
90	366	389	115
96	192	401a	439, 470
111	40, 171, 435, 509	402	390
118	143, 417	409a	180, 190
120	435	457	114
123	171	700	329, 465
125	192, 395	705	329
127a	180, 190	803	355, 358, 359
128	435, 440, 509	818	214
130	431, 437, 510	838	357
131	320, 322, 434, 436, 510	843a	76, 90, 91, 435
132	308, 427, 434	1013	209
133	423, 427, 438	1018	209
		1018a	509
		1018b-j	208
		1018g	208
		1019b	302
		1033	268

*Wetsartikelenregister**Wetboek van Strafvordering (Sv)*

<i>Artikel</i>	<i>Nummer</i>	<i>Artikel</i>	<i>Nummer</i>
1035	269		
1036	376		
1039	308		
1057	376		
1058	376		
1062	376		
1064	376		
1065	308, 474		
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)		Wetboek van Strafrecht (Sr)	
(oud)		14i	355
48	507	14j	355
81	177, 183	272	362
143	423, 438		
335	168		
420	369		
429n	355		
		Wetboek van Strafvordering (Sv)	
		89	118
		269	351, 355, 361
		457	118
		495b	355
		512	276, 278
		513	279
		514	279
		515	279, 280
		516	279

JURISPRUDENTIEREGISTER

(Verwezen wordt naar de nummers)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

17 januari 1970	Series A, Vol. 11 (Delcourt t. België)	64, 179, 298, 339
16 juli 1971	nr. 2614/65 (Ringeisen t. Oostenrijk)	222
7 mei 1974	nr. 1936/63 (Neumeister t. Oostenrijk)	172
21 februari 1975	NJ 1975/462 (Golder t. VK)	156, 161
9 oktober 1979	NJ 1980/376 (Airey t. Ierland)	92, 157, 180
27 februari 1980	NJ 1980/561 (Deweert t. België)	31, 172, 349
6 november 1980	Series A, Vol. 40 (Van Oosterwijck t. België)	28
6 mei 1981	Series A, Vol. 42, NJ 1987/827 (Buchholz t. Duitsland)	387, 397, 501
23 juni 1981	NJ 1982/602 (Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België)	238
5 november 1981	NJ 1981/110 (X t. Verenigd Koninkrijk)	222
1 oktober 1982	Series A, Vol. 53 (Piersack t. België)	237
10 februari 1983	nr. 7299/75 en 7496/76 (Albert & Le Compte t. België)	31, 172
8 december 1983	nr. 7984/77 (Pretto t. Italië)	342, 344
8 december 1983	Series A, Vol. 72 (Axen t. Duitsland)	342
22 februari 1984	Series A, Vol. 74 (Sutter t. Zwitserland)	339, 342, 344
28 juni 1984	Series A, Vol. 80 (Campbell & Fell t. VK)	230, 350, 352
26 oktober 1984	NJ 1988/744 (De Cubber t. België)	237
28 mei 1985	NJ 1991/623 (Ashingdane t. VK)	160, 161
23 oktober 1985	Series A, Vol. 97, NJ 1986/102 (Bentham t. Nederland)	30, 259
29 mei 1986	Series A, Vol. 99 (Feldbrugge t. Nederland)	302
8 juli 1986	Series A, Vol. 120 (Lithgow c.s. t. Verenigd Koninkrijk)	268
25 juni 1987	NJ 1990/231 (Capuano t. Italië)	397, 400, 423, 424, 500, 520
29 april 1988	Series A, Vol. 132 (Belilos t. Zwitserland)	222
12 juli 1988	Series A, Vol. 140 (Schenk t. Zwitserland)	299
24 mei 1989	Series A, Vol. 154, NJ 1990/627 (Hauschildt t. Denemarken)	64, 237, 239, 490
21 februari 1990	Series A, Vol. 171-A, NJ 1991/624 (Håkansson & Sturesson t. Zweden)	31, 349
28 juni 1990	NJ 1995/491 (Obermeister t. Oostenrijk)	401
20 februari 1991	nr. 11889/85 (Vernillo t. Frankrijk)	386, 395, 396, 400, 403
29 oktober 1991	Series A, Vol. 212-A (Helmets t. Zweden)	303
30 oktober 1991	NJ 1992/73 (Borgers t. België)	302
19 april 1993	Series A, Vol. 254-B (Kraska t. Zwitserland)	299
23 juni 1993	NJ 1995/397 (Ruiz-Matteos t. Spanje)	298, 304
23 juni 1993	NJ 1995/510 (Hoffmann t. Oostenrijk)	27, 248
24 juni 1993	Series A, Vol. 263 (Schuler-Zraggen t. Zwitserland)	345
27 oktober 1993	NJ 1994/534 (Dombo Beheer t. Nederland)	64, 299, 301, 318
19 april 1994	Series A, Vol. A-288, NJ 1995/462 (Van de Hurk t. Nederland)	64 223, 447
21 september 1994	Series A, Vol. 294-B, NJ 1995/463 (Fayed t. VK)	161, 181

9 december 1994	nr. 18064/91; NJ 1997/20 (Hiro Balani t. Spanje)	452, 466
9 december 1994	Series A, Vol. 303-A (Ruiz-Torija t. Spanje)	447, 452
13 juli 1995	NJ 1996/544 (Tolstoy Miloslavsky t. VK)	187
19 juli 1995	Series A, Vol. 322 (Kerojärvi t. Finland)	304, 307, 502
26 september 1995	nr. 18160/91 (Diennet t. Frankrijk)	342
28 september 1995	NJ 1995/667 (Procola t. Luxemburg)	245
4 december 1995	Series A, Vol. 333-B (Bellet t. Frankrijk)	157
20 februari 1996	nr. 19075/91 (Vermeulen t. België)	298, 304, 306
22 oktober 1996	NJ 1997/449 (Stubbings e.a. t. VK)	161, 174
23 oktober 1996	NJ 1998/343 (Levages Prestations t. Frankrijk)	179
18 februari 1997	nr. 18990/91, LjN AD2686, (Nideröst-Huber t. Zwitserland)	295, 298, 299, 301, 302, 304, 312
18 maart 1997	NJ 1998/278 (Mantovanelli t. Frankrijk)	298, 304, 305, 306, 311, 318
19 maart 1997	NJ 1998/434 (Hornsby t. Griekenland)	160
29 mei 1997	nr. 21522/93 (Georgiadis t. Griekenland)	299
19 december 1997	nr. 20772/92 (Helle t. Finland)	448
26 februari 1998	nr. 10429/1986 (Pafitis t. Griekenland)	500
28 oktober 1998	nr. 23451/94 (Osman t. VK)	181
21 januari 1999	nr. 30544/96 (García Ruiz t. Spanje)	448
18 februari 1999	nr. 26083/94 (Waite & Kennedy t. Duitsland)	181
18 februari 1999	nr. 28934/95 (Beer & Regan t. Duitsland)	181
3 maart 2000	nr. 35376/97 (Krcmár t. Tsjechië)	298, 315
4 mei 2000	nr. 28341/95 (GC) (Rotaru t. Roemenië)	104
27 juni 2000	nr. 30979/96 (Frydlender t. Frankrijk)	401
26 oktober 2000	NJ 2001/594 (Kudla t. Polen)	103, 135, 148, 393, 403, 405, 427
6 februari 2001	nr. 30428/96 (Beer t. Oostenrijk)	295
24 april 2001	nr. 36337/97 en 35974/97 (B. en P. t. Verenigd Koninkrijk)	346, 350, 353
10 mei 2001	nr. 29392/95 (Z t. Verenigd Koninkrijk)	32
17 juni 2001	NJ 2002/444 (Ekin t. Frankrijk)	403
19 juni 2001	nr. 28249/95 (Kreuz t. Polen)	160, 188
28 juni 2001	NJ 2002/181 (T. t. Zwitserland)	27
5 september 2001	nr. 36337/97 en 35974/97 (B. en P. t. Verenigd Koninkrijk)	359
26 september 2001	NJ 2001/115 (Van Vlimmeren t. Nederland)	159, 400
27 september 2001	nr. 49684/99 (Hirvisaari t. Finland)	448
21 mei 2002	nr. 28856/95 (Jokela t. Finland)	449
12 maart 2003	nr. 46221/99 (Öcalan t. Turkije)	231
6 mei 2003	NJ 2004/15, AB 2003/211 (Kleyn t. Nederland)	230, 236, 246 275
3 juni 2003	nr. 37372/97 (Walston (No. 1) t. Noorwegen)	304
1 juli 2003	nr. 37801/97 (Suominen t. Finland)	450
15 juli 2003	nr. 32559/96 (Fortum Corporation t. Finland)	306, 502
9 maart 2004	NJ 2005/13 (Pitkanen t. Finland)	403
20 juni 2004	nr. 47221/99 (Pabla Ky t. Finland)	233
13 juli 2004	NJ 2005/508 (Pla t. Andorra)	27
9 november 2004	nr. 46300/99, (Marpa Zeeland t. Nederland)	179
10 november 2004	JB 2006/134 (Pizzati t. Italië)	103, 405, 408
30 november 2004	NJ 2005/210 (Oneryildiz t. Turkije)	32
15 februari 2005	NJ 2006/39 (Steel & Morris t. VK)	158, 298
15 maart 2005	nr. 72701/01 (Yakovlev t. Rusland)	321, 349
24 maart 2005	nr. 54645/00 (Osinger t. Oostenrijk)	347
12 mei 2005	nr. 46221/99 [GC] (Öcalan t. Turkije)	101, 164, 273
19 mei 2005	NJ 2006/14 (Steck-Risch t. Liechtenstein)	241
16 juni 2005	nr. 61603/00 (Storck t. Duitsland)	299

6 september 2005	nr. 65518/01 (Salov t. Oekraïne)	451
11 oktober 2005	nr. 4773/02 (Sychev t. Oekraïne)	396
26 januari 2006	nr. 76293/01 (Brugger t. Oostenrijk)	347, 348
1 maart 2006	nr. 56581/00 (Sejdovic t. Italië)	327
29 maart 2006	AB 2006/294 (Scordino t. Italië)	386, 405, 409, 410, 419
8 juni 2006	nr. 22860/02 (Woś t. Polen)	162
8 juni 2006	JB 2006/227 (Sürmeli t. Duitsland)	105, 401, 405, 412, 500
21 september 2006	nr. 12643/2 (Moser t. Oostenrijk)	342, 348, 354, 359
14 november 2006	nr. 15464/02 (Drabicki t. Polen)	402
5 december 2006	nr. 14580/02 (Wiercigroch t. Polen)	399, 401
14 december 2006	nr. 1398/03, NJB 2007/536 (Markovic t. Italië)	181
3 mei 2007	nr. 26867/02 (Grzinčič t. Slovenië)	386
7 juni 2007	nr. 66941/01 (Zagorodnikov t. Rusland)	349
5 juli 2007	nr. 31930/04 (Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland)	299, 305
7 juli 2007	nr. 66941/01 (Zagorodnikov t. Rusland)	319, 328, 335
22 oktober 2007	nr. 27527/03 (Lindon e.a. t. Frankrijk)	241
6 december 2007	nr. 11724/04 en 13350/04 (Nikoghosyan & Melkonyan t. Armenië)	319
6 december 2007	nr. 42628/04 (Súsanna Rós Westlund t. IJsland)	298, 303, 307, 319, 502
17 januari 2008	nr. 14810/02 (Ryakh Biryukov t. Rusland)	342, 344, 346, 353, 369
15 februari 2008	nr. 27278/03 (Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland)	411
27 maart 2008	nr. 34499/06 (Perić t. Kroatië)	299
17 juni 2008	nr. 2010/06 (Kehoe t. VK)	156, 161
3 juli 2008	nr. 40383/04 (Vidas t. Kroatië)	405, 407
4 december 2008	nr. 28617/03 (Belashev t. Rusland)	348
15 januari 2009	nr. 9318/05 (Holzinger t. Oostenrijk)	400, 401, 402
5 februari 2009	nr. 22330/05, NJB 2009/705 (Olujić t. Kroatië)	222, 240, 241, 299, 339
24 februari 2009	nr. 49230/07 (L'Erablière A.S.B.L. t. België)	161, 179, 195
3 maart 2009	NJ 2010/223 (Voorhuis t. Nederland)	103, 386, 391, 406, 409, 432
20 maart 2009	nr. 12686/03 (Gorou t. Griekenland (No. 2))	447, 448, 449
24 maart 2009	nr. 32271/04 (Poppe t. Nederland)	260
14 april 2009	NJ 2010/209 (Társaság a Szabadságjogokért t. Hongarije)	337
28 april 2009	nr. 30789/05 (Rózsa t. Hongarije)	156, 164
28 april 2009	nr. 32881/04; NJB 2009/1203 (K.H. e.a. t. Slowakije)	159
16 juni 2009	nr. 10470/07 (Mol t. Nederland)	386, 406
7 juli 2009	nr. 1062/07, NJB 2009/1607 (Stagno t. België)	170, 175
24 september 2009	nr. 3338/05 (Procedo Capital Corporation t. Noorwegen)	240
15 oktober 2009	nr. 32921/03, 28464/04 en 5344/05 (Kohlhofer & Minarik t. Tsjechië)	160
15 oktober 2009	NJ 2010/180 (Micallef t. Malta)	30, 64, 219, 236, 239, 240, 274
3 december 2009	nr. 8917/05 (Kart t. Turkije)	184
10 december 2009	nr. 20437/05 (Shagin t. Oekraïne)	348
6 januari 2010	nr. 74181/01, NJB 2010/14 (Fernández-Huidobro t. Spanje)	280
23 maart 2010	nr. 15869/02 (Cudak t. Litouwen)	181
18 mei 2010	nr. 26839/05 (Kennedy t. Verenigd Koninkrijk)	303, 448
18 mei 2010	nr. 38532/02 (Udorovic t. Italië)	339

10 juni 2010	nr. 302/02, NTM/NJCM-Bull. 2010, p. 1062 e.v. (Jehova's Getuigen van Moskou t. Rusland)	64
2 september 2010	nr. 46344/06; NJB 2010/2050 (Rumpf t. Duitsland)	99, 105, 148, 399, 400, 412
10 september 2010	nr. 31333/06 (McFarlane t. Ierland)	104, 121, 405
26 oktober 2010	nr. 46040/07 (Marina t. Letland)	188
16 november 2010	nr. 24768/06 (Perdigão t. Portugal)	188
23 november 2010	nr. 12977/09, NJB 2011/235 (Dudek t. Duitsland)	161
21 december 2010	nr. 50973/08 (Vassilios Athanasiou e.a. t. Griekenland)	105, 160, 399, 412
22 februari 2011	nr. 26036/08 (Lalmahomed t. Nederland)	32, 179
1 april 2011	nr. 16261/08 (Hoare t. VK)	161
10 mei 2011	nr. 29392/95 (Z. t. VK)	161, 174, 181
29 juni 2011	nr. 34869/05 (Sabeh El Leil t. Frankrijk)	164, 181
26 juli 2011	nr. 58222/09 (Jurčić t. Kroatië)	295, 298, 304, 319, 327
20 september 2011	nr. 3989/07 en 38353/07 (Ullens de Schooten & Rezabek t. België)	159
10 januari 2012	nr. 22251/07 (G.R. t. Nederland)	32, 163
17 januari 2012	nr. 36760/06 (Stanev t. Bulgarije)	157, 160, 161, 170
3 april 2012	nr. 54447/10 (Michelioudakis t. Griekenland)	105, 412
29 mei 2012	nr. 16563/08 (Julin t. Estland)	160, 188
31 juli 2012	nr. 34841/06 (Mikryukov e.a. t. Rusland)	320, 328
9 oktober 2012	nr. 38245/08 (R.P. e.a. t. Verenigd Koninkrijk)	171
17 september 2013	nr. 9765/09 (De Bruin t. Nederland)	30
17 september 2013	nr. 13143/08 (Van Galen e.a. t. Nederland)	103, 386
24 september 2013	nr. 43870/04 (De Luca t. Italië)	160
26 november 2013	nr. 40756/06 (Vlad e.a. t. Roemenië)	104, 141, 405, 412, 417, 418
17 december 2013	nr. 11770/08 (Jenita Mocanu t. Roemenie)	289
17 december 2013	nr. 20688/04 (Nikolova en Vandova t. Bulgarije)	241, 342, 348, 350, 351, 353, 354
7 januari 2014	nr. 3363/08 (Lakatoš t. Servië)	28
28 januari 2014	nr. 35810/09 [GC]; NJB 2014/680 (O'Keeffe t. Ierland)	104
11 maart 2014	nr. 52067/10 en 41072/11 (Moor c.s. t. Zwitserland)	157, 161, 174, 175
8 april 2014	nr. 17120/09 (Dhabi t. Italië)	449
5 juni 2014	nr. 50996/08 (HIT d.d. Nova Gorica t. Slovenie)	239, 241, 273, 275, 280
2 oktober 2014	nr. 15319/09 (Hansen t. Noorwegen)	451, 481
5 februari 2015	nr. 22251/08 (Bochan t. Oekraïne (No. 2))	447
7 juli 2015	nr. 72287/10 (Rutkowski e.a. t. Polen)	103, 104, 105, 386, 400, 401, 405, 409, 412
9 juli 2015	nr. 38191/12 (A.K. t. Liechtenstein)	274
Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECHR)		
4 april 1990	nr. 13635/88 (Nordborg t. Zweden)	266
Hof van Justitie EG		
15 mei 1986	C-222/84, Jur. 1986	92, 93, 180
14 december 1995	NJ 1997/116 (Van Schijndel)	499
30 september 2003	C-224/01; NJ 2004/160 (Köbler/Oostenrijk)	122, 374, 474

22 november 2005	C-144/04, Jur. 2005, I-9981 (Mangold)	33
13 juni 2006	C-173/03, JB 2006/182 (Traghetti),	127, 131
13 maart 2007	Jur. 2007, p. I-2271, NJ 2007/376 (Unibet)	93
14 februari 2008	NJ 2008/271 (Varec/België)	332
16 juli 2009	C-385/07 P (Der Grüne Punkt)	386
Hof van Justitie EU		
2 december 2009	NJ 2010/181 (EC/Ierland)	294
18 maart 2010	C-317/08-C-320/08, NJ 2010/382, AB 2010/157 (Alessini)	34, 216
5 oktober 2010	C-400/10 PPU, Jur. I-8965 (McB), nr. 53	34, 62
22 december 2010	C-279/09, NJ 2011/129, AB 2011/222 (DEB/Duitsland)	34, 62, 63, 92 93, 180
17 maart 2011	NJ 2011/365 (AJD Tuna)	93
21 februari 2013	C-472/11 (Banif Plus bank/Csipai)	294, 331
26 februari 2013	C-399/11, AB 2013/132 (Melloni)	34, 62
26 februari 2013	C-617/10, NJ 2013/348 (Åkerberg Fransson)	33, 62
26 november 2013	C-58/12 P, NJ 2014/113 (Groupe Gascogne/Commissie)	386, 404, 405, 415, 418
15 januari 2014	C-176/12 (AMS)	33
3 april 2014	C-342/13 (Sebestyén), nr. 31	173
30 april 2014	C-390/12 (Pfleger)	62
Hoge Raad		
12 juni 1953	NJ 1954/61	78
15 november 1957	NJ 1958/67	429
3 december 1971	NJ 1972/137	117, 137, 335, 417, 427
31 januari 1975	NJ 1976/146	308
26 juni 1981	NJ 1982/450	358
4 februari 1983	NJ 1984/103	371
29 maart 1985	NJ 1986/242	250, 471
1 november 1985	NJ 1986/277	363, 364
18 april 1986	NJ 1987/314	358, 371
6 februari 1987	NJ 1988/926	30, 100
27 maart 1987	NJ 1988/130	308
26 februari 1988	NJ 1989/2	118
12 mei 1989	NJ 1989/647	308, 327
30 juni 1989	NJ 1990/382	251, 257, 258, 260
1 juni 1990	NJ 1990/578	467
29 juni 1990	NJ 1991/337	27, 395, 414
1 februari 1991	NJ 1991/413	118
22 maart 1991	NJ 1991/400	335
13 september 1991	NJ 1991/767	368
23 oktober 1992	NJ 1993/3	40, 171
8 januari 1993	NJ 1993/558	118
12 februari 1993	NJ 1993/524	132
26 maart 1993	NJ 1993/613	48
4 juni 1993	NJ 1993/659	455, 457
23 juni 1993	NJ 1993/559	328
10 september 1993	NJ 1994/507	370
22 oktober 1993	NJ 1994/94	496
24 december 1993	NJ 1994/194	308

18 februari 1994	NJ 1994/742	315
29 april 1994	NJ 1995/727	118
7 april 1995	NJ 1997/21	460, 465
15 maart 1996	NJ 1997/341	319, 322, 324
6 september 1996	NJ 1996/699	363, 364
22 november 1996	NJ 1997/205	363, 364, 369
13 december 1996	NJ 1997/682	110, 112, 145
21 februari 1997	NJ 1999/145	145
31 oktober 1997	NJ 1998/85	462, 466
18 november 1997	NJ 1998/244	238, 251, 278
19 juni 1998	NJ 1998/777	462
9 oktober 1998	NJ 1998/853	110, 111, 112, 168, 290
16 oktober 1998	NJ 1999/7	455, 458, 472
18 december 1998	NJ 1999/271	277, 282
22 januari 1999	NJ 1999/243	280
19 november 1999	NJ 2001/30	277
25 februari 2000	NJ 2000/509	177
28 april 2000	NJ 2000/431	174, 175
28 april 2000	NJ 2000/432	174, 175
30 juni 2000	NJ 2001/316	249
3 oktober 2000	NJ 2000/721	134, 404
9 januari 2001	NJ 2001/307	134
4 mei 2001	NJ 2002/214	467
29 juni 2001	NJ 2001/495	463, 468
29 juni 2001	NJ 2001/613	367
5 oktober 2001	NJ 2002/514	323
30 oktober 2001	NJ 2003/201	78
23 november 2001	NJ 2002/386	476
30 november 2001	ECLI:NL:HR:2001:AD4497	171
12 april 2002	NJ 2002/411	95
12 juli 2002	NJ 2003/151	462
18 oktober 2002	NJ 2002/566	250
25 oktober 2002	NJ 2003/171	455, 456, 467
1 november 2002	NJ 2005/281	463
15 november 2002	NJ 2004/2	321
29 november 2002	NJ 2004/172	308, 316
13 december 2002	ECLI:NL:HR:2002:AF0224	320
20 december 2002	NJ 2004/4	332
31 januari 2003	NJ 2004/48	82, 310, 314
26 september 2003	NJ 2004/460	499, 508
3 oktober 2003	NJ 2004/3	462
5 december 2003	NJ 2004/74	455, 460, 461, 462
12 december 2003	NJ 2004/102	241, 318
23 januari 2004	NJ 2005/510	470
23 april 2004	NJ 2004/350	320
7 mei 2004	NJ 2006/281	133
7 mei 2004	NJ 2004/389	308
9 juli 2004	NJ 2005/256	470
9 juli 2004	NJ 2005/391	112, 145
17 december 2004	NJ 2005/68	102, 107, 120
18 maart 2005	NJ 2005/201	102, 119

18 maart 2005	NJ 2006/606	112, 138, 145
1 april 2005	NJ 2005/348	308
22 april 2005	AB 2006/11	135
22 april 2005	BNB 2005/337	139
20 mei 2005	NJ 2007/114	462
27 mei 2005	NJ 2005/485	169
14 juni 2005	ECLI:NL:HR:2005:AT7031	280
17 juni 2005	BNB 2005/338	135
9 september 2005	NJ 2007/140	308, 310, 326, 327
18 november 2005	NJ 2006/641	314
25 november 2005	NJ 2009/550	95
2 december 2005	NJ 2006/119	328
20 januari 2006	NJ 2006/74	256, 319
20 januari 2006	NJ 2006/75	212
3 februari 2006	BNB 2006/153	135
17 februari 2006	NJ 2006/156	316
10 maart 2006	NJ 2006/458	32, 109
31 maart 2006	NJ 2006/233	507, 508
14 april 2006	NJ 2006/257	468
28 april 2006	NJ 2006/284	169
12 mei 2006	NJ 2007/44	314
12 mei 2006	NJ 2007/130	179
9 juni 2006	NJ 2006/327	98, 471
16 juni 2006	NJ 2007/462	168
6 oktober 2006	NJ 2010/184	30, 341, 356
13 oktober 2006	NJ 2008/527	207
10 november 2006	NJ 2006/609	468
17 november 2006	NJ 2006/621	455
22 december 2006	NJ 2008/4	474
26 januari 2007	NJ 2007/78	427
16 maart 2007	NJ 2007/637	48, 308, 320
23 maart 2007	NJ 2007/178	314
20 april 2007	NJ 2007/241	330
25 mei 2007	NJ 2007/294	308
29 juni 2007	NJ 2008/177	269
13 juli 2007	NJ 2007/505	55
13 november 2007	NJ 2008/147	182
14 december 2007	NJ 2008/7	308
15 februari 2008	NJ 2008/107	169
22 februari 2008	NJ 2010/542	90
14 maart 2008	NJ 2008/466	508
28 maart 2008	NJ 2008/189	169
6 juni 2008	NJ 2008/323	110, 290
17 juni 2008	NJ 2008/358	134, 404, 426
11 juli 2008	NJ 2009/451	84, 90, 332
17 oktober 2008	NJ 2009/476	507
21 november 2008	NJ 2009/477	313
19 december 2008	BNB 2009/201	139
16 januari 2009	NJ 2009/54	264
16 januari 2009	NJ 2009/562	251, 258, 280, 370
10 april 2009	NJ 2010/471	87
24 april 2009	NJ 2009/488	178
8 mei 2009	RvdW 2009/614	212
5 juni 2009	NJ 2012/184	52

5 juni 2009	NJ 2012/182	207
11 september 2009	NJ 2010/523	183
18 september 2009	NJ 2010/186	132
23 oktober 2009	NJ 2009/527	182
20 november 2009	NJ 2009/580	24, 330
27 november 2009	NJ 2014/201	94, 201, 203, 207, 228, 476
4 december 2009	NJ 2011/131	116, 129, 130, 137, 144, 370, 374, 427, 474
15 december 2009	ECLI:NL:HR:2009:BK6646	232
22 december 2009	NJ 2010/18	308
5 februari 2010	NJ 2010/524	183
12 februari 2010	BNB 2010/119	277, 282, 283
26 februari 2010	NJ 2011/473	95, 203, 205
19 maart 2010	NJ 2010/172	24, 110, 183, 290, 372
26 maart 2010	NJ 2010/526	183
9 april 2010	NJ 2010/388	95
7 mei 2010	NJ 2010/556	185
25 juni 2010	NJ 2012/55	179
9 juli 2010	NJ 2012/226	364
9 juli 2010	NJ 2012/241	204
24 september 2010	NJ 2012/513	280
1 oktober 2010	NJ 2010/529	227
3 december 2010	NJ 2010/650	55, 316, 462
3 december 2010	NJ 2012/196	175
24 december 2010	NJ 2011/251	476
21 januari 2011	RvdW 2011/145	320
28 januari 2011	NJ 2011/59	210
28 januari 2011	NJ 2012/603	83
18 februari 2011	RvdW 2011/284	507
18 maart 2011	NJ 2012/315	84, 424, 425
25 maart 2011	NJ 2012/627	77, 84
15 april 2011	NJ 2011/177	471
15 april 2011	NJ 2011/180	310, 315
19 april 2011	ECLI:NL:HR:2011:BP5361	134
21 april 2011	NJ 2011/177	328
29 april 2011	NJ 2013/40	91
27 mei 2011	NJ 2012/625	177
10 juni 2011	AB 2011/184	135, 139
10 juni 2011	NJ 2011/272	55, 322, 323
17 juni 2011	NJ 2011/450	184
24 juni 2011	NJ 2011/282	310
24 juni 2011	NJ 2011/390	111
8 juli 2011	NJ 2012/169	189, 190
8 juli 2011	NJ 2011/307	265, 467
8 juli 2011	NJ 2011/310	308, 311
8 juli 2011	NJ 2011/311	461
9 september 2011	NJ 2011/409	310, 315
21 oktober 2011	NJ 2011/492	328
28 oktober 2011	NJ 2012/213	48, 190

4 november 2011	NJ 2012/171	180, 190
18 november 2011	RvdW 2011/1422	81
2 december 2011	NJ 2012/575	55, 323, 324
9 december 2011	NJ 2011/599	461
16 december 2011	ECLI:NL:HR:2011:BU8280	277
16 december 2011	NJ 2012/316	370
27 januari 2012	NJ 2012/76	55, 325
27 januari 2012	NJ 2012/77	325
27 januari 2012	NJ 2012/201	189
3 februari 2012	AB 2012/205	279
10 februari 2012	NJ 2012/230	310
6 april 2012	NJ 2012/233	185
13 april 2012	NJ 2014/262	181, 182, 183
15 juni 2012	NJ 2015/155	130
29 juni 2012	NJ 2012/410	146
10 augustus 2012	NJ 2012/485	313, 507
10 augustus 2012	RvdW 2012/1049	189
21 september 2012	NJ 2013/431	173
28 september 2012	NJ 2012/556	325
2 november 2012	NJ 2012/629	114
9 november 2012	NJ 2012/637	295, 306, 312, 330, 336
16 november 2012	RvdW 2012/1433	328
21 december 2012	NJ 2013/237	132
11 januari 2013	ECLI:NL:HR:2013:BX8359	140, 417
11 januari 2013	ECLI:NL:HR:2013:BX8360	140, 417
8 februari 2013	NJ 2014/495	95
15 februari 2013	RvdW 2013/27	468
1 maart 2013	NJ 2013/142	314
6 maart 2013	NJ 2013/528-530	381
29 maart 2013	NJ 2013/202	178
5 april 2013	RvdW 2013/524	311
5 april 2013	RvdW 2013/538	311
26 april 2013	RvdW 2013/639	311
3 mei 2013	NJ 2013/ 397	303
3 mei 2013	RvdW 2013/673	461
7 juni 2013	RvdW 2013/775	316
28 juni 2013	NJ 2013/553	318
12 juli 2013	NJ 2013/399	428
6 september 2013	RvdW 2013/1037	182
13 september 2013	NJ 2014/274	499
13 september 2013	NJ 2014/455	302, 329
25 oktober 2013	NJ 2013/559	332
15 november 2013	NJ 2013/573	428
22 november 2013	NJ 2014/114	314
20 december 2013	NJ 2014/144	212
31 januari 2014	NJ 2014/89	310
21 februari 2014	NJ 2014/131	178
28 maart 2014	BNB 2014/135	188, 189
28 maart 2014	NJ 2015/206	424

28 maart 2014	NJ 2014/525	99, 108, 109, 112, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 147, 281, 386, 393, 400, 404, 415, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 426, 427, 431
18 april 2014	NJ 2015/20	52, 58, 84
20 juni 2014	NJ 2014/334	311
5 september 2014	ECLI:NL:HR:2014:2629	177
5 september 2014	RvdW 2014/1015	178
26 september 2014	RvdW 2014/1060	173
3 oktober 2014	ECLI:NL:HR:2014:2894	178
17 oktober 2014	ECLI:NL:HR:2014:2981	139
31 oktober 2014	NJ 2015/181	252, 256, 310, 319, 320, 322, 324, 369
7 november 2014	ECLI:NL:HR:2014:3119	135
14 november 2014	ECLI:NL:HR:2014:3041	280
14 november 2014	ECLI:NL:HR:2014:3241	81, 82, 84
21 november 2014	RvdW 2014/1313	311
5 december 2014	ECLI:NL:HR:2014:3535	170
6 maart 2015	ECLI:NL:HR:2015:523	318
13 maart 2015	ECLI:NL:HR:2015:599	311
27 maart 2015	ECLI:NL:HR:2015:760	110, 111, 112
10 april 2015	ECLI:NL:HR:2015:926	417
17 april 2015	ECLI:NL:HR:2015:1064	179, 438
17 april 2015	ECLI:NL:HR:2015:1075	179, 438
17 april 2015	ECLI:NL:HR:2015:1078	192
1 mei 2015	ECLI:NL:HR:2015:1195	336
1 mei 2015	NJ 2015/233	312
22 mei 2015	ECLI:NL:HR:2015:1296	204
19 juni 2015	ECLI:NL:HR:2015:1684	171
26 juni 2015	ECLI:NL:HR:2015:1751	314, 327

Gerechtshoven*Amsterdam*

10 januari 2002	NJ 2002/504	429
25 januari 2007	NJ 2007/427	210
17 augustus 2010	ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585	95
31 januari 2012	ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7171	95
11 juli 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:1966	95
16 oktober 2014	ECLI:NL:GHAMS:2014:4264	241
10 februari 2015	ECLI:NL:GHAMS:2015:296	81

Arnhem

20 juli 2010	JA 2010/119	320
--------------	-------------	-----

Den Bosch

22 juni 2010	ECLI:NL:GHSHE:2010:BM9516	95
14 september 2010	JOR 2010/310	95
14 september 2010	ECLI:NL:GHSHE:2010:BO3207	95
10 januari 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8143	170

23 juli 2013	ECLI:NLGHSHE:2013:3351	189
31 maart 2015	ECLI:NL:GHSHE:2015:1106	280
<i>'s-Gravenhage</i>		
17 juli 1997	NJ Kort 1997/75	132
5 juni 2003	ECLI:NL:GHSGR:2003:AF9801	119
24 februari 2009	ECLI:NL:GHSDA:2009:BH4213	281
24 februari 2009	JA 2009/67	128, 138, 140, 417
23 juni 2009	ECLI:NL:GHSGR:2009:BI9309	285
30 maart 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8979	181, 182
14 september 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230	130
8 november 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3682	109
19 april 2011	AB 2011/181	128, 138, 417
5 juli 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0132	110, 290
10 juli 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0133	182
9 juni 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:1431	318
Rechtbanken		
<i>Amsterdam</i>		
16 oktober 2002	NJ 2003/87	213
17 december 2008	NJ 2009/311	484
<i>Arnhem</i>		
9 juni 2010	JA 2010/100	235
<i>'s-Gravenhage</i>		
10 juli 2008	ECLI:NL:RBSGR:2008:BD6795	181
20 mei 2009	ECLI:NL:RBSGR:2009:BI5132	128, 138, 417
24 juni 2009	JA 2009/127	128, 138, 417
30 september 2009	JA 2009/165	128, 138, 417
9 maart 2011	ECLI:NL:RBDHA:2011:BP7073	506
25 april 2012	ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5432	130
25 april 2012	JA 2012/123	106
23 oktober 2013	ECLI:NL:RBDHA:2013:14565	130
15 april 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:5228	127
3 juni 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:6222	127, 130
<i>Leeuwarden</i>		
24 juli 2000	NJ 2000/696	282
<i>Maastricht</i>		
14 december 1972	NJ 1973/145	396
<i>Rotterdam</i>		
20 december 2011	ECLI:NL:RBROT:2011:BV7067	191
<i>Zutphen</i>		
1 december 2009	ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4858	282
Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State		
29 juni 2005	AB 2006/43	135
6 juni 2007	AB 2007/220	281
6 juni 2007	NJB 2007/1323	135

*Centrale Raad van Beroep**Jurisprudentieregister*

29 april 2008	JB 2008/138	280
9 februari 2011	ECLI:NL:RVS:2011:BP3701	411
14 december 2012	ECLI:NL:CRVB:2012:YB6202	411
6 maart 2013	AB 2014/267	188
29 januari 2014	AB 2014/115	115, 135, 397, 400, 404, 407, 417, 419, 426

Centrale Raad van Beroep

8 december 2004	ECLI:NL:CRVB:2004:AR7273	281
8 december 2004	AB 2005/73	135
22 september 2006	NJB 2006/1692	135
29 januari 2009	ECLI:NL:CRVB:2009:BH1009	419
23 februari 2012	ECLI:NL:CRVB:2012:BV6848	411, 419
2 maart 2012	ECLI:NL:CRVB:2012:BV7730	400
14 december 2012	ECLI:NL:CRVB:2012:YB6202	400

College van Beroep voor het bedrijfsleven

4 december 2007	AB 2007/403	135
-----------------	-------------	-----

Overige instanties*Hof van Cassatie (België)*

19 december 1991	A.C. 1991-92, 364	125
8 december 1994	A.C. 1994, 1074	125
26 juni 1998	A.C. 1998, 762	125
25 maart 2010	A.C. 2010, 920	125

Court of Appeal (Engeland)

Jean F. Jones v. Warwick		529
Halsey v. Milton Keynes		215

Cour de cassation (Frankrijk)

3 juni 2010	Cass. 1re civ. nr. 09-13591	145
-------------	-----------------------------	-----

SERIE-OVERZICHT

Algemeen Deel

- Asser/Scholten, Algemeen deel ☆, 3^e druk 1974
Asser/Vranken, Algemeen deel ☆☆, 1^e druk 1995
Asser/Vranken, Algemeen deel ☆☆☆, 1^e druk 2005
Asser/Vranken, Algemeen deel ☆☆☆☆, 1^e druk 2014

1 Personen- en familierecht

- 1* Asser/De Boer, Personen- en familierecht, 18^e druk 2010
1-I Personen- en familierecht, 19^e druk (in voorbereiding)
1-II Huwelijksvermogensrecht, 19^e druk (in voorbereiding)

2 Rechtspersonenrecht

- 2-I* Asser/Maeijer & Kroeze, De rechtspersoon, 9^e druk 2015
2-II* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, De naamloze en besloten vennootschap, 3^e druk 2009
2-IIa Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme, NV en BV – Oprichting, vermogen en aandelen, 4^e druk 2013
2-IIb Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme, NV en BV – Corporate governance, 4^e druk (in voorbereiding)
2-IIc Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme, NV en BV – Geschillen, procedures en openbare biedingen, 4^e druk (in voorbereiding)
2-III* Asser/Rensen, Overige rechtspersonen, 9^e druk 2012

3 Vermogensrecht algemeen

- 3-I Asser/Hartkamp, Europees recht en Nederlands vermogensrecht, 3^e druk, 2015
3-II Algemene begrippen van het vermogensrecht, 1^e druk (in voorbereiding)
2-I Asser/Van der Grinten & Kortmann, De vertegenwoordiging, 8^e druk 2004¹
3-IV Asser/Bartels & Van Mierlo, Algemeen goederenrecht, 16^e druk 2013
3-V Asser/Perrick, Gemeenschap, 3^e druk 2015
3-VI* Asser/Van Mierlo & Van Velten, Zekerheidsrechten, 16^e druk 2010

¹ Dit Asser-deel maakt deel uit van de oude opzet van de Asser-serie. De nieuwe opzet sluit aan bij de volgorde van de boeken van het BW. Zo krijgt bijvoorbeeld 'De vertegenwoordiging' onder de nieuwe opzet het nummer 3-III.

4 Erfrecht en schenking

- 4 Asser/Perrick, Erfrecht en schenking, 15^e druk 2013

5 Zakenrecht

- 5* Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, Eigendom en beperkte rechten, 15^e druk 2008

6 Verbintenissenrecht

- 6-I* Asser/Hartkamp & Sieburgh, De verbintenis in het algemeen, 1^e gedeelte, 14^e druk 2012
6-II Asser/Hartkamp & Sieburgh, De verbintenis in het algemeen, 2^e gedeelte, 14^e druk 2013
6-III Asser/Hartkamp & Sieburgh, Algemeen overeenkomstenrecht, 14^e druk 2014
6-IV* Asser/Hartkamp & Sieburgh, De verbintenis uit de wet, 14^e druk 2015

7 Bijzondere overeenkomsten

- 7-I* Asser/Hijma, Koop en ruil, 8^e druk 2013
5-IIA Asser/Abas, Huur, 9^e druk 2007¹
7-III Asser/Snijders, Pacht, 3^e druk 2013
7-IV Asser/Tjong Tjin Tai, Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reis-overeenkomst, 2^e druk 2014
7-V Asser/Heerma van Voss, Arbeidsovereenkomst, 3^e druk 2015
7-VI Asser/Van den Berg, Aanneming van werk, 2^e druk 2013
7-VII* Asser/Van Olffen, Personenvennootschappen, 7^e druk 2010
7-VIII* Asser/Van Schaick, Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rent, spel en weddenschap, 7^e druk 2012
7-IX* Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, Verzekering, 3^e druk 2012
7-X Asser/Houben, Onbenoemde overeenkomsten, 1^e druk 2015
7-XI Pensioen, 1^e druk (in voorbereiding)

8 Verkeersmiddelen en vervoer

- 7-I Asser/Japikse, Algemene bepalingen en rederij, 1^e druk 2004¹
8-II* Asser/Japikse, Rechten en voorrechten op zeeschepen. Kapitein, bevoegdheden en verplichtingen, 1^e druk 2012

9 Auteursrecht en merkenrecht (in voorbereiding)

10 Internationaal privaatrecht

- 10-I Asser/Vonken, Algemeen deel IPR, 1^e druk 2012
10-II Asser/Vonken, Internationaal personen-, familie- en erfrecht, 1^e druk 2012
10-III Asser/Kramer & Verhagen, Internationaal vermogensrecht, 1^e druk 2015

¹ Dit Asser-deel maakt deel uit van de oude opzet van de Asser-serie. De nieuwe opzet sluit aan bij de volgorde van de boeken van het BW. Zo krijgt bijvoorbeeld 'De vertegenwoordiging' onder de nieuwe opzet het nummer 3-III.

Procesrecht

- 1 Asser Procesrecht/Giesen, Beginselen van burgerlijk procesrecht, 1^e druk 2015
- 2 Asser Procesrecht/Van Schaick, Eerste aanleg, 1^e druk 2011
- 3 Asser Procesrecht/Asser, Bewijs, 1^e druk 2013
- 4 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent, Hoger beroep, 2^e druk 2012
- 5 Beslag en executie, 1^e druk (in voorbereiding)
- 6 Faillissement, 1^e druk (in voorbereiding)
- 7 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, 5^e druk 2015
- 8 Arbitrage en bindend advies, 1^e druk (in voorbereiding)
- 9 IPR Procesrecht (werktitel), 1^e druk (in voorbereiding)
- 10 Europees procesrecht, 1^e druk (in voorbereiding)

