

8 | Het verbod om de feiten aan te vullen

1 | INLEIDING

Een van de redenen om de bevoegdheid om de feiten aan te vullen op te nemen in art. 8:69 Awb is geweest om aan te geven dat het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv niet met de codificatie van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen is overgenomen in het bestuursprocesrecht. Naast eventuele andere betekenissen heeft art. 8:69 lid 3 Awb dus ook de functie om de idee van een burgerlijk procesrechtelijk verbod om de feiten aan te vullen in het bestuursprocesrecht te weerleggen. De vraag is dus waar- tegen art. 8:69 lid 3 Awb zich afzet.

Gegeven deze achtergrond zal duidelijk zijn dat dit hoofdstuk geen volledige behandeling vormt van alle aspecten van het verbod om de feiten aan te vullen en de uitzonderingen hierop. De behandeling is er meer op gericht om het concept van het verbod weer te geven, dan om weer te geven hoe dit verbod in het burgerlijk procesrecht is uitgewerkt. Met name de uitzonderingen op het verbod worden verkort weergegeven aangezien deze niet van belang zijn voor het bestuursprocesrecht. Het feit dat de burgerlijke rechter een bepaald type feiten mag aanvullen is immers niet van belang voor een procesrecht waar de rechter sowieso feiten mag aanvullen.

Ik zal beginnen met een beschrijving van wat onder het verbod om de feiten aan te vullen valt (§ 2). Vervolgens zal ik ingaan op enkele typen feiten die in het burgerlijk proces worden onderscheiden en de gevolgen hiervan voor het verbod om de feiten aan te vullen: notoire feiten en algemene ervaringsregels (§ 3.1), eigen wetenschap van de rechter (§ 3.2) en processuele feiten (§ 3.3). Als laatste zal ik kort ingaan op een aantal handelingen met betrekking tot de feiten die de burgerlijke rechter wel zijn toegestaan (§ 4).

2 | DE HANDELINGEN DIE VALLen ONDER HET VERBOD OM DE FEITEN AAN TE VULLEN

De gedachte om in art. 48 (oud) Rv een verbod om de feiten aan te vullen te lezen is in 1905 geïntroduceerd door Koksma. In zijn artikel 'Art. 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering' schrijft hij:

“Niet op het tweede gedeelte van het woord *rechtsgronden*, ter onderscheiding van *rechtsgronden*, die de rechter wél, in tegenstelling van *rechtsmiddelen*, die hij niet mag aanvullen, moet waarschijnlijk de klemtoon vallen, maar de nadruk zal veeleer behooren te worden gelegd op de eerste lettergreep, ter onderscheiding van *quae facti* van *quae juris sunt*, van *moyens de fait* en *moyens de droit*, van *rechtsgronden* en *feitelijke gronden*.”

Deze interpretatie wordt opgepikt en is rond 1928 geldend recht geworden.¹ Deze interpretatie van art. 48 (oud) Rv is gebaseerd op een op de lijdelijkheid gebaseerde a-contrario redenering;² aangezien art. 48 (oud) Rv de rechter slechts de bevoegdheid geeft om de rechtsgronden aan te vullen én de rechter lijdelijk is, en dus niet mag handelen zonder een specifieke bevoegdheid,³ houdt art. 48 (oud) Rv in dat de rechter geen feiten mag aanvullen. Dat dit verbod uit art. 48 (oud) Rv kan worden afgeleid, is niet onbestreden gebleven,⁴ maar hieraan wordt niet de conclusie verbonden dat er dus geen verbod is voor de rechter om de feiten aan te vullen.

Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 wordt dit onderwerp ook beheerst door art. 176 lid 1 (oud) Rv. Het verbod om de feiten aan te vullen wordt (ook) gelezen in de eerste volzin van dit artikel.⁵ Zoals bij 48 (oud) Rv geldt ook hier dat art. 176 (oud) Rv volgens de tekst de rechter niet verbiedt om de feiten aan te vullen. Dit artikel bepaalt dat de rechter wordt beperkt tot de feiten die gesteld worden en de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Door wie de feiten gesteld moeten worden, vermeldt art. 176 (oud) Rv niet. Met een op de partij-autonomie gebaseerde interpretatie kan het verbod hier wel in gelezen worden.

Opmerkelijk is dat de wetgever tot 1988 niet de keuze heeft gemaakt om een verbod om de feiten aan te vullen op te nemen in de wetgeving, maar dat er op een gegeven moment een consensus is ontstaan tussen juristen dat er een verbod om de feiten aan te vullen bestaat en dat dit verbod gelezen kan worden in art. 48 (oud) Rv. In feite heeft de wetgever ook in 1988 deze keuze niet gemaakt, maar simpelweg dit verbod, of althans een aspect daarvan, overgenomen van de juridische consensus waarop het verbod tot dan toe was gebaseerd.

Wat betreft dit verbod om de feiten aan te vullen, kunnen mijns inziens vier regels onderscheiden worden. Ten eerste mag de rechter zelf geen feiten

1 Zie hiervoor Vriesendorp 1970 p. 37-39 en Vriesendorp 1981 p. 3-6; verder ook Rutten 1943 p. 96.

2 Vgl. Pels Rijcken 1983 p. 163 en 1987 (I) p. 76; Star Busmann/Rutten 1972 p. 170; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8.

3 Zeker wat het terrein van de feiten betreft.

4 Rutten 1943 p. 96; Pels Rijcken 1983 p. 163.

5 Art. 176 lid 1 Rv: ‘Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding te zijner kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze en de volgende afdelingen zijn komen vast te staan.’

in het geding brengen (§ 2.1). Ten tweede mag de rechter niet de feitelijke gronden van de vordering of het verweer aanvullen (§ 2.2). Ten derde mag de rechter alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten (§ 2.3). Ten vierde mag de rechter de feiten niet impliciet aanvullen door een rechtsnorm toe te passen waarvoor de benodigde feiten niet vaststaan (§ 2.4).

2.1 De rechter mag zelf geen feiten in het geding brengen

Het verbod om de feiten aan te vullen houdt ten eerste in dat de rechter zelf geen feiten in het geding mag brengen. Het is in beginsel voorbehouden aan partijen om de feiten aan te voeren.⁶

Dit betekent niet dat de rechter de feitelijke grondslag zoals partijen die aanvoeren zonder meer moet accepteren of dat hij geen invloed kan uitoefenen op de samenstelling van de feitelijke grondslag. Zoals gesteld bij de behandeling van de lijdelijkheid en de partij-autonomie moet de 'waarheid' zoals die in het proces komt vast te staan zoveel mogelijk overeenkomen met het werkelijk gebeurd⁷ en beschikt de rechter over vele bevoegdheden om de samenstelling van de feitelijke grondslag te beïnvloeden (zie hoofdstuk 3 § 6).

Het wordt wel gesteld dat het verbod om feiten aan te voeren inhoudt dat de rechter niet zelfstandig en inquisitoriaal op het onderzoek der feiten mag uitgaan.⁸ Deze stelling is onjuist in de zin dat de rechter zich ten processe terughoudend zou moeten opstellen met betrekking tot de feiten. Dit is bij de behandeling van de partij-autonomie en de lijdelijkheid al vastgesteld (zie hoofdstuk 3 § 6).

Deze stelling is echter juist in de zin dat de rechter niet zelf, buiten het geding om een onderzoek mag instellen naar hetgeen (werkelijk) is gebeurd, om vervolgens deze feiten in te brengen. Hij is beperkt tot de door partijen aangevoerde feiten en zijn processuele bevoegdheden. De rechter mag dus zelfstandig en inquisitoriaal op het onderzoek der feiten uitgaan, maar wel binnen de grenzen van het geschil en gebruik makend van de bevoegdheden die het procesrecht hem biedt.

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter zich te zelfstandig en inquisitoriaal opstelde, is te zien in HR 18 dec. 1987.⁹ De vraag was of de gehuurde ruimte in kwestie gekwalificeerd moest worden als bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 (oud) BW. In het kader hiervan houdt de rechtbank door

6 Vgl. Scheltema 1940 p. 9; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.

7 Asser 1991 p. 2-4; Bosch-Boesjes 1991 p. 144; Jongbloed 1994 p. 57; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 9; Beijer/Dam-Lely/Kung Fen Chung/Meijer/Nauta/Wentink 1997 p. 11; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 7.

8 Zie Rutten 1943 p. 98 en vgl. Asser 1991 p. 3.

9 HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 679 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH).

middel van een van haar leden op twee verschillende tijdstippen een niet-officiële bezichtiging ter plaatse. Op basis hiervan komt de rechtbank tot de conclusie dat er geen sprake is van bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 (oud) BW. Het betreffende onderdeel van het vonnis wordt vernietigd op de grond dat een dergelijke niet-officiële bezichtiging zich niet verdraagt met de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming, 'welke de nodige waarborgen biedt voor controle en bespreekbaarheid door pp.'. Deze vernietiging wordt gebaseerd op het beginsel van hoor en wederhoor. De rechter schendt hier echter ook het verbod om de feiten aan te vullen: hij gaat buiten het geding om op zoek naar de feiten met betrekking tot de feitelijke situatie en brengt die zelf in in het geding.

Overigens is deze uitspraak een mooi voorbeeld van de toenemende invloed van het beginsel van hoor en wederhoor op het onderwerp van art. 48 (oud) Rv. Het probleem hier is niet dat de rechter in strijd met de lijdelijkheid en de partij-autonomie de feiten heeft aangevuld, maar dat het beginsel van hoor en wederhoor bij de onderhavige handelswijze in het gedrang komt.

2.2 De rechter mag niet de feitelijke gronden van de vordering of het verweer aanvullen

De rechter moet bij het beoordelen van de toewijsbaarheid van de vordering blijven binnen de rechtsstrijd zoals deze door partijen is uiteengezet. De grenzen van de rechtsstrijd worden enerzijds bepaald door hetgeen de eiser vordert en anderzijds door de feitelijke gronden die de partijen ten grondslag leggen aan hun vordering respectievelijk verweer. De rechter is beperkt tot deze feitelijke gronden.¹⁰

Dit betekent dat zelfs als uit de vaststaande feiten blijkt dat de vordering kan worden toegewezen, deze toch niet mag worden toegewezen als de feitelijke grond die deze feiten opleveren niet ten grondslag is gelegd aan de vordering. Hetzelfde geldt voor het verweer: als uit de feiten blijkt dat de vordering moet worden afgewezen, maar het betreffende feitelijk verweer niet door de verweerder is aangevoerd, zal de rechter de vordering niet op dit verweer mogen afwijzen. Als bijvoorbeeld uit de feiten blijkt dat er sprake was van overmacht maar de verweerder slechts als verweer heeft gevoerd dat hij al aan de verbintenis heeft voldaan, mag de rechter de vordering niet afwijzen op grond van overmacht. Hij mag dit feitelijk verweer, dat de tekortkoming gedaagde niet kan worden toegerekend, niet aanvullen ook al staan de feiten hiervoor vast.

10 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102; Vriesendorp 1970 p. 86; HR 19 jan. 1951, NJ 1951, 141 (concl. P-G Berger) p. 275 (linkerkolom); M.M.M. Tillema, 'Kroniek. Dagvaardingsprocedure in eerste aanleg', TCR 1996-1, p. 14; Rutten 1943 p. 99.

Partijen, ook zonder rechtsbijstand, moeten bepaalde gronden kiezen met als gevolg dat zij de rechtsstrijd hiertoe beperken. Welke feitelijke gronden partijen aanvoeren is een kwestie van interpretatie, maar het is niet nodig dat juridische termen of rechtsnormen worden gebruikt.

Voorbeelden van de werking van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden zijn te zien in de volgende arresten:

- HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 (concl. A-G Strikwerda): Eiser, huurder van ruimte met een woongedeelte en een bedrijfs gedeelte, vordert een verklaring voor recht dat vanaf het begin voor het bedrijfs gedeelte geen huur verschuldigd is, althans geen hogere huurprijs dan f 123,- per maand en terugbetaling van het teveel gevorderde. Hij baseert zijn vordering op de feitelijke grond dat het bedrijfs gedeelte niet geschikt is voor het gebruik waartoe het bij overeenkomst was bestemd en de verweerder dusdoende wanprestatie heeft gepleegd. De rechtbank wijst de vordering toe op de feitelijke grond dat het pand in zijn totaliteit als woning aangemerkt moest worden en dat de prijs voor het bedrijfs gedeelte is inbegrepen in de huur voor het woongedeelte. Deze feitelijke grond (huurprijs) was echter niet de feitelijke grond waarop de vordering was gebaseerd (wanprestatie), zodat de rechter in strijd met art. 48 (oud) Rv de feitelijke gronden had aangevuld.¹¹
- HR 29 sept. 1995, NJ 1996, 90 (concl. A-G Koopmans): De eiser baseerde zijn vordering op kennelijk onredelijk ontslag. De rechtbank is buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door de vordering toe te wijzen op de grond dat de dienstbetrekking zonder inachtneming van een opzegtermijn was beëindigd.¹²
- HR 13 okt. 1995, NJ 1996, 430 (concl. A-G Leijten; m.nt. HER en MS): De rechtbank had haar oordeel dat aan de opzegging door de huurster geen rechtsgevolg toekomt gebaseerd op de stellingen van partijen dat de opzegging louter bedoeld is als actiemiddel en uitdrukkelijk niet om inderdaad de huurovereenkomst te ontbinden en de standplaats te verlaten. Nu de verhuurster niet aan haar vorderingen ten grondslag had gelegd dat aan de opzegging geen rechtsgevolg toekomt omdat deze niet zou zijn bedoeld om de huurovereenkomst te beëindigen, heeft de rechtbank een feitelijke grond bijgebracht.¹³
- HR 29 sept. 1995, NJ 1998, 81 (concl. A-G Vranken; m.nt. CJHB): Nu het Gerechtshof de grondslag van de vordering als een dwaling in de feiten had opgevat, heeft zij terecht niet onderzocht of een beroep op de grondslag van een dwaling in het recht en/of benadeling in de zin van art. 1895

11 Ro. 3.4.

12 Ro. 3.4.

13 Ro. 3.2.3.

(oud) BW openstond.¹⁴ Zij zou daarmee de grondslag van de vordering hebben aangevuld.

- HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 269 (concl. A-G Langemeijer): Het hof in appel oordeelt dat het beroep op verjaring verworpen moet worden, nu uit overgelegde brieven blijkt dat het recht op betaling door verweerder is erkend, waardoor een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen. En verder dat deze nieuwe termijn weer is gestuit door een brief van de schuldeiser waarin deze haar recht op nakoming voorbehoudt. Eiser had echter slechts aangevoerd dat de verjaring was gestuit door aanmaningen van de schuldeiser. Zij had niet aangevoerd dat de verjaring gestuit was door een erkenning door verweerder. Door deze feitelijke grond (erkenning door verweerder) toch ten grondslag te leggen aan haar oordeel, heeft het hof de feitelijke gronden aangevuld.¹⁵
- HR 3 jan. 1958, NJ 1958, 94 (concl. P-G Langemeijer): Eiser vordert schadevergoeding en legt hieraan ten grondslag dat verweerder wanprestatie heeft gepleegd door een te grote hoeveelheid peren in een koelcel op te slaan en door ten aanzien van de wijze van opslaan verschillende fouten te maken. Het Hof wees de vordering toe op de feitelijke grond dat de beslissende factoren voor het te vroeg rijpen van de peren is geweest het teveel ineens inbrengen en de staat waarin althans een deel van de peren verkeerde toen zij werden ingebracht, en dat verweerder daarom de peren niet of niet op deze wijze in de koelcel had moeten opnemen of althans dit niet had moeten doen zonder eiser er op merkzaam te maken dat zij gevaar liepen van een te vroeg rijp worden van de peren. Hierdoor heeft het Hof in strijd met art. 48 (oud) Rv de feitelijke gronden aangevuld.¹⁶

2.2.1 De achtergrond van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden

De achtergrond van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden is tweeledig. Ten eerste is deze beperking gegrond op de partij-autonomie. Partijen bepalen of en in hoeverre zij hun rechten zullen handhaven. Als een partij niet aangeeft dat hij een bepaald recht in wil roepen, moet de rechter dit respecteren. De bijbehorende feitelijke grond in kwestie mag niet ambtshalve worden aangevuld. Als een verweerder bijvoorbeeld geen beroep wil doen op overmacht, terwijl dit wel succesvol zou zijn, is dat zijn goed recht.

Ten tweede is dit verbod gegrond op het beginsel van hoor en wederhoor. De rechter mag een verweer niet aanvullen omdat het debat hierop niet was gericht en de wederpartij deze grond niet heeft kunnen bestrijden. Hier was ook geen reden toe. Als de verweerder bijvoorbeeld niet het feitelijke verweer

14 Ro. 3.2.1/3.2.2.

15 Ro. 3.4.

16 Ro. 260/261.

van overmacht aanvoert, is er geen reden voor de eiser om te betogen dat er geen sprake is van overmacht.

Het verbod lijkt in de hand te werken dat vorderingen ten onrechte worden afgewezen of toegewezen. De uitspraak zou immers anders zijn geweest als de belanghebbende partij maar alle feitelijke gronden had aangevoerd. Dit is echter niet geheel juist. Het debat is immers niet op dit punt gericht geweest. Het is goed mogelijk dat als de wederpartij dit punt had bestreden of als er nader onderzoek naar dit punt zou zijn geweest, de vordering of het verweer ook op deze aan te vullen feitelijke grond niet zou zijn geslaagd.¹⁷ De verweerder heeft bijvoorbeeld het verweer van overmacht niet gevoerd, omdat hij weet dat de feiten een dergelijk verweer niet ondersteunen.

2.2.2 *De beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden en de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen*

Dit verbod om de feitelijke gronden aan te vullen vormt een aanzienlijke belemmering voor het aanvullen van de rechtsgronden, aangezien de rechter de rechtsgronden niet mag aanvullen als hij daarmee ook de feitelijke gronden zou aanvullen.¹⁸ Als een vordering of verweer faalt op de aangevoerde rechtsgrondslag, is deze beperking vaak de reden dat een alternatieve rechtsgrondslag niet aangevuld kan worden. De voor die alternatieve rechtsgrondslag benodigde feitelijke grond is vaak niet aangevoerd.

Een voorbeeld hiervan is HR 18 april 1997.¹⁹ De eiser vordert in deze zaak een bedrag van f 40.925 op grond van verrichte werkzaamheden. Deze vordering verpandt zij op een gegeven moment aan de ING-bank. In cassatie voert verweerder aan dat zodra de verweerder op de hoogte gesteld was van de verpanding, de eiser op grond van art. 3:246 lid 4 BW²⁰ de bevoegdheid tot inning van de vordering verloor. Het Gerechtshof had deze rechtsnorm ambtshalve moeten aanvullen en de vordering op grond hiervan moeten afwijzen.

De Hoge Raad verwerpt deze klacht op de grond dat nu de pandgever ook bevoegd blijft om na de mededeling aan de schuldenaar van de verpanding nakoming te eisen met toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter, en nu het Gerechtshof in de stellingen van verweerder niet een beroep heeft gelezen op het ontbreken van dergelijke toestemming

17 Vgl. Rutten 1943 p. 100.

18 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2.

19 HR 18 apr. 1997, NJ 1997, 511 (A-G Vranken).

20 Art. 3:246 lid 1 BW: 'Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegegeeld.'

Art. 3:246 lid 4 BW: 'Na mededeling van de verpanding aan de schuldenaar kan de pandgever deze bevoegdheden slechts uitoefenen, indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen.'

en machtiging, het niet aan het hof vrijstond om eiser op deze grond ambtshalve niet-ontvankelijk te verklaren.²¹

Het is dus niet aan de eiser om te stellen dat zij de benodigde toestemming heeft, maar aan de verweerder om een beroep te doen op het ontbreken daarvan. Art. 3:246 lid 4 stelt dus niet een vereiste dat door de feiten vervuld moet worden, wil de vordering toegewezen kunnen worden, zoals bijvoorbeeld art. 6:163 het relativiteitsvereiste toevoegt aan de verdere eisen van art. 6:162 BW, maar geeft een verweer. Zelfs als komt vast te staan dat de pandgever zonder toestemming en machtiging procedeert, blijft de pandgever/eiser ontvankelijk. Pas als de verweerder het feitelijk verweer voert dat de eiser niet de vereiste toestemming of machtiging heeft en dit komt vast te staan, mag de rechter art. 3:246 lid 4 BW toepassen, en zo nodig ambtshalve aanvullen, en de pandgever/eiser niet ontvankelijk verklaren.

2.2.3 *Aanvullen van de feitelijke gronden door partijen*

Partijen zijn niet beperkt tot de dagvaarding of conclusie van eis respectievelijk de conclusie van antwoord om feitelijke gronden aan te voeren. Zij kunnen gedurende het proces verdere feitelijke gronden ten grondslag leggen aan hun vorderingen of verweer.²² Deze mogelijkheid is echter niet onbegrensd.

Wijziging van de eis

Als de eiser nieuwe feitelijke gronden aanvoert, wordt dit gekwalificeerd als een wijziging van de eis.²³ De mogelijkheid om een feitelijke grond aan te vullen wordt dan ook beperkt door art. 134 (oud) Rv. Dit betekent dat de verweerder zich tegen het aanvoeren van de nieuwe feitelijke grond kan verzetten, maar slechts op de gronden dat hij daardoor in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd (art. 134 lid 2 (oud) Rv). Als de verweerder geen verzet instelt of het verzet niet wordt toegewezen, wordt verder geprocedeerd met de nieuwe feitelijke grond. De verweerder moet natuurlijk nog wel de gelegenheid krijgen om zich hiertegen te verdedigen.²⁴

De eiser heeft niet de bevoegdheid om zijn eis te veranderen of te vermeerderen als een of meer van de gedaagden niet zijn verschenen (art. 134 lid 4 (oud) Rv). Dit betekent dat de eiser de feitelijke gronden van de vordering

21 Ro. 3.4.

22 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 75, 81/82; HR 8 mei 1953, NJ 1953, 552 (concl. Eggen) p. 891 rechterkolom; zie bijvoorbeeld HR 16 mrt. 1956, NJ 1958, 423 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. DJV onder NJ 1958, 424) p. 965 rechterkolom; HR 13 dec. 1963, NJ 1964, 145 (concl. Langemeijer); HR 14 nov. 1958, NJ 1959, 1 noot van LEHR p. 9.

23 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 78, 81; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 141; HR 8 mei 1953, NJ 1953, 552 (concl. A-G Eggen) p. 891 rechterkolom; HR 19 nov. 1971, NJ 1972, 62.

24 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 80/81; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 142.

dan niet mag aanvullen. In dit geval, of als het verzet wordt toegewezen, zal de eiser een aparte procedure kunnen beginnen om op grond van de nieuwe feitelijke grond te proberen de vordering alsnog toegewezen te krijgen.²⁵

Concentratie van verweer

De mogelijkheid voor de verweerder om feitelijke gronden aan te voeren wordt ten eerste beperkt door de concentratie van verweer. Dit houdt in dat de verweerder bij zijn conclusie van antwoord alle exceptieve verweren en zijn antwoord ten principale tegelijk voor moet dragen op straffe van verval van de niet voorgedragen excepties en, als in het geheel niet ten principale is geantwoord, verval van het recht om dit te doen (art. 141 lid 2 (oud) Rv).²⁶ Exceptieve verweren zijn verweren die ertoe strekken dat de rechter op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen.²⁷ Alle andere verweren zullen als principaal verweer beschouwd moeten worden.²⁸ Voorbeelden van exceptieve verweren zijn: een beroep op onbevoegdheid, nietigheid van de dagvaarding en het verstreken zijn van een termijn voor verzet of hoger beroep.²⁹ Voorbeelden van principale verweren zijn: beroep op betaling of compensatie en een beroep op verjaring.³⁰

De rechter mag geen rekening houden met exceptieve verweren die na de conclusie van antwoord worden aangevoerd, behalve als die pas later mogelijk zijn geworden.³¹ Voor het verweer ten principale geldt dat zolang enig principaal verweer is gevoerd in de conclusie van antwoord, de verweerder nieuwe principale verweren mag aanvoeren na de conclusie van antwoord.³²

Het systeem kent bepaalde uitzonderingen, zoals art. 141 lid 3 (oud) Rv. Deze rechtsnorm stelt dat partijen die in termen van beraad zijn, hun verweer kunnen beperken tot een beroep op dat exceptief verweer. Andere excepties en verweer ten principale mogen nog later worden aangevoerd.

De verweerder zal feitelijke gronden die gekwalificeerd moeten worden als exceptieve verweren dus niet na de conclusie van antwoord nog kunnen aanvoeren. Feitelijke gronden die gekwalificeerd moeten worden als principale verweren kan hij nog na de conclusie van antwoord aanvoeren, behalve als

25 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 142, 143.

26 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 123; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 75, 215.

27 HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER) ro. 3.3.

28 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 124.

29 Overw. 2.17 van de conclusie van Asser bij HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

30 Overw. 2.17 van de conclusie van Asser bij HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

31 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 123.

32 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 124; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 75.

in het geheel geen verweer ten principale is gevoerd in de conclusie van antwoord.

Gedekte verweren

De verweerder kan niet in appel een feitelijke grond als verweer aanvoeren als dit een gedekt verweer is (art. 348 (oud) Rv). Er is sprake van een gedekt verweer als de gedaagde het verweer in eerste aanleg willens en wetens heeft prijsgegeven.³³ Dit is een fout die niet in appel hersteld kan worden.

Een verweer wordt niet als gedekt beschouwd alleen omdat deze onvereenigbaar is met de procesverhouding in eerste aanleg. Dit is slechts het geval als uit de procesverhouding ondubbelzinnig blijkt dat het verweer is prijsgegeven.³⁴ Ook de enkele omstandigheid dat een verweer niet eerder is gevoerd, brengt niet mee dat het verweer dus gedekt is.³⁵

Een verweerder kan een verweer prijsgeven door een stelling van de eiser te erkennen. Een verweer gericht tegen deze erkende stelling wordt in dat geval als gedekt beschouwd.³⁶ Een voorbeeld hiervan is HR 8 juli 1991.³⁷ In casu maakte de erkenning door verweerder Hoeben van de stelling dat hij directeur was van Metaalhandel BV en Buizenhandel BV, dat het verweer dat hij geen directeur was van Buizenhandel BV als gedekt moest worden beschouwd.

2.2.4 Beperking van het aanvullen van feitelijke gronden door de goede procesorde

Voor zowel de eiser als de verweerder geldt dat de rechter een nieuwe feitelijke grond mag passeren als het aanvoeren van die feitelijke grond in strijd is met de goede procesorde.³⁸

Het valt niet in zijn algemeenheid te zeggen wanneer een proceshandeling in strijd is met de goede procesorde. Toch kan er wel iets over gezegd worden. Er is ten eerste sprake van strijd met de goede procesorde als er geen gelegenheid meer is voor de wederpartij om adequaat op het nieuwe verweer te reageren.³⁹ Verder is er sprake van strijd met de goede procesorde als het verweer onaanvaardbaar laat in het geding is gebracht.⁴⁰ Het kan bijvoorbeeld te laat zijn omdat het verweer een nader feitelijk onderzoek zou vergen,

33 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 223; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 214/215.

34 HR 19 jan. 1996, NJ 1996, 709 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).

35 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 215.

36 Vgl. overw. 2.9 Concl. Asser bij HR 18 sep. 1992, NJ 1993, 48 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

37 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 765 (concl. A-G Mok).

38 Vgl. voor verweer Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 223.

39 Overw. 2a HJS in zijn noot onder HR 16 nov. 1990, NJ 1992, 84 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. HJS).

40 Overw. 2a HJS in zijn noot onder HR 16 nov. 1990, NJ 1992, 84 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. HJS); overw. 5 noot HER onder HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

waarvoor in verband met de eisen van een goede procesorde geen plaats meer was.⁴¹

Het is onduidelijk in hoeverre het feit dat een verweer ook eerder in het geding gebracht had kunnen worden onder het oude recht een rol speelde. In beginsel betekent dit feit niet dat het nu aanvoeren van het verweer in strijd is met de goede procesorde.⁴² Daarbij dient het appel om fouten te herstellen zodat het pas in appel aanvoeren van een verweer op zich moet zijn toegestaan. Dit brengt weer mee dat het toch behandelen van het laat aangevoerde verweer in eerste aanleg een appelprocedure kan voorkomen. Bijkomende factoren kunnen echter meebrengen dat een verweer is aangevoerd te lang nadat duidelijk werd dat het gevoerd kon worden. Dit zou mijns inziens meebrengen dat het verweer ook in appel niet gevoerd kan worden.

Onder het herziene burgerlijk procesrecht is de basisprocedure sterk verkort, zodat het moment naar voren is gehaald dat het aanvoeren van een feitelijke grond in strijd komt met de goede procesorde (zie verder hoofdstuk 9 § 4).

De goede procesorde kan zelfs de volgorde beïnvloeden waarin de verweerder verweren moet aanvoeren. De goede procesorde kan meebrengen dat een verweer niet meer aangevoerd kan worden als daarvoor een ander verweer al is gevoerd. Een voorbeeld hiervan is HR 18 sept. 1992.⁴³ De procureur van verweerder had erkend dat verweerder inderdaad de verzekeraar was van de objecten in kwestie. Verweerder voert het verweer dat de verzekeringsovereenkomst nietig is op grond van art. 251 K. Dit verweer faalt. Verweerder stelt appel in tegen dit vonnis en begint een désaveu-procedure tot ondeugdelijkverklaring van de erkenning door de procureur. In deze laatste procedure oordeelt de Hoge Raad in cassatie dat nu verweerder tijdens de procedure op de hoogte was van de gedane erkenning, zij niet eerst het resultaat van haar beroep op de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst op grond van art. 251 K mocht afwachten om pas na het eindvonnis, in een désaveu-procedure, een beroep te doen op het feit dat de erkenning zonder haar volmacht was gedaan en zo alsnog te kunnen aanvoeren dat zij niet de verzekeraar was. Een goede procesorde brengt mee dat het verweer dat zij niet de verzekeraar is, behandeld wordt vóór het verweer dat de verzekeringsovereenkomst nietig is.⁴⁴

41 HR 13 juni 1986, NJ 1987, 680 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. JCS) ro. 3, zie ook overw. 9/10 A-G Ten Kate. Verdere voorbeelden zijn te vinden in HR 11 apr. 1986, NJ 1987, 433 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WHH) ro. 3.14; HR 13 nov. 1998, NJ 1999, 173 (Concl. A-G Strikwerda) ro. 3.3-3.5/ overw. Rb. 3.

42 Vgl. Vranken overw. 15 in zijn noot onder HR 26 mrt. 1993, NJ 1993, 613 (concl. A-G Vranken).

43 HR 18 sept. 1992, NJ 1993, 48 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

44 Deze uitspraak wordt door Vranken besproken in zijn conclusie bij HR 26 mrt 1993, NJ 1993, 613 (concl. A-G Vranken) in overw. 11 ev. Hierin bekritiseert hij de gang van zaken in HR 18 sept. 1992, NJ 1993, 48 (concl. A-G Asser; m.nt. HER) en betoogt dat het later aanvoeren van verweren niet te snel begrensd mag worden. Hij stelt voor de goede proces-

Het lijken vooral verweren te zijn die sneuvelen op grond van de goede procesorde. Het bovenstaande geldt echter evengoed voor door de eiser aangevoerde feitelijke gronden. Het verschil ligt waarschijnlijk hierin dat de feitelijke gronden die in strijd met de goede procesorde door de eiser worden aangevoerd vaak al buiten het geding blijven door het (geslaagde) verzet van verweerder op grond van art. 134 lid 4 (oud) Rv. Een beroep op strijd met de goede procesorde vervult in dit kader voor de eiser de functie die art. 134 lid 4 (oud) Rv heeft voor de verweerder.

2.2.5 De beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden en rechtsnormen van openbare orde

De rechter is niet beperkt tot aangevoerde feitelijke gronden als het gaat om de toepassing van rechtsnormen van openbare orde. De rechter is verplicht om deze rechtsnorm ambtshalve toe te passen zelfs als de belanghebbende partij de bijbehorende feitelijke grond niet heeft aangevoerd. Als bijvoorbeeld de kantonrechter constateert dat bij relatief onbevoegd is, moet hij zich ambtshalve onbevoegd verklaren. De rechtsnormen inzake de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter zijn immers van openbare orde (art. 100 (oud) Rv).⁴⁵

Ook voor procesregels die de rechter ambtshalve moet toepassen geldt dat de rechter deze regels moet toepassen zelfs als de belanghebbende partij de bijbehorende feitelijke grond niet heeft aangevoerd. Dit ongeacht of de openbare orde de grondslag is voor de ambtshalve toepassing van de procesregel. Het feit dat de rechter de regel ambtshalve dient toe te passen, brengt al mee dat de regel moet worden toegepast ongeacht of de bijbehorende feitelijke grond is aangevoerd.

2.2.6 Het aanvullen van feiten door partijen en het aanvullen van feitelijke gronden door partijen

Het aanvoeren van nieuwe feiten tijdens de procedure is op zich niet gelijk te stellen met het aanvoeren van nadere feitelijke gronden. Het is echter mogelijk dat een partij door nieuwe feiten aan te voeren materieel ook een nieuwe feitelijke grond aanvoert. De rechter zal nu zeker rekening met deze feiten moeten houden in het kader van de al aangevoerde feitelijke gronden. Zij zijn immers in het geding gebracht. Voor zover deze feiten een nieuwe feitelijke grond opleveren, gelden echter de begrenzingen van het aanvoeren van nadere feitelijke gronden. De nieuwe feiten zullen moeten worden meegenomen, maar het is mogelijk dat de nieuwe feitelijke grond die zij opleveren

orde hier te relateren aan de belangen van de wederpartij en de taak van de rechter onder meer uit hoofde van art. 6 EVRM.

45 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 29; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.

buiten beschouwing moet worden gelaten bijvoorbeeld wegens strijd met de goede procesorde.

Het aanvoeren van nieuwe feiten die een nieuwe feitelijke grond opleveren is een geldige manier om een feitelijke grond aan te voeren. Dit hoeft ook niet uitdrukkelijk als zodanig te worden aangekondigd. Het probleem is echter duidelijk. Als een partij op een dergelijke indirecte wijze nadere feitelijke gronden aanvoert, komt dit niet altijd over als het aanvoeren van een nieuwe feitelijke grond. Voor de wederpartij betekent dit dat deze geen reden ziet om deze feitelijke grond te bestrijden en in geval van de verweerder geen reden ziet om het door art. 134 (oud) Rv vereiste verzet in te stellen.

Verder is het ook mogelijk dat de rechter het op deze wijze aanvoeren van een nieuwe feitelijke grond niet als zodanig herkent. De eiser loopt in een dergelijke geval het risico dat de rechter de vordering afwijst omdat hij niet de feitelijke gronden wil aanvullen. Terwijl als de eiser duidelijk de nieuwe feitelijke grond als zodanig had aangevoerd, de rechter de vordering mogelijkerwijs op grond hiervan had kunnen toewijzen. Hetzelfde geldt, vice versa, voor de verweerder en het afwijzen van de vordering.

2.2.7 *De beperking tot de feitelijke gronden en de rechtsmiddelen*

Het lijkt mij dat de regel dat de rechter beperkt is tot de feitelijke gronden het concept van rechtsmiddelen⁴⁶ overbodig maakt. De beperking die voortvloeit uit de kwalificatie van een rechtsnorm als rechtsmiddel valt samen met de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden. Als immers de feitelijke grond voor de toepassing van een rechtsnorm wordt aangevoerd is daarmee een beroep gedaan op toepassing van die rechtsnorm.

De rechter mag bijvoorbeeld geen rekening houden met het verjaard zijn van een vordering als de verweerder deze feitelijke grond niet heeft aangevoerd. De regel dat de rechter rechtsnormen inzake verjaring alleen mag toepassen als de belanghebbende partij een beroep daarop heeft gedaan, is dan overbodig. Met het aanvoeren van de feitelijke grond voor verjaring heeft de verweerder immers ook een beroep gedaan op verjaring.

2.3 De rechter mag alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten

Dit is de derde regel die bij het verbod om de feiten aan te vullen onderscheiden kan worden. De rechter mag zich bij het beoordelen van de vordering

⁴⁶ Met rechtsmiddelen wordt hier bedoeld de rechtsnormen die de rechter alleen mag toepassen als de belanghebbende partij een beroep doet op de toepassing daarvan (zie hoofdstuk 7 § 6.2).

niet baseren op het 'feitelijke wereldgebeuren in volle omvang'.⁴⁷ Hij mag slechts rekening houden met de feiten die voldoen aan de vereisten die het procesrecht stelt. Deze feiten vormen de feitelijke grondslag. Onder het verbod om de feiten aan te vullen valt ook dat het de rechter verboden is om rekening te houden met feiten die niet aan de processuele vereisten voldoen.

Wat betreft de vereisten waaraan feiten moeten voldoen is het burgerlijk procesrecht sterk casuïstisch met als gevolg dat de literatuur en jurisprudentie vaak slechts een deel van het onderwerp verhaalt. Toch kan grofweg een systeem onderscheiden worden. Het burgerlijk procesrecht stelt drie vereisten waaraan een feit moet voldoen. Ten eerste moet een feit in het geding worden gebracht en wel op een door het procesrecht voorgeschreven wijze. Ten tweede moet er een beroep op het feit zijn gedaan. Ten derde moet het feit zijn komen vast te staan.

Ik zal hieronder op deze drie eisen ingaan, waarbij ik bij de bespreking van elke eis ervan uitga dat aan de andere twee eisen is voldaan.

2.3.1 *De feiten moeten in het geding zijn gebracht*

De vraag welke feiten in het geding zijn gebracht, wordt beheerst door art. 176 lid 1 (oud) Rv.⁴⁸ Op grond van deze bepaling mag de rechter slechts rekening houden met feiten die in het geding te zijner kennis zijn gekomen of zijn gesteld.⁴⁹ Ik zal eerst hieronder nader ingaan op deze twee categorieën feiten. Vervolgens zal ik twee regels behandelen waarin 'in het geding brengen' nader wordt uitgewerkt: ten eerste dat de feiten alleen dan geldig in het geding zijn gebracht als de geldende procesregels zijn gevolgd en ten tweede dat alleen feiten die in het huidige geding zijn ingebracht als ingebracht gelden. Als laatste komt het concept van gescheiden opgebouwde feitelijke grondslagen aan de orde.

De gestelde feiten

Met de gestelde feiten worden de feiten bedoeld die door de partijen zijn ingebracht. Dit zijn de feiten uit de dagvaarding en conclusies, maar ook alle andere feiten die in de loop van het geding door partijen worden aangevoerd zoals bijvoorbeeld tijdens comparities, in akten ter rolle en bij pleidooi.⁵⁰

Hoewel art. 176 lid 1 (oud) Rv niet spreekt over partijen, wordt deze bepaling op grond van de partij-autonomie zo geïnterpreteerd dat het stellen van feiten beperkt is tot partijen. Dit betekent met name dat de rechter geen feiten in het geding mag brengen. Relevante feiten die de rechter, op welke

47 Scheltema 1940 p. 7.

48 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 81.

49 Dit is op zich geen wijziging ten opzichte van voor 1988: vgl. Van Rossem-Cleveringa 1972 p. 331.

50 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 126.

wijze dan ook, kent, kunnen niet door hem worden ingebracht en hij mag er derhalve geen rekening mee houden. Dit behoudens bijzondere bepalingen die de rechter de bevoegdheid geven om toch zelf feitelijk onderzoek te verrichten en het resultaat hiervan in te brengen, zoals bijvoorbeeld art. 8 BOPZ.⁵¹

De feiten die anderszins in het geding ter kennis van de rechter zijn gekomen

Dit is de restcategorie. Onder de feiten die anderszins ter kennis van de rechter zijn gekomen vallen de feiten die op een andere geldige wijze in het geding worden gebracht dan dat zij door partijen worden aangevoerd. Het gaat dan om feiten die naar voren komen tijdens de comparitie, getuigenverhoren, deskundigenberichten, bezichtigingen, demonstraties ten pleidooie etc. maar die niet door de partijen worden gesteld.⁵² Voorbeelden van dergelijke feiten zijn de feiten in de uiteenzettingen en antwoorden van getuigen, deskundigen en dergelijke, maar ook feiten die blijken uit een tijdens een comparitie of pleidooi getoonde film,⁵³ uit geluidsbanden of uit de situatie tijdens een bezichtiging. De feiten die hierbij naar voren komen maken deel uit van de feitelijke grondslag en de rechter dient met deze feiten rekening te houden bij zijn beoordelingen.

In concreto gaat het bijvoorbeeld om de verklaring van de vertegenwoordiger van de Raad van de Kinderbescherming dat het netto gezinsinkomen f 2433,32 bedraagt⁵⁴ en de vaststelling dat een partij bij de comparitie van partijen bepaalde feiten heeft bevestigd en toegegeven.⁵⁵

Het is niet zo dat feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen slechts kunnen dienen ter bewijs van de door partijen gestelde feiten. De rechter kan deze feiten direct ten grondslag leggen aan zijn beslissingen.⁵⁶ Wat dit betreft zijn de door partijen gestelde feiten en feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen gelijk. De wijze waarop het feit ter kennis van de rechter komt (gesteld door partijen of anderszins), heeft geen gevolgen voor de rol die het feit bij de beoordeling kan spelen. De term 'bewijsmiddelen' voor getuigenverhoren en deskundigenberichten is dus in zekere zin een onjuiste benaming aangezien deze middelen niet slechts gebruikt worden ter

51 Wet bijzondere opnemings in psychiatrische ziekenhuizen.

52 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 5.

53 Zie bv. HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franx).

54 HR 30 mrt. 1979, NJ 1979, 510 (concl. R Emmelink).

55 HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. Van Oosten).

56 Zie bijvoorbeeld: HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (A-G Franx): Het Gerechtshof baseerde haar uitspraak op gegevens die zij ontleende aan een tijdens pleidooi vertoonde film. HR 12 dec. 1997, NJ 1998, 224 (A-G Hartkamp): uit een door Wobouw aan Slokker toegezonden opdrachtbevestiging waarin stond dat was afgesproken dat Wobouw een werktekening aan Slokker zou zenden leidt het Gerechtshof af dat de werktekening is verzonden, er daarbij van uitgaand dat nu het tegendeel niet was gesteld of gebleken Wobouw zich aan de afspraak heeft gehouden. Zie verder ook HR 28 feb 1969, NJ 1969, 389 (concl. Van Oosten) en HR 17 sept. 1993, NJ 1993, 740 (A-G Hartkamp).

bewijs van door partijen gestelde feiten, maar ook voor breder feitelijk onderzoek.

Opmerkelijk in dit verband is HR 13 jan. 1995.⁵⁷ Het is hier van belang te weten dat een patiënt die onder narcose is gebracht in de uitslaapkamer twee fasen pleegt door te maken. Op grond van het deskundigenbericht acht het Gerechtshof bewezen dat patiënt Korver tijdens de eerste fase uit het bed is gevallen. Dit wordt in cassatie onder meer bestreden met de stelling dat een deskundigenbericht geen bewijsmiddel vormt, zodat zonder andere bewijsmiddelen ten onrechte doorslaggevende betekenis is toegekend aan het deskundigenbericht. De Hoge Raad verwerpt deze stelling nu uit art. 179 (oud) Rv volgt dat, gegeven dat de wet niet anders bepaalt, bewijs ook door een deskundigenbericht kan worden geleverd.

De omstandigheid dat 'bewijsmiddelen' veelal worden gebruikt voor feitelijk onderzoek, had hier tot gevolg dat de opsteller van de cassatiemiddelen was 'vergeten' dat een deskundigenbericht van oorsprong dient tot bewijs. Het wordt nog steeds onder bewijs behandeld in de literatuur⁵⁸ en de regeling van het deskundigenbericht staat in het herziene burgerlijk procesrecht in de afdeling bewijs.⁵⁹

De rechter zal bij het gebruiken van de feiten die anderszins ter zijner kennis komen, moeten blijven binnen de rechtsstrijd zoals die door partijen is uiteengezet.⁶⁰ Hij kan aan deze feiten geen feitelijke gronden ontleen die niet door partijen ten grondslag zijn gelegd aan hun vordering respectievelijk verweer⁶¹ en mag slechts rekening houden met deze feiten binnen het kader van de beoordeling van de aangevoerde feitelijke gronden. Het is aan partijen om eventueel de grenzen van de rechtsstrijd uit te breiden.

Dit geldt in principe ook voor de feiten die door partijen worden aangevoerd. Ook deze feiten mag de rechter slechts gebruiken in het kader van de beoordeling van de door partijen aangevoerde feitelijke gronden. Een verschil is echter wel dat het aanvoeren van feiten door partijen geïnterpreteerd kan worden als het tegelijk ook aanvoeren van een nieuwe feitelijke grond, met alle beperkingen van dien (zie § 2.2.6). Dit is voor feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen niet het geval.

Niet in rapportage, toch in het geding gebracht.

Van processuele handelingen zoals bezichtigingen en comparities wordt meestal een vorm van schriftelijk rapport gemaakt. Het is mogelijk en zelfs waarschijnlijk dat niet alle feiten zijn opgenomen in dit rapport en dat de

57 HR 13 jan. 1995, NJ 1997, 175 (A-G Hartkamp; m.nt. CJHB).

58 Hugenholtz/Heemskerk 1998 nr. 134; Snijders, Ynzonides & Meijer nr. 228; De Groene Serie Privaatrecht. Burgerlijke Rechtsvordering.

59 Het deskundigenbericht wordt geregeld in § 6 van de Negende Afdeling.

60 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 127.

61 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Rutten 1943 p. 99.

rechter dus bepaalde feiten heeft waargenomen die niet zijn terug te vinden in de schriftelijke weergave van de proceshandeling in kwestie. De waarneming van de rechter heeft in dat geval voorrang boven het rapport.⁶² Het feit dat de rechter het feit heeft waargenomen betekent dat dit feit in het geding is gebracht.

Dit geldt zowel voor door partijen gestelde feiten als de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Het is niet nodig dat als de partijen feiten aanvoeren buiten de stukken om, zoals bijvoorbeeld bij mondelinge behandelingen, getuigenverhoren, pleidooien of bezichtigingen, dat deze feiten teruggevonden moeten kunnen worden in een stuk, zoals een proces-verbaal. Het is voldoende dat de rechter het heeft waargenomen.⁶³ Zo mocht het Gerechtshof de vaststelling dat appellant bekend is geweest met een aanzienlijke toename van het bedrag dat door de erven in de vennootschap werd gestoken, baseren op het bij pleidooi gestelde dat 'geïntimeerde telkenjare een familiebijeenkomst belegde, waarbij hij (onder meer aan appellant) verslag deed van de financiële gang van zaken, en waarbij de jaarstukken van de vennootschap door de vennoten (waaronder appellant) werden goedgekeurd en getekend'. Ook al is het feit dat dit is gesteld nergens schriftelijk vastgelegd.⁶⁴

Een voorbeeld in geval van feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen, is een ten pleidooie getoonde film.⁶⁵ Het tonen van de film is voldoende om hetgeen daarop is vastgelegd in het geding te brengen.

Volgens de procesregels inbrengen

Een feit is slechts dan geldig in het geding gebracht als dat feit volgens de procesregels wordt gesteld of ter kennis van de rechter komt.⁶⁶ Een feit dat weliswaar tijdens het proces naar voren komt, maar niet volgens de procesregels 'in het geding wordt gebracht', is niet geldig in het geding gebracht en mag niet door de rechter ten grondslag worden gelegd aan zijn beslissing. Dit komt erop neer dat als er een procedure is voorgeschreven voor de wijze waarop feiten worden ingebracht, deze procedure gevolgd zal moeten worden. Als deze niet wordt gevolgd, worden de betreffende feiten geacht niet te zijn ingebracht.

62 Vgl. HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. Van Oosten); HR 30 mrt 1979, NJ 1979, 510 (concl. A-G Rummelink); HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate, m.nt. WMK) ro. 3.1.

63 Vgl. HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate, m.nt. WMK) ro. 3.1.

64 HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate, m.nt. WMK); een ander voorbeeld is HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. Van Oosten) waarin de rechter vaststelt dat de eiser bij een inlichtingencomparitie bepaalde feiten heeft bevestigd en toegegeven. De rechter mocht deze feiten ten grondslag leggen aan zijn beslissing zonder dat het nodig dat dit werd vastgelegd in het proces-verbaal van de comparitie.

65 HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franx).

66 Vgl. Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 331; Scheltema 1940 p. 8; Veegens/Wiersma 1973 p. 23.

Wat betreft sommige proceshandelingen zijn er niet veel procesregels, zodat gemakkelijk aan dit vereiste voldaan zal zijn. Voor de conclusies en comparitie bijvoorbeeld bestaan nauwelijks procesregels, zodat de feiten die hierbij worden aangevoerd al snel volgens de procesregels zijn ingebracht.

Voor andere proceshandelingen echter zijn duidelijke procedures voorgeschreven. Voor bijvoorbeeld het verhoren van getuigen gelden de regels van art. 189 ev. (oud) Rv, voor een deskundigenbericht gelden de regels van art. 221 ev. (oud) Rv en voor bezichtiging art. 226 (oud) Rv. De rechter mag alleen rekening houden met de feiten die bij deze proceshandelingen naar voren komen als de voorgeschreven procedure is gevolgd. Als een dergelijke procedure niet wordt gevolgd, worden de betreffende feiten geacht niet te zijn ingebracht en mag de rechter geen rekening houden met de feiten waarvan hij tijdens de proceshandeling kennis nam.

Slechts in uitzonderlijke gevallen kan een (aangepaste) procesregeling worden gecreëerd, zoals bij het horen van anonieme getuigen. Maar in verreweg de meeste gevallen zal de rechter het procesrecht moeten volgen.

Een voorbeeld van een zaak waarin de voorgeschreven procedure niet werd gevolgd is HR 18 dec. 1987.⁶⁷ De rechtbank had een niet-officiële bezichtiging gehouden dat wil zeggen dat een van de leden van de rechtbank buiten de procedure van art. 226 ev. (oud) Rv om langs was gegaan op de betrokken plaats om de feitelijke situatie te bekijken. De rechtbank heeft vervolgens deze feiten meegenomen bij het nemen van zijn beslissing. De Hoge Raad casseert op de grond dat deze handelswijze zich niet verdraagt met de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming die de nodige waarborgen voor controle en bespreekbaarheid voor partijen omvat.⁶⁸ Aangezien er een procedure voor bezichtiging was voorgeschreven, moest deze gevolgd worden.

De vraag kan gesteld worden of aan het schenden van procesregels, zoals in het voorbeeld van de vorige alinea, altijd de consequentie moet worden verbonden dat de naar voren gekomen feiten buiten het geding moeten blijven. Of is er ruimte om toch rekening te houden met de betreffende feiten na het repareren van de fout? Dit is echter een kwestie die te ver gaat voor deze behandeling.

De feiten moeten in het huidige geding zijn ingebracht

De rechter mag slechts rekening houden met feiten die in het huidige geding zijn ingebracht. Feiten die in eerdere zaken zijn ingebracht en die de rechter slechts kent uit die eerdere zaken liggen buiten het huidige geding en hij mag ze dan ook niet meenemen bij zijn beslissing in de huidige zaak.⁶⁹ Als hij dat wel doet, vult hij de feiten aan in strijd met art. 176 en art. 48 (oud) Rv.⁷⁰

67 HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 679 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH).

68 Ro. 3.2.

69 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 84.

70 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 125.

Als deze feiten ook in de huidige zaak worden ingebracht, mag hij er natuurlijk wel rekening mee houden.

Het is hierbij niet van belang dat het eerdere geding ging tussen dezelfde partijen en dezelfde inzet had. Deze feiten maken geen deel uit van het latere geding en de rechter mag hier geen rekening mee houden.⁷¹ Een voorbeeld hiervan is HR 2 mei 1997.⁷² De partijen hadden over dezelfde kwestie al een kort geding gevoerd waarin bij de memorie van grieven een kadastrale kaart was overgelegd. In het huidige geding maakt het Gerechtshof gebruik van deze kaart, die niet tot de stukken van dit latere geding behoort.⁷³ Dit is in strijd met art. 176 lid 1 (oud) Rv, nu de kaart in de huidige procedure niet is ingebracht.⁷⁴

Een 'uitzondering' op deze regel is het geval dat de rechter de feiten kent uit de behandeling van een provisionele procedure in het kader van het huidige geding. Een provisionele vordering of verzoek, en de provisionele uitspraak daarop, maken deel uit van het hoofdgeding in de zin van art. 176 lid 1 (oud) Rv.⁷⁵ Dit betekent dat feiten die worden ingebracht in het kader van de behandeling van de provisionele vordering of verzoek geacht worden ook te zijn ingebracht in het geding waarin de hoofdvordering wordt beoordeeld.⁷⁶ Ook in het hoofdgeding zal de rechter dus rekening mogen houden met feiten die slechts in het kader van de provisionele vordering ter zijner kennis zijn gekomen.

Het verschil tussen het kort geding en de provisionele vordering is blijkbaar gelegen in het feit dat een kort geding niet zodanig is verbonden met de bodemprocedure dat het kort geding beschouwd moet worden als een deel van de bodemprocedure in de zin van art. 176 lid 1 (oud) Rv.⁷⁷ Dit in tegenstelling tot de provisionele procedure.⁷⁸

Gescheiden feitelijke grondslagen

Het concept van gescheiden feitelijke grondslagen houdt in dat een feit dat is gesteld door partij A niet geldt als een feit dat is gesteld door partij B, behalve als partij B het feit in een feitelijke instantie tot de zijne maakt.⁷⁹

71 Vgl. R.J.B. Boonekamp, *Kronieken.Bewijsrecht*, TCR 1997-4, p. 86-87.; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 5; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. Asser;m.nt. WMK) ro. 3.4.2 en 3.4.3.

72 HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. Asser; m.nt. WMK).

73 Zie overw. 6.5 van het Gerechtshof hof.

74 Ro. 3.4.2.

75 HR 16 nov. 1990, NJ 1992, 84 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. HJS); vgl. R.J.B. Boonekamp, *Kronieken.Bewijsrecht*, TCR 1997-4, p. 86-87; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. A-G Asser; m.nt. WMK) ro. 3.4.3.

76 Vgl. G.R. Rutgers/J.E. Bosch-Boesjes, *Overzicht der Nederlandse Rechtspraak*, WPNR-1995, p. 77; Burg. Rv. (Asser) art. 176, aant 5 (slot).

77 HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. Asser; m.nt. WMK) ro. 3.4.3; concl. ro. 2.5.

78 Zie de noot van HJS onder NJ 1992, 84 overw. 1b.; zie voor de provisionele vordering Hugenholtz/Heemskerk 1998 nr. 153; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 272/273.

79 Pels Rijcken 1983 p. 163; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

Partijen bouwen als het ware twee gescheiden feitelijke grondslagen op. Een gevolg hiervan is dat de rechter een rechtsnorm, aangevuld dan wel aangevoerd, niet ten gunste van partij B mag toepassen op grond van een door partij A gesteld feit.

De regel van gescheiden feitelijke grondslagen heeft belangrijke consequenties voor de rechter en voor partijen. Gegeven deze gevolgen is het vreemd dat deze regel nauwelijks wordt besproken in de literatuur. Buiten de genoemde bronnen wordt deze regel niet (duidelijk) genoemd. Ook een bestudering van de jurisprudentie laat geen duidelijk beeld zien van het al dan niet bestaan van deze regel. Maar de meer recente jurisprudentie spreekt het bestaan dan wel toepassing van deze regel wel tegen.⁸⁰

Hier is met name van belang het arrest van HR 12 dec. 1997.⁸¹ In cassatie verwijt eiseres het Gerechtshof dat deze in haar oordeel rekening heeft gehouden met vier omstandigheden waar verweerder geen beroep op had gedaan. In ieder geval één van die omstandigheden was zelfs door eiseres in het geding gebracht. De Hoge Raad overweegt:

“Deze algemene klacht van het onderdeel ziet eraan voorbij dat het de rechter vrijstaat, binnen de grenzen van de rechtsstrijd, alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beoordeling van het hem voorgelegde punt van geschil te betrekken, en dat de rechter bij die beoordeling niet is beperkt tot de feiten en omstandigheden die door ieder van de partijen voor het door haar ingeroepen rechtsgevolg zijn aangevoerd.”⁸²

Ik ben dan ook van mening dat de regel van gescheiden feitelijke grondslagen in het procesrecht voor de herziening en ook in het huidige procesrecht geen toepassing meer vindt. Voor de volledigheid, wil ik nog het volgende hierover toevoegen.

De rechter mag de feiten die hem anderszins ter kennis komen zowel ten grondslag leggen aan de vorderingen als aan de verweren. Het gaat hier om de feiten aangedragen door getuigen en deskundigen, maar ook om de antwoorden op vragen van de rechter en stukken die op zijn verzoek worden overgelegd. Wat deze feiten betreft is er in ieder geval geen scheiding van

80 Arresten die de regel steunen: Vranken noemt de regel in zijn conclusie bij HR 11 dec. 1992, NJ 1993, 139 (concl. A-G Vranken). Hij haalt daarin HR 24 mei 1991, NJ 1991, 706 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS) aan waaruit mijns inziens echter niet van gescheiden feitelijke grondslagen blijkt; A-G Koopmans noemt de regel wel weer in het aangehaalde arrest en noemt nu twee andere arresten: HR 30 okt. 1981, NJ 1982, 436 (A-G Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB), waar de Hoge Raad de regel inderdaad lijkt toe te passen, en HR 13 nov. 1987, NJ 1988, 941 (concl. A-G Mok; m.nt. WLH), die betrekking heeft op het aanvullen van feitelijke gronden. Arresten die de regel tegenspreken: HR 7 apr. 1995, NJ 1995, 681 (A-G Koopmans; m.nt. PAS), HR 14 nov. 1997, NJ 1998, 149 (A-G De Vries Lentsch-Kostense) en HR 12 dec. 1997, NJ 1998, 224 (A-G Hartkamp).

81 HR 12 dec. 1997, NJ 1998, 224 (A-G Hartkamp).

82 Overweging 3.5.

feitelijke grondslagen. Ervan uitgaand dat de genoemde scheiding inderdaad bestaat, beoordeelt de rechter de vordering op grond van de door de eiser gestelde feiten en alle feiten die hem anderszins ter kennis zijn gekomen. De verweeren beoordeelt hij op grond van de door de verweerder gestelde feiten en alle feiten die hem anderszins ter kennis zijn gekomen.

Voor zover de regel van gescheiden feitelijke grondslagen (nog) bestaat, wordt zij opzij gezet als het gaat om de (ambtshalve) toepassing van rechtsnormen van openbare orde.⁸³ De rechter moet in ieder geval bij de toepassing van deze rechtsnormen alle in het geding gebrachte feiten meenemen, ongeacht door wie een feit in het geding is gebracht.

Het behoort tot de mogelijkheden dat een partij een feit gesteld door de wederpartij 'tot de zijne maakt.' Het maakt daardoor ook deel uit van zijn feitelijke grondslag. De vraag is wanneer een partij een feit tot de zijne heeft gemaakt. Noch de literatuur noch de jurisprudentie geven duidelijke aanwijzingen voor de beantwoording van deze vraag. Het gaat mij wat ver dat partijen elkaars feiten zouden moeten herhalen. Ervan uitgaande dat partijen geacht moeten worden in hun beste belang te handelen behoudens aanwijzingen voor het tegengestelde, is de stelling verdedigbaar dat een partij geacht moet worden de door de wederpartij gestelde feiten die voor zijn gronden van belang zijn tot de zijne te hebben gemaakt, behalve als zij het tegengestelde heeft aangegeven. Dit heeft echter tot gevolg dat de scheiding van de feitelijke grondslagen de facto wordt opgeheven. Beide partijen worden geacht een beroep te hebben gedaan op de door de ander gestelde feiten voor zover zij daar belang bij hebben, waarbij zij in principe de mogelijkheid hebben om een feit uit te sluiten.

2.3.2 *De eis dat een beroep moet zijn gedaan op feiten*

Het tweede vereiste dat aan feiten wordt gesteld, is dat partijen een beroep op de feiten moeten hebben gedaan. Feiten waar geen beroep op is gedaan mag de rechter niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing, ook al zijn die feiten wel in het geding gebracht. Doet hij dit toch, dan vult hij de feiten aan.⁸⁴

De vraag is nu wat het betekent dat partijen een beroep moeten doen op feiten. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de feiten die door partijen worden gesteld en de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen.

83 Vgl. overw. 6 A-G Koopmans in zijn conclusie bij HR 24 mei 1991, NJ 1991, 706 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS); overw. 9 A-G Vranken in zijn conclusie bij HR 11 dec. 1992, NJ 1993, 139 (A-G Vranken).

84 Vriesendorp 1970 p. 45, 56/57; Vriesendorp 1979 p. 122; Vriesendorp 1981 p. 14; Burg.Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Rutten 1945 p. 98; Pels Rijcken I 1987 p. 76; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38/39.

Door partijen gestelde feiten

De achtergrond van deze eis is het contradictoire karakter van het burgerlijk proces en het beginsel van hoor en wederhoor.⁸⁵ Het moet voor de wederpartij duidelijk zijn welke van de ingebrachte feiten ten grondslag zijn gelegd aan de vordering of het verweer, en welke feiten hij dus moet bestrijden. De rechter mag derhalve alleen rekening houden met de feiten waarbij dit duidelijk is. De eis dat een beroep moet zijn gedaan op een feit betekent dus uiteindelijk dat het feit op een zodanige wijze moet worden ingebracht dat duidelijk is voor de rechter en de wederpartij dat dit feit ten grondslag wordt gelegd aan de vordering of het verweer.⁸⁶

De eis van 'een beroep doen' op de feiten is niet een aparte handeling naast het inbrengen van het feit, maar heeft betekenis voor de wijze waarop het feit wordt ingebracht. Bij de feiten die de partijen mondeling dan wel schriftelijk aanvoeren zullen zij de bedoeling hebben deze ten grondslag te leggen aan hun vordering of verweer, en zal dit ook duidelijk zijn. Van de wederpartij mag ook wel verwacht worden dat deze oplet. Het is dan ook beter te stellen dat een partij een beroep doet op de feiten die hij aanvoert, tenzij het feit niet duidelijk ten grondslag is gelegd aan de vordering of het verweer.

Het vereiste van een beroep heeft voornamelijk gevolgen als stukken zoals dossiers of overeenkomsten worden ingebracht. Het simpelweg overleggen van de stukken is dan niet voldoende om daarmee alle vermelde feiten of clausules ten grondslag te leggen aan de vordering of verweer. De betreffende partij zal duidelijk moeten aangeven op welke delen van het stuk hij een beroep wil doen. De rechter mag geen rekening houden met feiten of clausules waarop de partij geen beroep heeft gedaan.⁸⁷

Een voorbeeld hiervan is HR 23 okt. 1992.⁸⁸ Eiser had het strafdossier waarin hij werd vrijgesproken overgelegd. In cassatie klaagt hij dat het Gerechtshof geen rekening heeft gehouden met de in dat dossier opgenomen verklaring van eiser dat hij rond 20.20 uur in Amsterdam was aangekomen. De Hoge Raad verwerpt deze klacht op grond van de volgende overweging:

'Het onderdeel miskent dat, ook al is een voor een civiele procedure van belang zijnd strafdossier in het geding gebracht, dit het hof niet noopte alle daarin vermelde feiten en omstandigheden zonder meer als door partijen aan hun standpunten ten grondslag gelegde stellingen aan te merken. De partij die een beroep wil doen op zodanige feiten en omstandigheden, dient dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden

85 Vgl. Vriesendorp 1981 p. 14.

86 Vgl. HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser) ro. 3.5; Bosch-Boesjes 1991 p. 125/126.

87 Vgl. HR 26 apr. 1968, NJ 1969, 19 (concl. A-G Van Oosten; noot HD) in 'ten aanzien van het primaire onderdeel van het middel'; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38/39; HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser); HR 21 jan 1944, NJ 1944, 176 (concl. P-G Wijnveldt).

88 HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser).

voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich dient te verweren. Een andere opvatting zou in strijd komen met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.'

De feiten die anderszins in het geding ter kennis van de rechter komen

Voor deze feiten geldt niet het vereiste dat partijen daar een beroep op moeten doen. Het is niet zo dat de partijen na getuigenverhoren, bezichtigingen, deskundigenberichten, getoonde films, demonstraties etc. een beroep moeten doen op de daarin naar voren gekomen feiten.⁸⁹ Zolang deze proceshandelingen volgens de voorgeschreven procesregels verlopen mag de rechter rekening houden met de tijdens de proceshandeling naar voren gekomen feiten.

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt echter natuurlijk ook voor de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Ook hiervoor geldt dat partijen hierop moeten kunnen reageren. Dit betekent echter niet dat partijen een beroep moeten doen op deze feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Zodra deze feiten zijn ingebracht, maken zij deel uit van het geding en zal de rechter ze meenemen. Partijen behoren dit te weten en dienen hiermee rekening te houden.

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt wel mee dat partijen voldoende gelegenheid krijgen om kennis te nemen van deze feiten en hierop te reageren. De rechter zal ervoor moeten zorgdragen dat aan deze eisen wordt voldaan.

Op grond hiervan zullen de partijen meestal aanwezig moeten zijn bij de getuigenverhoren, de bezichtigingen etc. om daarna of daarbij de gelegenheid te krijgen om zich over het gestelde of gebeurde uit te laten. Als partijen niet aanwezig kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld bij het verhoor van een anonieme getuige, moeten zij op de een of andere manier toch de gelegenheid krijgen om kennis te nemen van hetgeen is gebeurd of is gesteld, én om zich hierover uit te laten. Dit kan echter weer consequenties hebben voor de mate waarin de rechter rekening kan houden met de feiten. Als bijvoorbeeld ervoor wordt gekozen om een afwezige partij de beschikking te geven over de rapportage van de handeling, zal dit betekenen dat alleen is voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor voor wat betreft de feiten die in de rapportage staan. In het geval dat de rechter rekening wil houden met feiten die niet in de rapportage zijn opgenomen, mag hij dit niet zonder de afwezige partij(en) eerst de gelegenheid te geven om zich over dit feit uit te laten.

⁸⁹ Vgl. Rutten 1945 p. 97; Een voorbeeld hiervan is de getoonde film in HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franx).

2.3.3 De eis dat feiten moeten zijn komen vast te staan

De derde eis die wordt gesteld is dat de feiten moeten zijn komen vast te staan.⁹⁰ Een feit dat niet is komen vast te staan, mag de rechter niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing. Als hij dat toch doet, schendt hij het verbod om de feiten aan te vullen. Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet wordt het begrip 'vaststaan' in twee betekenissen gebruikt. Ten eerste als een term voor de gehele verzameling feiten die aan de processuele eisen voldoen (vaststaan in brede zin). Ten tweede voor feiten die voor waar worden aangenomen (vaststaan in enge zin). Buiten deze paragraaf wordt met 'vaststaan' vaststaan in brede zin bedoeld. In deze paragraaf gaat het om vaststaan in enge zin.

De stelling dat een feit vaststaat houdt dus in dat het feit in dit geding voor waar wordt aangenomen. Het betekent niet dat het ook waar is, maar slechts dat voor dit geding ervan wordt uitgegaan dat dit zo is.⁹¹ De vraag wanneer een feit vaststaat wordt anders beantwoord voor door partijen gestelde feiten en de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen.

Door partijen gestelde feiten

Een door partijen gesteld feit staat vast als het onder één van de volgende categorieën valt:

- a het is niet of onvoldoende gemotiveerd betwist;
- b het is erkend;
- c het is bewezen, indien bewijs werd verlangd.

Ad a) Niet of onvoldoende gemotiveerd betwist

Een feit staat ten eerste vast als het niet wordt betwist of niet voldoende gemotiveerd wordt betwist.⁹² Een vorm van niet-betwisting is als de wederpartij het gestelde feit simpelweg niet bestrijdt. Maar ook als de wederpartij zich (gedeeltelijk) refereert aan het oordeel van de rechter of de verweerder verstek laat gaan, worden de door de wederpartij gestelde feiten niet bestreden. Een gevolg van referte is dus dat de door de wederpartij gestelde feiten komen vast te staan.⁹³ Dit geldt in beginsel ook voor verstek, maar het is mogelijk dat de rechter hier toch bewijs van de eiser verlangt (zie verder hieronder onder ad c)).⁹⁴

90 Vgl. art. 176 lid 1 Rv; Rutten 1945 p. 95; Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148/149.

91 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 143.

92 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 126, 170; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148; Scheltema 1940 p. 17/18; Rutten 1943 p. 95; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 5 en 6; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 7; Nat-Verhage 1988 p. 3; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 79.

93 Vgl. Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 6; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 14; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 21/22.

94 Snijder, Ynzonides & Meijer 1997 p. 140; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 66.

Een betwisting moet voldoende gemotiveerd gebeuren om te voorkomen dat een feit als vaststaand wordt beschouwd. Als een feit onvoldoende gemotiveerd wordt betwist, wordt het feit geacht niet te zijn betwist en staat het dus vast.⁹⁵ Hoe ver een partij moet gaan in de motivering bij het bestrijden van een gesteld feit is afhankelijk van vele factoren. Factoren die van belang zijn, zijn bijvoorbeeld hoe gedetailleerd de stellende partij is geweest⁹⁶ en over welke informatie de betwistende partij beschikt.⁹⁷ Een voorbeeld van dit laatste is te vinden in HR 13 nov 1914⁹⁸ waarin de man de stelling van de vrouw dat zijn inkomen f 6000 per jaar bedroeg bestreed door zonder verdere motivering te ontkennen dat hij het gestelde inkomen had. Deze bestrijding werd onvoldoende gemotiveerd geacht, omdat de man het beste in staat is om aan te geven hoe groot zijn inkomen is.

Een stelling als 'gedaagde ontkent al hetgeen eiser heeft gesteld, tenzij het hieronder uitdrukkelijk wordt erkend' zal meestal ruim onvoldoende zijn om als betwisting te gelden.⁹⁹

Ad b) Erkend

Een feit staat ten tweede vast als het feit door de wederpartij wordt erkend.¹⁰⁰ Er is sprake van een rechtsgeldige erkenning als een partij uitdrukkelijk in een aanhangig geding de waarheid van een of meer feitelijke stellingen van de wederpartij erkent (art. 181 lid 1 (oud) Rv). De erkenning kan schriftelijk worden gedaan bij conclusie of bij akte ter rolle, maar ook mondeling tijdens bijvoorbeeld een pleidooi, comparitie of getuigenverhoor.¹⁰¹

In geval van erkenning kan een partij niet op zijn erkenning terugkomen. Door het erkennen van de feiten heeft de partij afstand gedaan van de mogelijkheid om de feiten te bestrijden en een erkend feit kan niet later in het geding nog betwist worden. Dit kan zelfs niet in een hogere instantie, aangezien een ontkenning van erkende feiten als een gedekt verweer wordt beschouwd.¹⁰²

Een gerechtelijke erkenning kan echter wel worden herroepen indien de betreffende partij aannemelijk maakt dat zij door een dwaling of niet in vrijheid is afegelegd (art. 181 lid 2 (oud) Rv). Daarnaast kan een partij een erkenning

95 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 126, 170; HR 22 apr. 1960, NJ 1960, 293 (concl. A-G Loeff).

96 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 24 juli 1980, NJ 1981, 357.

97 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 7. Zie als verder voorbeelden: HR 11 dec. 1930, NJ 1931, 738 (A-G Berger); Hof Amsterdam 17 feb. 1983, NJ 1985, 635.

98 HR 13 nov 1914, NJ 1915, 106 (A-G Ledeboer).

99 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 170.

100 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148; Stein & Rueb 2000 p. 15, 93.

101 Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22.

102 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 125; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw Bewijsrecht, aant. 6; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 22, 55; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 114.

door haar procureur ontkennen op grond van de regeling van art. 263 ev. (oud) Rv (Désaveu).¹⁰³ Dit is mogelijk als de procureur een handeling verricht, zoals een erkenning, zonder daartoe toestemming te hebben verkregen van de partij.¹⁰⁴

Een erkenning moet wel uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gebeuren.¹⁰⁵ Slechts dan is er sprake van een erkenning in de zin van art. 181 (oud) Rv met alle gevolgen van dien. Voor een geldig beroep is niet vereist dat art. 181 (oud) Rv of de term 'erkenning' worden gebruikt.

Zoals uit art. 181 (oud) Rv blijkt is er slechts sprake van een rechtsgeldige erkenning als deze in het aanhangige geding wordt gedaan. Een erkenning buiten het geding of in een ander geding geldt niet als een erkenning in de zin van art. 181 (oud) Rv in het aanhangige geding.¹⁰⁶

De rechter kan geen bewijs verlangen van erkende feiten. De uitzondering hierop is als het feit ten grondslag ligt aan de toepassing van een rechtsnorm van openbare orde. Als erkende feiten leiden tot rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van de rechter staan, kan de rechter ondanks de erkenning bewijs verlangen van de erkende feiten.¹⁰⁷

Ad c) Het is bewezen, indien bewijs werd verlangd

Een feit staat ten derde vast als het desverlangd wordt bewezen. Een feit waarvan bewijs wordt verlangd maar dat niet wordt bewezen, mag niet door de rechter ten grondslag worden gelegd aan zijn beslissingen.

De rechter mag in principe slechts bewijs verlangen van voldoende gemotiveerd betwiste feiten. Feiten die niet voldoende gemotiveerd zijn betwist, moet hij als vaststaand aannemen en mag hij niet onderzoeken.¹⁰⁸ Hierop zijn twee uitzonderingen. De rechter mag toch bewijs verlangen van niet betwiste feiten in geval van verstek en als aanvaarding van die feiten zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

In verstekzaken worden de door de eiser gestelde feiten niet betwist aangezien de gedaagde niet is verschenen om deze te betwisten. Om toch enige mate van controle op de juistheid van de feiten te krijgen heeft de rechter op grond van art. 76 lid 1 (oud) Rv de bevoegdheid om de eisende partij bewijs

103 Deze mogelijkheid is afgeschaft bij de herziening van het burgerlijk procesrecht.

104 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer p. 125 en 158; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 184 en 186.

105 Vgl. Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22; Pitlo/Hidma & Rutgers 1998 p. 55; Nat-Verhage 1988 p.17.

106 Vgl. Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22; Pitlo/Hidma & Rutgers 1998 p. 55; Nat-Verhage 1988 p. 18; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 114; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 181, aant. 3; een voorbeeld van dit laatste is HR 15 mrt. 1996, NJ 1996, 435 (concl. A-G Hartkamp).

107 Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 76; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 19; Pitlo/Hidma & Rutgers 1998 p. 55.

108 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 148; Bosch-Boesjes 1991 p. 145/146; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 77.

van haar feitelijke stellingen op te dragen als hij twijfelt omtrent de juistheid van de gestelde feiten.¹⁰⁹ In zoverre zet art. 76 lid 1 (oud) Rv art. 176 lid 1 (oud) Rv opzij, zodat de rechter bij verstekzaken niet verplicht is onjuiste feiten als vaststaand aan te nemen.

De uitzondering van 'rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan' betreft de toepassing van rechtsnormen van openbare orde. De toepassing van deze rechtsnormen is van zodanig belang dat manipulatie van de feiten door partijen niet aanvaardbaar is. De rechter mag bewijs verlangen van de daarbij betrokken feiten zonder dat deze zijn betwist.¹¹⁰

Bij beide uitzonderingen gaat het om een bevoegdheid en niet om een verplichting.¹¹¹ De rechter zal niet altijd van alle betrokken feiten bewijs verlangen, maar slechts als hij daartoe voor bepaalde feiten reden ziet.

Feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen

Art. 176 lid 1 (oud) Rv stelt voor zowel de feiten die door partijen worden gesteld als de feiten die in het geding (anderszins) ter zijner kennis zijn gekomen, dat de rechter deze slechts ten grondslag mag leggen aan zijn beslissingen als deze zijn komen vast te staan. Voor de feiten die anderszins ter zijner kennis zijn gekomen geldt dus ook dat deze moeten komen vast te staan. De zaak ligt hier echter niet zo eenvoudig als bij de door partijen gestelde feiten.

Voor door partijen gestelde feiten geldt dat deze voor waar worden aangenomen behalve als zij worden betwist. Voor feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen geldt dat de waarachtigheid van de feiten door de rechter wordt bepaald. Art. 179 lid 2 (oud) Rv stelt dat de rechter vrij is in het waarderen van bewijs. De rechter bepaalt of en in welke mate hij de feiten uit deskundigenberichten, getuigenverklaringen, documenten, foto's, films etc. voor waar zal aannemen.¹¹² Als de rechter de feiten niet geloofwaardig acht, staan deze niet vast. Als hij deze wel geloofwaardig acht, staan de feiten vast.

Uitzondering hierop zijn de bewijsmiddelen met dwingende bewijskracht. De rechter is verplicht om de inhoud van deze bewijsmiddelen voor waar aan

109 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 146; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 66; Sniijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 140; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 21; Burg. Rv. (Asser) art. 76-78, aant. 4; HR 26 aug. 1949, NJ 1950, 55 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. DJV onder HR 30 juni 1949, NJ 1950, 56) p. 117 linkerkolom; Hof Arnhem 23 dec. 1981, NJ 1983, 16 ro. 4/5; HR 16 nov. 1979, NJ 1980, 487 (concl. A-G Van Oosten; m.nt. WHH).

110 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Sniijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 170; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 21, 22; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 19; Nat-Verhage 1988 p. 3; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 76,77, 79; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 8; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 6; Veegens/Wiersma 1973 p. 70.

111 Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 19; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 8; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 6; Hidma/Rutgers 1998 p. 22; Veegens/Wiersma 1973 p. 71.

112 Vgl. Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 47; Nat-Verhage 1988 p. 10; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 178, aant. 2 en art. 179, aant. 6; Stein & Rueb 2000 p. 98; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15.

te nemen (art. 178 lid 1 (oud) Rv).¹¹³ Tegen deze bewijsmiddelen staat nog wel tegenbewijs open, voor zover niet door de wet uitgesloten (art. 178 lid 2 (oud) Rv). Een voorbeeld van dwingend bewijs is de authentieke akte. Een authentieke akte levert tegen een ieder dwingend bewijs van hetgeen de ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard (art. 184 lid 1 (oud) Rv). Die feiten staan dus, behoudens tegenbewijs, vast.

Het staat partijen vrij om feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen te bestrijden. De rechter bepaalt echter zelf de waarachtigheid van deze feiten en de betwisting van deze feiten heeft dus op zich geen gevolg. De rechter kan ook zonder een betwisting oordelen dat het feit niet komt vast te staan. Daarnaast betekent een betwisting van deze feiten op zich ook niet dat deze feiten niet komen vast te staan. De rechter kan van betwiste feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen ook zonder verder bewijs oordelen dat deze vast staan. De betwistende partij zal dus verder moeten gaan dan alleen betwisten. Hij zal de rechter ervan moeten zien te overtuigen dat het feit onjuist is. Het komt erop neer dat de rechter gebaseerd op de omstandigheden van het geval een betwisting van deze feiten naast zich neer kan leggen, maar er ook redenen in kan zien om de betwiste feiten nader te onderzoeken.

Het lijkt mij dat erkenning in de zin van art. 181 lid 1 (oud) Rv van feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen niet mogelijk is, aangezien de erkenning beperkt is tot de stellingen van de wederpartij (art. 181 lid 1 (oud) Rv). Een eventuele erkenning bindt de rechter dan ook niet. Hij bepaalt zelf het waarheidsgehalte van deze feiten en hij mag de erkenning passeren.

2.4 De rechter mag de feiten niet impliciet aanvullen

Deze regel is in zekere zin het spiegelbeeld van de regel dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten, met andere woorden, feiten die vaststaan in brede zin. Dat wil zeggen dat deze feiten voldoen aan de processuele vereisten: deze feiten zijn ingebracht, er is een beroep op gedaan en ze staan vast in enge zin.

Het is de rechter verboden om impliciet de feiten aan te vullen door een rechtsnorm toe te passen zonder dat de daarvoor benodigde feiten zijn komen vast te staan. Als de rechter een rechtsnorm toepast zonder dat de daarvoor benodigde feiten zijn komen vast te staan, impliceert hij immers dat de ontbrekende feiten vaststaan en vult hij deze impliciet aan. Hij past dan niet alleen ten onrechte deze rechtsnorm toe, maar schendt ook het verbod om de feiten aan te vullen.

¹¹³ Vgl. Stein & Rueb 2000 p.98; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 178, aant. 2; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 97, 98.

3 NOTOIRE FEITEN, ALGEMENE ERVARINGSREGELS, EIGEN WETENSCHAP VAN DE RECHTER EN PROCESSUELE FEITEN

Zoals er verschillende typen rechtsnormen zijn, zo zijn er ook verschillende typen feiten. In deze paragraaf komen de volgende typen aan de orde: notoire feiten en algemene ervaringsregels (§ 3.1), eigen wetenschap van de rechter (§ 3.2) en processuele feiten (§ 3.3).

3.1 Notoire feiten en algemene ervaringsregels

Notoire feiten of algemeen bekende feiten zijn feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of zonder noemenswaardig onderzoek uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen.¹¹⁴ Algemene ervaringsregels zijn ervaringsregels die ieder normaal ontwikkeld mens uit ervaring weet. Zij betreffen een algemeen weten.¹¹⁵ Ervaringsregels onderscheiden zich van feiten in die zin dat een feit een concrete gebeurtenis of omstandigheid omschrijft terwijl een ervaringsregel een theorie of empirische regel omschrijft.¹¹⁶ De stelling 'die fiets heeft twee wielen' is bijvoorbeeld een feit. De stelling 'fietsen hebben twee wielen' is een ervaringsregel.

Zowel notoire feiten als algemene ervaringsregels zijn feiten in de zin van art. 48 en 176 lid 1 (oud) Rv.¹¹⁷ Het onderscheid is procesrechtelijk gezien niet van belang en komt buiten art. 176 lid 2 (oud) Rv ook niet voor. Soms is het ook zo dat over feiten van algemene bekendheid wordt gesproken terwijl het strikt genomen om ervaringsregels gaat. In Rb. Arnhem 26 okt. 1995¹¹⁸ bijvoorbeeld overwoog de rechtbank dat het een feit van algemene bekendheid is dat een sterilisatie niet voor 100% de kans op het ontstaan van een zwangerschap voorkomt. Dit is echter geen feit, maar een ervaringsregel.¹¹⁹

Aangezien dit onderscheid procesrechtelijk gezien weinig van belang is, zal ik voortaan slechts over algemeen bekende feiten of notoire feiten spreken. Het gestelde geldt ook voor ervaringsregels, behalve als anders is aangegeven.

114 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 77, 85; Pitlo/Hidma en Rutgers 1995 p. 23; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 9; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15; Anema 1940 p. 31; Stein & Rueb 2000 p. 92; Van der Nat-Verhage 1988 p. 3; zonder noemenswaardig onderzoek: Anema 1940 p. 31; Scheltema 1940 p. 31; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Van Empel I 1961 p. 427/428; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 15.

115 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Anema 1940 p. 26; Scheltema 1940 p. 33.

116 Vgl. Veegens 1989 p. 211.

117 Vgl. Scheltema 1940 p. 33; Beekhuis 1974 p. 32/33.

118 Rb. Arnhem 26 okt. 1995, NJ 1997, 141.

119 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 1964, NJ 1965, 324; Hof Amsterdam 13 jan. 1994, NJ 1995, 50; HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. MMM).

3.1.1 De regeling met betrekking tot de algemeen bekende feiten

Notoire feiten hoeven noch gesteld noch bewezen te worden¹²⁰ (art. 176 lid 2 (oud) Rv). De rechter mag deze feiten ambtshalve ten grondslag leggen aan zijn beslissing en ze staan zonder bewijs vast. Het ambtshalve mogen 'aanvullen' van algemeen bekende feiten gaat echter niet zover dat de rechter daaraan feitelijke gronden mag ontlenen die niet door partijen zijn aangevoerd. De rechter mag deze feiten slechts aanvullen binnen de grenzen van de door partijen aangevoerde feitelijke gronden.¹²¹

De regel dat algemeen bekende feiten zonder bewijs vaststaan betekent niet dat tegenbewijs niet is toegestaan.¹²² Art. 176 lid 2 (oud) Rv betekent slechts dat een algemeen bekend feit vaststaat zonder bewijs. Het staat de belanghebbende partij vrij om de waarheid van het algemeen bekende feit te betwisten. Het feit dat een feit algemeen bekend is, wil immers niet zeggen dat het feit ook juist is. Het probleem bij het betwisten van algemeen bekende feiten is echter wel dat de partij er vaak pas achter komt dat de rechter een algemeen bekend feit heeft aangevuld als het vonnis al is gewezen.

Het gaat hier dan wel om tegenbewijs. Een algemeen bekend feit wordt in eerste instantie voor waar aangenomen en bewezen geacht. Dit betekent dat als een partij het algemeen bekende feit betwist het op hem, de betwistende partij, rust om aan te tonen dat het algemeen bekende feit onjuist is. Als een partij een algemeen bekend feit stelt, kan het dus, in verband met de bewijslast, van belang zijn dat het feit als een algemeen bekend feit wordt gekwalificeerd.

3.1.2 Voorbeelden van algemeen bekende feiten en ervaringsregels

Voorbeelden van feiten en ervaringsregels die als van algemene bekendheid worden gekwalificeerd, zijn:

- de ziekte van Alzheimer wordt veroorzaakt door het verdwijnen van hersenweefsel en daarbij gaan de intellectuele vermogens snel en in ernstige mate achteruit. De psychiatrische begeleiding die in deze gevallen nodig is, kan zowel in een ziekenhuis als in een verpleeginrichting afdoende worden verleend;¹²³
- door de vooruitgang van de medische wetenschap verlaat een psychiatrische patiënt die vroeger langdurig in het ziekenhuis verbleef, tegenwoordig

120 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23; Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Scheltema 1940 p. 30, 32.

121 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102.

122 Vgl. Scheltema 1940 p. 34.

123 HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 (concl. A-G Hartkamp) ro. 3.3, Gerechtshof's ro. 6 en 15.

- vaak na korte tijd dat ziekenhuis en wordt in een verpleeginrichting opgenomen;¹²⁴
- bromfietsen worden tegenwoordig veelvuldig gestolen, ook door jeugdige onbekwame bestuurders en dit geschiedt zeker op plaatsen waar zich bromfietsen onbeheerd plegen te bevinden, zoals in dit geval een NS-station;¹²⁵
 - aanrijdingen met dodelijk afloop komen herhaaldelijk voor;¹²⁶
 - een dier als een pink kan plotseling overgaan tot bewegingen of gedragingen, zoals in casu het op de rijweg springen, met name indien het dier in een hem niet volledig vertrouwd situatie wordt gebracht;¹²⁷
 - het optreden van bloedvergiftiging in door aanrijding veroorzaakte kwetsuren is een vrij geregeld voorkomend verschijnsel;¹²⁸
 - het overtreden van voorrangsregels in het verkeer komt veelvuldig voor;¹²⁹
 - gebruikte auto's zijn meermalen van misdrijf afkomstig;¹³⁰
 - het is een feit van algemene bekendheid op Curaçao dat het Spaanse water een openbaar vaarwater is;¹³¹
 - in 1990 werden op en rond de automarkt te Utrecht veel gestolen auto's te koop aangeboden;¹³²
 - onder andere door regelmatige publicaties in de pers en de media is het in 1990 een feit van algemene bekendheid dat een sterilisatie niet voor 100% de kans op het ontstaan van een zwangerschap voorkomt;¹³³
 - een plaatselijke gesteldheid, die op of van de openbare weg voor een ieder waarneembaar is, kan van algemene bekendheid zijn;¹³⁴
 - het schrijven van een proefschrift wordt ondernomen om te promoveren en niet om door het productief maken of verkopen van het auteursrecht voordeel te behalen;¹³⁵
 - spelende kinderen van de leeftijd van Joke (4 jaar en 10 maanden) zijn minder oplettend en nauwgezet en slaan minder acht op hun omgeving dan kinderen van oudere leeftijd en volwassenen;¹³⁶

124 Hartkamp in zijn conclusie onder HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 (concl. A-G Hartkamp) overw. 9, Gerechtshof's ro. 19.

125 Hof 's-Gravenhage 2 feb. 1984, NJ 1985, 344 ro. 3 sub c.

126 HR 21 mrt 1975, NJ 1975, 372 (concl. A-G Van Oosten; m.nt. GJS).

127 Hof Amsterdam 7 nov. 1968, NJ 1969, 278.

128 Hof Arnhem 5 mei 1937, NJ 1937, 1033.

129 HR 15 apr. 1966, NJ 1966, 321 (concl. A-G Minkenhof).

130 Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 1964, NJ 1965, 324.

131 HR 5 juni 1992, NJ 1992, 539 (concl. A-G Hartkamp).

132 Hof Amsterdam 13 jan. 1994, NJ 1995, 50.

133 Rb. Arnhem 26 okt. 1995, NJ 1997, 141 ro. 4.2.

134 HR 17 feb. 1950, NJ 1950, 325 (concl. A-G Hooykaas).

135 HR 3 mrt. 1954, BNB 1954, 125 (m.nt. Tekenbroek).

136 Hof 's-Hertogenbosch 2 dec. 1965 kenbaar uit HR 9 dec. 1966, NJ 1967, 69 (A-G Van Oosten; m.nt. GJS) p. 243 linkerkolom.

- kinderen van een bepaalde jeugdige leeftijd behoren bij voorkeur door de moeder te worden opgevoed;¹³⁷
- de te Amsterdam gehouden honden zijn in het algemeen 'luxe honden',¹³⁸
- in Friesland wordt in het algemeen meer wollen kleding gedragen dan elders in Nederland gebruikelijk is vanwege de in Friesland heersende klimatologische omstandigheden;¹³⁹
- het hakenkruis is het symbool van een buitenlandse politieke partij, die min of meer stelling neemt tegenover andere rassen;¹⁴⁰ en
- het aandeel van Piet Nak in de februari-staking van 1941.¹⁴¹

Voorbeelden van feiten die niet van algemene bekendheid werden gekwalificeerd, zijn:

- de inhoud van een gemeenteraadsbesluit is niet per definitie een feit van algemene bekendheid;¹⁴²
- het is niet een feit van algemene bekendheid dat reiskosten van en naar het ziekenhuis en nieuwe kleren voor de overledene die niet door de verzekering worden gedekt in alle gevallen worden gemaakt;¹⁴³ en
- het is geen feit van algemene bekendheid dat in de bodem opgeslagen olietanks aan corrosie onderhevig zijn en daaraan veelal na verloop van tijd kunnen plegen te bezwijken ten gevolge waarvan olie de tank kan verlaten en de bodem binnendringt.¹⁴⁴

3.1.3 Algemene (bekende?) ervaringsregels

In de wet wordt gesproken over 'algemene ervaringsregels' en niet over algemeen bekende ervaringsregels. De vraag is of ervaringsregels van algemene bekendheid moeten zijn om onder de werking van art. 176 lid 2 (oud) Rv te vallen. In de oudere literatuur (met name van voor ± 1980) zijn de schrijvers het niet eens.¹⁴⁵

Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht moet een ervaringsregel van algemene bekendheid zijn om onder de werking van art. 176 lid 2 (oud)

137 HR 15 dec. 1961, NJ 1962, 49 (concl. A-G Moons).

138 Raad van Beroep voor de Directe Belastingen 21 nov. 1949 kenbaar uit HR 10 mei 1950, NJ 1950, 475.

139 Hof Leeuwarden 1978, niet gepubliceerd, genoemd in Wesseling-van Gent, 1988 p. 1118.

140 Ktg. Amsterdam 24 nov. 1933, NJ 1934, 719.

141 Hof Amsterdam 8 nov. 1973, NJ 1974, 163.

142 HR 22 dec. 1989 (concl. A-G Ten Kate) en HR 22 juni 1990, NJ 1990, 704 (concl. A-G Asser) ro. 3.

143 HR 9 okt. 1998, NJ 1998, 853 (concl. A-G Langemeijer).

144 HR 28 nov. 1997, NJ 1998, 658 (concl. A-G Hartkamp) ro. 3.4.2.

145 Zie de bijdrage van Beekhuis 1974 p. 27 en 35; Anema 1940 p. 26/27; De Hartog 1899 p. 46/47; Wesseling-van Gent 1988 p. 1119.

Rv te vallen. De parlementaire geschiedenis spreekt over een 'algemeen weten' als criterium voor de vraag of er sprake is van een algemene ervaringsregel in de zin van art. 176 lid 2 (oud) Rv.¹⁴⁶ Ook de huidige literatuur steunt het standpunt dat het gaat om algemeen bekende ervaringsregels. Dit blijkt met name uit de daarbij genoemde voorbeelden.¹⁴⁷

Verder blijkt ook uit de jurisprudentie dat de werking van art. 176 lid 2 (oud) Rv afhankelijk wordt gesteld van de algemene bekendheid. In HR 28 nov. 1997¹⁴⁸ spreekt de Hoge Raad bijvoorbeeld niet over feit of ervaringsregel, maar over 'dat het van algemeen bekendheid [is]', 'een algemene bekendheid' en 'naar algemeen bekend is'.¹⁴⁹

3.1.4 *Moet de rechter partijen horen voordat hij algemeen bekende feiten of ervaringsregels aanvult?*

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt uiteraard ook voor de algemeen bekende feiten. Ook hiervoor geldt dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om zich over deze feiten uit te laten. Veel algemeen bekende feiten zijn echter vanzelfsprekend en bij deze zal het horen van partijen niet nodig zijn. Partijen zullen bijvoorbeeld weinig toe te voegen hebben aan de algemene ervaringsregels dat de remweg langer is bij een nat wegdek of dat het zicht minder is bij mist. Daarbij weten partijen dat algemeen bekende feiten noch gesteld noch bewezen hoeven te worden. Zij dienen er dan ook rekening mee te houden dat relevante algemeen bekende feiten ambtshalve aangevuld kunnen worden. Tijdens het verloop van de procedure hebben zij ruim de gelegenheid om zich over deze feiten uit te laten.

Tussen deze vanzelfsprekende algemeen bekende feiten en de gewone feiten is een grijs gebied van feiten die enerzijds een zekere mate van algemene bekendheid hebben, maar anderzijds misschien niet bij iedereen bekend zullen zijn. Bij feiten die binnen dit grensgebied vallen zal de rechter voorzichtig moeten zijn. Als hij ervoor kiest om art. 176 lid 2 (oud) Rv toe te passen, omdat de feiten nu toch eenmaal voldoende algemeen bekend zijn, is het voorleggen van deze feiten aan partijen aan te raden.¹⁵⁰

146 Rutger/Flach & Boon p. 85.

147 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 19; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15 (regen maakt nat; citroenen smaken zuur); Princen 1990 p. 5 (een trein rijdt sneller dan een fiets); Stein & Rueb 2000 p. 92 (dat een auto, die 100 km per uur rijdt, niet in een seconde tot stilstand is te brengen); Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 169 (Het regent in Spanje minder dan in Nederland).

148 HR 28 nov. 1997, NJ 1998, 658 (concl. A-G Hartkamp) ro. 3.4.2.

149 Zie ook Hof 's-Gravenhage 2 feb. 1984, NJ 1985, 344. Ook in de oudere jurisprudentie werd deze wijze van spreken al gebruikt: HR 21 mrt. 1975, NJ 1975, 372; Hof Amsterdam 7 nov. 1968, NJ 1969, 278; HR 3 mrt. 1954, BNB 1954, 125.

150 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 9; Beekhuis 1974 p. 34.

Een tweede reden om partijen te horen is dat alleen omdat een feit algemeen bekend is, dit nog niet wil zeggen dat het ook waar is. Door de algemeen bekende feiten voor te leggen aan partijen, kan de rechter de juistheid van het feit toetsen.¹⁵¹

3.2 Eigen wetenschap van de rechter

Het is mogelijk dat de rechter zelf relevante kennis heeft die niet door partijen is aangevoerd. In deze paragraaf wordt de vraag behandeld in hoeverre de rechter deze kennis ambtshalve mag aanvullen. Ten eerste wordt het verbod om eigen wetenschap aan te vullen besproken (§ 3.2.1). Ten tweede komt in § 3.2.2 een opsomming van Beekhuis aan de orde waarin hij aangeeft wanneer de rechter eigen wetenschap mag gebruiken. Ten derde zal ik ingaan op het gebruik van kennis die ten onrechte als eigen wetenschap wordt gekwalificeerd (§ 3.2.3).

3.2.1 *Het is de rechter verboden om eigen wetenschap ambtshalve aan te vullen*

Onder eigen wetenschap van de rechter wordt verstaan de feiten die de rechter als privé persoon kent.¹⁵² Het gaat bijvoorbeeld om kennis die hij heeft omdat hij bepaalde interesses heeft, of omdat hij toevallig getuige is geweest van een bepaalde situatie of gebeurtenis.

Het uitgangspunt is dat de rechter eigen wetenschap die niet in het geding is gebracht, niet mag gebruiken, behalve als het gaat om algemeen bekende feiten of algemene ervaringsregels.¹⁵³ Hij mag deze 'zuiver' eigen wetenschap alleen ten grondslag leggen aan zijn beslissing als deze door partijen is aangevoerd of anderszins in het geding ter kennis van de rechter is gekomen.¹⁵⁴ Daarnaast moet deze eigen wetenschap, in het geval deze door partijen wordt aangevoerd, op de normale wijze worden bewezen.¹⁵⁵ De rechter mag de omstandigheid dat hij bekend is met deze informatie niet laten meewegen bij de bewijslastverdeling of de bewijswaardering hiervan. Als laatste mag de rechter deze eigen wetenschap niet laten meespelen bij de bewijslastverdeling en bewijswaardering van andere feiten.¹⁵⁶

151 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 45; Beekhuis 1974 p. 34; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 9.

152 Van Empel II 1961 p. 439; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Anema 1940 p. 34.

153 Vgl. Anema 1940 p. 34; Van Empel 1961 II p. 439; Veegens/Wiersma 1973 p.46; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

154 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p.46; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

155 Vgl. Anema 1940 p. 34; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Scheltema 1940 p. 30.

156 Vgl. Pitlo/Hidma 1981 p. 17.

3.2.2 De opsomming van Beekhuis

In zijn bijdrage 'Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter' geeft Beekhuis een opsomming van gevallen waarin de rechter eigen wetenschap wel of niet ambtshalve mag gebruiken.¹⁵⁷ Van belang is dat Beekhuis afwijkt van de hierboven gegeven en meer gevolgde omschrijving van eigen wetenschap. Hij definieert eigen wetenschap als feiten en omstandigheden waarmee de rechter in feite bekend is. Het gevolg hiervan is dat, hoewel de rechter de feiten in kwestie mogelijk wel mag gebruiken, er geen sprake is van eigen wetenschap in de betekenis die ik aan de term geef. Zijn opsomming is dan ook meer een beantwoording van de vraag wanneer de rechter kennis die hij heeft mag gebruiken, dan de vraag wanneer hij eigen wetenschap in de zin van privé kennis mag gebruiken. Het gebruik van 'eigen wetenschap' is volgens Beekhuis geoorloofd, als:

- 1 'het om feiten en omstandigheden gaat, die landelijk of plaatselijk algemeen bekend zijn, dan wel in de kring van procederende partijen [...] als algemeen bekend mogen worden verondersteld, of wel op ervaringsregels berusten;'
- 2 'de eigen wetenschap is gegrond op het bestuderen van boekwerken en algemeen uitgegeven geschriften, voor zover die elkaar niet duidelijk tegenspreken, en dus op gegevens die voor een ieder verkrijgbaar of toegankelijk zijn.'
- 3 'het gaat om feiten waarmee de rechter door het proces op de hoogte is (de zogenaamde processuele feiten);'
- 4 'het gaat om feiten die de rechter uit gegevens uit andere te zijner griffie bekende zaken te weten kan komen. Dit geldt alleen ten aanzien van gegevens die ter griffie van de desbetreffende rechter berusten'; en
- 5 'het gaat om feiten waarmee de rechter door waarneming of bezichtiging in het geding bekend wordt.'

Het is niet geoorloofd:

- a 'dat een rechter gebruik maakt van eigen wetenschap omtrent een feit en dit feit aldus zonder meer als vaststaande aanneemt, wanneer hij daarmee slechts privé en toevallig bekend is geworden, bijv. door het aanwezig zijn bij een gebeurtenis of bij een privé gesprek, en dus over zulk alleen daardoor hem bekend geworden feit kan getuigen'; en
- b 'dat een rechter als eigen wetenschap gebruik maakt van gegevens welke hij door middel van een door hem buiten partijen om ingesteld onderzoek

¹⁵⁷ Beekhuis 1974 p. 27 ev.

heeft gekregen (voor zover hij die niet aan algemeen toegankelijke bronnen heeft ontleend) [...].'

Ad 1. Notoire feiten en algemeen bekende ervaringsregels

Het gaat hier niet om eigen wetenschap van de rechter. Het is de algemeen bekendheid van deze feiten waardoor zij een uitzonderingspositie innemen in het procesrecht, niet het feit dat de rechter bekend is met deze feiten. Al is dit laatste uiteraard wel nodig om ambtshalve aanvullen mogelijk te maken.

Ad 2. Ontleend aan voor een ieder toegankelijke bronnen

Ook hier is geen sprake van eigen wetenschap van de rechter. De feiten die een ieder zonder noemenswaardig onderzoek uit voor een ieder toegankelijke bronnen kan kennen, vallen onder de algemeen bekende feiten.

Ad 3. Processuele feiten

Processuele feiten vallen mijns inziens niet onder eigen wetenschap van de rechter. Het zijn geen feiten die de rechter als privé persoon kent, maar het zijn feiten waarmee de rechter bekend is geworden doordat hij deze als rechter in het geding heeft waargenomen.

Ad 4. Feiten uit andere ter griffie bekende zaken

In de parlementaire geschiedenis stelt de minister dat 'de rechter [...] feiten of rechten welke hem [...] uit een ander procesdossier bekend zijn geworden, maar welke niet door een van partijen in het latere geding zijn aangevoerd, niet aan zijn dan te nemen beslissing ten grondslag mag leggen.'¹⁵⁸ Deze feiten mag de rechter dus niet aanvullen.

Het gaat hier niet om eigen wetenschap van de rechter. Het zijn immers geen feiten die de rechter als privé persoon kent, maar het zijn feiten waarmee de rechter door zijn ambt als rechter bekend is geworden.

Ad 5. Waarneming of bezichtiging

De feiten waarmee de rechter door waarneming of bezichtiging in het geding bekend is geworden, zijn in het geding ter kennis van de rechter gekomen in de zin van art. 176 lid 1 (oud) Rv. Ook hier is geen sprake van eigen wetenschap van de rechter.

Ad a. Privé en toevallig bekend

Feiten waarmee de rechter slechts privé en toevallig bekend is geworden, vallen onder eigen wetenschap van de rechter. De rechter mag dan ook geen gebruik maken van deze feiten, behalve als het ook algemeen bekende feiten of algemene ervaringsregels zijn.

158 Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 84.

Ad b. Een onderzoek buiten partijen om

De rechter mag niet buiten partijen om een onderzoek instellen. Feiten die hij aan een dergelijk onderzoek ontleent, mag hij dan ook zeker niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing.¹⁵⁹

3.2.3 Eigen wetenschap in de jurisprudentie

Uit een onderzoek in de jurisprudentie blijkt dat de rechter wel eens gebruik maakt van informatie die hij ten onrechte als eigen wetenschap bestempelt.¹⁶⁰ Soms gaat het om algemeen bekende feiten.¹⁶¹ Soms gaat het om feiten die noch onder eigen wetenschap vallen noch van algemene bekendheid zijn. Deze kennis kan in twee groepen verdeeld worden: ervaring als rechter en kennis met betrekking tot het recht.

Ervaring als rechter

Het gaat hier om feiten als de volgende. In Rb. Rotterdam (KG) 14 nov. 1986¹⁶² overweegt de president dat '[u]it eigen wetenschap ons bekend is, dat in de Rotterdamse haven het toepasselijk verklaren van de Fenexvoorwaarden op overeenkomsten van bewaargeving als de onderhavige (streckende tot het in douane-depot opslaan van goederen) bepaald niet uitzonderlijk is te achten, [...]'. Het gaat hier mijns inziens om ervaring die de rechter als Rotterdamse rechter heeft opgedaan.¹⁶³

Er is hier geen sprake van eigen wetenschap aangezien het hier niet gaat om kennis opgedaan als privé persoon, maar als rechter. Maar mag de rechter dergelijke kennis gebruiken? Voor beide kanten valt wel iets te zeggen. Enerzijds is aanvaardbaar en te verwachten dat een professional gebruik maakt van zijn ervaring. Het kan ook gezegd worden dat dit feit een algemeen bekend feit is in de Rotterdamse haven. Anderzijds is er het verbod om feiten aan te vullen en meer in het bijzonder de regel dat het de rechter verboden is om ambtshalve feiten aan te vullen die hem slechts uit een ander dossier bekend zijn. Al kan hiervan gezegd worden dat deze regel concrete feiten

159 Vgl. HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 679 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH).

160 In sommige gevallen gebruikt de rechter wel degelijk eigen wetenschap. Het gaat echter in al de gevonden gevallen om overwegingen ten overvloede. HR 29 jan 1988, NJ 1988, 872 (concl. A-G Leijten; m.nt. PAS); HR 10 apr. 1987, NJ 1987, 626 (A-G Ten Kate); HR 13 jan. 1989, NJ 1990, 268 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. JCS); HR 29 apr. 1988, NJ 1988, 984 (concl. A-G Franx; m.nt. G); HR 17 dec. 1993, NJ 1994, 573 (concl. A-G Koopmans; m.nt. prof. Mr. Ch. Gielen); HR 28 mrt. 1997, NJ 1997, 581 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. WMK).

161 Zoals bijvoorbeeld in Hof 's-Gravenhage 11 apr. 1985, NJ 1986, 318 (m.nt. E.J. Dommering); HR 19 juni 1998, NJ 1999, 68 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. DWFV); HR 30 juni 1989, NJ 1989, 805 (concl. A-G Asser).

162 Rb. Rotterdam (KG) 14 nov. 1986 en Hof 's-Gravenhage (KG) 19 juni 1987, NJ 1988, 653.

163 Andere voorbeelden zijn: Ktg. Assen 26 nov. 1984 en Rb. Assen 25 mrt. 1986, NJ 1987, 15; HR 6 apr. 1995, NJ 1996, 404 (concl. A-G Loeb; m.nt. MB); HR (KG) 10 okt. 1997, NJ 1998, 66 (concl. A-G Mok); Hof 's-Gravenhage 13 juni 1986, NJ 1988, 245.

betreft en niet zozeer algemene kennis van de rechter die is ontstaan door het beoordelen van een groot aantal zaken.

Eigen wetenschap met betrekking tot het recht

Bij deze categorie gaat het om feiten als de volgende. In het arrest van de Hoge Raad (KG) van 12 januari 1990¹⁶⁴ overwoog het Gerechtshof dat ‘uit eigen wetenschap bekend is, [dat] bij indiening van een verzoek op grond van art. 4 [Wet Gewetensbezwaren Militaire Dienst], in afwachting van een beslissing daarop, automatisch aan de verzoeker vrijstelling van dienstverrichtingen wordt verleend.’ Het is dus overbodig om in kort geding een vordering in te dienen inhoudende een verbod aan de Staat om de eiser op te roepen voor militaire dienst totdat in hoogste instantie is beslist op het verzoek om vrijstelling. Het Gerechtshof gebruikt hier kennis met betrekking tot de vraag hoe een bepaald artikel in de praktijk wordt toegepast.¹⁶⁵

Ook hier gaat het in feite niet om eigen wetenschap, maar om kennis die de rechter als rechter heeft opgedaan. Het is zelfs kennis die de rechter behoort te hebben. Het is immers de taak van de rechter om kennis van het toepasselijk recht te hebben of te krijgen, waaronder mijns inziens ook valt hoe een regel in de praktijk wordt toegepast (*Ius curia novit*).

3.3 Processuele feiten

Deze behandeling van processuele feiten bestaat uit drie paragrafen. In de eerste paragraaf wordt behandeld wat een processueel feit is (§ 3.3.1). In § 3.3.2 ga ik in op de werking van processuele feiten. Als laatste komt het probleem aan de orde dat de rechter die waarneemt niet altijd een van de rechters is die uiteindelijk beslist (§ 3.3.3).

3.3.1 De omschrijving van processuele feiten

Processuele feiten zijn feiten die de rechter zelf in het aanhangige geding heeft waargenomen.¹⁶⁶ Voorbeelden van processuele feiten zijn:

- dat een partij niet is verschenen;¹⁶⁷
- dat een eed is afgelegd;¹⁶⁸

164 Hoge Raad (KG) 12 jan. 1990, NJ 1990, 574 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. MS).

165 Een ander voorbeeld is HR 3 okt. 1986, NJ 1987, 911 (A-G Biegman-Hartogh; m.nt. MS).

166 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 170; Stein & Rueb 2000 p.92; Veegens/Wiersma 1973 p. 43; Scheltema 1940 p. 27; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Hidma/Rutgers 1995 p. 23 Anema 1940 p. 33; Vriesendorp 1980 p. 84.

167 Scheltema 1940 p. 28; Anema 1940 p. 33; Snijders, Ynzonides & Meijers 1997 p. 170.

168 Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Anema 1940 p. 33; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6.

- dat een gedaagde heeft geweigerd zijn boeken open te leggen;¹⁶⁹
- dat iemand een vinger mist;¹⁷⁰
- dat een schuldbekentenis op verzegeld papier is geschreven;¹⁷¹
- dat een partij, getuige of deskundige een mondelinge verklaring van een bepaalde inhoud heeft afgelegd;¹⁷²
- de volgorde waarin proceshandelingen voor de rechter plaatsvonden (de Hoge Raad spreekt hier mijns inziens ten onrechte van eigen wetenschap);¹⁷³
- de vaststelling dat Veenstra ter comparitie heeft bevestigd dat hem zijdens Roorda de reden van het ontslag terstond bij ontslagzegging is medegedeeld;¹⁷⁴ en
- de vaststelling dat Veenstra ter comparitie heeft toegegeven dat hij heeft nagelaten hetzij Roorda op de hoogte te stellen van de reden van zijn verzuim hetzij zich omtrent deze reden kort na de ontslagaanzegging mondeling dan wel schriftelijk tot Roorda te wenden.¹⁷⁵

Een processueel feit is slechts te beschouwen als een processueel feit in die instantie waarin zij is voorgevallen.¹⁷⁶ Voor de rechter(s) in latere instanties zijn de voorgevallen feiten uit de eerdere instantie geen processuele feiten. Deze feiten hebben zich immers niet in de latere instantie voorgedaan en de rechter heeft deze feiten dan ook niet kunnen waarnemen.

Voor deze (processuele) feiten geldt dat zij in latere instanties onder het gewone regime van de art. 48 en 176 (oud) Rv vielen. Zij zullen door partijen gesteld moeten worden en komen vast te staan als ze niet of onvoldoende gemotiveerd worden betwist of na betwisting worden bewezen.¹⁷⁷

3.3.2 *De werking van processuele feiten*

Processuele feiten staan zonder bewijs vast.¹⁷⁸ Zoals bij algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels betekent dit niet dat geen tegenbewijs is toegelaten.¹⁷⁹ Soms zal dit betekenen dat de betreffende partij de rechter er van zal moeten overtuigen dat deze niet heeft gezien wat hij meent te hebben

169 Scheltema 1940 p. 28; Pitlo/Hidma 1981 p. 16.

170 Pitlo/Hidma 1981 p. 16.

171 Pitlo/Hidma 1981 p. 16.

172 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6.

173 HR 24 mei 1991, NJ 1991, 675 (concl. A-G Mok; m.nt. MS) ro. 4.2.

174 Van Oosten in zijn conclusie bij HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. A-G van Oosten).

175 Van Oosten in zijn conclusie bij HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. A-G van Oosten).

176 Vgl. Scheltema 1940 p. 28; Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23.

177 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Pitlo/Hidma 1981 p. 16.

178 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 43; Scheltema 1940 p. 27; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 22, 23; Stein & Rueb 2000 p. 92.

179 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Vriesendorp 1980 p. 84.

gezien.¹⁸⁰ Vaker zal een partij de interpretatie of gebruik van processuele feiten betwisten. Het feit dat iemand een vinger mist bijvoorbeeld, wil niet zeggen dat hij deze heeft verloren in het ongeval waarover het geding gaat.

Processuele feiten hoeven niet alsnog door partijen gesteld te worden. Ook hoeven zij niet te blijken uit de stukken van het geding. Het is voldoende dat deze feiten door de rechter worden waargenomen. Als de rechter heeft gehoord dat een partij tijdens een comparitie een stelling heeft bevestigd, mag hij dit vaststaande (processuele) feit meenemen. Het is niet nodig dat deze bevestiging ook uit het proces-verbaal van de comparitie blijkt.¹⁸¹

Vanuit art. 176 lid 1 (oud) Rv bezien zijn processuele feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Het zijn immers geen feiten die door partijen worden gesteld. De begrippen processuele feiten en feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen zijn echter niet verwisselbaar. Niet alle feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen zijn processuele feiten. De inhoud van verklaringen van getuigen en deskundigen bijvoorbeeld is geen processueel feit.¹⁸² Het feit dat een getuige een verklaring van een bepaalde inhoud heeft afgelegd is een processueel feit. De inhoud van die verklaring is dat echter niet.

Het feit dat de inhoud van de getuigenverklaring niet valt onder de processuele feiten blijkt ook uit hoe het procesrecht de getuigenverklaring behandelt. Processuele feiten staan zonder bewijs vast. De inhoud van een getuigenverklaring echter niet. De rechter is vrij om een getuigenverklaring te waarderen zoals hem goed dunkt. Als een getuige bijvoorbeeld stelt dat de gedaagde om 15.00 uur in Amsterdam was, is het een processueel feit dat de getuige dit gesteld heeft en dit processuele feit staat vast. Maar het is geen processueel feit dat de gedaagde om 15.00 uur in Amsterdam was. Dit laatste feit, dat anderszins ter kennis van de rechter is gekomen, staat dan ook niet vast, behalve als de rechter het als waar waardeert.

Ook voor de processuele feiten geldt dat de partijen de gelegenheid moeten krijgen om zich over deze feiten uit te laten. Uit de aard van de processuele feiten volgt dat deze feiten niet aan partijen ontgaan zullen zijn.¹⁸³ Zij zullen meestal aanwezig zijn bij mondelinge proceshandelingen, demonstraties, bezichtigingen en dergelijke en tegelijkertijd met de rechter de processuele feiten waarnemen. Ook zij zullen horen dat de getuige een bepaalde verklaring aflegt, of waarnemen dat een film met een bepaalde inhoud wordt getoond. Zij kunnen dan direct van de gelegenheid gebruik maken om te reageren op hetgeen is voorgevallen of om uitstel vragen om een reactie te bepalen.

180 Zie bijvoorbeeld HR 15 feb. 1991, NJ 1991, 341 (A-G Ten Kate) en HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franz).

181 HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. A-G van Oosten).

182 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 43.

183 Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6.

Als partijen ervoor kiezen om niet aanwezig te zijn, doen zij mijns inziens daarmee ook afstand van het recht om te reageren op processuele feiten die verder niet uit een rapportage blijken. Het is voor risico van de afwezige partij dat hij niet op alle feiten kan reageren, als hij ervoor kiest om niet aanwezig te zijn.

Wat documenten betreft, beschikken partijen over dezelfde documenten als de rechter. Ook zij zullen kunnen zien dat bijvoorbeeld in de voettekst van ingediende brief de algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard. Zolang zij in de procedure nog de gelegenheid krijgen om op deze feiten te reageren, is ook hier voldaan aan de vereisten van het beginsel van hoor en wederhoor.

3.3.3 *De rechter die waarneemt is niet altijd een van de rechters die oordeelt*

Het is mogelijk dat de rechters die uiteindelijk uitspraak doen niet (allen) aanwezig waren bij bezichtigingen, getuigenverhoren en dergelijke. Dit kan bijvoorbeeld zijn omdat deze taak was opgedragen aan een rechter-commissaris. De vraag is hoe het in dergelijke gevallen zit met de processuele feiten die zich tijdens deze processuele handelingen hebben voorgedaan. De stelling wordt wel verdedigd dat omdat niet alle rechters aanwezig waren de rechtbank, of andere instantie, deze feiten niet heeft waargenomen en dus niet mag gebruiken.¹⁸⁴ Anderzijds wordt gesteld dat een rechtscollege bekend is met de processuele feiten die ten overstaan van een zijner leden als rechter- of raadsheer-commissaris zijn voorgevallen, mits deze heeft meegewerkt aan de uitspraak.¹⁸⁵

Van proceshandelingen wordt meestal een proces-verbaal opgemaakt. Veel van de voorgevallen feiten zullen hierin worden opgenomen en zo ter kennis van het rechtscollege als geheel komen. Een proces-verbaal mag echter niet beschouwd worden als een volledige weergave in de zin dat feiten die niet vermeld worden ook niet door de rechter gebruikt mogen worden. De rechter mag door hemzelf waargenomen feiten ten grondslag leggen aan zijn beslissing ook al zijn deze waargenomen feiten niet in het proces-verbaal vermeld.¹⁸⁶

Daarbij is het doel van het opdragen van bijvoorbeeld een getuigenverhoor aan een rechter-commissaris niet slechts om een rapport te maken, maar om een verhoor af te nemen. Het lijkt mij dat de processuele feiten evenzeer daartoe behoren als hetgeen getuigen vertellen. Deze processuele feiten dienen dan ook te worden meegenomen bij het beslissen. Het is daarom aan te raden

184 Scheltema 1940 p. 28/29; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23.

185 Veegens/Wiersma 1973 p. 44.

186 HR 15 feb. 1991, NJ 1991, 341 (concl. A-G Ten Kate); HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WMK). Dit is alleen anders als één van de partijen niet in de gelegenheid gesteld kon of mocht worden om bij het verhoor aanwezig te zijn, zoals bijvoorbeeld mogelijk is bij het verhoren van anonieme getuigen.

en zelfs noodzakelijk dat als het verhoor van getuigen aan één van de rechters wordt opgedragen, deze rechter ook (mede) op de zaak beslist zodat de processuele feiten die niet in het proces-verbaal zijn opgenomen niet verloren gaan. Bovenstaande geldt uiteraard ook voor andere proceshandelingen.

Sinds de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is dit ook bepaald in art. 155 Rv: de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijgebracht, zal daarin zoveel als mogelijk het eindvonnis wijzen of medewijzen.

Dit is niet in strijd met de eis van onpartijdigheid. Dit zou mogelijk slechts anders zijn als de rechter in het kader van die proceshandeling een voorlopige beslissing over de al dan niet toewijsbaarheid van de vordering zou nemen.¹⁸⁷ Dat zal meestal niet het geval zijn, aangezien er bij de meeste proceshandelingen zoals een getuigenverhoor of een inlichtingencomparitie geen beslissing zal worden genomen over de al dan niet toewijsbaarheid van de vordering.

4 HANDELINGEN DIE NIET ONDER HET VERBOD VALLEN

Ondanks het verbod om de feiten aan te vullen in al zijn vormen, is het niet zo dat de burgerlijke rechter geen enkele bevoegdheid heeft als het de feiten betreft. Er zijn een aantal belangrijke handelingen die niet verboden worden door art. 48 en 176 (oud) Rv. In deze paragraaf zullen de volgende handelingen aan de orde komen:

- het afleiden van feiten (§ 4.1);
- de negatieve vaststelling van feiten (§ 4.2);
- de interpretatie van overgelegde stukken (§ 4.3);
- het kwalificeren van feiten (§ 4.4); en
- het stellen van vragen door de rechter (§ 4.5).

4.1 Het afleiden van feiten

De rechter is bevoegd om ambtshalve feiten af te leiden uit de gestelde en anderszins ter zijner kennis gekomen feiten. Dergelijke feitelijke gevolgtrekkingen vallen niet onder het verbod om de feiten aan te vullen.¹⁸⁸ Een voorbeeld van een dergelijke feitelijke gevolgtrekking is te vinden in HR 11 december

187 EHRM 22 feb. 1996, NJ 1996, 483 (m.nt. Kn) (Bulut); EHRM 24 aug. 1993, NJ 1993, 650 (m.nt. EAA) (Nortier); EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (m.nt. PvD) (Hauschildt).

188 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 75 ev.; Vriesendorp 1981 p. 41; Pels Rijcken 1987 (I) p. 78; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 14; HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB) ro. 3, onderdeel A.2 van middel 1; HR 8 dec. 1995, NJ 1996, 274 (A-G Vranken) ro. 3.6; HR 15 jan. 1999, NJ 1999, 574 (A-G Hartkamp) ro. 3 verwijzend naar overwegingen 8-17 van de conclusie. Overweging 13 is de relevante overweging.

1987.¹⁸⁹ In casu baseerde de kantonrechter zich op het feit dat verweerder een encyclopedie had aangeschaft voor studie, hoewel dit laatste niet door partijen was gesteld. De kantonrechter mocht echter de feitelijke gevolgtrekking maken dat verweerder deze encyclopedie voor studie had aangeschaft, nu het een algemene ervaringsregel is dat een encyclopedie bedoeld is voor studie.¹⁹⁰ Op grond hiervan werd het beroep van verweerder op haar handelingsonbekwaamheid vanwege minderjarigheid verworpen.¹⁹¹

De feitelijke gevolgtrekkingen van de rechter zijn gebaseerd op het toepassen van ervaringsregels.¹⁹² De rechter past de ervaringsregel toe dat als feiten A en B zich hebben voorgedaan dat dan ook feit C zich zal hebben voorgedaan.

De toegepaste ervaringsregels kunnen algemene ervaringsregels zijn die de rechter op grond van art. 176 lid 2 (oud) Rv ambtshalve mag aanvullen.¹⁹³ Het kunnen echter ook ervaringsregels zijn die de rechter in het geding ter kennis zijn gekomen, bijvoorbeeld doordat zij door een partij of een deskundige worden aangevoerd. Als een bepaalde ervaringsregel komt vast te staan, mag de rechter deze toepassen om feiten af te leiden uit de vaststaande feiten.

Als een ervaringsregel niet algemeen bekend is en niet in het geding ter kennis van de rechter is gekomen, mag de rechter deze niet toepassen. Als hij toch op basis van een dergelijke ervaringsregel feiten afleidt, vult hij zowel de ervaringsregel als de afgeleide feiten aan in strijd met art. 48 en 176 (oud) Rv.

In zekere zin is de rechter ook verplicht om feiten af te leiden. Partijen kunnen in hogere instanties klagen dat het onbegrijpelijk is dat de rechter ervan uitgaat dat een bepaald feit niet vaststaat aangezien de gestelde feiten dat toch logischerwijs meebrengen. Met de vaststaande feiten en ervaringsregels zijn de ontbrekende, af te leiden, feiten als het ware gesteld.

189 HR 11 dec. 1987, NJ 1988, 347 (concl. A-G Ten Kate). Andere voorbeelden zijn HR 17 sept. 1993, NJ 1993, 740 (concl. A-G Hartkamp); HR 8 mrt. 1991, NJ 1991, 396 (concl. A-G Hartkamp); HR 15 apr. 1966, NJ 1966, 321 (concl. A-G Minkenhof); HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (A-G De Vries Lentsch-Kostense); Hof Arnhem 27 mei 1975, NJ 1976, 291; HR (kort geding) 27 jan. 1984, NJ 1984, 803 (concl. A-G Franx; m.nt. CJHB) ro. 3.4 en 3.5; HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB) ro. 3; HR 10 jan. 1969, NJ 1969, 190 (concl. A-G Berger; m.nt. GJS) laatste O. Hoge Raad; HR 8 dec. 1995, NJ 1996, 274 (A-G Vranken) ro 3.6; HR 7 feb. 1992, NJ 1993, 78 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS ro. 3.6; HR 6 jan. 1984, NJ 1984, 511 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WLH) ro. 3.5; HR 15 jan. 1999, NJ 1999, 574 (A-G Hartkamp) ro. 3 verwijzend naar overwegingen 8-17 van de conclusie. Overweging 13 is de relevante overweging.

190 Overwegingen 16-24 van de conclusie van Ten Kate.

191 De bepalingen in kwestie luiden: art. 234 lid 1: Minderjarigen zijn onbekwaam rechtshandelingen te verrichten voor zover de wet niet anders bepaalt; lid 3: Hij is bekwaam over gelden die zijn wettelijke vertegenwoordiger voor levensonderhoud of studie te zijner beschikking heeft gesteld, overeenkomstig deze bestemming te beschikken.

192 Vgl. Snijder/Ynzonides/Meijer 1997 p. 39; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7; Veegens 1989 p. 212.

193 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.

4.1.1 *Begrenzing van het afleiden van feiten*

De rechter moet ook bij de uitoefening van deze ambtshalve bevoegdheid blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door partijen is bepaald.¹⁹⁴ De rechter mag niet een feitelijke grond die hij baseert op afgeleide feiten ten grondslag leggen aan zijn beslissing. Dit is uiteraard anders als deze feitelijke grond ook door de belanghebbende partij wordt aangevoerd.

Verder moet een feitelijke gevolgtrekking begrijpelijk zijn. Het moet gaan om een gevolgtrekking die logisch voortvloeit uit de vaststaande feiten. Als dit niet het geval is, vult de rechter in strijd met de art. 48 en 176 lid 1 (oud) Rv de feiten aan.¹⁹⁵ Of een feitelijke gevolgtrekking begrijpelijk is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Duidelijk is echter wel dat een feitelijke gevolgtrekking niet onbegrijpelijk is alleen omdat in abstracto een andere beoordeling mogelijk is.¹⁹⁶ Daarnaast is een feitelijke gevolgtrekking die is gebaseerd op onjuiste feiten per definitie onbegrijpelijk en zal in cassatie vernietigd worden.¹⁹⁷

4.1.2 *Het beginsel van hoor en wederhoor bij afgeleide feiten*

Het verhaal is hier in essentie hetzelfde als bij de algemeen bekende feiten en de processuele feiten. Partijen kennen de vaststaande feiten en ervaringsregels. Aangezien de afgeleide feiten in het verlengde liggen van deze feiten kunnen partijen ook zelf deze feiten afleiden. Nu partijen moeten weten dat de rechter feiten mag afleiden, dienen zij er rekening mee te houden dat hij dit zal doen. Zolang partijen de gelegenheid hebben gehad om zich uit te laten over de vaststaande feiten en ervaringsregels, en daarmee over de mogelijk af te leiden feiten, mag de rechter de afgeleide feiten gebruiken zonder deze eerst voor te leggen aan partijen.

4.2 De negatieve vaststelling van feiten

In HR 26 jan. 1996¹⁹⁸ wordt in cassatie door verweerder H. geklaagd dat het Gerechtshof met de overweging dat 'niet is gebleken, dat Franken ooit door een autoriteit voor Wille was gewaarschuwd' de feiten heeft aangevuld aange-

194 Vgl. Biegman-Hartogh in zijn conclusie onder HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 (concl. Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB) bij subonderdeel 2 van middel 1A.

195 Vgl. HR 8 dec. 1995, NJ 1996, 274 (concl. A-G Vranken) ro. 3.6.; HR 12 juni 1998, NJ 1998, 669 (concl. A-G Hartkamp).

196 HR 12 nov. 1982, NJ 1983, 82 (concl. Ten Kate) ro. 3 verwijzend naar de conclusie van Ten Kate met betrekking tot onderdeel 2 van het cassatiemiddel.

197 HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense); HR 15 apr. 1966, NJ 1966, 321 (concl. Minkenhof).

198 HR 26 jan. 1996, NJ 1996, 607 (concl. A-G Mok; m.nt. WMK).

zien dit feit niet aan de orde is geweest en ook door Franken (eiser) niet is gesteld.¹⁹⁹

De Hoge Raad verwerpt bovengenoemde klacht. Zij overweegt ten eerste dat het op de weg van verweerder H. lag om aan te tonen dat de schade ook zonder de (onrechtmatige) gedraging zou zijn ontstaan. In het kader hiervan heeft het hof vastgesteld dat niet is gebleken, dat Franken ooit door een autoriteit voor Wille was gewaarschuwd. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

“Dat zulks niet was gebleken is, in verband met [hetgeen hiervoor] omtrent de stelplicht is overwogen, niet een feit waarop art. 176, eerste lid [oud] Rv doelt. Het Hof is dan ook met zijn vaststelling dat van zodanige waarschuwing niet was gebleken niet met art. 176, eerste lid [oud] Rv in strijd gekomen.”²⁰⁰

Een ambtshalve (negatieve) vaststelling dat iets niet is gebleken, is geen verboden aanvulling van feiten. Het hof constateert immers slechts dat iets niet uit de gestelde en anderszins ter kennis van de rechter gekomen feiten is af te leiden.²⁰¹ Dit is een vaststellen van een processueel feit te vergelijken met de vaststelling dat een bepaalde stelling niet is betwist of dat een partij niet ter comparitie is verschenen.

4.3 De interpretatie van overgelegde stukken

Voor de regeling van de interpretatie van overgelegde stukken moet er een onderscheid gemaakt worden tussen processtukken, zoals de conclusies van eis en antwoord, pleitnota's e.d., en stukken die betrekking hebben op de rechtsverhouding van partijen, zoals overeenkomsten, uitspraken van tuchtcommissies, akten van cessie, octrooien e.d. Ik zal eerst de regeling met betrekking tot deze laatste stukken bespreken (§ 4.3.1) en vervolgens de regeling met betrekking tot de processtukken (§ 4.3.2).

4.3.1 *De interpretatie van stukken met betrekking tot de rechtsverhouding tussen partijen*

Het voornaamste stuk waar het hier om gaat is de overeenkomst. De regeling is echter hetzelfde voor de uitleg van andere stukken die de rechtsverhouding van partijen bepalen.²⁰² Naast overeenkomsten gaat het om bijvoorbeeld²⁰³ een volmacht die aan een van partijen door een derde was verleend,²⁰⁴ een

199 Een ander voorbeeld is Hof Arnhem 27 mei 1975, NJ 1976, 291.

200 Ro. 3.5.2.

201 Vgl. A-G Mok overw. 4.3.3.3.

202 Vgl. Pels Rijcken 1987 (I) p. 76/77; Snijders & Wendels 1999 p. 201.

203 Zie Pels Rijcken 1987 (I) p. 76.

204 HR 27 juni 1947, NJ 1947, 431 (concl. P-G Berger; m.nt. DJV).

octröoi,²⁰⁵ een testament,²⁰⁶ de statuten van een BV,²⁰⁷ een uitspraak van een tuchtrechter²⁰⁸ en een vraag naar strafrechtelijk verleden in een aanvraagformulier in het kader van het overnemen/sluiten van een verzekering.²⁰⁹ Hoewel ik hierna nog slechts over overeenkomsten spreek geldt de in deze paragraaf besproken regeling ook voor andere overgelegde stukken inzake de rechtsverhouding tussen partijen.

De regeling

De bevoegdheden van de rechter met betrekking tot de interpretatie van overgelegde overeenkomsten steunt enerzijds op de regel dat het de rechter is die de feiten interpreteert²¹⁰ en anderzijds op de autonomie van partijen. De regeling is als volgt. De rechter mag niet afwijken van een eenparige uitleg door partijen van een (bepaling uit een) overeenkomst.²¹¹ Als partijen het echter niet met elkaar eens zijn, mag de rechter de overeenkomst zelfstandig uitleggen. Hij kan hierbij één van de partijen volgen, maar mag ook met een eigen, nieuwe uitleg komen.²¹²

De rechter is beperkt in zijn mogelijke interpretaties als partijen verschillende interpretaties aan de rechter voorleggen en zij het er over eens zijn dat één van de interpretaties de juiste is. De rechter is in dat geval beperkt tot de opgegeven keuzemogelijkheden.²¹³ Een voorbeeld hiervan is de zaak HR 20 jan. 1984²¹⁴ waarin het Gerechtshof had vastgesteld dat partijen ten aanzien van het begrip 'normale waarde' het in zoverre altijd eens zijn geweest dat daarmee slechts een van twee begrippen bedoeld kan zijn geweest, te weten

205 HR 20 juni 1947, NJ 1948, 92 (concl. A-G Wijnveldt) en HR 23 juni 1972, NJ 1972, 451 (concl. P-G Langemeijer; m.nt. LWH).

206 HR 11 jan. 1974, NJ 1974, 187 (concl. A-G Berger; m.nt. GJS).

207 HR 31 dec. 1993, NJ 1994, 436 (concl. A-G Mok; m.nt. Ma).

208 In casu de Ereraad van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde HR 3 okt. 1997, NJ 1998, 9 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense).

209 HR 9 feb. 1996, NJ 1996, 745 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM).

210 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 75; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Chorus 1987 p. 3; Tjittes 1994 p. 413.

211 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Bosch-Boesjes 1991 p. 127; Pels Rijcken 1987 (I) p. 77; Tjittes 1994 p. 413/414; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38; Snijders & Wendels 1999 p. 201; HR 19 feb. 1993, NJ 1994, 290 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. CJHB) overw. 21 t/m 23 van de conclusie.

212 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 127; Pels Rijcken 1987 (I) p. 77; Tjittes 1994 p. 413; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38; Snijders & Wendels 1999 p. 201; HR 19 feb. 1993, NJ 1994, 290 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. CJHB) ro. 3.6 en overw. 21 t/m 23 van de conclusie; HR 23 juni 1995, NJ 1996, 566 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) ro. 3.4.3; HR 21 juni 1996, NJ 1997, 327 (concl. A-G Koopmans; m.nt. DWFV) ro. 3.4. Voorbeelden van deze regeling zijn: HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 (A-G Strikwerda); HR 18 apr. 1997, NJ 1997, 511 (concl. A-G Vranken); HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 (A-G Asser); HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 (A-G Hartkamp); HR 20 sept. 1991, NJ 1992, 552 (concl. A-G Mok; m.nt. JBMV).

213 Zie HR 20 jan. 1984, NJ 1987, 295 (concl. A-G Biegman-Hartogh); Tjittes 1994 p. 414; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38; Snijders & Wendels 1999 p. 201.

214 HR 20 jan. 1984, NJ 1987, 295 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.1.

de fiscale boekwaarde of de statiegeldwaarde. Het hof had dan ook niet de vrijheid om aan de contractuele term 'normale waarde' een andere betekenis toe te kennen dan de fiscale boekwaarde of de statiegeldwaarde.

Het geval van een beperking tot gegeven keuzemogelijkheden moet mijns inziens wel onderscheiden worden van het geval dat partijen twisten over de uitleg en slechts elk hun eigen interpretatie verdedigen. In dat geval gaat het immers niet om een duidelijke beperking van de 'juiste' interpretatie tot de gegeven keuzemogelijkheden waarbij beide partijen het er over eens zijn dat of de één of de ander juist is.

Partijen en de rechter zullen er wel rekening mee moeten houden dat partijen dwingend recht niet opzij kunnen zetten (zie hoofdstuk 7 § 6.3). Als de uitleg van partijen in strijd komt met dwingend recht zal de rechter de overeenkomst toch ambtshalve conform het dwingend recht zelfstandig moeten uitleggen. Dit kan betekenen dat er bij sommige stukken weinig ruimte over blijft voor gebondenheid aan een eenparige of beperkte uitleg door partijen.

De interpretatie van een juridisch begrip in de overeenkomst

Partijen nemen soms termen op in hun overeenkomsten die ook juridische begrippen zijn, zoals eigenaar, huurder of betaling. Het feit dat partijen een dergelijke term gebruiken wil niet zeggen dat zij die term in juridische zin gebruiken. Het is goed mogelijk dat partijen aan de term een betekenis toekennen die afwijkt van de juridische betekenis.

Als het begrip in zijn juridische betekenis wordt gebruikt, heeft dit twee consequenties. Ten eerste dat de rechter bij de uitleg van het begrip niet gebonden is aan een (eenparige) uitleg van partijen en ten tweede dat het oordeel van de rechter omtrent de inhoud van het begrip door de Hoge Raad volledig getoetst kan worden in cassatie.

In het geval dat partijen het erover eens zijn dat een begrip in zijn juridische betekenis moet worden uitgelegd, zal de rechter het begrip conform het recht uitleggen. Hij is daarbij niet gebonden aan de stellingen van partijen, aangezien het in dergelijke gevallen gaat om het toepassen van recht waarbij de rechter niet gebonden is aan rechtsbeschouwingen van partijen.²¹⁵ Hij zal dan ook een onjuiste (eenparige) uitleg van het juridische begrip naast zich neer kunnen leggen.

Als partijen het niet eens zijn over de vraag of een begrip als een juridisch begrip geïnterpreteerd moet worden, zal de rechter het begrip zelfstandig uitleggen. Als hij van mening is dat het begrip als juridisch begrip is gebezigd, zal hij het begrip conform het recht uitleggen, zoals in de vorige alinea beschreven.²¹⁶ Als dit niet het geval is, zal hij het begrip als een feitelijk begrip uitleggen.

215 Vgl. conclusie Biegman-Hartogh overw. 6 onder HR 20 jan. 1984, NJ 1987, 295 (concl. A-G Biegman-Hartogh).

216 Een voorbeeld hiervan is HR 16 feb. 1996, NJ 1997, 186 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM).

Het oordeel dat een begrip in zijn juridische betekenis is gebruikt, is een kwestie van feitelijke waardering en niet volledig te toetsen is cassatie.²¹⁷ Het oordeel omtrent de uitleg van het juridische begrip is echter een juridisch oordeel dat in cassatie volledig getoetst kan worden. Het betreft immers de interpretatie van recht.

4.3.2 *De interpretatie van processtukken*

Naast de stukken die de rechtsverhouding tussen partijen bepalen, dienen partijen processtukken in zoals de dagvaarding en de conclusie van antwoord. De interpretatie van deze stukken is voorbehouden aan de rechter. Hij legt deze stukken zelfstandig uit en is niet gebonden aan een (eenparige) uitleg van een processtuk door partijen.²¹⁸ Dit betekent dat de bedoeling van de partij niet doorslaggevend is. Als een partij later aangeeft dat de rechter het stuk anders heeft uitgelegd dan hij heeft bedoeld, is dat geen grond om de uitleg van de rechter bij te stellen (zelfde instantie) of te vernietigen (hogere instantie). Zolang de rechter het stuk heeft opgevat zoals hij deze kon en mocht opvatten, blijft zijn uitleg in stand.

4.4 Het kwalificeren van feiten

Onder het kwalificeren van feiten wordt verstaan het juridisch benoemen van de feiten.²¹⁹ Voorbeelden van kwalificaties zijn:

- het oordeel dat een vrachtauto die door een plotseling optredend defect tot stilstand kwam op een spoorwegovergang op het moment van de botsing met een goederentrein een 'motorrijtuig, waarmede op een weg wordt gereden' was in de zin van art. 31 Wegenverkeerswet (WVW);²²⁰
- het oordeel van het Gerechtshof dat de stortingen van de man op de bankrekening ten name van het kind worden aangemerkt als het voldoen van de man aan zijn verplichtingen tot levensonderhoud van het kind;²²¹
- het oordeel dat een vriend die in het kader van een economische eenheid van de verstrekte bijstandsuitkering mede heeft geprofiteerd, niet kan worden aangemerkt als 'betrokkene' in de zin van art. 58 ABW;²²²

217 HR 16 feb. 1996, NJ 1997, 186 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM) ro. 3.5.

218 Vgl. Chorus 1987 p. 3 indirect: HR 4 nov. 1994, NJ 1996, 485 (A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. WMK) onder middel 7; HR 3 okt. 1997, NJ 1998, 9 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense); HR 23 apr. 1993, NJ 1993, 372 (A-G De Vries Lentsch-Kostense).

219 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 29; Vriesendorp 1970 p. 76; Sterk 1982 p. 695; De Kanter 1928 p. 22.

220 Hof 's-Gravenhage 14 mei 1969, NJ 1970, 272.

221 Hof 's-Gravenhage 24 mrt. 1976, NJ 1977, 101.

222 Ktg. 16 mrt. 1984, NJ 1985, 266.

- het oordeel van de Hoge Raad dat de schadevergoedingsvordering, zoals het hof die in de inleidende dagvaarding heeft gelezen, tot grondslag heeft dat tussen partijen een huurovereenkomst is gesloten en dus moet worden aangemerkt als een rechtsvordering betrekkelijk tot huur van bedrijfsruimte in de zin van art. 39 sub 5e RO;²²³
- het oordeel van de rechtbank dat de rechtsverhouding tussen partijen burgerrechtelijk gezien geen arbeidsovereenkomst is, maar een rechtsbetrekking van geheel eigen aard;²²⁴ en
- het oordeel van het Gerechtshof dat de feiten dat G. jr. is weggegaan zonder de brandweer te waarschuwen en/of te trachten zelf de brand te blussen, terwijl er in een of meer bedrijfsruimten een brand woedde welke hij moet hebben opgemerkt, merkelijk schuld bij G. Jr. in de zin van art. 294 K. opleveren.²²⁵

4.4.1 De regels omtrent het kwalificeren van feiten

De bevoegdheid van de rechter om de feiten te kwalificeren vloeit voort uit art. 48 (oud) Rv.²²⁶ Het kwalificeren van feiten heeft dan ook alle kenmerken van het toepassen van recht. Om te beginnen is de rechter verplicht om de juiste kwalificatie aan de feiten te geven en een onjuiste kwalificatie door partijen te passeren. Art. 48 (oud) Rv geeft immers een verplichting.

Daarnaast is het kwalificeren van de feiten voorbehouden aan de rechter.²²⁷ Hij bepaalt hoe de feiten vertaald moeten worden naar juridische termen. Als de rechter feiten anders kwalificeert dan partijen, vult hij daarmee niet de feiten aan, maar past hij slechts het recht toe.²²⁸

De rechter is bij het kwalificeren van feiten niet gebonden aan of beperkt tot de door partijen gegeven kwalificaties.²²⁹ Ook niet als het gaat om een eenparige kwalificatie door partijen.²³⁰ Zoals de aangevoerde rechtsnormen, hebben de aangevoerde kwalificaties slechts het karakter van een advies (zie hoofdstuk 5). De rechter controleert de door partijen aangevoerde kwalificaties en als hij van mening is dat deze onjuist zijn, zal hij deze passeren. Als partijen

223 HR 16 nov. 1990, NJ 1991, 66 (A-G Koopmans).

224 HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 (A-G Asser; m.nt. HJS).

225 HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser).

226 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 55,76,87.

227 Rutten 1943 p. 100; Sniijders & Wendels 1999 p. 202; Tjittes 1994 p. 414; HR 5 okt. 1979, NJ 1980, 485 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH); overw. 20 concl. A-G Ten Kate bij HR 11 dec. 1987, NJ 1988, 347 (concl. A-G Ten Kate).

228 Vgl. WHH bij punt 1 in zijn noot onder HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 184 (concl. A-G Franx; m.nt. WHH).

229 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 48,55,87; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Sterk 1982 p. 695; Sniijders & Wendels 1999 p. 193/194; Bosch-Boesjes 1991 p. 130.

230 Zie HR 13 juni 1980, NJ 1980, 474 (concl. P-G Berger; m.nt. GJS) overw. 4 omtrent het middel; WHH bij punt 1 in zijn noot onder HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 184 (concl. A-G Franx; m.nt. WHH).

geen kwalificaties aan de feiten hebben gegeven, hetgeen niet vereist is, zal de rechter de feiten ambtshalve kwalificeren.

Een door de rechter gegeven kwalificatie moet wel door de feiten worden gedragen. Als de feiten hiertoe geen ruimte bieden, zal de rechter de feiten niet (anders) kunnen kwalificeren.²³¹ Dit brengt mee dat hoewel de rechter mag afwijken van de kwalificatie door partijen, hij dit alleen zal kunnen als de feiten daartoe de ruimte bieden. Als deze ruimte er niet is, zal hij het moeten laten bij de vaststelling dat bijvoorbeeld de eiser niet als eigenaar gekwalificeerd kan worden.

Er is alleen reden voor de rechter om onderzoek te doen naar een kwalificatie als de aangevoerde kwalificatie niet door de feiten wordt gerechtvaardigd, de wederpartij een andere kwalificatie verdedigt of er geen kwalificaties zijn aangevoerd. Als de aangevoerde kwalificatie door de feiten wordt gedragen en niet wordt bestreden, moet de rechter van die kwalificatie uitgaan en hoeft hij niet verder te zoeken. Als een bepaalde feitelijke situatie op meerdere manieren gekwalificeerd kan worden en partijen procederen op grond van een van deze kwalificaties, mag de rechter niet hiervan afwijken (vgl. ook hoofdstuk 7 § 4.3).

Als de rechter de feiten niet kan kwalificeren omdat de feiten geen kwalificatie kunnen dragen, wil dit niet zeggen dat hij de kwalificatie van partijen moet volgen. Niet elke door partijen aangevoerde feitelijke situatie zal immers naar relevante juridische begrippen te vertalen zijn. In dat geval zal hij de aangevoerde kwalificatie moeten verwerpen, en daarmee waarschijnlijk ook de betreffende feitelijke grond voor de vordering of het verweer.

Aangezien het kwalificeren aan de rechter is voorbehouden, kan een kwalificatie als zodanig ook niet het onderwerp van een bewijsopdracht zijn.²³² De feiten waarop de kwalificatie wordt gebaseerd, kunnen uiteraard wel het onderwerp van een bewijsopdracht zijn.²³³ Een voldoende gemotiveerd aanbod tot (tegen)bewijs van de dragende feiten, betekent dan dat de rechter de betrokken partij tot het (tegen)bewijs moet toelaten.²³⁴ Als het (tegen)bewijs slaagt, is het mogelijk dat de feiten niet langer in die mate vaststaan dat de kwalificatie door de vaststaande feiten wordt gedragen.

4.4.2 *Als partijen juridische begrippen gebruiken*

Het komt regelmatig voor dat partijen juridische begrippen gebruiken. Wat dit betreft zijn er twee kanttekeningen te maken. Ten eerste is het mogelijk dat de juridische betekenis van dit begrip afwijkt van de betekenis die dit

231 Zie bijvoorbeeld HR 16 feb. 1996, NJ 1997, 186 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM); HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 184 (concl. A-G Franx; m.nt. WHH).

232 HR 5 okt. 1979, 1980, 485 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH).

233 Vgl. WHH punt 2 in zijn noot onder dit arrest.

234 Vgl. de conclusie van Ten Kate onder dit arrest.

begrip heeft in het dagelijks taalgebruik. Dit is al eerder aan de orde gekomen bij de uitleg van overeenkomsten en dergelijke. Wat daar werd gesteld, geldt mijns inziens voor het gebruik van juridische begrippen door niet-juristen in het algemeen: het feit dat een door een niet-jurist gebruikte term een juridische betekenis heeft, wil niet zeggen dat hij deze de term ook in de juridische betekenis heeft gebruikt. De rechter zal zich moeten richten op hetgeen de niet-jurist heeft bedoeld, en onder omstandigheden, de betekenis die anderen aan die term mochten geven. Als blijkt dat het begrip in zijn juridische betekenis is gebruikt, zal de rechter dit begrip overeenkomstig het recht toepassen. Als echter blijkt dat het begrip in een niet-juridische betekenis is gebruikt, geldt de regeling zoals deze bij de uitleg van overeenkomsten is omschreven (§ 4.3.1).

Van juristen die als zodanig een rol spelen mag mijns inziens verwacht worden dat zij bekend zijn met de juridische betekenis van deze begrippen en dat zij hun stellingen zo formuleren dat duidelijk is of de term hier al dan niet in zijn juridische betekenis wordt gebruikt. In de context van een proces betekent dit dat ervan mag worden uitgegaan dat een begrip in zijn juridische betekenis wordt gebruikt als dit begrip tot het relevante rechtsgebied behoort en door een jurist wordt gebruikt. Dit is alleen anders als dit is aangegeven.

De tweede kanttekening die ik wil maken betreft het gebruik van juridische begrippen als 'shortcuts'. Partijen stellen dan juridische begrippen in hun juridische betekenis zonder de onderliggende feiten aan te voeren. Zij stellen bijvoorbeeld dat er sprake is van een huurovereenkomst of dat zij eigenaar zijn, zonder de onderliggende overeenkomst over te leggen of uit te werken hoe zij eigenaar zijn geworden. Dit is volkomen geoorloofd²³⁵ en het aanvoeren van de onderliggende feiten is vaak ook niet nodig omdat de betreffende stelling niet het punt van geschil is. Waar het om gaat is bijvoorbeeld de beëindiging van de huurovereenkomst of revindicatie.

Als deze 'short-cut', die een kwalificatie is, door de wederpartij wordt betwist, zal de stellende partij moeten aantonen dat zijn stelling juist is. Hij zal de onderliggende feiten moeten aanvoeren, hetgeen er op neer komt dat hij feiten moet aanvoeren die, als zij komen vast te staan, de gestelde kwalificatie rechtvaardigen van bijvoorbeeld de overeenkomst als huurovereenkomst. De wederpartij kan deze aangevoerde feiten op zijn beurt natuurlijk betwisten. Het is uiteindelijk aan de rechter om, ambtshalve en ongebonden aan rechtsbeschouwingen van partijen, te bepalen of de aangevoerde feiten (nog) de gestelde kwalificatie kunnen dragen.

Het stellen van juridische begrippen als short-cuts is echter niet zonder risico. Het probleem is dat een partij zich met het stellen van een juridisch begrip de mogelijkheden van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen beperkt. De partij baseert zich immers op een bepaald type overeenkomst en niet op een overeenkomst die mogelijk als het genoemde type gekwalificeerd

235 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 41.

kan worden. Deze vorm van stellen laat de rechter niet de ruimte om de overeenkomst zo nodig anders te kwalificeren en de vordering te beoordelen op grond van aan te vullen rechtsnormen. Daarmee zou de rechter de feitelijke gronden aanvullen. De feitelijke grond is immers dat de huurovereenkomst recht geeft op het gevorderde, en niet dat de overeenkomst recht geeft op het gevorderde. Het is mogelijk dat de feiten die in het kader van het onderbouwen van de feitelijke grond worden aangevoerd anders gekwalificeerd kunnen worden, maar de feitelijke grond blijft beperkt tot de gestelde kwalificatie.

Deze ruimte om de rechtsgronden aan te vullen is er wel als de partij zich direct baseert op de relevante feiten en deze vervolgens kwalificeert. Als de rechter deze kwalificatie verwerpt, is er de ruimte om de feiten anders te kwalificeren en andere rechtsnormen aan te vullen zonder ook de feitelijke grond aan te vullen. Deze is immers nog steeds de aangevoerde, ongekwalificeerde feitelijke situatie of gebeurtenis.

4.5 Het stellen van vragen door de rechter

Het is duidelijk dat de burgerlijke rechter de bevoegdheid heeft om vragen te stellen. Op grond van art. 19a jo. 19 (oud) Rv heeft de rechter de bevoegdheid om in alle gevallen en in elke stand van het geding een inlichtingencomparitie te gelasten om partijen de gelegenheid te geven hun (feitelijke) stellingen te verduidelijken. Bij pleidooi heeft de rechter de bevoegdheid om inlichtingen te vragen (art. 144 lid 2 (oud) Rv). Dit is niet beperkt tot alleen vragen over het bij pleidooi gestelde of getoonde, maar mag ook betrekking hebben op hetgeen in een eerder stadium is aangevoerd of ingebracht.²³⁶ Ook bij het getuigenverhoor heeft de rechter de bevoegdheid om partijen en getuigen te ondervragen (art. 205 lid 1 en 3 (oud) Rv). Art. 224 lid 2 (oud) Rv geeft de rechter de bevoegdheid om aan de deskundigen nadere toelichting of aanvulling te vragen als hij door het deskundigenbericht onvoldoende is voorgelicht. Deze bevoegdheden geven de rechter de mogelijkheid om zich actief met de samenstelling van de feitelijke grondslag bezig te houden.

De rechter kan deze bevoegdheden ten eerste gebruiken om partijen de gelegenheid te geven stellingen en andere aspecten van de zaak die de rechter onduidelijk zijn nader toe te lichten.²³⁷ Hij kan partijen echter ook aanzetten om nadere feiten aan te voeren.²³⁸ Het is wel zo dat deze inlichtingen-

236 Stein & Rueb 2000 p. 18; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 84; Hoge Raad 7 juni 1968, NJ 1968, 325 (A-G Van Oosten).

237 Vgl. HR 18 mrt. 1994, NJ 1994, 407 (A-G Asser).

238 Vgl. Van der Nat-Verhage 1988 p. 4 (stimuleren om ontbrekende gegevens te verschaffen); Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 5 (sturen); Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39 (aan te zetten tot aanvulling); Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102: hij kan het bijeenbrengen en completeren van het feitenmateriaal bevorderen door ambtshalve een comparitie van partijen tot het geven van inlichtingen te bevelen of een bewijsopdracht te verlenen.

bevoegdheden slechts gebruikt kunnen worden om voort te bouwen op de aangevoerde feiten en feiten die anderszins ter kennis van de rechter zijn gekomen. De rechter gebruikt deze bevoegdheden binnen de grenzen van de rechtsstrijd om leemten en onduidelijkheden weg te nemen en om zo een zo correct mogelijke feitelijke grondslag samen te stellen.

Een interessant arrest in dit kader is Diepop/Nouwens.²³⁹ In dit geval was er schade ontstaan aan een lading peren en wortelen door een combinatie van opslag bij een te lage temperatuur en een te hoge concentratie CO². Het Gerechtshof overweegt in appel:

“Ervan uitgaande dat partijen geen inzicht hebben gegeven in de vraag in hoeverre de schade aan de bevrozing respectievelijk aan de te hoge CO²-concentratie geweten moet worden, terwijl het Hof hierover in het procesdossier ook geen aanwijzingen heeft gevonden, taxeert het Hof de schade, voor zover aan bevrozing te wijten, op 50% van de totale [...] geleden schade.”

In cassatie overweegt de Hoge Raad echter:

“Voorts zijn onderdeel 2 van het middel in het principale beroep en subonderdeel 3c van het middel in het incidentele beroep in zoverre gegrond dat het Hof, zo het de aanwijzingen in eerder bedoeld rapport met bijlage niet voldoende had geoordeeld om tot een verantwoorde beslissing te kunnen komen met betrekking tot de hier aan de orde zijnde vraag, de partijen - die kennelijk geen rekening hadden gehouden met de mogelijkheid dat de rechter Diepop wél voor schade als gevolg van bevrozing maar niet voor schade van een te hoge CO²-concentratie aansprakelijk zou houden - in de gelegenheid had moeten stellen hun stellingen op dit punt aan te vullen en desgeraden daaromtrent bewijs bij te brengen.”

Deze uitkomst is verrassend. In principe heeft het Gerechtshof drie mogelijkheden. Ten eerste kan zij stellen dat de eiser onvoldoende feiten heeft gesteld om toewijzing van de vordering te rechtvaardigen en de vordering afwijzen. Ten tweede kan zij partijen vragen nadere gegevens aan te voeren omtrent de verhouding tussen de schadeveroorzakende factoren. En ten derde kan zij een schatting maken van de schade op basis van de vaststaande feiten. Het hof kiest de laatste mogelijkheid.

Het feit dat de Hoge Raad dit afkeurt is niet opmerkelijk. De reden waarom is dit echter wel. Op grond van het systeem van art. 48 en 176 (oud) Rv zou ik verwachten dat de Hoge Raad zou oordelen dat de vordering had moeten worden afgewezen omdat de vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet rechtvaardigen. De vaststaande feiten gaven immers geen beeld van de verhouding tussen de schadeveroorzakende factoren.

239 HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 r.o. 3.5.3 (concl. A-G Hartkamp).

De Hoge Raad oordeelt echter dat het hof partijen om aanvullende feiten had moeten vragen. De reden hiervoor is dat het hof zijn uitspraak heeft gebaseerd op een wending waar partijen kennelijk geen rekening mee hebben gehouden. Dit is een belangrijke formulering. De Hoge Raad spreekt niet over een verrassende wending waar partijen geen rekening mee hebben *kunnen* houden, maar een beslissing waar partijen kennelijk geen rekening mee *hadden* gehouden. Het oordeel van de Hoge Raad lijkt dan ook niet te zijn gebaseerd op een eventuele regel dat de rechter verplicht is partijen te horen bij verrassingsbeslissingen, maar enkel op het feit dat partijen blijkbaar geen rekening hebben gehouden met de wending.²⁴⁰

De Hoge Raad lijkt hier uit te gaan van een plicht om inlichtingen te vragen als benodigde feiten ontbreken. Partijen gingen uit van of schuld voor beide factoren of geen schuld en hadden zich dus niet uitgelaten over de verhouding tussen de schadeveroorzakende factoren. Nu het hof de factoren splitste ontbraken relevante feiten en daarom moet het Hof partijen de gelegenheid geven hun stellingen aan te passen.²⁴¹

240 Het is natuurlijk mogelijk dat er hier sprake is van een 'slip of the pen' en de Hoge Raad wel degelijk doelde op verrassingsbeslissingen.

241 Een andere zaak waarin de rechter gehouden was ontbrekende feiten aan partijen te vragen was HR 28 mrt. 1997, NJ 1997, 382 (A-G De Vries Lentsch-Kostense). Ten eerste betrof dit echter een verzoekschriftprocedure waarin dit meer te verwachten is en ten tweede was de rechter wettelijk verplicht om het oordeel te geven waarvoor de feiten ontbraken.