

HET AMBTSHALVE AANVULLEN VAN RECHTSGRONDEN*

door

T.A.W. STERK
Hoogleraar Rijksuniversiteit Leiden

1. Het onderwerp, ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, of liever: het door de burgerlijke rechter ambtshalve toepassen van het recht, vereist een nadere omlijning. In de discussies omtrent dit vraagstuk ontmoeten we rechtsspreuken zoals „*da mihi facta, dabo tibi ius*” en het bekendere adagium „*ius curia novit*”. Minder kernachtig luidt artikel 48 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.): „*De regters moeten bij hunne beraadslagingen van ambtswege de regsgronden aanvullen, welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd*”. De hierin besloten tegenstelling tussen feitelijke gronden en rechtsgronden, ofwel tussen feit en recht, met de opdracht aan de rechter slechts die laatste gronden aan te vullen, laat al vermoeden dat het hier gaat om een taakverdeling tussen de partijen en de rechter, waarbij die tegenstelling een rol speelt. Vriesendorp (1) spreekt dan ook in dit verband van een positieve en een negatieve opdracht aan de rechter; de laatste is dan de keerzijde van de partij-autonomie. Zelfs wie, zoals De Kanter (2) kiest voor de verwarrende tegenstelling tussen rechtsgronden en rechtsmiddelen stuit op het vraagstuk van de afgrenzing van de taken van de rechter en de partijen. De in dit verband gangbare en eenzijdig gerichte termen „partij-autonomie” en „lijdelijkheid van de burgerlijke rechter” brengen op zichzelf weinig verheldering. Hoewel de laatste door Van Boneval Faure werd verheven tot één van zeven hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht (3), kunnen die termen hoogstens bruikbaar zijn als etiketten of als oppervlakkige typeringen. Zij duiden alleen op wat de rechter niet moet doen, maar veronderstellen wat de taak van een rechter wèl is. Wanneer de partij-autonomie wordt gesteld tegenover de autonomie van de rechter (4) wordt het vraagstuk duidelijker aangegeven. Dan wordt ook beter zicht-

* Preadvis uitgebracht op de jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijking van het recht in België en Nederland, te Gent op 27-28 november 1981.

(1) VRIESENDORP, J.J., *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding*, Zwolle, 1970 en *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, Studiepocket privaatrecht*, nr. 23, Zwolle, 1981.

(2) DE KANTER, P.J., *Rechtsgronden en rechtsmiddelen*, Leiden, 1928, p. 86.

(3) VAN BONEVAL FAURE, R., *Het Nederlandse Burgerlijke Procesrecht*, I, 3e druk, 1893, p. 110 e.v.

(4) JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., *De antikiesregel*, Deventer, 1970, p. 30.

baar wat wordt bedoeld door diegenen die de bepaling van artikel 48 Rv. als een doorbreking van het lijdelijkheidsbeginsel beschouwen (5).

In het hierna volgende zal een uitgangspunt zijn dat de partijen en hun rechter in het proces verschillende rollen spelen. Zij hebben in hun samenkomst eigen en soms onvervreembare taken. Ons eigenlijke onderwerp is dan de taak van de burgerlijke rechter om, zelfs ongevraagd en soms tegen de wensen van de partijen in, het recht na te leven en toe te passen.

2. Bij de problemen rond artikel 48 Rv. is men gewend vooral te denken aan het gewone, meestal bij dagvaarding ingeleide, contentieuze proces voor de burgerlijke rechter. Dit proces is in de eerste plaats een proces tussen de partijen. Het gaat over twistgedingen (art. 167 Grondwet), geschillen (art. 2 R.O.), zaken strekkende tot bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil (art. 429 b Rv.). In veel gevallen gaat het om de handhaving van rechten die aan partijen ter vrije beschikking staan. In die gevallen kunnen zij kiezen voor een andere wijze van oplossen van hun geschil dan door de beslissing in te roepen van de overheidsrechter. Dading, bindend advies en arbitrage kunnen dan alternatieven zijn. Zelfs wanneer de tussenkomst van de rechter een noodzakelijke voorwaarde is voor het intreden van de begeerde rechtsgevolgen of de rechter wordt geadieerd juist met het oog op de toegang tot van overheidswege gegeven executiemiddelen, neemt dit niet weg dat het aan partijen blijft overgelaten of zij al dan niet hun rechten willen handhaven. Of bijvoorbeeld echtgenoten een ontbinding wensen van hun duurzaam ontworpen huwelijk door echtscheiding, of zij nietigverklaring wensen van een gebrekkig gesloten huwelijk, of de huiseigenaar ontruiming wil van zijn onroerend goed, of partijen wensen op te komen tegen een onjuist, tussen hen gewezen vonnis, dat alles zijn voorbeelden van keuzen die aan een partij of aan partijen toekomen. Evenzeer zijn het de partijen, en niet de rechter, die aan het proces een einde kunnen maken voordat de rechter bij eindvonnis heeft beslist. Maar ook daarna blijven zij gewoonlijk vrij van de uit het vonnis voortvloeiende rechten al dan niet gebruik te maken.

Dat het partij-initiatief tot het voeren van een geding op zichzelf niet doorslaggevend is voor de rol van de rechter in een bepaalde procesgang tonen bijvoorbeeld het strafproces en het administratieve proces. Ook daar gaat de rechter niet eigener beweging naar zaken op zoek, maar wacht hij

(5) STEIN, P.A., *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 5e druk, Deventer, 1981, p. 47; HUGENHOLTZ en HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 12e druk, 's-Gravenhage, 1979, nr. 5.

af tot er worden aangebracht. Toch is zijn taak niet gelijk aan die van de rechter in het gewone burgerlijke proces.

In die processen zijn tevoren de rollen van het openbaar ministerie (aanklager) en de verdachte (beklaagde) of van de klager (eiser) en de verweerder verdeeld; als partijen zijn zij in hun rechtspositie ongelijksoortig en ongelijkwaardig. Hun handelen dient ongelijksoortige belangen. De bescherming van de klager en de verdachte tegenover de (semi-)overheid als wederpartij verdient daar de bijzondere aandacht van de wetgever en de rechter. In het gewone burgerlijke proces zijn de partijen principieel, fictief zo men wil, gelijkwaardig. In beginsel verdient de ene partij in dit proces geen grotere of geringere bescherming door de rechter dan de andere.

Ook de procesgang zelf kan de rol van de rechter en die van de partijen nader bepalen. Denken we bij de burgerlijke rechter alleen aan de gewone procesgang, dan vertekenen we de werkelijkheid. De sterke toename van rechtspraak in de vorm van verzoekschriftprocedures, ook in van oudsher contentieuze zaken, en in het kort geding voor de rechtbankpresident maken de gewone procesgang steeds minder gewoon. De procedures waarin de rechter volgens het spraakgebruik „minder lijdelijk” is nemen in belang en aantal toe.

3. Aan een proces voor de rechter worden kwaliteitseisen gesteld. Een aantal beginselen vinden we thans neergelegd in artikel 6 Europees Verdrag Rechten van de Mens. Voor ons onderwerp valt daaruit niet veel meer te putten dan het vereiste van een „eerlijke behandeling”. Duidelijker aanknopingspunten geven de diverse regels die moeten waarborgen dat alle partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld om te worden gehoord. In het civiele proces spreken wij dan van „hoor en wederhoor”. Niet alleen de voorschriften met betrekking tot de wijze van dagvaarding en oproepen tot deelname aan het proces maar ook de regels die het hoor en wederhoor beschermen tijdens het geding behoren hiertoe. Voor dit laatste vinden we een beginselverklaring in artikel 45 Rv.: „Indien partijen verschijnen, worden zij over en weder in hunne belangen gehoord...” In een andere vorm vinden we deze gedachte terug in artikel 24 R.O. dat onder meer de rechters verbiedt zich in enig bijzonder onderhoud of gesprek in te laten met partijen of hun raadsliden en om bijzondere onderrichtingen, memoriën of schrifturen aan te nemen. Hoe het civiele proces doordrenkt is van deze gedachte vinden we ook in het verbod om na pleidooi door één van beide partijen overgelegde bewijsstukken aan het vonnis ten grondslag te leggen (6), in het toepassen van de wederhoor-re-

(6) H.R., 29 maart 1974, *N.J.*, 1975, 117.

gel ook bij het onderzoek van deskundigen(7) en bijvoorbeeld in de uitspraken die er op wijzen dat de inhoud van de laatste conclusie niet voor onbetwist mag worden gehouden(8). Een stap verder is dan nog de mogelijkheid om kennis te nemen van de in het proces verzamelde gegevens, dat bijvoorbeeld teruggevonden kan worden in de wijze van produceren van bewijsstukken, in de nederlegging van de akte van bevinding van een gerechtelijke plaatsopneming op de griffie (art. 219 Rv.) en het recht op inzage van stukken in verzoekschriftprocedures (b.v. art. 429 b Rv.). Dit alles illustreert dat de over en weer door de partijen ingenomen standpunten, hun argumenten, het bijeengebrachte bewijs en andere bijeengebrachte gegevens onderwerp van debat tussen de partijen behoren te kunnen uitmaken voordat de rechter daarop zijn beslissing bouwen mag. Een interessante uitbreiding van het debat in het bijzonder ten aanzien van het recht geven de artikelen 150, 151, 429 s en 429 t Rv. voor het geval de rechter inlichtingen wil vragen over buitenlands recht overeenkomstig artikel 3 van de op 7 juni 1968 te Londen gesloten Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Trb., 1968, 142). De voorlopig door de rechter geformuleerde vragen worden aan de partijen ter discussie gesteld voordat zij in definitieve vorm worden vastgelegd in een tussenvonnis. Ook omtrent de ontvangen inlichtingen mogen partijen zich uitlaten.

De fase van het proces waarin de partijen niet meer mogen meespreken is de beraadslaging van de rechters in de raadkamer of die binnen het brein van de *unus iudex* nadat de zaak in staat van wijzen is gebracht. Vooral deze rechterlijke arbeid kan gemakkelijk tot voor de partijen verrassende uitkomsten voeren. Ongelukken kunnen ontstaan wanneer de rechter pas in dit stadium bedrijvend en dan tē inventief wordt(9). Het ambtshalve toepassen van het recht zonder voorafgaand debat daarover kan juist dan van bijzondere betekenis zijn. Een wezenlijk verschil tussen het gewone civiele proces en andere procedures ligt ook hierin niet.

4. Een beroep op de rechter is ook een beroep op het recht. De rechter spreekt recht volgens rechtsregels; d.w.z. hij hanteert het recht als maatstaf bij het nemen van zijn beslissing en vindt in het recht regels die hij in acht moet nemen in de manier waarop hij het geding in staat van wijzen brengt. Dit is niet anders wanneer aan de rechter een vrijheid toekomt bij

(7) H.R., 7 mei 1976, *N.J.*, 1977, 383.

(8) H.R., 9 juni 1972, *N.J.*, 1972, 379; nog verfiind door H.R., 30 juni 1978, *N.J.*, 1978, 614.

(9) ZONDERLAND, P., *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle, 1977, p. 145-146: „het verdient aanbeveling, dat de rechter — meer dan in Nederland gebruikelijk is — zijn mond open doet, opdat partijen zijn eigen invallen zo nodig kunnen corrigeren”.

het invullen van blanket-normen, bij het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden, bij het handhaven van de goede procesorde, of zelfs bij het recht doen als goede man naar billijkheid zoals aan scheidslieden kan worden toegestaan (10). Die vrijheid wordt door het recht aan de rechter toegekend; de invulling daarvan is meestal méér dan enkel casuïstiek (11). De in het proces toe te passen rechtsregels zijn in de eerste plaats de regels die beslissend zijn voor het aan de orde gestelde geschil. Daartoe behoren vooral de regels van materieel recht die de rechtsverhouding in geschil tussen de partijen beheersen. Verder zijn er de regels die de rechtsgang betreffen en de posities van de partijen, de rechter en de eventuele andere deelnemers aan het proces bepalen, waarbij taken en bevoegdheden worden toegewezen, verplichtingen worden opgelegd en in acht te nemen vormen en voorwaarden worden gegeven. Die regels richten zich in veel gevallen ook, vooral of uitsluitend tot de rechter. De regel van artikel 48 Rv. is hiervan een voorbeeld.

Met betrekking tot het toepasselijke recht kunnen ook de bekende begrippen worden gehanteerd, die iets zeggen over de kracht waarmee een rechtsregel dwingt: regelend, aanvullend of dispositief recht tegenover (semi-)dwingend recht en recht van openbare orde. Hoe nuttig deze begrippen ook kunnen zijn bij het ordenen en kernachtig aanduiden van groepen rechtsregels, ook t.a.v. de vraag van het al dan niet ambtshalve toepassen, een toetssteen vooraf geven zij niet. Uiteindelijk gaat het om de functie en de strekking van de betrokken rechtsregel en om de waardering door de wetgever of de rechter van de kracht waarmee de regel moet worden doorgezet. De uitkomsten van die waarderingsvoeren tot het duidelijkste onderscheid tussen het gewone burgerlijk proces en andere processen.

De vraag van het al dan niet ambtshalve toepassen kan ook worden gesteld naar aanleiding van de onderscheiding van rechtsbronnen. Maakt het verschil of een rechtsregel is vastgesteld door een lagere of een hogere wetgever, ofwel is vastgesteld in een internationaal verdrag? Is er verschil ten aanzien van gebruiken en gewoonterecht, jurisprudentierecht of zelfs nationaal recht van vreemde staten? Ik volsta hier met die problemen te signaleren.

5. Een bijzonderheid van het gewone civiele proces, of eigenlijk van de contentieuze civiele zaken in het algemeen, is de vergaande mate waarin

(10) Art. 636 Rv. Die bevoegdheid kan ook aan de overheidsrechter toekomen als het appel op hem is voorbehouden.

(11) Zie recentelijk: KORTHALS ALTES, E., in *De hanteerbaarheid van het recht, bundel opstellen aangeboden aan mr. L.D. Pels Rijcken*, Zwolle, 1981, p. 47 e.v.

beide partijen de grenzen van het geschil bepalen. Zij, niet de rechter, bepalen de grondslag van eis en verweer. Zij kunnen daarmee de rechter beperken in het toe te passen recht. Het zgn. *Dispositions-maxime* is in dit proces verregaand doorgevoerd. We kunnen ook zeggen, dat het proces naar beide kanten een accusatoir proces is, als wij daaronder verstaan dat bepalend is voor de grenzen van het voorgelegde geschil wat de partijen over en weer hebben aangevoerd en de rechter daaraan eigener beweging geen uitbreiding geven mag. Deze visie op het civiele proces leidt bij de toepassing van recht er toe dat de waardering van de wetgever en de rechter of een regel ongeacht of zelfs tegen de wil van partijen moet worden doorgezet in veel gevallen een negatieve uitkomst heeft. Wel kunnen wij ons afvragen of deze opvatting vooral in eerste aanleg soms tot een tè grote lijdelijkheid voert, waarbij over de hoofden van de procespartijen heen de gedachte zou kunnen spelen dat: *advocatus ius novit*.

6. De eerste taak van de eiser is de inleiding van het proces. Als het geding moet worden aangevangen met een dagvaarding, dan is het zijn taak om de rechter en de wederpartij daarin te betrekken. Wat hij vordert en op grond waarvan hij dit vordert moet hij al bij dagvaarding en conclusie van eis op een voor de wederpartij en de rechter begrijpelijke wijze formuleren. Niet door de beugel kunnen bijvoorbeeld: een dagvaarding in eerste aanleg „op nader aan te voeren gronden” (12); onvoldoende in bijzonderheden omschreven feiten dan wel vaagheid of duisterheid van het als grondslag van de eis gestelde, zodat de gedaagde zich niet naar behoren kan verweren (13); een duister *petitum* in hoger beroep (14).

De sancties kunnen worden gevonden in de nietigverklaring van de dagvaarding: ambtshalve volgens artikel 92 Rv. bij verstek van de gedaagde, en wanneer de gedaagde is verschenen volgens artikel 94 Rv. alleen als de gedaagde zich op de nietigheid beroept. In het laatste geval volgt, als de gedaagde zich niet beroept op de nietigheid, niet-ontvankelijkverklaring als ook in de loop van het geding de vordering en de grondslag daarvan aan de rechter niet begrijpelijk zijn gemaakt.

De wederpartij heeft de vrije keuze zich al dan niet met het proces in te laten. De verschenen gedaagde maakt uit of, in hoeverre en op welke wijze hij verweer wil voeren. Door de eiser gestelde feiten die hij niet betwist staan vast, feiten die zijn verweer moeten schragen moet hij naar voren brengen. In tal van gevallen is aan hem de keuze gelaten of hij van

(12) H.R., 25 april 1913, W. 9500.

(13) H.R., 29 mei 1931, *N.J.*, 1951, 1385; H.R., 24 mei 1957, *N.J.*, 1959, 10.

(14) H.R., 21 november 1980, *N.J.*, 1981, 101.

bepaalde verweermiddelen gebruik wil maken, of hij de bescherming van het recht wil inroepen of niet.

Op beide partijen rust de plicht tegenover elkaar en tegenover de rechter hun standpunten duidelijk te maken, zodat de wederpartij in staat is zich daartegenover te verweren en de rechter in staat zal zijn een beslissing in de zaak te nemen. Voor beiden geldt de gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen en documentatie, tot het medewerken aan gerechtelijke verrichtingen en tenslotte tot het verschaffen van het door de rechter opgedragen bewijs (15). De laatste sanctie ligt tenslotte in het krijgen van ongelijk.

Door het formuleren van hun standpunten, met inachtneming van de regels van de artikelen 134 en 141 Rv., gedurende de loop van het geding, vertellen de partijen hun verhaal. Daarmee bepalen zij waarover wordt geprocedeerd en een beslissing van de rechter wordt gevraagd.

7. Als met rechtspraak belast overheidsorgaan heeft de rechter slechts een taak voorzover deze aan hem bij de wet is opgedragen. Verricht hij onverplicht een taak buiten die wettelijke opdracht, dan is dit geen rechtspraak, maar een „daad van welwillendheid” (16). Waar zijn rechtsmacht ophoudt heeft de rechter als zodanig geen taak om in de zaak te beslissen. Van elke rechter is de rechtsmacht nader begrensd. Hem is bijvoorbeeld burgerlijke of administratieve rechtspraak opgedragen. Hij is belast met rechtspraak in eerste aanleg en/of met appelrechtspraak of bijvoorbeeld met rechtspraak in cassatie. Hij kan tot taak gekregen hebben slechts zaken tot een bepaalde waarde of van een bepaalde soort in eerste aanleg te behandelen. Rechtsmacht en absolute bevoegdheid stellen aldus grenzen aan de taak van de rechter. Ook naar territorium kunnen grenzen aan zijn ambtsuitoefening zijn gesteld. Dit blijkt al uit de regels die bepalen welke de territoriaal bevoegde appelrechter is. De rechter verricht zijn ambtsbezigheden als regel binnen zijn ambtsgebied; slechts bij uitzondering wordt een taak daarbuiten aan hem opgedragen (17). Bij gerechtelijke plaatsopnemingen pleegt men zich aan dergelijke grenzen niet te storen; terecht, nu het daarbij juist gaat om de eigen waarneming van de rechter die vonnis wijzen zal (18). De nationale grens is nog duidelijker tevens een grens aan de taak van de rechter. Niet alleen overschrijdt hij

(15) Zie b.v.: H.R., 18 december 1925, *N.J.*, 1926, 228; H.R., 12 juni 1953, *N.J.*, 1954, 61 (bloedproef); H.R., 10 juni 1966, *N.J.*, 1966, 390; H.R., 1 april 1977, *N.J.*, 1977, 512.

(16) Zie b.v.: H.R., 11 mei 1931, *N.J.*, 1931, 1617; Rb. Middelburg, 4 december 1963, *N.J.*, 1964, 244.

(17) B.v. in art. 885 Rv. bij het curatele-verhoor.

(18) Zie VAN DEN DUNGEN e.a. (STERK) aant. 4 op art. 219 Rv.

deze bij zijn ambtsverrichtingen niet, maar ook is in zaken met internationale aspecten zijn rechtsmacht soms beperkt, al is het maar omdat de wetgever soms meende dat de rechter geen taak heeft voor de exportmarkt(19). Ook de regels van interne organisatie richten zich in de eerste plaats tot de rechter. Verder heeft hij een aantal uitdrukkelijk aan hem opgedragen taken en bevoegdheden. Hij bepaalt bijvoorbeeld de orde op de terechtzitting, schrapt een zaak van de rol wanneer geen partij verschijnt, bepaalt uitsteltermijnen, beslist of er nadere conclusies mogen volgen, verwijst naar een andere kamer en stelt tijdstippen voor verrichtingen vast. In vergaande mate is hij vrij onderzoeksmaatregelen te bevelen, zoals comparitie, getuigenverhoor, plaatsopneming en deskundigenbericht.

Dit alles betreft de taak van de rechter, die hij moet uitoefenen overeenkomstig de daarvoor geldende regels, met de daartoe bestaande middelen en zelfs naar goed vakmanschap.

In dit licht kunnen ook de regels worden gezien die de in het geschil aan de orde gestelde rechtsverhouding tussen de partijen beheersen. Als overheidsorgaan is ook de rechter gebonden aan dit recht en soms in het bijzonder belast met de handhaving daarvan. Scholten sprak in dit verband van een dubbel bevel in het dwingende recht, één aan de individuen, die aan de wet onderworpen zijn, en één aan het staatsorgaan dat met de handhaving is belast, terwijl er bij aanvullend recht alleen het tweede is(20).

8. Soms zijn regels die zich in het bijzonder tot de rechter richten ter dispositie van de partijen gesteld. Dan worden zij wel van aanvullend of regelend recht genoemd. Dit komt niet alleen voor ten aanzien van de taken van de rechter in het proces, maar zelfs bij de vraag of hij wel een taak heeft. Tot de eerste groep behoren de bewijsovereenkomst, waarbij voor de rechter bindend van materiële bewijsregels wordt afgeweken, en de overeenstemming tussen de partijen over de persoon en het aantal van de te benoemen deskundigen. In de tweede groep vinden we de *forum-keuze*, de procedure voor de kantonrechter op de voet van artikel 43 R.O., de *prorogatie*-overeenkomst, waardoor het gerechtshof bevoegd wordt in eerste aanleg, de sprongcassatie, waarmee het hoger beroep wordt overgeslagen, en het arbitrale beding of het compromis waarmee de rechtsmacht van scheidslieden wordt gevestigd. Een dergelijke dispositie van partijen bindt de rechter als door één of beide partijen daaraan toepassing wordt

(19) B.v. in de uitdrukkelijke beperkingen voor vreemdelingen in art. 814 Rv.

(20) ASSER/SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 1974, 21.

gegeven of daarop een beroep wordt gedaan. Ook kunnen regels op zodanige wijze ter partij-dispositie zijn gesteld dat zij pas tot toepassing door de rechter kunnen leiden als de partij de wens daartoe heeft geuit. Voorbeelden zijn de exceptie van relatieve onbevoegdheid van de rechtbank (art. 154 Rv.) en de voor de rechtbank opgeworpen exceptie van de absolute bevoegdheid van de kantonrechter (art. 157 Rv.), het beroep op nietigheid van de dagvaarding door een verschenen gedaagde (art. 94 Rv.) en het verzet tegen een vermeerdering van eis (art. 134 Rv.). Wordt eenmaal een beroep op de regel gedaan, dan is de rechter ook gehouden deze ten volle toe te passen. Deze regels staan, evenals de voorgaande, ter partij-dispositie en niet ter dispositie van de rechter.

9. Om tot een oordeel te komen moet de rechter van het door de partijen aangevoerde kennis nemen. In een overwegend schriftelijk proces komt dit hoofdzakelijk neer op het lezen van de gedingstukken. Door uitlegging moet hij de betekenis daarvan vaststellen. Een opmerkelijk staaltje van uitlegging van de gedingstukken leverde de Hoge Raad in de zaak *Nicolaye t. Grooten*(21) waarbij een als bewijsstuk overgelegd proces-verbaal wordt gebezigd om de zin van de stellingen van de eiser vast te stellen. Meermalen gaf de Hoge Raad aan de lagere rechter het advies er een comparitie aan te wagen als hij omtrent de inhoud of de strekking van de stukken in het duister tast(22).

10. Een volgende stap is het kwalificeren van de gestelde feiten, d.w.z. het herkennen en benoemen van die feiten als mogelijke rechtsfeiten, waarbij het in beginsel niet van belang is van welk juridisch etiket de partij het feit heeft voorzien(23). Daarmee is de rechter al op weg om de toepasselijke rechtsregel aan te wijzen; ook die taak oefent de rechter uit ongeacht de opvatting van partijen omtrent de vraag welke regel toepasselijk is(24). De rechter dient de gevonden regel toe te passen met alle gevolgen van dien; hij zal ambtshalve de vordering moeten afwijzen als hij van oordeel is dat de door hem toepasselijk geachte rechtsregel niet tot een veroordeling op grond van de stellingen van eiser kan leiden(25). Die

(21) H.R., 1 december 1974, *N.J.*, 1975, 454.

(22) B.v.: H.R., 24 mei 1957, *N.J.*, 1959, 10; H.R., 21 november 1980, *N.J.*, 1981, 101.

(23) B.v.: H.R., 7 maart 1980, *N.J.*, 1980, 641; H.R., 13 juni 1980, *N.J.*, 1980, 474.

(24) H.R., 16 maart 1939, *N.J.*, 1939, 1048, in welk geval de toewijsbaarheid van de vordering op grond van wanprestatie moest worden onderzocht, hoewel de eiser zelf de feiten had gekwalificeerd als een onrechtmatige daad.

(25) H.R., 4 december 1924, *N.J.*, 1925, 265; H.R., 16 april 1925, *N.J.*, 1925, 679; H.R., 19 februari 1971, *N.J.*, 1971, 269.

taak komt ook de rechter in hoger beroep toe(26). Niet anders is het in cassatie voor de Hoge Raad(27). Toepassing van rechtsregels is in de eerste plaats toepassing op de door de partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag gelegde rechtsfeiten, zoals deze door de rechter zijn gevonden door uitlegging en kwalificatie. Door zich op bepaalde feiten te beroepen, door gekwalificeerde feiten te stellen(28), door eis of verweer specifiek op bepaalde rechtsregels toe te snijden en zelfs door daartoe uitdrukkelijk de wens te kennen te geven kunnen de partijen de rechter beperken in het toepassen van recht. Daartegenover staat dan wel als consequentie dat een te beperkte grondslag van de eis aan de toewijzing daarvan in de weg staat(29), zelfs wanneer de wederpartij zich op een andere grondslag tot prestatie verplicht zou erkennen.

11. Als de rechter de zaak onderzoekt en beslist op een andere dan de tot eis of verweer gestelde grondslag, past hij niet alleen ambtshalve het recht toe, maar treedt hij ook buiten de door partijen op eigen initiatief getrokken grenzen; hij doet recht op feiten waarover niet wordt geprocedeerd. Zo mag bijvoorbeeld de rechter niet onderzoeken of er een gewichtige reden is tot ontslag als bedoeld in een rechtspositiereglement als geprocedeerd wordt over kennelijk onredelijk ontslag(30), mag geen vergoeding van andere schade worden toegewezen dan was gevorderd(31), mag een vordering niet worden afgewezen wegens gemis aan belang, als dit niet als verweer is aangevoerd(32), en mag niet ambtshalve worden onderzocht of een dading wel bij geschrift is aangegaan(33).

12. Het op eis en verweer toepasselijke recht kan niet alleen worden beïnvloed door de keuze van de feitelijke grondslag van eis of verweer, maar ook doordat dit recht zelf ter dispositie van partijen kan staan omdat het als regelend of aanvullend recht door de partijen is terzijde gesteld ofwel omdat de regel slechts werking heeft in zoverre daarvoor uitdrukke-

(26) H.R., 5 december 1975, *N.J.*, 1976, 338 (verzoekschriftprocedure).

(27) H.R., 5 mei 1978, *N.J.*, 1979, 218, in welk geval geklaagd werd over de schending van niet toepasselijk recht.

(28) Bijvoorbeeld door „bezit” te stellen. Zie: H.R., 6 januari 1928, *N.J.*, 1928, 755.

(29) Voorbeelden in: H.R., 28 januari 1949, *N.J.*, 1949, 490 „Valse dollars”; H.R., 14 november 1958, *N.J.*, 1959, 1, inzake Spierenburg t. Nijenkamp, waarin partijen er over twisten of er koop was voor f 7.000 dan wel f 5.500 en de eiser tenslotte met lege handen naar huis werd gestuurd; en H.R., 26 april 1968, *N.J.*, 1969, 19, inzake Rietbroek t. Alkemade waarin de gekozen grondslag in art. 1401 en 1403 BW geen uitleg toeliet die ruimte kon bieden aan art. 31 WVV.

(30) H.R., 2 juni 1978, *N.J.*, 1979, 520.

(31) H.R., 23 november 1979, *N.J.*, 1980, 228.

(32) H.R., 24 november 1978, *N.J.*, 1980, 88.

(33) H.R., 30 november 1979, *N.J.*, 1980, 289.

lijk is gekozen. Een bekend voorbeeld van dit laatste is het beroep op een wilsgebrek bij het sluiten van een overeenkomst. Een belangrijke uitbreiding daarvan vinden we in artikel 3.2.7., lid 2, N.B.W.: „Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voorzover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit’’. Geheel in deze lijn ligt de al eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad die geen ambtshalve onderzoek toelaat of een dading bij geschrift was aangegaan.

De geschetste partij-autonomie is plotseling verdwenen wanneer er aanleiding is om rechtsregels toe te passen waarvan de handhaving het partij-belang te boven gaat of waarbij de bescherming van een partij of van derden aan de rechter is toevertrouwd. Een opmerkelijk voorbeeld gaf het arrest van de Hoge Raad van 9 januari 1970(34), in welk geval de rechter ambtshalve onderzocht of de door de vrouw gebezigde krenkende uitlatingen, die door de man als buitensporigheden werden bestempeld, haar in verband met haar psychische gesteldheid wel konden worden toegerekend. Evenzo onderzocht de rechter ambtshalve of een eiser optrad als provisioneel bewindvoerder in de zin van artikel 495 (oud) B.W. of van artikel 33 van de Wet tot regeling van het staatstoezicht op krankzinnigen, omdat in het laatste geval machtiging van de kantonrechter tot het instellen van de vordering vereist was(35). Een voorbeeld van partij-bescherming geeft artikel 98 a Rv., dat aan de kantonrechter opdraagt ambtshalve zijn relatieve bevoegdheid te onderzoeken. Ook let de rechter ambtshalve op de nietigheid van rechtswege van rechtshandelingen in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Bij gebreke van aanwijzing door de wetgever of er sprake is van een ambtshalve uit te spreken nietigheid van rechtswege, dan wel van vernietigbaarheid of van een nietigheid waarop de beschermde partij een beroep moet doen, blijft hier ruimte voor waardering en interpretatie. Meent de rechter dat die regel moet worden toegepast, dan past hij die ambtshalve toe als hem blijkt dat de procedure daartoe een aanknopingspunt biedt, ongeacht of dit in overeenstemming is met de door partijen gekozen grondslagen van eis en verweer.

13. Is in het voorgaande globaal aangegeven hoe er eigen taken zijn voor de partijen en voor de rechter, hoe elk een zekere autonomie heeft, waarin de ander niet treden kan, daarmee zijn de vele juist hierdoor in de praktijk

(34) *N.J.*, 1970, 342.

(35) *H.R.*, 5 maart 1971, *N.J.*, 1971, 260.

voorkomende ongelukken niet verklaard. Het weinig bevredigende resultaat in de uitspraak Rietbroek t. Alkemade (36) kon juist ontstaan door de welwillendheid waarmee de eerste rechter de stellingen van de eiser wilde uitleggen met als gevolg een uitspraak op andere gronden dan waartegen de gedaagde zich had kunnen verweren. Het drama zou zijn voorkomen wanneer de welwillendheid niet pas in raadkamer was ontstaan, maar de uitleg van de stellingen van de eiser ter discussie aan partijen was gesteld. Door een vervaltermijn kon de appelrechter nu niet meer alsnog dit debat openen; in cassatie tenslotte is daarvoor geen plaats meer. Tot een bevredigender uitkomst voerde de zaak Nicolaye t. Grooten (37), waarin de ongelukkige opzet van de eis de feitelijke rechters bijzonder onwelwillend maakte, maar de Hoge Raad de weg aangaf voor een zinniger uitleg. In feite hanteerde de Hoge Raad hier een als bewijsstuk overgelegd proces-verbaal als hulpmiddel om de gestelde grondslag uit te leggen, terwijl in het voorgaande geval werd beslist dat de grondslag niet in een dergelijk proces-verbaal behoort te worden gevonden. Het onderscheid is subtiel; de boze annotator van het eerste arrest maakte inmiddels deel uit van de Hoge Raad. In talloze gevallen geeft de Hoge Raad dan ook als tip aan de feitenrechter via een comparitie van partijen of een bewijsopdracht zich klaarheid te verschaffen omtrent de grondslag van eis of verweer in plaats van in raadkamer te welwillend of juist te onwelwillend te zijn. Als spreuk zou kunnen worden genoteerd: de rechter moet wel nieuwsgierig, maar niet eigenwijs zijn!

14. Enkele afzonderlijke netelige problemen vragen nog enige aandacht. Allereerst het probleem dat in navolging van de Belgische leer de onsplitsbaarheid wordt genoemd en bij ons wel wordt aangeduid met de *exceptio plurium litis consortium*. Sedert het preadvies van Haardt voor deze vereniging in 1970 (38) werd één rechterlijke uitspraak gepubliceerd waarin ambtshalve de onsplitsbaarheidsregel werd toegepast om tot nietontvankelijkheid te komen (39). De *casus* was wel heel bijzonder: er werd een verklaring voor recht gevraagd, zonder dat alle pretendenden in het geding waren betrokken. Deze uitspraak is weinig maatgevend omdat bij een verklaring voor recht de rechter nu juist wel ambtshalve onderzoeken moet of een bijzonder belang daartoe aanwezig is (40); dat belang lijkt moeilijk vol te houden als de verklaring voor recht niet voor alle deelge-

(36) H.R., 26 april 1968, *N.J.*, 1969, 19.

(37) H.R., 1 november 1974, *N.J.*, 1975, 454.

(38) HAARDT, W.L., *Onsplitsbaarheid*, Jaarboek 1969-70, p. 283 e.v.

(39) Hof Nederlandse Antillen, 5 juni 1973, *N.J.*, 1975, 15.

(40) H.R., 30 mei 1951, *N.J.*, 1952, 29.

noten geldt en, volgens het hof, zulks een voor betrokkenen onontwarbare knoop tengevolge zou hebben.

Het vraagstuk pleegt veelal te worden vermeden door vergaande relative-ring enerzijds en anderzijds door de uitspraak, bijvoorbeeld op het hoger beroep van een der deelgenoten, ook ten aanzien van zijn strijdgenoten in de eerste instantie werking toe te kennen. Als echter beide deelgenoten in het geding partij zijn maar niet hetzelfde standpunt innemen, moet de rechter niettemin een uitspraak t.a.v. beiden in gelijke zin geven als dit in het geschil rechtens noodzakelijk is(41). De onsplitsbaarheid blijkt nog steeds, zoals Haardt al constateerde, splitsbaar te zijn.

15. Een bijzondere zorgvuldigheid past de Nederlandse rechter bij de toepassing van collisie-regels en vervolgens van het recht van vreemde staten. Dit laatste is immers aan de toetsing van de cassatie-rechter onttrokken (art. 99 R.O.).

Hoe bepalend de kracht van de collisie-regel kan zijn voor de vraag of het buitenlands recht ambtshalve moet worden toegepast mag blijken uit artikel 1, lid 4 van de Wet van 25 maart 1981, houdende regeling van het conflictenrecht inzake ontbinding van het huwelijk enz. (*Staatsblad*, 1981, 166): „Ongeacht de voorgaande leden wordt het Nederlands recht toegepast, indien door partijen gezamenlijk een keuze voor dit recht is gedaan of een dergelijke keuze van één van de partijen onweersproken is gebleven”. De collisie-regel is daarmee ter dispositie van partijen gesteld. Dat conflictenrecht en dientengevolge buitenlands recht op dezelfde wijze als het nationale recht voor toepassing door de rechter in aanmerking komen is wel gemeengoed(42). Die toepassing blijft dan nog binnen de gestelde grondslagen. Of buitenlands recht moet worden toegepast ongeacht of tegen de wens van partijen is een vraag naar de kracht van de collisie-regel. Of een bepaalde buitenlandse regel verdient op diezelfde wijze te worden doorgezet, is een vraag van het betrokken vreemde recht. De neteligheden die de rechter hier op zijn pad vindt liggen in de eerste plaats in de waardering van de collisie-regel en in het vinden en waarderen van de regels van buitenlands recht.

16. In het voorgaande werd steeds vooral gedacht aan het gewone burgerlijke proces. Is het in procedures die met een verzoekschrift worden ingeleid anders? In die procedures kan onderscheid worden gemaakt tussen zaken van contentieuze en van voluntaire jurisdictie. Het voor-

(41) H.R., 27 juni 1975, *N.J.*, 1976, 62.

(42) Zie daaromtrent uitvoerig: JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., *De Antikiesregel*, Deventer, 1970.

schrijven van de rekestprocedure in contentieuze zaken zoals vorderingen tot levensonderhoud, huurverlenging e.d. wordt vooral geïnspireerd door proces-economie. De informaliteit en de gemakkelijker dialoog tussen de rechter en de partijen doen het probleem schuilgaan achter de moeilijkheid achteraf vast te stellen wat nu als grondslag van de vordering was gesteld en wat slechts in het proces is gebleken. De rechter speelt hier een actievere rol, is bedrijvender. De autonomie van de partijen en die van de rechter zijn minder zichtbaar maar blijven in beginsel behouden. Anders is het in de voluntaire jurisdictie, waar de inwilliging van een verzoek door de rechter zelfs ten dele een beleidsvraag zijn kan en waarin soms het initiatief aan de rechter toekomt. De rechter is hier vrijwel nimmer gebonden door de grondslag van het verzoek. Mogen deze beide uitersten weinig problemen geven, de grens tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak is soms moeilijk te trekken, verloopt soms vloeiend en is in beweging; tot een geringere ambtshalve toepassing van het recht zal dit zeker niet leiden.

SOMMAIRE

DES MOYENS DE DROIT À SUPPLÉER D'OFFICE

La présente matière trouve une base légale aux Pays-Bas dans l'article 48 Rv (Code de procédure — « Les juges sont tenus de suppléer d'office, dans leur délibération, les moyens de droit qui n'auraient pas été invoqués par les parties »). Cette règle est le reflet d'une répartition des tâches entre le juge et les parties, la distinction entre le droit et les faits ayant ici son importance; le juge a pour mission de respecter et d'appliquer le droit dans le procès même sans qu'on le lui demande ou parfois contre le vœu des parties.

Celui qui en appelle au juge en appelle également au droit. Le juge dit le droit suivant des règles qu'il utilise comme normes dans sa décision et dans sa façon de mettre la cause en état d'être jugée. Nombre de règles de procédure s'adressent avant tout ou exclusivement au juge; l'article 48 Rv en constitue un exemple.

Dans la recherche d'une réponse à la question de savoir si et dans quelle mesure une règle de droit donnée doit être appliquée d'office, il est question, en fin d'analyse, de la fonction et de la portée de cette règle et de l'appréciation que le législateur ou le juge se fait de la rigueur avec laquelle cette règle doit être maintenue.

Surtout dans les procès civils où les parties définissent en principe la portée du litige, cette appréciation mène très souvent à une réponse négative: la règle peut être mise à la disposition d'une des parties ou des deux, ou sortir des limites assignées au litige par les parties.

Cette autonomie des parties disparaît lorsqu'il y a lieu d'appliquer des règles de droit dont le respect dépasse l'intérêt des parties ou lorsque la protection des intérêts d'une des parties ou de tiers a été plus particulièrement confiée au juge.

Lorsque ce n'est qu'en chambre de conseil que le juge devient actif ou inventif dans l'application du droit, ceci peut facilement conduire à des surprises désagréables pour les parties. Ces difficultés peuvent être évitées en soumettant à temps l'application de ces règles à la discussion des parties. Les règles prévues par les articles 150 et 151 Rv en exécution de la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger donnent un bon exemple d'un tel débat.

SUMMARY

THE PRACTICE OF INVOKING LEGAL GROUNDS 'EX OFFICIO'

This subject has its legal basis in Article 48 of the Dutch Code of Civil Procedure: 'The judges shall, in the course of their deliberations, invoke 'ex officio' such legal grounds as may have been overlooked by the parties'. This rule points to a division of labour between the judge and the parties, in which the distinction between the law and the facts plays a part. Here, the judge is given the task of observing and applying the law in the course of court proceedings, even where he has not been requested to do so and even against the parties' wishes.

Going to court also means going to law. The judge takes his decisions on the basis of rules which he uses as a criterion in pronouncing judgement and conducting a case. A large number of procedural rules are addressed mainly or exclusively at the judge, as the said Article 48 demonstrates. Finding an answer to the question whether and to what extent a rule must be applied 'ex officio' ultimately comes down to the function and the scope of that rule, and the way in which the judge evaluates the force with which the rule must be maintained.

It is precisely in civil cases, where it is the parties which in principle define the scope of the dispute, that such an evaluation often has negative results: the rule could have been placed at the disposal of either party or of both, or could exceed the scope of the case as determined by the parties. The autonomy of the parties is undermined where the occasion arises to apply rules, the maintenance of which is out of proportion to the parties' interests or where the protection of one of the parties, or even of third parties, has been entrusted to the judge.

Where the judge only starts taking an active part and displaying initiative when the court has retired, this can easily come as an unwelcome surprise to the parties. Such an outcome can be avoided by allowing a reasonable period for the parties to discuss the application of these rules. The provisions contained in Articles 150 and 151 of the Dutch Code of Civil Procedure implementing the European Convention on the Provision of Information relating to Foreign Law constitutes an excellent example of what can be achieved in this field.

ZUSAMMENFASSUNG

DAS AMTSMÄßIGE ERGÄNZEN DER RECHTSGRÜNDE.

Das Thema findet in den Niederlanden eine gesetzliche Grundlage im Art. 48 des Gesetzbuchs der zivilen Rechtsforderung (Rf): „Die Richter müssen bei ihren Beratungen amts halber die Rechtsgründe ergänzen, die von den Parteien nicht angeführt worden sind“. Diese Regel zeigt eine Arbeitsteilung zwischen dem Richter und den Parteien, bei der der Unterschied zwischen Recht und Tatsachen eine Rolle spielt. Der Richter hat dabei die Aufgabe, auch ungebeten und sogar wider die Wünsche der Parteien, im Prozeß dem Recht nachzuleben und es anzuwenden. Sich auf den Richter berufen heißt auch sich auf das Recht berufen. Der Richter urteilt nach Rechtsregeln, die er als Norm für seine Entscheidung anwendet, und auf die Weise auf die er die Rechtssache in die Lage der Sache geführt hat. Viele Prozeßregeln wenden sich ausschließlich an den Richter; der Art. 48 Rf ist dafür ein Beispiel.

Beim Geben einer Antwort auf die Frage, ob und in welchem Maße eine gewisse Rechtsregel amtsmäßig angewendet werden sollte, handelt es sich letzten Endes um die Funktion und die Tendens dieser Regel, und um die Einschätzung durch den Gesetzgeber oder durch den Richter der Strenge mit der diese Regel behauptet werden sollte.

Gerade in Zivilprozessen, in denen die Parteien im Prinzip den Umfang der Streitigkeit bestimmen, führt diese Einschätzung in vielen Fällen ein negatives Ergebnis herbei; die Regel kann einer der Parteien oder beiden Parteien zur Verfügung gestellt werden oder fällt außerhalb der von den Parteien gezogenen Grenzen der Streitigkeit. Diese Parteiautonomie verschwindet, wenn Anlaß besteht zur Anwendung von Rechtsregeln die das Parteiinteresse übersteigen oder bei dem der Schutz einer der Parteien oder Dritter dem Richter besonders anvertraut wurde.

Wenn der Richter erst in der Beschlußkammer bei der Handhabung des Rechtes aktiv und zu einfallsreich wird, könnte dies leicht für die Parteien zu unangenehmen Überraschungen führen. Diese können vermieden werden, indem die Handhabung der Regeln den Parteien rechtzeitig zur Diskussion gestellt werden. Die Regelung des Art. 150 und Art. 151 Rf hinsichtlich der Ausführung des europäischen Abkommens bezüglich das Bieten von Informationen über ausländisches Recht liefert ein gutes Beispiel dieser Debatte.